



PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES POR FRAUDE O ILÍCITOS COMETIDOS EN EL RETIRO DE EXCEPCIONAL DE FONDOS.

IDEAS GENERALES¹.

El delito de phishing, responde a un tipo de criminalidad que se da por medios digitales, y que tiene por objetivo obtener -de forma ilícita- claves de acceso y datos confidenciales de la víctima, para la operación en sitios de internet u otras plataformas.

El delito que da nombre a esta forma de criminalidad, y una de las formas más comunes de comisión, es el de envío de correos electrónicos masivos, solicitando a la víctima que acceda a algún enlace o dirección web que imita la interfase de una plataforma bancaria, caja de compensación, servicios de internet, u otros, con el objeto de que la víctima ingrese a ellos y entregue su clave de acceso, números de tarjetas de crédito, u otros datos confidenciales, que serán almacenados por delincuentes. Lo anterior, bajo la excusa de mantención de sitios web, intentos de fraude, etc.

Con los datos obtenidos en esta operación de phishing, las bandas delictuales dedicadas a este tipo de ilícito, realizan actos de disposición de dinero, sea el traspaso de fondos, giros en líneas de crédito, compras fraudulenta con tarjetas de créditos, etc., los que son posteriormente rescatados por la organización delictual.

Estos delitos se han masificado con el avance de las tecnologías de la información y el mayor acceso a medios digitales, siendo las fórmulas utilizadas por delincuentes, cada vez más elaboradas, con una apariencia fidedigna que muchas veces es difícil de distinguir.

Hoy, ante un nuevo retiro de fondos de pensiones, vemos que la proliferación de estafas y sistemas de phishing ha ido en aumento. Si bien las entidades fiscalizadoras y las entidades

¹ Responsabilidad bancaria frente al phishing, Marcos Rodríguez Puentes Universidad Nacional de Colombia, 2015.



previsionales han dado aviso sobre la importancia de la protección de datos, y han alertado sobre correos, mensajes de textos y otras formas de engaño, lo cierto es que siempre encontraremos a personas que se ven vulneradas y se transforman en víctimas.

En efecto, para el primer retiro de fondos previsionales, el Ministerio del Interior detectó que entre el 11 de julio y el 5 de agosto se inscribió un total de 68 sitios relacionados al retiro. En este sentido, el Subsecretario del Interior, Juan Francisco Galli, explicó que “lo que nosotros detectamos tempranamente en el primer retiro fue que muchos se quisieron aprovechar para poder estafar, a través del phishing. Vamos a estar monitoreando todas las páginas que ofrezcan ser intermediarias para facilitar el retiro del 10%, donde el principal desafío es que las personas tengan en cuenta todas las medidas preventivas”.

La cuestión a dilucidar, luego, es la responsabilidad que le corresponde, en este caso, a las entidades previsionales ante eventuales hipótesis de phishing o estafas de internet.

DEL CONTRATO DE DEPÓSITO²

Si analizamos la jurisprudencia en materia de fraudes bancarios por medios electrónicos - símil de la materia que se está tratando en este proyecto de ley-, veremos que en reiteradas oportunidades, los más altos tribunales de justicia de nuestro país, han recurrido a la figura del depósito irregular, para determinar el riesgo de pérdida de la cosa, en este caso, el dinero.

Prima facie, es necesario recordar el concepto de depósito. El art. 2215 del Código Civil dispone: “*Llámase en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie*”. Por su parte, el artículo 2221 del Código Civil señala que: “*El depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda.*”

Sobre la base de esta norma, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la sustracción fraudulenta de dinero mediante transferencias electrónicas no afectaría al cliente, sino que al banco, quien tendría la calidad de propietario del dinero depositado, por cuanto se le

² Depósito irregular y restitución de fondos sustraídos en fraude bancario. Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol n.º 29.635-2018. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 33, pp. 193-204 [diciembre 2019] Contratos especiales, Javier Rodríguez Díez.



habilita a la utilización de dicho dinero, y se le establece la obligación de restituir otro tanto de la misma moneda.

Este esquema ilustra el riesgo de pérdida de la cosa en el contrato de depósito: si se trata de un depósito regular, el depositario quedará obligado a restituir la misma cosa recibida - puesto que la restitución es en especie-. Por su parte, cuando nos enfrentamos al depósito irregular -categoría en la que cae el depósito de dinero- en cuanto el dinero es fungible y consumible, y se autoriza su uso por el depositario, éste se hace dueño, debiendo luego restituir otro tanto del mismo género, cargando por lo mismo de forma invariable con el riesgo de pérdida de las especies recibidas. En otras palabras, la suerte de los billetes y monedas que estén en el poder del depositario es irrelevante, ya que este se encuentra obligado a dar una cantidad de cosas fungibles genéricamente determinadas.

De esta forma, se ha sostenido que corresponde a entidades bancarias y financieras, responder por fraudes electrónicos que pudieren afectar a sus clientes, como ocurre en los casos de phishing. A su vez, debe tenerse presente que a su vez, se ha sostenido que el phishing es un delito informático que vulnera los sistemas de resguardo dispuestos por el depositario, y que por consiguiente, la responsabilidad ante tales fraudes recae en el depositario.

Creemos que los razonamientos anteriormente expuestos, son aplicables por analogía a la situación de retiro excepcional de Fondos Previsionales y los delitos de phishing que se han cometido a propósito de éstos. En este sentido, el presente proyecto de ley viene en establecer un sistema de responsabilidad para las Administradoras de Fondos de Pensiones por los fraudes informáticos en que puedan verse envueltos sus afiliados, a raíz del retiro de fondos de pensiones, con el objeto de establecer la obligación de restitución de dicho dinero.

PROYECTO DE LEY

Artículo 1°: Las Administradoras de Fondos de Pensiones, serán responsables de los fraudes electrónicos que tengan por objeto obtener el pago del retiro excepcional de fondos previsionales, conforme a lo establecido en la ley 21.248, ley 21.295 y ley 21.330.

Artículo 2°: Para efectos de esta ley, se entenderá por fraude electrónico, a todas aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que tengan por objeto obtener el pago del

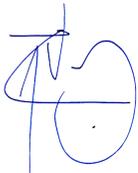


retiro excepcional de fondos previsionales de la cuenta de capitalización individual, y que no haya sido realizada por el afiliado.

Artículo 3°: El afiliado deberá reclamar a la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente, de aquellas operaciones respecto de las cuales desconoce haber otorgado su autorización o consentimiento, tan pronto tome conocimiento de dicha operación.

Artículo 4°: En los casos en que el afiliado desconozca haber autorizado una operación, corresponderá a la Administradora de Fondos de Pensiones probar que dicha operación fue autorizada por el afiliado y que se encuentra registrada a su nombre. El solo registro de las operaciones no bastará, necesariamente, para demostrar que esta fue autorizada por el afiliado, ni que el usuario actuó con culpa o descuido que le sean imputables, sin perjuicio de la acción contra el autor del delito.





FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ENRIQUE VAN RYSSELBERGHE H.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JAVIER HERNÁNDEZ H.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. IVAN NORAMBUENA F.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. GASTON VON MUHLENBROCK Z.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. SERGIO BOBADILLA M.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. SANDRA AMAR M.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. ALVARO CARTER F.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. JUAN FUENZALIDA C.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. NICOLÁS NOMAN G.



FIRMADO DIGITALMENTE:
H.D. GUSTAVO SANHUEZA D.

