

Informe Actualización Inmobiliaria N° 4.657.

DE LOS RIESGOS QUE LA PERMISOLOGIA INMOBILIARIA PROVOCA, DESVALORIZANDO O GRAVANDO LAS GARANTIAS HIPOTECARIAS DE LOS BANCOS E INVERSIONISTAS EN GENERAL.

Santiago, 12 de octubre del 2023.

1. Cuando se produce en Chile la ruptura de la posición tradicional sobre las garantías reales a favor de los Bancos e Instituciones Financieras.

Los abogados de bancos sabemos que las situaciones tradicionales que provocaban la ejecución judicial de los clientes eran: morosidad, embargo del inmueble por un tercer acreedor, insolvencia.

El día 25 de noviembre del año 2022 todo cambió para los bancos, cuando en la sentencia de reemplazo de un recurso de casación en el fondo, causa rol 14.568-2021 la Tercera Sala de la Corte Suprema en el famoso caso inmobiliario [“PUNTA PUERTECILLO”](#) determino entre otras sanciones no pedidas por los recurrentes:

- a. Aplicar la multa más alta - hasta ese momento en nuestra historia – de \$ 5 mil millones de pesos a la inmobiliaria, por sus graves y diferentes infracciones ambientales (textual de la sentencia).
- b. Ordenar que la Superintendencia de Medio Ambiente, en adelante SMA, investigará a todos los compradores de lotes ya inscritos, y determinará si ellos a su vez habían incurrido en infracciones (por ejemplo, construirse piscinas en sus casas) y los multará a todos aquellos que no estuviese prescrita la acción administrativa (multas en UTA, que genera a su vez un problema entre cliente e inmobiliaria).

c. Disponer una medida precautoria de prohibición de vender lotes o la totalidad del terreno, hasta que no se obtenga un Estudio de Impacto Ambiental (que aún hoy, no se logra dos años después).

Ustedes entenderán, que el inmueble como garantía hipotecaria ha quedado reducido a un valor de CERO PESO mientras no se obtenga la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, proceso que en sede judicial puede durar con reclamaciones incluidas, 4 a 5 años cuando es rápida la tramitación.

A los dos meses, el 13 de enero del 2023 la Corte de Apelaciones de Santiago, en el reclamo de ilegalidad rol 627-2019 hizo algo similar e invalido dos artículos del plano regulador comunal de Ñuñoa, y ha dejado sin normas que dan la altura a los edificios que enfrentan calles de 12 metros de ancho o menos, en la mitad sur de la comuna, afectando casia un centenar de construcciones en ejecución.

Hoy un banco puede contar con una hipoteca sobre un inmueble, pero teniendo aquel un problema de permisología bien puede tener un valor de casi cero peso en el mercado tal garantía, o ser inencomiable, sea por estar afectado por una medida de prohibición de enajenar hasta lograr una RCA, o bien pues los eventuales interesados saben que el terreno no cuenta con una norma urbana valida y no hacen ofertas.

2. Los nuevos escenarios en los cuales deben fijarse los Bancos, Compañías de Seguros, Fondos de Inversiones y Family Office, antes de decidir el financiamiento, autorizar cada estado de pago, o decidir en adjudicarse para si el inmueble hipotecado.

a. La Norma de Carácter General 461 dictada por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) en noviembre del 2021, y que entró parcialmente en vigencia el año 2022 para todos los entes controlados por la CMF salvo Bancos y Cías de Seguros, respecto de las cuales ha entrado a regir este año, obliga a contabilizar el “RIESGO REPUTACIONAL” en todos los créditos cursados a empresas que afecten el medio ambiente, el medio humano y/o los derechos humanos.

La obligación de contabilizar el riesgo reputacional, es para que por un lado sea aumentado la liquidez – al menos en el monto del préstamo del crédito – asegurándose ante el Banco Central que el banco comercial podrá responder por tal operación.

Basilea 3 y la NCG 461 que es su aterrizaje a Chile, sostienen que los bancos comerciales y compañías de seguros, deben responder al Estado hasta remediar totalmente el daño causado por aquella operación que se ha financiado, y que ha violado el medio ambiente, el medio humano y/o los derechos humanos. Puesta así las cosas, el valor de una garantía hipotecaria perfectamente hoy puede NO cubrir a un banco su riesgo reputacional.

Demos un ejemplo actual, según la NCG 461.

Caso Videla, Gerente General de Cencosud, sancionado por la CMF en Octubre 2023:

- Antes de ayer, la Super Intendencia de Pensiones dio plazo de 5 días a las AFP para que informen el riesgo reputacional por inversiones en acciones que posean en Cencosud. Ayer, una clasificadora de riesgo bajo la clasificación de Cencosud.
- Si este año Cencosud solicita un préstamo para remodelar o construir un supermercado, y un banco lo otorgue, en la memoria y balance del 2023 debe indicar

que es un cliente con riesgo reputacional por infracciones a normas de medio humano y derechos humanos (transparencia, respeto, corrección, etc), contenidas en la NCG 461. Si el banco que aprobó el curse del crédito, no contabiliza el riesgo reputacional, la misma CMF que hace una semana multó al gerente general de Cencosud multará al banco, multa que implica aumento de liquidez – nuevamente – para el siguiente año. Pero, no es lo más grave:

La ley de delitos económicos permite a los accionistas minoritarios demandar por la incorrecta administración a los accionistas mayoritarios, como un delito económico, de modo tal que el banco se expone a que sus accionistas minoritarios se querellen en contra de los directores y gerentes principales, por haber cursado una operación a un cliente con riesgo reputacional. A su vez, los clientes minoritarios de Cencosud, pueden usando la misma ley 21.595 demandar al banco por el perjuicio que a la empresa le causa aceptar un crédito “con mayor costo de fondo”, en Europa y en EE.UU la situación se ha zanjado en acuerdos extra judiciales de transacción entre el banco y los accionistas minoritarios, propios y del cliente del banco.

La garantía real que Cencosud ofrezca para un financiamiento, mientras esté en actual gerente general en sus filas, no cubriría los costos de fondo, de aumento de liquidez y las multas que el banco deberá enfrentar ante la CMF en el año 2024, en nuestro hipotético caso.

b. La ley de delitos económicos y ambientales N° 21.595.

Estando en Turín el pasado 18 de agosto del 2023, entregamos el informe N° 4615 sobre las responsabilidades penales de quienes construyen conforme a la nueva ley (que está en linkedin), y otros 24 informes específicos, todos distintos. El más largo y complejo fue el N° 4.616 sobre la responsabilidad de los bancos al financiar delitos que afecten o causen riesgo, en el más amplio sentido al medio ambiente (expresión usada en la ley), ley que señala que podrán ser tratados como autores o cómplices de los delitos ambientales.

Una inmobiliaria que compra un terreno con financiamiento bancario, terreno que está en parte emplazado en el área de influencia de un humedal (conforme al estudio hidrológico), o no se han realizado todos los estudios acordes a una zona de inundación y/o falla geológica como son zonas en Temuco, Pucón, Iquique, Vitacura y Lo Barnechea, se está cometiendo un delito por el sólo acto de financiar la compra del terreno, para realizar un futuro proyecto inmobiliario (se está causando riesgo).

Y la norma, la ley 21.595 junto con la ley 19.300 obligan a la total reparación del daño ambiental causado, y según el artículo 18 de la ley General de Urbanismo y Construcciones incluye el daño moral, la cuantía de las indemnizaciones serán estratosféricas e indeterminadas, no alcanzando el valor de ninguna garantía real para responder al banco.

3. Sugerencias a los directores, gerentes y analistas de Bancos y sociedades de inversión.

- a. Un estudio de títulos de una garantía real, comprende estudiar la permisología, a saber, plano regulador metropolitano, intercomunal, comunal y seccional.
- b. Un análisis de riesgo sobre una garantía real, comprende estudiar las opiniones que la SMA, el SEA, los SEREMI MINVU y TRANSPORTES y quizás a veces Agricultura, Mop y Medio Ambiente, la DDU, la Contraloría General de la República y las Cortes de Justicia, han dado respecto de la zona en donde se pretende construir y sobre permisos similares (para tener certeza normativa).
- c. Durante la ejecución del proyecto financiado por el banco, cada estado de pago debe visar el respeto de los 3 componentes que la NCG 461 nos exige, medio ambiente, medio humano y derechos humanos. Puesto que un proyecto con la permisología perfecta, puede en la ejecución “arruinar todo”, por emisión de ruidos, vibraciones, contaminación del suelo, aires o las aguas, error en la densidad o altura, en la zonificación, etc. Exigir prácticas como tener ingresados todos los proyectos de especialidades en el BIM antes de iniciar las obras, o que el BIM incluya análisis forense de una cuadra completa a la redonda, debiese ser el “desde” de los proyectos constructivos.
- d. Trazabilidad, los bancos deben ser capaces conforme a la NCG 461 de demostrar a la CMF que desde antes de la aprobación del crédito, hasta la venta completa de la última de las unidades construidas, el banco controla como un socio – esa es la exigencia de Basilea 3, de la NCG 461 y de la ley 21.595 – al cliente que estaba construyendo, de modo que la trazabilidad es un punto esencial que la CMF ya ha revisado en las auditorías del año 2022 realizadas en el 2023, el caso VIDELA CENCOSUD es claro como las comunicaciones entre el gerente general y la corredora de bolsa fueron trazadas al detalle por la CMF, WhatsApp incluidos, cuando a los gerentes de los bancos les sean revisados los WhatsApp entre sí y entre estos y los clientes acerca de los controles constructivos la CMF tendrá una prueba valiosa de la trazabilidad.

Desde el sábado pasado, hemos sostenido públicamente que siendo el caso VIDELA el primero de aplicación de la NCG 461, es imposible que se mantenga en el cargo, el costo financiero para la empresa será insoportable. Si la empresa decide soportar el costo financiero, se abre la arista penal de los accionistas minoritarios en contra del directorio. Si esto sucede con Cencosud, analicemos lo que va a suceder con los gerentes generales, gerentes grandes negocios y empresas, gerentes inmobiliarios, gerentes de riesgo, gerentes legales, de los bancos cuando la CMF analice los balances y contabilidad de estos y los confronte con los procesos administrativos y judiciales. Y volvamos a pensar en el valor de las garantías reales.

- e. La decisión de adjudicarse en dominio o recibir en dación en pago un inmueble al banco, no es binaria. El banco puede encontrarse que la propiedad no se encuentra en la zona para contar con patente comercial, o que debe tramitar una RCA que puede demorar 5 o más años incumpliendo la norma de la ley de bancos que obliga a la venta del activo antes de los 12 meses. Lo peor de todo, que deberá mantener en su contabilidad el RIESGO REPUTACIONAL de ese proyecto hasta que lo solucione, los problemas de permisología.

f. Revisar nuestro informe N° 4.655 del 10 de Octubre del 2023 sobre el “Cronograma de las próximas fiscalizaciones de la CMF y de la manera de contabilizar el Riesgo Reputacional en los balances de los bancos”.

Reciban todos nuestros saludos afectuosos,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rodrigo Andreucci Aguilera', with a long horizontal stroke extending to the left.

RODRIGO ANDREUCCI AGUILERA.
ABOGADO DE INMOBILIARIAS, CONSTRUCTORAS, FAMILY OFFICE Y BANCOS.
PROFESOR DERECHO INMOBILIARIO.