

Informe Actualización Inmobiliaria N° 4.615.

DE LOS DELITOS ECONOMICOS Y AMBIENTALES QUE PUEDEN INCURRIR LOS PROPIETARIOS DE TERRENOS EN LA NUEVA LEY N°21.595 SOBRE “DELITOS ECONOMICOS”.

Explicación en lenguaje llano y simple (no jurídico) con ejemplos comunes, de los delitos por hechos u omisiones que pueden incurrir los propietarios de terrenos, sean estos personas naturales o jurídicas, sociedades de inversión o inmobiliarias, sucesión hereditaria, bancos o empresas de cualquier giro.¹

Sumario: I. Contexto general de la nueva ley que se enmarca dentro de un esquema más amplio y similar, tanto en la legislación internacional y nacional, así como con los Acuerdos de Basilea 3. II. Vigencia de la ley. III. Catálogo de conductas y omisiones que son ahora constitutivas de delitos para los propietarios de terrenos. IV. Tres sugerencias a los propietarios de terrenos. V. Informes esenciales de leer.

¹ Iniciamos la redacción de estos informes hace 20 meses, en enero del 2022 esto a raíz del giro copernicano que introduce en Chile la NCG N° 461 de la CMF dictada el 12 noviembre del 2021, mientras hacíamos seguimiento al avance de la moción de ley que ahora es realidad bajo la nueva norma N° 21.595. Originalmente habíamos estructurado 19 informes, buena parte del contenido de estos los hemos estado comunicando en linkedin (de Rodrigo Andreucci) desde ese mismo mes de enero del 2022, y sólo hace 5 meses los aumentamos a 24 informes luego de haberse concluido la tramitación de la moción de ley en el Congreso y quedó en su versión definitiva el artículo 3 de la ley N° 21.595. En un 95 % del contenido estos informes estuvieron concluidos y consolidados en marzo del año del 2023, los hemos ido modificando en los últimos 5 meses conforme a ciertos hechos puntuales: la fundamentación de los dos votos de minoría del Tribunal Constitucional que aprobó la constitucionalidad de la ley hace dos semanas atrás; el nuevo instructivo del Sernac para las reservas y promesas de compraventa de fecha 26 de julio; los considerandos de ciertas sentencias judiciales, la más relevante es la del caso Portezuelo en Santa María de Manquehue, Vitacura.

Turín - Italia, 18 de Agosto del 2023.

I. Habiéndose publicado en el Diario Oficial la nueva ley N° 21.595 sobre Delitos Económicos, compartimos con ustedes éste que es el primero de un total de 24 informes distintos. Cada informe trata específicamente la situación de los eventuales 24 grupos distintos de personas, que pueden estar afectados con sanciones penales en la actividad de construir.

Los 24 Informes son los siguientes: (1) Propietario de terrenos Informe N° 4515; (2) Bancos (como persona jurídica) Informe N° 4516; (3) Constructoras (como persona jurídica) Informe N° 4517; (4) Family Office (como persona jurídica) Informe N° 4518; (5) Compañías de Seguros (como persona jurídica) Informe N° 4519; (6) representantes legales y directores de Inmobiliarias, Bancos y Constructoras (como personas naturales) Informe N° 4520; (7) Comisión para el Mercado Financiero (los comisionados y funcionarios como personas naturales) Informe N° 4521; (8) la Superintendencia de Medio Ambiente (tanto la autoridad máxima y los funcionarios como personas naturales) Informe N° 4522; (9) Del Servicio de Evaluación Ambiental (tanto de su autoridad máxima y los funcionarios como personas naturales) Informe N° 4523; (10) Del Gerente de la obra constructiva, tanto de la Inmobiliaria como de la Constructora Informe N° 4524; (11) Arquitecto Informe N° 4525; (12) Revisores Independientes de Arquitectura Informe N° 4526; (13) Mecánico de suelos Informe N° 4527; (14) Calculista y Revisor de Cálculo Informe N° 4528; (15) Inspector Técnico de Obras Informe N° 4529; (16) Consultores Ambientales Informe N° 4530; (17) Consultores viales Informe N° 4531; (18) proyectistas de otras especialidades constructivas Informe N° 4532; (19) Los Seremi Minvu, Medio Ambiente, MOP, Medio Ambiente y De las Culturas, y sus funcionarios Informe N° 4533; (20) Las Direcciones de Obras, su Directores y funcionarios Informe N° 4534; (21) los herederos de propietarios de tierras (que aportan o mandatan la gestión en sus terrenos) Informe N° 4535; (22) los rentistas e inversionistas Informe N° 4536; (23) de los Fiscales del Ministerio Público y los jueces y Cortes de Tribunales Ordinarios de Justicia Informe N° 4537; y (24) De la Contraloría General y sus funcionarios Informe N° 4538.

La nueva ley N° 21.595 sobre “Delitos Económicos”, en lo tocando al medio ambiente, se encuadra a la perfección en dos líneas: tratados internacionales que son leyes obligatorias para Chile en caso de su ratificación; y acuerdos privados entre los Bancos Centrales occidentales: a) Convenio de Ramsar – ONU 1971 ratificado en el año 1981 por Chile (Gobierno de A. Pinochet Ugarte); Conferencia de Las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible realizada en Río de Janeiro en el año 2012 (suscrito por el Gobierno de S. Piñera Echeñique); la Decisión de Santiago adoptada en el año 2014 (Gobierno de M. Bachelet Jeria); Acuerdo de Escazú de 2018 (gobierno de S. Piñera Echeñique). Chile ratificó el Tratado de Escazú en el año 2022 y dictó la Ley de Cambio Climático N° 21.455 (13 de junio del 2022, presidente G. Boric), para hacer frente en especial a un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático. Si bien es

cierto que poco afecta a los edificios residenciales y oficinas, es bastante aplicable a los establecimientos comerciales, fábricas, industrias (en diseño, construcción y fase de operación). b) En Acuerdos comerciales, nos referimos a las normas obligatorias para los Bancos Centrales del hemisferio occidental y en consecuencia, de los Bancos comerciales de los países dependiente de tales Bancos Centrales, documento denominado “Acuerdos de Basilea 3” del año 2009².

Los Gobernadores (o Presidente en nuestro caso) de los Bancos Centrales de las principales economías occidentales, en el año 2009 en Basilea acordaron una serie de requisitos para los Bancos comerciales, en cuanto deben cumplir una serie de normas con finalidades diferentes, la agrupación de estos acuerdos por temas se denominan “PILARES” y son 3.³ A nosotros nos interesan los Pilares 2 y 3, que en esencia reúnen las normas sobre “proceso de control en la gestión de los fondos de los Bancos”, esto es, se instruye a los Bancos Centrales para exigir mayores encajes o provisiones por el financiamiento de ciertos proyectos, y la obligación además de los Directores de los Bancos y Gerentes principales en fiscalizar estas metodologías de aprobación crediticias y del proceso de construcción del proyecto.

En el pilar 2 existe un criterio clave, debe el Banco considerar el “riesgo reputacional”. Dicho en simple, si un Banco financia una empresa que lave dinero proveniente del tráfico de drogas, o un proyecto constructivo que sea sancionado por afectar al medio ambiente o a la sociedad (lo que llamamos medio humano), debe tener una valoración en cuanto a mayor provisión de fondos que ese banco tiene que realizar por haber participado en tal financiación. ¿Por qué esto es clave para la construcción? Si una empresa construyendo un supermercado, un hotel, strip center, un condominio y sufre una invalidación del permiso de edificación, o una sanción grave administrativa, para quien financia tal proyecto, implica un costo reputacional, pues “fue colaborador para su ejecución toda vez que financió el proyecto” según los acuerdos de Basilea 3, y en Chile existe legislación penal que a ese rol denomina cómplice, de lo cual hablaremos luego.

El pilar 3 es más vital aún para nosotros, trata sobre el permanente control para que sea demostrado cómo fue el estudio, la evaluación, objetivación de las

2. Basilea 1 fue la reunión efectuada en el año 1988, en esencia fija los requisitos mínimos para la existencia de un Banco; Basilea 3 comenzó sus reuniones en el año 2009 y los textos de los acuerdos estuvieron concluidos ese año en lo esencial, y fueron aprobados en diciembre del 2010 para fijar criterios comunes que permitiesen salir pronto de la crisis sub prime que explotó en el 2008, dos normas son esenciales para nosotros de Basilea 3, la ratio de solvencia y modificación de los criterios para fijar la matriz de riesgo, y se da gran relevancia al “riesgo reputacional”. Si ustedes quieren saber más sobre los acuerdos de Basilea 1, 2 y 3, recomiendo la tesis doctoral defendida en la Universidad de Oxford, Wolfson College, elaborada en el año 2016 por el abogado mexicano don Andrés Gonzalez-Watty quien ahora trabaja en el Departamento de Estudios de la Corte Suprema de Justicia de México, titulada “*The Quest for Accountability in Transnational Regulatory Networks: The Case of the Basel Committee on Banking Supervision*”, 322 páginas, quizás lo mejor que exista en el tema en la actualidad. En Chile se escribió en marzo del año 2018 un clarísimo informe por Nancy Silva Salas, Jaime Forteza Saavedra, Luis Figueroa de la Barra y Jorge Cayazzo González titulado “*Implementación de Basilea III en Chile: Fundamentos y Desafíos*”, N° 18/01 de la Serie de Estudios Normativos, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile que no tuvo a la vista la excepcional tesis doctoral del Abogado González-Watty pero cuenta con una buena cantidad de biografía analizada.

aprobaciones comerciales y de riesgos. En una frase, la idea es que existan registros previos que permitan revisar en el Banco Comercial cuando algo sucede si se ejercieron todos los controles posibles: ¿Por qué se aprobó el crédito?, ¿Cómo se hizo el seguimiento del proyecto en su construcción? Se pretende que exista una matriz de riesgo para el análisis de la aprobación y control de los proyectos según áreas o tipos de riesgos.

Para hacer realidad las normas de Basilea 3, la Comisión de Mercado Financiero el 12 de noviembre del 2021 dictó la Norma de Carácter General N° 461, que es obligatoria para los Bancos y Compañías de Seguros y se encuentra plenamente vigente desde el mes de enero del año 2023.

La NCG N° 461 ordena modificar el contenido de las Memorias Anuales, deben incorporar las temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo integral en ese reporte, y recalca la CMF que además esta información es para proteger a los inversionistas y darle toda la información de las inversiones del Banco, punto adicional a la tesis de la responsabilidad legal del Directorio y los Gerentes cuando financian proyectos constructivos.

La NCG N° 461 apunta a la obligación para los Bancos y Compañías de Seguros de aplicar los criterios de sostenibilidad, protección al medio ambiente, resguardo del medio humano y de los derechos humanos, durante toda la fase constructiva del cliente: desarrollo del proyecto a nivel conceptual y la fase constructiva hasta su completa conclusión, incluso la etapa de OPERACIÓN del proyecto, otra arista muy novedosa hasta el pago total de la deuda con el Banco.

Exige crear protocolos de egresos de los gerentes – cesación de cargo – y planes de seguimiento y riesgos de los proyectos y negocios.

Algunas de las consecuencias para un cliente de Banco que producto del proceso constructivo – recuerden, puede ser hospitales y clínicas, hoteles e industrias productivas de alimentos y otros productos, proyectos de oficina o residenciales – recibe una sanción judicial o administrativa por afectar o amenazar el medio ambiente, el medio humano o los derechos humanos, el Banco debe aumentar la provisión ante al Central. ¿Cuántas sociedades aguas arriba o debajo de aquel cliente sancionado serán así calificadas por el Banco?: en las normas de BASILEA 3 es al grupo vinculado con el cliente, o sea, no habrá sociedades que sea “cortocircuito”, es posible que se utilice el art. 100 de la Ley de Valores que indica los distintos criterios para dilucidar si es o no relacionada una sociedad, lo que en la práctica es volver a las normas de Basilea 3. De hecho, el Banco debe individualizar a todos los profesionales del cliente que intervinieron en el proyecto, arquitecto, constructor, gerentes de obra, ITO, y tales personas que son proveedores de una obra serán “afectados” en esta calificación crediticia negativa.

RESUMEN: Basta acá señalar que la NCG N° 461 de la CMF es más estricta en las consecuencias - salvo por la condena en cárcel - que la ley N° 21.595 pues a todas las empresas relacionadas con aquella que tiene el riesgo de afectar al medio ambiente, el medio humano o los derechos humanos, la dejará fuera del financiamiento bancario. Por otro lado, la nueva ley 21.595 está en armonía con toda la legislación y convenios acá indicados, por cierto que la norma deberá ser modificada en el futuro para corregir errores en técnica legislativa, pero su existencia es un hecho desde hoy.

II. Vigencia de la ley.

Señala el art. 60 de la ley, que entra en vigencia inmediatamente desde la publicación en el Diario Oficial, esto es, el 17 de agosto del 2023, solo con dos excepciones:

- a. Para las personas jurídicas, los efectos penales comienzan a regir el 1 de septiembre del 2024.
- b. En caso de insolvencia, de micros y pequeñas empresas, entran a regir en la fecha señalada en el artículo transitorio de la ley 21.563 si es anterior al 1 de septiembre del 2024.

Acá lo delicado: el permiso de edificación es un acto continuo, de modo que si tramitando o ejecutando un permiso de edificación o permiso sectorial, y en lo formal sigue vigente en la segunda hipótesis (ejecución), por no existir ninguna reclamación administrativa o judicial en su contra, puede estar cometiéndose delito desde hoy 17 de agosto del 2023, si se ha incurrido en algunas de las acciones u omisiones que señala la nueva ley N° 21.595 y ser sancionado en caso de existir una denuncia o querrela criminal en contra del propietario (como persona natural por ser el representante, gerente general, controlador, etc), y de nada sirve contar con modelo de prevención del delito en tal caso por expreso mandato del artículo 3 de la ley 21.595.

III. Catálogo de conductas y omisiones que son desde ahora constitutivas de delitos para los propietarios de terrenos³.

La idea central es la siguiente, el propietario del terreno responde penalmente, por todo error u omisión, sea intencional o por negligencia, de cualquiera especialidad o que se producto en la construcción, incluso si aparece una vez concluida la obra y provoca daños al medio ambiente (que incluye al medio humano), delitos que pueden ser más de uno y reiterados (agravantes). Siguiendo la vida de un proyecto, podemos clasificar estos de la siguiente forma cuando se produce el error o la omisión constitutiva de delito:

³ Para elaborar estos ejemplos en el catalogo del numeral III del presente informe, partimos nosotros pensando originalmente en las exigencias de la NCG N° 461 de la CMF del año 2021 cuyo estándar y consecuencias – salvo por la sanción cárcel – era más alto que las exigencias que pretendía incorporar en nuestra legislación la moción de ley iniciada en enero del 2020 y que ahora se denomina ley N° 21.595. Hemos efectuamos largos conversatorios desde el verano del año 2022, primero con ex alumnos cursando post grados en distintas universidades de Europa y con amistades que ejercen cátedras universitarias y las profesionales de arquitecto o abogado en el rubro de la construcción en España, Italia y Portugal. En agosto del 2022, comenzamos a dialogar con Fiscales y Jueces con jurisdicción penal en Chile, con gerentes y ejecutivos de Bancos muy especialmente con el Banco Internacional; para ir conceptualizando las hipótesis de la moción de ley que ahora informamos; también por cierto nos ha ayudado nuestra experiencia de 25 años de especialización en el rubro de la construcción, con 1011 obras iniciadas y las 1011 obras concluidas, ninguna invalidada en estos 25 años, menos del 1% de estas han tenido litigios en contra, como el hecho de estar asistiendo hasta el día doy y en los últimos 20 años a un promedio de 11 reuniones de obras semanales con cero juicio entre mandante y constructora en estos 1011 proyectos que hemos asesorado.

- a. En la etapa de obtención de los permisos, de edificación y sectoriales.
1. Presentar un plan de manejo con antecedentes falsos (ley 20.283).
 2. El propietario, loteador o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tenga por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio en contravención a las obligaciones del urbanizador (art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones). En el título de la Ley General de Urbanismo que incluye estos arts. 138 y siguientes, existe un largo listado de todas las obligaciones que asume el loteador y urbanizador del terreno, hoy no respetar una cualquiera de estas obligaciones, la más simple de todas: elaborar técnicamente sin errores todos los proyectos, comenzando por el topográfico, una cualquiera de estas obligaciones incumplidas es constitutiva de delito cuya sanción comienza con cárcel efectiva de 5 años y un día. El delito es, cometer un error técnico, y omitir trámites, así de simple.
 3. Elusión al SEIA logrando resultados precisos (Art. 305 del Código Penal). Soy propietario de 9 hectáreas y sé que voy a subdividir o bien a construir por etapas con unidades de 79 viviendas o menos incluso, pero en las 9 hectáreas, y para las primeras construcciones no ingreso al SEIA, cometí delito y es sancionado con cárcel. OJO, puede ser que esté ahora en plena ejecución de los permisos, ni siquiera de la obra, ya estoy delinquiendo, y si estoy ya construyendo, es delito consumado.
 4. Presentar información errónea que lleve a aprobar una RCA (Art. 37 bis. Ley 20.417). El sólo hecho de cometer un error, de una RCA que hoy esté en tramitación que aún no se aprueba, ese error inmobiliario es delito y penable con 5 años y un día de cárcel para comenzar (ejemplos: me equivoque en la topografía del terreno, dije que las demoliciones de las casas las haría después y en realidad ya la ejecuté; el plano regulador fue rechazado en la evaluación estratégica ambiental de ese sector del IPT y no asumo en mi proyecto tal rechazo y comienzo por rectificar en los proyectos y en la obtención de los permisos sectoriales incluyendo el ambiental, tal rechazo).
 5. Ir fraccionando el terreno para no estar en la situación de tramitar una RCA, sea subdividiendo, vendiendo a terceras sociedades o personas relacionadas, etc. (ídem artículo 37 bis).
 6. Información maliciosamente falsa a la Superintendencia de Medio Ambiente para acreditar el cumplimiento ambiental.
 7. Incumplir la medida de clausura impuesta por la SMA (Art. 37 ter ley 20.417).
 8. Impedir o bien obstaculizar las actividades de fiscalización (mismo art. anterior).
 9. Proyecto que provoque “riesgos”, esto es, no es necesario que cause daños, por infringir el deber de cuidado impuesto por un giro de la empresa (ver numeral 28 del art. 2 de la Ley 21.595).
- b. En la etapa de ejecución de los permisos.
1. Uso de fuego, corta de arboles y arbustos nativos, para explotar un terreno con arboles nativos, zonas protegidas o plantíos xerofíticas, ganados o construcciones, o actuando con mera imprudencia (Ley de Bosques contenida en Decreto N° 4.363-31).

2. Afectar un bien protegido con la ley de Monumentos Nacionales (que incluye los Santuarios de la naturaleza). La afectación puede ser incluso con vibraciones, polución, etc.
3. El propietario, loteador o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tenga por finalidad última o inmediata la transferencia del dominio en contravención a las obligaciones del urbanizador (de todo el listado de obligaciones contenido en ese título de la OGUyC y de la LGUyC).
4. Enajenar un lote con garantías de urbanización vencida (Art. 140 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones) en concreto: prometer vender o vender si las obras no están ejecutadas ni recepcionadas, o bien si lo ha garantizado pero la garantía caduco en poder del Municipio o del Serviu y no están ejecutadas o no está recepcionadas las obras.
5. El que exporte, importe o maneje residuos peligrosos, prohibidos o sin contar con las autorizaciones para ello (Art. 44 Ley REP). El manejo de los residuos conforme a la LEY REP entra a regir en nuestro rubro el 1 de septiembre del 2023, el que el propietario no controle este aspecto en las obras, ahora es un delito y responden los propietarios de los terrenos en donde se construye, junto con la constructora.
6. Contaminación general, con malicia (Art. 308 del Código Penal). La contaminación general, la palabra general es esencial, incluye contaminar aguas, aire y suelo así como al medio humano. Ejemplo, polución y ruidos en una obra, vibraciones al esta hincando; dar sombra y quitar el asoleamiento de veredas y propiedades aledañas a una construcción por error en el cálculo de la densidad para el proyecto o en el cono de sombra, etc.
7. Contaminación general, con negligencia (Art. 309 del Código Penal). Significa, que debiendo saber que se estaba contaminando, se contamina, en todos los casos dados en el numeral 6 precedente se aplica acá. Los 3 errores comunes de la arquitectura son, conos de sombra, rasantes y densidad, acá ahora esos errores son delitos. O que la constructora o el gerente del proyecto decidan instalar tensores en las propiedades vecinas sin autorización de sus dueños, y se causa molestias a aquellos, ahora es delito y es responsabilidad de los dueños del terreno aunque no supiesen de estos acuerdos de sus empleados y la constructora, sancionable con cárcel desde 5 años y un día.
8. Afectación de componente de área con protección oficial (Art. 310 del Código Penal).
9. Aquellos propietarios de terrenos que están constituidos como S.A. o como SpA, sus directores, gerentes, administradores o ejecutivos principales, que sus memorias, balances u otros documentos destinados a los socios, a terceros o a la administración, que deben reflejar la situación legal, económica y financiera de la sociedad (Art. 134 ley 18.046) y no lo hacen. Ahora tener pleitos, reclamos de los vecinos, invalidaciones en cursos, son “contingencias, riesgos” que deben incorporarse en las memorias y balances, el omitirlo es delito. OJO, además, los accionistas minoritarios o socios, pueden demandar por administración desleal al mayoritario por no informar estos hechos, así como por la responsabilidad en la incorrecta administración.

Una persona natural o jurídica que siendo propietaria de dos o más inmuebles y tiene varios juicios en contra, por tales construcciones, no sólo tiene

riesgos penales en cada juicio inmobiliario, tiene ahora riesgos reputacionales para los bancos que deseen financiar a alguna de las empresas de ese holding, pues la NCG N° 461 señala que es todo el holding sin importar cuantas sociedades aguas arriba o abajo esté, que causa el riesgo reputacional al Banco. Por otro lado, ustedes comprenderán que el modelo de negocio inmobiliario, basado en una inmobiliaria gestora que cobra fee por avances del proyecto, tiene ahora fecha caducidad pues el riesgo de los inversionistas es equivalente a que ellos fuesen los gestores, y el riesgo para los Bancos es quedarse con un activo hipotecado con una carga ambiental en el contexto de un delito que debe primero mitigarse los daños causados.

10. Aquellos propietarios de terrenos que están constituidos como S.A. o como SpA, prevaleciendo de su posición mayoritaria en el directorio, adoptaren un acuerdo abusivo, para beneficiarse o beneficiar a otros (Art. 134 bis ley 18.046), que es la misma idea explicada en el numeral 9 precedente, pero centrada a decisiones de directorio. Ejemplos, contratamos los servicios de asesoría de una empresa relacionada con los accionistas o directores mayoritarios; o bien la inmobiliaria que recompensa con dietas y bonos a los ejecutivos superiores, aprueba usar modelos de reservas, de promesas de compraventa o reglamentos de copropiedad, que son abusivos para con los clientes y benefician desproporcionadamente a la inmobiliaria, y así a su vez a sus gerentes y directores; ese abuso que ahora lo controla tanto en Sernac como los mismos clientes, es constitutivo de delito⁴.

11. Proyecto que provoque “riesgos”, esto es, no es necesario que cauce daños, por infringir el deber de cuidado impuesto por un giro de la empresa (ver numeral 28 del art. 2 de la Ley 21.595).

c. En la etapa de operación de la construcción que fue construido.

1. Contaminación general, con malicia (Art. 308 del Código Penal).
2. Contaminación general, con negligencia (Art. 309 del Código Penal).
3. Afectación de componente de área con protección oficial (Art. 310 del Código Penal).

⁴ El Sernac por resolución exenta N° 879 de fecha 18 de Noviembre del 2021 sostuvo que no siendo un contrato el Reglamento de Copropiedad, no cuenta con facultades para fiscalizar tales textos; ya existe jurisprudencia abundante en contra de las Inmobiliarias en que distintas Cortes de Justicia no sólo han ordenado invalidar estos reglamentos, sino que debe decidir el uso del suelo entre comercial o residencial la inmobiliaria cuando los reclamos de los residentes han sido por la explotación comercial de ciertas unidades enajenables. Con fecha 26 de julio del 2023, por resolución exenta N° 495 el mismo Sernac aprobó la circular interpretativa sobre contratos preparatorios en el mercado inmobiliario (reservas y promesas por ventas en blanco y verde), siendo un cambio profundo los nuevos criterios, he allí la importancia que los Bancos controlen los modelos de reserva y promesa, así como de los Reglamentos de Copropiedad toda vez que la inmobiliaria podría estar en un litigio civil y penal antes de poder venderse una unidad enajenable, y el Banco por mandato del art. 3 puede ser a través de sus máximos ejecutivos involucrado como “cómplice” por financiar la construcción de una obra que viola derechos económicos, según dispone el inciso primero del art. 3 de la ley 21.595. Todo lo que sea defensa del consumidor, leer a la Dra. Macarena Díaz de Valdez H sobre su tesis doctoral publicada en enero de este año y sus numerosos artículos, ella es la máxima autoridad en el país en este tópico.

4. Situaciones consideradas en los arts. 1, 2, 3 y 4 de la ley 21.595, serán tratadas como delitos económicos (Art. 50 N° 2 ley 21.595).

5. Aplicación supletoria del libro I del Código Penal (Art. 50 N° 2 ley 21.595)

En resumen, las 5 situaciones de esta etapa, son errores de proyectos, de cualquiera especialidad (olores, ruidos, vibraciones, acústica, etc.) o de materiales utilizados en la obra, o de construcción, que aparecen durante la operación de la obra (ejemplo, ruidos de los ascensores o motores, por sobre la norma).

6. Proyecto que provoque “riesgos”, esto es, no es necesario que cause daños, por infringir el deber de cuidado impuesto por un giro de la empresa (ver numeral 28 del art. 2 de la Ley 21.595). OJO, acá se superpone con el tema de la responsabilidad de post venta, ejemplo: Ascensor con fallas mecánicas que amenaza caída.

d. En la etapa de demolición de la construcción.

1. El que exporte, importe o maneje residuos peligrosos, prohibidos o sin contar con las autorizaciones para ello (Art. 44 Ley REP).

2. Contaminación general, con malicia (Art. 308 del Código Penal).

3. Contaminación general, con negligencia (Art. 309 del Código Penal).

En resumen, las 3 situaciones de esta etapa, son errores de proyectos o de materiales utilizados en la obra, o de construcción, que aparecen durante la operación de la obra (ejemplo, ruidos de los ascensores o motores, por sobre la norma), lo más posible que los plazos de prescripción está cumplidos en estos momentos.

IV. Tres sugerencias a los propietarios de terrenos.

a. Elaborar un modelo de prevención del delito que incluya los delitos originados en errores inmobiliarios (tanto en fase obtención de permisos y fase ejecución), y elaborar una matriz de riesgo específica para cada proyecto constructivo.

En primer lugar, es necesario que cada sociedad en su matriz al menos, haya elaborado su propio “modelo prevención del delito” incluyendo un capítulo sobre permisología y otro sobre ejecución de los permisos. Cuidado acá, la exigencia que impone el artículo 3 de la ley 21.595 sobre este modelo es que sea “adecuado” para la prevención del delito, y recalca la sanción para los altos ejecutivos, directores y gerente general de una sociedad es por su pasividad “...sea favorecida o que facilite la perpetración del delito (Art. 3 ley 20.393).

Desde el 17 de agosto del 2023 van a existir cientos de empresas certificadoras para estos modelos, miles de expertos inmobiliarios: ¿Dónde están esos mismos expertos, que llegamos a este día perdiendo 8 de cada 10 juicios inmobiliarios en Chile, o que nadie haya publicado nada sobre la NCG N° 461 del año 2021 para el rubro inmobiliario o que sólo existan 12 permisos de edificación aprobados en Chile según estándar Basilea 3? La exigencia del art. 3 de la ley 21.595 que el modelo sea “adecuado”, significa que sea efectivo, y si acontecen en el futuro delitos económicos y/o ambientales en un proyecto constructivo, es probable es que el modelo no haya sido efectivo, y si la empresa tiene dos o más

proyectos con problemas, en esos casos de nada va a servir contar con un “modelo” para proteger penal y civilmente a los propietarios.

Se sugiere a los dueños de propiedades y a sus directorios y gerentes, que mediten bien el estándar de exigencia del art. 50 de la ley 21.595, y que ejecuten una profesionalización en todas las asesorías de las distintas profesiones, ahora más que relaciones, o vínculos de amistad o conocimiento desde el colegio, la ley exige eficiencia.

En segundo lugar, elaborar una matriz de riesgo para cada proyecto constructivo específicamente, y es necesario para gestionar con mayor claridad cada proyecto de especialidades. Consiste aquella en un informe sobre estrategia, tácticas, fortalezas y debilidades del proyecto así como del equipo a cargo de su realización: se analizan distintas variables, como son la actitud de los vecinos del sector, las reformas legales en curso, la forma en que se están interpretando las normas urbanísticas y constructivas que están efectuando los entes reguladores (jurisdiccionales y administrativos), la forma que esa DOM entiende las normas urbanísticas; estimaciones de plazos y planes diversos en el evento de surgir litigios o controversias, etc.⁵

⁵ Nuestra firma elabora para su uso interno dos informes diarios: a) **Informe Novedades Inmobiliarias**: que es efectuado por uno de nuestros abogados, pesquisando noticias sobre aplicación de leyes y decretos, cambios o propuestas de normas, incluye chequear todos los conflictos constructivos relevantes a lo largo del país, estudiando estos juicios semanalmente; hacer seguimiento a las actuaciones que realizan los tradicionales actores que impugnan proyectos constructivos (son 203 ONG o Fundaciones que han impugnado 3 o más veces alguna construcción en el país; y 157 personas naturales que 3 o más veces lo han realizado). b) **Informe de Riesgo Inmobiliario y bancario**: que es efectuado por dos de nuestros ingenieros, consiste en revisar diariamente las 36 DOM más activas del país, con todas las resoluciones que dictan sobre aprobaciones o rechazos de ante proyectos, permisos y modificaciones, copropiedad, caducidades e invalidaciones, observaciones a los ante proyectos y permisos de edificación, tabulando los criterios de los 36 DOM sobre distintos temas normativos (ejemplo: estacionamientos, distanciamientos, rasantes, conos de sombra, etc.); chequeamos las tablas de los Concejos Municipales para controlar las modificaciones de los IPT; misma labor con las 16 Seremi Minvu, Transporte, Mop, Medio Ambiente, Bienes Nacionales, Cultura y Agricultura; las 16 SMA y SEA regionales; las 16 Contralorías regionales y las 16 Cortes de Apelaciones; la DDU, la SMA y el SEA en sus direcciones nacionales; la Contraloría General de la República; Tribunal Constitucional y Corte Suprema; revisamos las solicitudes de reuniones por ley del lobby y pedimos por ley transparencia las reuniones que han sostenido semana a semana las personas y organizaciones que figuran en nuestros listados como “impugnadores de proyectos”; geo referenciamos los domicilios de las organizaciones y personas con los proyectos aprobados o en construcción y determinamos riesgos de impugnación según distancia y analizamos las motivaciones; el informe tiene un índice de nombres y un índice de materias; así hemos sabido con anticipación “quienes y cuando van a impugnar un proyecto”, las veces que asumimos defensas judiciales a los Ministros explicamos todo el itinerario que han seguido los detractores del proyecto y en general su acabo conocimiento del mismo, que por regla general no coincide con las supuestas ilegalidades o arbitrariedades que acusan a las inmobiliarias en sus gestiones. En parte todo esto explica, que nunca han invalidado un solo permiso de edificación de los 1011 proyectos que hemos asesorado, y por qué esos 1011 proyectos están concluidos, no teniendo un solo proyecto con permiso de edificación que haya iniciado obras y que no las concluya. Cuando nos piden un Informe de Riesgos, sea un Banco o Inmobiliaria, hasta hoy no existe un sola vez que hayamos errado sobre quienes van a impugnar los proyectos (con nombre y apellidos), cuales serán sus argumentos y plazos estimados de las impugnaciones y demora del proyecto, un ejemplo de un caso que ha salido todos los días en

Hoy toda matriz de riesgo indicará que es impensable iniciar la ejecución de una obra de mediada envergadura hacia arriba, sin tener ingresado previamente a Bim todas las especialidades (y no hacerlo según avanza la construcción), o asesores ambientales y consultores en sostenibilidad ambiental durante toda la ejecución; o no contar con una ITO completamente independiente y externa de la empresas mandante y constructora; o errores y omisiones en los proyectos ambientales y viales, que deben evaluar no sólo los impactos sino que también “los riesgos”; que el revisor independiente de arquitectura, sea de verdad independiente tanto del arquitecto como del propietario, que sus informes sean razonados y explicativos y comience siempre con un análisis normativo urbanístico del proyecto.

b. Los mismos Bancos serán un filtro para el financiamiento de proyectos constructivos, y el modelo de negocios inmobiliarios va a cambiar.

Los Bancos y Compañías de Seguros que financian compras de terreno o la posterior construcción en aquellos, por las cual logra tal institución financiera una rentabilidad, desde hoy se aplica para Bancos y Cía. de Seguros, o cualquiera empresa que financie una obra constructiva el artículo 3 en su inciso primero de la ley 21.595, que en español dice que si financio una obra constructiva en la cual se han verificado los delitos de la nueva ley, y lo hago por un beneficio para mi empresa (soy el gerente general de un Banco, o el gerente comercial o de riesgos), se ordena tratar a esos ejecutivos conforme a la calidad de autores o cómplices en el delito (definidos y regulados en los arts. 15 y 16 del Código Penal). OJO, la nueva ley recalca el hecho que son los ejecutivos principales de la empresa.

Miren lo complejo para los Bancos, sus directivos y gerentes corporativos que es desde hoy su posición: pueden verse sometidos a querellas o investigaciones de la nueva ley desde hoy 17 de agosto del 2023 según dispone art. 3 inciso primero ley 21.595, por permisos de edificación vigente pero que afecten algunos de los bienes jurídicos ahora protegidos (delitos económicos y ambientales que incluyen el medio humano), proyectos actualmente en ejecución y financiados por el Banco; pero los Bancos como tales sólo tendrán responsabilidad penal desde el 1 de septiembre del 2024 (artículo 50 ley 21.595) y desde hoy si la tienen sus altos ejecutivos.

al prensa: lunes 24 de julio del 2023 explicamos verbalmente a una gran empresa del retail los riesgos de su proyecto de mall abierto en una comuna del sector oriente de Santiago (fue nuestra única participación, dar una opinión), el día siguiente entregamos informe escrito de riesgos (25 de julio del 2023) complementado con tres posteriores anexos remitidos durante una semana, y al día 16 de agosto del 2023 (a 3 semanas exactas) de la entrega de nuestro informe de riesgos, en ese momento sólo se conocía de una asociación de padres y apoderados detractores del proyecto. Después del día 25 de julio, aparecieron diferentes y nuevos grupos de opositores que han solicitado la PAC ante el SEIA y los argumentos formulados en sus solicitudes coinciden al 100% con nuestro informe de riesgo (en el cual jerarquizamos las organizaciones en relación con capacidad y conocimiento y quienes serían sus asesores), nuestra sugerencia del 25 de julio del 2023 fue de retirar la RCA en tramitación antes que el SEA acogiera alguna petición de uno cualquiera de esos grupos opositores al proyecto, para corregir detalles y proceder según un determinado orden lógico. Todos los datos ya los teníamos en nuestro Informe diario de riesgos inmobiliario y bancario que desde hace 20 años elaboramos día a día, lo que a aquella empresa experimentó las siguientes tres semanas fue 100% previsible y coincidió en su totalidad con nuestro informe escrito sobre riesgos del proyecto, y debo destacar que la empresa de retail no nos proporciono ningún antecedente o información sobre el proyecto y sólo lo elaboramos en base a nuestra experiencia y estudio de la jurisprudencia.

Los Bancos cuando empiecen a sufrir con estos problemas durante este mismo año, y no lo informen en sus memorias y balances; no sólo ya están incumpliendo la NCG N° 461 del año 2021 de la CMF; adicionalmente cometen otro delito (segundo, por ende, reincidencia y agravamiento de la sanción cárcel que comienza con 5 años y un día) según ya explicamos en la letra “b” del numeral 9 precedente “etapa de ejecución de los proyectos”.

Hoy en Chile por un trabajo que viene ejecutado desde octubre del año 2018 pensando en Basilea 3 respecto de las obras constructivas financiadas, sólo el Banco Internacional no tiene el peligro acá informado, sus 120 proyectos actualmente en ejecución no están en las 8 zonas conflictivas por interpretaciones normativas arriesgadas, y no tiene un solo proyecto con reclamación de vecinos o autoridades.

Es cuestión de tiempo que los Bancos reaccionen, pues a los funcionarios de la CMF y de la SMA ahora les pesa la misma sanción penal en contra de ellos, al no denunciar a los principales ejecutivos de los Bancos que financian proyectos constructivos cuestionados, la reacción de la banca sólo es cuestión de meses. OJO, la nueva ley permite a los accionistas minoritarios querellarse por el delito de administración desleal contra accionista mayoritario controlador del Banco, o directorio, que aprueban financiamientos de proyectos constructivos que afecten al medio ambiente (que incluye al medio humano).

La sugerencia, para los propietarios de terrenos es cumplir con el más amplio sentido de la ley 21.595 y la NCG N° 461, pues el riesgo es quedar sin ser financiado por ninguna otra institución financiera en caso de tener un error, traspié, o perder un pleito, pues para la NCG N° 461 basta el “riesgo reputacional”.

c. Construir conforme a las normas técnicas europeas (Insst)⁶.

En Chile la construcción tiene focalizado los problemas en dos áreas esenciales. La primera, es en la obtención de la permisología, tanto la inmobiliaria como las sectoriales. Los permisos de edificación las más de las veces NO están bien presentados, no están completos con los antecedentes que deben acompañarse desde el ingreso y en lo técnico se deja el estudio de temas esenciales para una primera modificación al permiso, a veces los proyectos son meramente instrumentales para lograr el permiso de edificación. La segunda, durante la ejecución del permiso por algún error o mala praxis se afecta a terceros, al medio ambiente, al medio humano y se generan pleitos por tales errores en pleno proceso constructivo.

Nuestra sugerencia a los propietarios, es que las NCh – normas técnicas chilenas y la legislación urbanística – es el “desde” y debemos formular los proyectos más allá de lo que la legislación nos exige (de hecho, tal idea la vienen

⁶ Así como Basilea 3 contenida en Chile en la NCG N° 461 de la CMF dictada el 12 de noviembre del 2021, que sanciona el RIESGO REPUTACIONAL, la justicia nacional viene exigiendo que sean evaluados los IMPACTOS y los RIESGOS en los permisos ambientales y viales, no sólo los impacto como la legislación exige, y que la Participación Ambiental Ciudadana (PAC) debe pronunciarse sobre los IMPACTOS y los RIESGOS. En julio del 2023 se han dictado dos sentencias en este mismo sentido, son respecto del proyecto inmobiliario “Hijuelas de Quilin” (Segundo Juzgado Ambiental) y proyecto inmobiliario Portezuelo en Santa María de Manquehue (Corte Suprema), y precisamente las normas europeas de construcción post Basilea 3 ya lo tienen asumido.

reiterando los tribunales de justicia desde hace casi un lustro), y son las Insst las normas adecuadas para aquello, toda vez que las exigencias que la legislación y la judicatura que nos hacen ya están solucionadas hace una década en las Insst, se fueron adaptando a la legislación ambiental y a Basilea 3 desde el año 2011 en adelante en el viejo continente. En Chile ya existen 12 permisos de edificación aprobados según estos criterios europeos, 4 de ellos cuentan incluso con Resolución Calificación Ambiental favorable, son los únicos en el país; así lo hemos hecho en nuestra firma legal con las pocas y distintas inmobiliarias que han estado dispuestas a hacer más de lo que la ley nos demanda, oficinas de arquitectos nacionales como por ejemplo con Lira y Stitchkin (Francisco Lira y Andrés Stitchkin), o con Armstrong y Silva (Francisco Armstrong y Pastor Silva), en sus planos de permisos de edificación graficamos conos de sombra según criterio de la Unión Europea que coincide con dictamen de la Contraloría General de la República del 11 de Diciembre del 2020 y que obligó modificar la OGUyC en art. 2.6.12 en marzo del 2021; en esos mismos planos se señala en graficas especiales la situación de la Flora y Fauna (proyectos elaborados y presentados años 200 y 2021) tal como expresamente lo pide el Instructivo de Aplicación de nuevas Guías y Criterios del SEA de fecha 21 de julio del 2023 – tres y dos años después – de haber elaborado la planimetría pues ciertas exigencias de este instructivo ya eran normas Insst desde hace 8 años en Europa; demostramos con topografía y mediciones GPS en las mismas graficas los distanciamientos a zonas y bienes protegidos sea por su valor de conservación de la naturaleza o por ser monumentos nacionales tal como pide la ley hoy publicada; por dar algunos ejemplos.

V. Informes explicativos esenciales de leer.

Para los propietarios de terrenos y sus directores y gerentes, son esenciales el Informe N° 4.598 sobre “La Planificación Estratégica de los Riesgos Inmobiliarios” en linkedin desde el 27 de julio del 2023; el presente Informe N° 4.615 y el Informe N° 4.616 sobre los Responsabilidad de los Bancos por financiar proyectos inmobiliarios que afecten al medio ambiente, los otros 22 informes complementan la cultura mínima que todo gerente o propietario debiese tener pero no es esencial si sólo se pretende saber los riesgos de una única posición dentro del negocio de la construcción.

Reciban nuestros afectuosos saludos,

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

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