

DOS VICIOS QUE HAY QUE ERRADICAR: EL CONTRATO DE REPORTO Y LOS CONTRATOS DE VENTA CON RECOMPRA

Lic. Miguel Ruiz Herrera

¿Recuerdan el tema de muchas películas donde la pobre huérfana de un sufrido campesino es sacada de su casa pues su recién difunto padre la había entregado en garantía a un panzón y opulento banquero vestido de chaleco y leontina... ..y no le pudo pagar?

Algo mucho peor sucede en Costa Rica todos los días, sin que hayan películas, lindas actrices o gordos banqueros de chaleco.

Me refiero a los contratos de Reporto que utilizan los Puestos de Bolsa y a los contratos de Venta con Recompra ("Retroventa") que utilizan los Fondos de Desarrollo Inmobiliario. Sus resultados, que engrosan el patrimonio de esos Puestos de Bolsa y Fondos Inmobiliarios, han sido funestos para muchas familias.

Estas dos transacciones tienen en común un vicio: Un hábilmente disimulado Pacto Comisorio.

El Pacto Comisorio -que estudiamos como prohibido en nuestro régimen jurídico abogados lamentablemente personalizan).

No obstante, debemos hacer lucir bien a toda costa a nuestro cliente. Y en el tanto en que mejor desempeñemos el papel de "malo",

Los que hemos examinado con cuidado las actuaciones de los Puestos de Bolsa, por ejemplo, nos hemos percatado que son una actividad que dista mucho de emular el mandato divino de "*Ganar el Pan con el Sudor de Tu Frente*". Dirán que -como nosotros los abogados- se lo ganan con el sudor interno de la frente, el sudor del cerebro. Pero contrario a nosotros, ellos nunca arriesgan: Nosotros arriesgamos al tener que ganar o perder si gana o pierde nuestro cliente.

Además, nosotros arriesgamos hasta la amistad con nuestro propio cliente: Recuerden que el abogado es contratado cuando un cliente enfrenta a otra persona, ya sea en una negociación o en un diferendo. El buen abogado debe siempre hacer lucir bien a su cliente. No importa lo malo o bárbaro que sea nuestro cliente, siempre deberá aparecer como "el bueno de la película", y no importa lo bueno, comprensible, culto, y conciliador que sea su abogado, dicho abogado aparecerá como "el malo de la película", lo que ya lo hace ganador de dos enemigos: la persona con quien el cliente tuvo el problema y su abogado (muchos

nuestro cliente también “se la creará”, se enfurecerá con nosotros y no nos pagará. Pero no hay que amargarse. “Cosas veredes, amigo Sancho”.

Los Contratos de Reporto:

Para iniciar, recordemos que el Puesto de Bolsa nunca arriesga, y mucho menos perderá. Es tradicionalmente conocido que los Puestos de Bolsa actúan bajo una premisa: operan (“juegan”) con dineros de otros, dinero de sus clientes, y nunca pierden. En los Contratos de Reporto el tema difiere un poco, y es radicalmente peor: El agente del Puesto de Bolsa busca al cliente y lo convence de una manera “eficiente y rápida” de hacerle un préstamo:

“Al contrario de los trámites de préstamos de bancos, donde tenés que cumplir muchos trámites, en este caso te entregamos el dinero bajo un sencillo y moderno contrato llamado Reporto, sin las comisiones, caros avalúos, etc. que cobran los bancos. Simplemente nos traspasás la garantía y al año hablamos”.

El cliente –entusiasmado por esa maravilla y hasta sintiéndose moderno y sofisticado empresario de finanzas- ilusamente acepta: Les traspasará por adelantado la garantía.

Y al transcurrir el año, si el pobre cliente tiene dificultades para repagar, el Puesto de Bolsa, sin siquiera decir “agua va”, se quedará con esa garantía, y –mientras el cliente buscará hasta ayuda psicológica- el agente recibirá su bono o comisión por la ganancia recibida por su Puesto.

Cuando fui estudiante de Derecho, nos enseñaron que en nuestro Régimen de

Derecho el “Pacto Comisorio” es totalmente prohibido. El mecanismo arriba descrito es –ni más ni menos- un Pacto Comisorio. Es peor, más grave, pues en este caso la titularidad de la garantía es traspasada al acreedor -no como resultado del incumplimiento- sino aún antes de que se sospechase incumplimiento alguno: el Puesto de Bolsa acreedor se la apropia desde el inicio, por lo que el mejor negocio para el Puesto de Bolsa es provocar el incumplimiento del cliente.

Pero el tema tiene sus ramificaciones todavía más abusivas: La garantía que se les traspasa son valores, por lo que habrán “daños colaterales” con el tema del valor de esos valores. Por ejemplo, si esa garantía traspasada por el cliente es un grupo de acciones de alguna empresa, les apuesto que sucederá lo siguiente: utilizando la excusa del “riesgo implícito en la operación de una sociedad mercantil” (no importando si son acciones de la Florida Ice & Farm o de Holcim) su verdadero valor sufre interesantes alteraciones. Por lo tanto, el cliente deberá traspasar, y por adelantado, acciones por valores mucho valores del monto que le prestarán, aunque le jurarán que le están entregando su “precio justo”. Y (por algo todavía más misterioso que el Código de Da Vinci) milagrosamente el valor de esas acciones –que es “determinado” por la Bolsa (o sea, juez y parte)- al día siguiente ese valor comenzará a descender estrepitosamente aunque la empresa tenga records históricos de ganancias y de pago de dividendos (algunos mal pensados sospechamos que entre más atractivas para el Puesto de Bosa esas acciones resultan, más descenderá su valor en la Bolsa).

Por lo tanto, el Puesto de Bolsa, aún mucho antes del año, le dirá al cliente: “¡Qué tirada!!,

fijate que el valor de las acciones que nos traspasaste en garantía se vino al suelo y nos tenés que dar más garantías pues de lo contrario tenemos el deber de rematar y apropiarnos definitivamente esas acciones” (repetimos: “el mejor negocio: provocar el incumpliendo del cliente”).

Parece un chiste de mal gusto, pero relato aquí lo sucedido en casos reales, casos en que he tratado de convencer al Banco propietario de ese Puesto de Bolsa que refinance la operación, hasta ilusionándolo con el cobro de comisiones, avalúos, recibiendo más garantías, etc., pero intentando un plazo razonable para intentar dar oportunidad de salvar esas acciones.

A pesar del excelente negocio que dicho refinanciamiento significaría para el banco, no lo he logrado. Obviamente, el festín del Reporto es todavía mejor negocio.

Uno de mis clientes murió. Algunos dicen que falleció de tristeza afectado por haber perdido el patrimonio realizado a mucho esfuerzo durante toda su vida de ejemplar y verdadero trabajo.

Los contratos de Venta con Retroventa:

Aquí el tema es similar. Este esquema ha evolucionado de manera que ahora parece ser otro truco para financiar sin contratos de préstamo y ejecución normal de garantías. Ahora se financia dinero a cambio de que se ejecute un Pacto Comisorio –también entregando por adelantado la propiedad de la garantía- y debiendo contentarse el deudor con alguna esperanza de poder recuperar dicha garantía algún día. Pero la

debilidad legal de esa posibilidad es tal, que dependerá de la buena fe de quien recibió dichas garantías.

No olvidemos que también en este caso la garantía tendrá un valor mucho superior al valor que se recibe a cambio. Por ello, la buena fe de quien devolverá podrá ser sustituida por “su deber de defender los activos de mi fondo inmobiliario pues de lo contrario, los dueños de participaciones me exigirán devolverlas pues el prospecto no quedó claro” (ver Art. 79 de la Ley de Mercado de Valores) o “¿por qué voy a entregar estos activos a cambio de una suma de un avalúo que generalmente es mucho menor al real. Es hasta falta de ética hacia mi empresa hacerlo”.

La transacción implica la venta de un bien –un inmueble- a cambio de un precio –que generalmente es mucho menor al real pues se actúa con la filosofía de prestamista que recibe garantías- pero en vez de por lo menos evitar que el traspaso al fondo sea consumado en forma definitiva –lo que podría intentarse estableciendo el deber de retroventa en la misma escritura de traspaso inicial de modo que ese traspaso no quede libre de condiciones, el compromiso de retroventa se firmará un documentito privado, por aparte, consumando entonces en la escritura de venta original, ese traspaso de manera definitiva.

Además, desde el inicio se pacta que el precio de la retroventa será el valor que se fije en esa fecha futura, distorsionándose así la naturaleza del préstamo mercantil: el deudor deberá entregar –para rescatar su bien inmueble- un precio mucho mayor al recibido, aún mayor que el monto recibido y los intereses de estilo.

Y los resultados pueden ser devastadores: En casos recientes me ha tocado presenciar ventas con retroventa donde la primera oportunidad en que el dueño original podrá ejercer su derecho a recomprar el bien, se ha pactado al cabo de 5 años y un día (o más largos). Y nadie me ha podido explicar por qué a los Fondos no se les aplica el Artículo 1094 del Código Civil que prohíbe plazos mayores a 5 años, y sanciona esos plazos mayores como nulos, castigando además al pobre dueño original con la pérdida de su derecho a recobrar su inmueble.

Y aunque se pacten plazos sin violentar el Artículo 1094 citado, menores a 5 años, se dependerá de la buena fe de quien recibió el bien, puesto que prácticamente no existen las seguridades legales para obligar al “comprador/prestamista” a devolver ese bien que vale mucho más que el dinero que se recibió en disimulado préstamo pues, como dijimos, se documenta el deber de “retrovender” fuera de la escritura original, en un simple contrato privado aparte, y de esta manera la venta inicial queda consumada, sin condiciones, y se logra evitar que en el Registro Público aparezcan las obligaciones de vender de vuelta.

Este truco utilizando esta alternativa para prestar dinero, produce además más lesiones al incauto cliente: Sus costos se incrementan pues deberá pagarse a este contratito el Timbre Fiscal, calculado sobre el valor de la transacción, cuya omisión causa el pago de una multa equivalente a diez veces el valor de ese timbre. Y el abogado de quien “presta” el dinero tendrá la oportunidad de cobrar más honorarios, que por supuesto debe pagar el cliente.

Si la obligación de retroventa por lo menos apareciese en la misma escritura de venta,

la venta no queda consumada y además los terceros de buena fe quedarían enterados de estas limitaciones, reduciéndose de esta manera –por lo menos- las posibilidades de distraer -por medio de una venta a un tercero de buena- fe la obligación de retrovender al dueño original.

Y la debilidad legal es aún mayor: Me cuentan de una resolución de un señor Juez, en donde se le negó la posibilidad de recuperar el bien a su dueño original pues el Juez concluyó: “¿Qué me pide? Recuerde que usted realmente no ha recibido daño pues ya el Fondo le entregó su valor (cuando le entregó el monto del préstamo)”. Y... ¿los daños y perjuicios? Vaya usted a probarlos (y le pronostico largo y empedrado camino sin resultados adecuados.

Además, si la entidad que presta es un Fondo de Desarrollo Inmobiliario, el riesgo para el pobre dueño original es aún mayor, puesto que esos fondos dependen de las decisiones que tomen quienes suscriben sus participaciones. Por lo tanto, la relación de respeto que pueda existir entre el dueño original y el representante del Fondo Inmobiliario que le “prestó” ese dinero, queda soslayada ante el deber de dicho representante de respetar lo que le pidan los suscriptores de las participaciones de ese Fondo. Y ahí pueden jugar hasta intereses comerciales que compitan con los del dueño original necesitado de recuperar su edificio.

Pero, además: ¿Y el riesgo por los posibles embargos que caigan sobre esa “garantía” causados por responsabilidades de dicho Fondo? Es un patrimonio separado del patrimonio individual de sus suscriptores, pero es un patrimonio que debe responder por sus operaciones, o sea, sujeto a gravámenes

de terceros. Una solución consistiría en traspasar la propiedad en fideicomiso en vez de traspasarla al Fondo Inmobiliario directamente, pero... ..propónganle ustedes dicha alternativa a un Fondo Inmobiliario y les garantizo su total negativa. Los beneficios de impedir embargos de terceros se ven destruidos por la tentación de apropiarse de esa garantía a como haya lugar.

Conclusión: Estamos en presencia de dos casos del nefasto Pacto Comisorio, ejemplos en donde los daños se magnifican todavía más a los del Pacto estudiado en la Universidad.

Nuestro legislador debería actuar con premura prohibiendo estas “creativas

alternativas”, de manera que por lo menos quienes lucran prestando dinero lo hagan dentro de verdaderos contratos de préstamo bilateral y consensualmente negociados y con garantías que no cercenen el derecho de defensa del deudor. De esta manera, dicho deudor por lo menos podrá defenderse e intentar recuperar el bien entregado en garantía a pesar de su incumplimiento.

Mientras se logra dicho cambio legal, nuestras autoridades financieras a cargo de supervisar los Puestos de Bolsa y los Fondos de Desarrollo Inmobiliario deberían también actuar para prohibir dichos esquemas. Es su deber y tienen potestades reglamentarias para empezar a hacerlo.