



Actualización del Alerta al consumidor y a la industria publicada por el DRE respecto del fraude en ventas cortas y otros temas relacionados

Hace algunos meses, el Departamento de Bienes Raíces de California (DRE, por sus siglas en inglés) emitió una publicación acerca de las ventas cortas que reseñaba el ámbito de aplicación y alertaba a la industria de bienes raíces acerca de las zonas minadas legales y éticas y los abundantes fraudes en este ámbito. La publicación también debatía y señalaba ciertas prácticas atroces e ilegales de "flippers" de ventas cortas (agentes de reventa a precio excesivo de una propiedad recién adquirida). A esta publicación le siguió otra Alerta para el consumidor del DRE sobre las transacciones de venta corta.

Desafortunadamente, el fraude en las ventas cortas sigue creciendo y muy a menudo parece que los licenciarios y sus consejeros concluyen erróneamente que las prácticas cuestionables o ilícitas "no deben ser malas" porque "todo el mundo lo hace". Los licenciarios deben entender que las prácticas fraudulentas e ilícitas acarrearán acciones disciplinarias por parte del DRE y posible responsabilidad civil y penal.

Esta actualización del DRE acerca de las ventas cortas se expide ante la práctica creciente, cuestionable y a veces ilegal de los negociadores de ventas cortas (SSN, por sus siglas en inglés) que exigen u obligan a los compradores a pagarles honorarios.

El DRE publicará y diseminará tantas actualizaciones adicionales como sean necesarias y apropiadas para proteger al público y para informar a los licenciarios de las prácticas problemáticas, cuestionables o ilegales.

Discusión

Muchos corredores han notado e informado un agudo aumento en la cantidad de agentes de comercialización y SSN que exigen a los compradores que paguen honorarios a los SSN. A veces se les dice a los agentes de los compradores (ya sea en la sección de comentarios del MLS (Multiple Listing Service, Servicio de Listado Múltiple) o en una hoja de instrucciones de preventa) que los compradores deben firmar un anexo especial creado por el SSN en el cual aceptan pagar los honorarios del SSN si planean ofertar.

A los agentes del comprador a veces también se les dice que la oferta de sus clientes no será presentada si el comprador no acepta firmar el anexo del SSN y lo incluye en la oferta. Si es el agente de comercialización o el SSN¹ el que exige al comprador el pago

¹ El SSN es (o debe ser), salvo que estuviera exento en virtud de exenciones legales muy limitadas, un corredor de bienes raíces con licencia para ejercer en California. Ver artículos 10130 y siguientes del Código de Profesiones y Actividades de California, para consultar los requisitos relativos a la licencia y las exenciones. Ver también la discusión en el párrafo (c) siguiente.



de los honorarios y no el vendedor, existe una potencial violación ética y un incumplimiento del deber fiduciario por parte del agente de comercialización ante el vendedor al limitar y restringir la presentación de ofertas legítimas.

Este escenario se presenta cuando se le dice al comprador que “debe” solicitar un crédito para los costos de concreción de la venta que no se repiten (NRCC por sus siglas en inglés, los cuales son generalmente del 3%) como parte de la oferta y con el consentimiento de que el comprador debe utilizar ese dinero para pagar los honorarios del SSN y para pagarle a cualquier otra parte del acuerdo que no quede satisfecha con el monto autorizado por el prestamista de la venta corta (como un segundo prestamista). Los NRCC se muestran en el formulario HUD-1 y si el dinero se paga a través de una cuenta de depósito en garantía (*escrow*), este debería aparecer en un formulario HUD-1 posterior.

Sin embargo, estos honorarios adicionales generalmente se pagan fuera de la cuenta de depósito en garantía porque los prestamistas pueden no aprobarlos. Se debe recordar que en las ventas cortas el prestamista del vendedor puede exigir (y en muchos casos lo deja en claro) que el vendedor no reciba dinero u otro beneficio de la venta.

El anexo del SSN que ha sido creado para trasladar la responsabilidad por el pago de los honorarios del SSN al comprador puede acarrear problemas legales significativos para los corredores. En algunas instancias el agente de comercialización intenta recibir dinero extra para actuar como agente de comercialización y SSN. En otros casos, el agente de comercialización contrata un SSN externo porque él no quiere o no puede ofrecer servicios de venta corta a sus clientes, pero al mismo tiempo el agente de comercialización no quiere compartir sus ganancias por comisión con el SSN externo que ha sido contratado.

Para comprender mejor las trampas y los riesgos implícitos en este tipo de arreglos, se ofrecen los siguientes consejos:

(a) Aunque el anexo del SSN es un documento contractual, la razón principal por la que estos términos y condiciones están en un anexo separado es que de esta forma permiten que el agente de comercialización o el SSN le oculte esta información al prestamista del vendedor y en algunas instancias, al prestamista del comprador. En base a reportes de experiencias de abogados y trabajadores de bienes raíces, pareciera que los SSN inescrupulosos evitan deliberadamente enviar el anexo a los prestamistas como parte del paquete de información para la aprobación de la venta corta por parte del prestamista del vendedor. Esta práctica de ocultamiento deliberado podría llevar a un fraude del prestamista. Si no se envía el anexo al prestamista del vendedor, este podría no saber que se le ha exigido al comprador (ya sea que estén o no aprobados para obtener crédito por los NRCC) que entregue dinero a otros en la transacción, entre ellos al SSN. Se ha visto que, además del pago del SSN, se les ha exigido a los compradores el pago de deudas de tarjeta de crédito del vendedor, sus gastos de mudanza, los gastos por compra de muebles a un precio excesivo y el pago



de sumas para beneficio directo del vendedor. Si esos pagos “adicionales” no están aprobados expresamente por el prestamista del vendedor serían extremadamente problemáticos desde el punto de vista legal.

(b) La inclusión de los honorarios del SSN en el formulario HUD-1 es cuestionable e insuficiente para calificarla como divulgación realista y oportuna al prestamista del vendedor de la realización del pago. El acuerdo que firma el prestamista del vendedor generalmente especifica el monto total que se les pagará a los corredores de comercialización y venta en concepto de comisión de la transacción. Dicho acuerdo puede incluir instrucciones relacionadas con la cuenta de depósito en garantía impartidas por el prestamista y éste puede no aprobar el pago del SSN que se agregaría al monto autorizado como pago para los corredores de comercialización y venta. Los prestamistas pueden considerar cualquier honorario del SSN como pago de comisión, ya que el SSN ejerce como licenciataria de bienes raíces de California. Cuando el pago separado de los honorarios del SSN por parte del comprador aparecen en el formulario HUD-1 final y dicho pago no ha sido autorizado en el acuerdo del prestamista (o sea, cuando la comisión que van a recibir los corredores de comercialización y venta excede el límite autorizado por el prestamista), éste puede considerarlo una violación de las instrucciones relativas a la cuenta de depósito en garantía, lo cual puede constituir fraude del prestamista. Recientemente, una empresa de títulos del Norte de California (que había actuado también como depositario) llegó a un acuerdo en un caso y debió pagarle al prestamista el monto total del préstamo “perdonado” (más costas y honorarios de abogados) solamente porque la empresa depositaria había autorizado un pago menor que no había sido aprobado por el prestamista.

(c) El anexo del SSN puede contener disposiciones con la intención de establecer que el SSN (que negocia con el prestamista del vendedor en representación de este último) también representa los intereses del comprador con el fin de justificar el pago de honorarios al SSN por parte del comprador. El turbio e incierto problema de a quién representa realmente el SSN, que depende de los hechos y las circunstancias, como base para alegar que el SSN actúa en representación de ambas partes y no lo comunicó puede llevar a la resolución de la transacción, la restitución de las comisiones de los corredores y los involucrados en la venta, y en última instancia la revocación de la licencia u otra medida disciplinaria similar. Es posible que el SSN no entre en el ámbito de aplicación de la ley de divulgación de representación que generalmente se aplica a los agentes de comercialización (término que se encuentra definido en el Código Civil de California, artículo 2079.13 (f) como la persona que actúa como representante de una serie de bienes inmuebles a cambio de compensación) y agentes vendedores (término que se encuentra definido en el Código Civil de California, artículo 2079.13 (n) como el agente que vende o encuentra un comprador para bienes inmuebles). Por ejemplo, los abogados que presten servicios en el curso de su ejercicio no están incluidos en el ámbito de aplicación de la ley de divulgación antes mencionada. La creación errónea de una relación de doble representación podría no ser confirmada en el contrato de compraventa o en los anexos (tal como lo requiere el



Código Civil de California en su artículo 2079.13 y subsiguientes) y los SSN podrían no entregarle al vendedor el formulario de divulgación de representación en el tiempo adecuado (si es que se lo entrega). Generalmente el SSN tampoco se molesta en entregarle al comprador el formulario de divulgación de representación aunque esta sería exigible si existe relación de representación (“agente de venta”) entre el SSN y el comprador. El incumplimiento en la entrega a tiempo de la divulgación de representación puede invalidar la obligación de pagar comisión conforme los términos del contrato de comercialización (sírvese ver el caso Huijers v. DeMarrais, 11 Cal.App.4th 676 (1992)). Tal razonamiento y análisis pueden servir de base legítima para negarle los honorarios al SSN.

(d) Mientras la mayoría de la documentación escrita referente a la transacción de venta corta hablará de una venta por el valor de mercado (*fair market value* o FMV, por sus siglas en inglés), el SSN y los agentes de comercialización pueden enfatizar en forma oral que se pagará un monto menor al valor de mercado como parte del plan para inducir al comprador a pagar los honorarios del SSN. Desafortunadamente, si el comprador reconoce que está pagando menos del valor de mercado actual de la propiedad está incurriendo en una contravención directa de lo que se les puede exigir a compradores y vendedores que certifiquen para asegurar la aprobación de la venta corta por parte del prestamista del vendedor. En el pasado se les ha exigido a los vendedores que certifiquen bajo pena de perjurio que la propiedad está en venta por el valor de mercado. Cada vez más prestamistas exigen ahora que los compradores también firmen documentos de certificación similares. Las declaraciones falsas, el perjurio o la incitación al perjurio tienen graves consecuencias legales, penales y disciplinarias. Además, el precio de venta “rebajado artificialmente” no evitará que las autoridades tributarias determinen el valor tributable de la propiedad al valor del mercado. Si esto ocurre, la exposición a mayor responsabilidad puede surgir para los corredores conforme a su participación en el plan de fraude.

(e) Como se expuso anteriormente, los honorarios del SSN que se le cobran al comprador podrían no formar parte de las “negociaciones” entre las partes. En cambio, puede ser una exigencia de la venta conforme los comentarios del agente de comercialización en el MLS o en cualquier otro acuerdo de preventa entregado por el agente de comercialización o el SSN a agentes de posibles compradores. Podría decirse a estos agentes que las ofertas de sus clientes no serán siquiera consideradas (o a veces ni siquiera presentadas) a menos que la oferta incluya los términos exigidos, lo que incluye el crédito o la exigencia de que los compradores y sus agentes deban firmar el anexo del SSN. Como el SSN es un prestador de servicios que debería ser remunerado a través de la cuenta de depósito en garantía, si no existen realmente los servicios para el comprador, exigirle a él que pague los honorarios “extra” también parece constituir honorarios “basura” ilegales, conforme la ley federal conocida como RESPA, por sus siglas en inglés (Ley de Procedimientos de Liquidación de Bienes Raíces).



(f) Si los honorarios del SSN se pagan fuera de la cuenta de depósito en garantía para que el monto no aparezca en el formulario HUD-1, el ocultamiento puede violar la ley federal. Además, dependiendo de su participación, todas las partes de la transacción (vendedores, agentes, compradores y depositarios) podrían ser acusados o declarados conspiradores para violar la ley federal por aceptar estructurar el acuerdo de forma tal que incluya pagos “ocultos” fuera de la cuenta de depósito en garantía.

(g) El SSN puede reclamar que los compradores realmente no le están pagando honorarios porque dichos honorarios salen del crédito del 3% que el vendedor le brinda al comprador en concepto de NRCC. Los negociadores generalmente pueden hacer que el prestamista apruebe el crédito en el acuerdo. Como se ha dicho anteriormente, pueden existir problemas de fraude del prestamista por el desvío del crédito, lo cual puede constituir la base para una demanda por práctica de negocios ilegítima. Si el prestamista del vendedor autoriza el crédito al comprador como se especifica en el contrato de compraventa con el vendedor, pero se le exige y se lo obliga al comprador a destinar parte o el total del crédito para pagar los honorarios del SSN (o de otros), entonces los SSN podrían encontrarse involucrados en un “juego de ocultamiento”. Si esto ocurre, los intereses de los compradores podrían estar desprotegidos tanto por parte del SSN que tiene deberes fiduciarios (como se ha dicho anteriormente) o por su propio agente que tiene esos mismos deberes fiduciarios. El incumplimiento de deberes fiduciarios tiene consecuencias en términos de responsabilidad civil y disciplina con respecto a la licencia.

(h) Finalmente, debe notarse que muchos de los anexos u otros documentos que se utilizan para exigir pagos para los SSN pueden contener cláusulas de indemnidad que pueden darle a los licenciatarios de bienes raíces una falsa sensación de seguridad con respecto al decoro de dichas transacciones. Debe advertirse que, como generalmente no existen pagos separados por las cláusulas de indemnidad, la exigibilidad de la obligación de indemnidad para con los firmantes es problemática.

Conclusión

Existen muchas complejidades en el ámbito de las transacciones de venta corta. Como se ha dicho anteriormente, el fraude en este ámbito sigue creciendo. Las variedades de fraude continúan evolucionando. Aunque en este documento se han expuesto ejemplos de fraude y de prácticas cuestionables e ilícitas, la discusión no es exhaustiva, ya que las personas que realizan los fraudes continúan modificando sus planes y métodos de operación.

Cuando se lidia con el gran número de cuestiones que nacen a partir de que se les exige a los compradores pagar honorarios “basura” a los SSN, los licenciatarios de bienes raíces deben entender cuán problemática y poco segura es esta práctica realmente, en términos de responsabilidad civil, penal y de disciplina con respecto a la licencia.