

CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE LA PROPIEDAD*

Os preguntaréis (yo también me lo pregunto) que qué hace un chico como yo en un seminario como éste, un seminario de ciencia política, compartiendo una ponencia con una profesora de Historia del Derecho y hablando a un público reducido, pero todos profesores especialistas en distintas materias, yo que no soy especialista en ninguna y que tampoco soy profesor exactamente.

Pero es lo cierto que últimamente paso por aquí cada miércoles y cada jueves, por esta Universidad, y aunque nunca he tenido sensación de peligro, la verdad es que el riesgo de tener que participar en alguna conferencia o charla o coloquio, al cabo de los años empieza a ser un riesgo bastante serio, y alguna vez -esta vez- no se consigue eludir...

Pero, en fin, ya puestos, no quisiera desperdiciar la oportunidad (pues como ésta a lo mejor no vuelvo a tener otra en mucho tiempo) para agradecer a quienes por amistad me han invitado, pero, sobre todo, más que agradecer, quisiera aprovecharla para protestar. Para protestar en serio, porque ya no se puede aguantar cómo están las cosas, cómo está todo en general. Y en particular, el tema que se me ha asignado en este seminario (las «Consideraciones actuales -o algo así- sobre la propiedad») también me vale (sin salirme de la materia) para seguir protestando. Y pienso protestar en primer lugar, como es lógico, contra mis vecinos, o la disciplina vecina. Yo doy civil, como sabéis, y lo que le queda más cerca -conceptualmente- es el Derecho Mercantil.

* Comunicación verbal en el seminario de «DERECHO, POLÍTICA Y MERCADO», organizado por el «Centro de Teoría Política» en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el día 5 de marzo de 1993.

Sufrimos mucho. Nos han ido arrinconando hasta casi la última habitación de la casa y dentro de poco no vamos a poder entrar y salir más que por la puerta de servicio. Tenemos también otros vecinos igualmente molestos, pero quienes más nos empujan en estos momentos son esos modernos o ¿cómo se les llama? de la moderna doctrina mercantil.

Joaquín Garrigues, en 1959, cuando la invasión de los mercantilistas estaba ya plenamente declarada, utilizó el término, bastante persuasivo entonces, de «generalización» del Derecho mercantil. Pero, en fin, todavía en aquellos años del desarrollismo, más que nada se hablaba de un Derecho general de obligaciones, de la generalización de los contratos mercantiles y de la pretendida ley general de sociedades.

Pero después, el Derecho mercantil ha seguido avanzando y se ha hecho firme en otras posiciones, apropiándose de tantas otras instituciones que siempre se habían mantenido dentro del Derecho civil y que ahora en el Derecho civil están quedando vacías de contenido. Pero ya lo último, recientemente, en todo este panorama, es que el Derecho mercantil empieza a apropiarse de la propiedad misma, y eso sí que parece demasiado... O me lo parece a mí por lo menos, más que nada porque lo único o lo que mejor he aprendido en mi vida han sido el Código civil y la Ley Hipotecaria, y me gustaría (aunque no lo veo claro) seguir sacándoles todo el partido posible.

Una situación tan amargamente como es ésta ya la habían presagiado, en el siglo anterior, algunas personas sensatas. En el famoso libro de MENGER sobre «El Derecho civil y los pobres» (o los desposeídos), escrito cuando todavía se está discutiendo un proyecto de Código civil en Alemania, hay una frase que nos ilustra bastante bien sobre el mismo fenómeno: «Veo yo en estas disposiciones -dice MENGER, al comentar los párrafos que se refieren a la transmisión de las cosas muebles- una victoria ganada por el espíritu comercial en el régimen de la propiedad; una victoria del Derecho de Cambio (del ‘Verkehrsrecht’) sobre el Derecho de Cosas (el ‘Sachenrecht’)».

La propiedad en los Códigos, porque quería ser libre, se formuló muy abstractamente y con una gran simplicidad. Pero en seguida se irá redimensionando a través de la acción legislativa. Su compleja pluralidad interna da paso a unos estatutos muy diferenciados, en función de la naturaleza de los bienes y su servicio a la Comunidad. Al final queda una propiedad bastante relativizada, con el sano propósito, en el fondo, de favorecer su difusión graduando más razonablemente su intensidad.

Este es, básicamente, el sistema del Derecho civil en cuanto a la propiedad. Hay propiedades más favorecidas que otras, y algunas

acusan una especial debilidad. Particularmente, la propiedad inmueble se sujeta a un régimen más restrictivo, cuya organización jurídica (casi toda) gira alrededor de un complejo y eficaz mecanismo de control, que es el Registro de la Propiedad.

El Registro nace cuando triunfa la burguesía liberal del XIX y la propiedad de la tierra cambia de manos a raíz de la desamortización. Es entonces cuando aparece el Registro de la Propiedad, con nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861. El Registro y la Ley Hipotecaria constituyen el instrumento técnico de legitimación jurídica de la nueva clase de propietarios. Se trata de grandes propietarios individuales y no de corporaciones, que acceden al Registro para oficializar su «status». Por eso, el propietario del siglo XIX tiene obsesión por la publicidad del Registro: allí quedan inscritos sus títulos, su propiedad oficialmente registrada, reconocida por todos, protegida «*erga omnes*»...

Años después, cuando políticamente ya no se discuta cuál es la nueva clase de propietarios y ésta se considere definitivamente asentada, entonces esos mismos propietarios inscritos empiezan a comprender que figurar en el Registro tiene también graves contrapartidas. El propietario inscrito está más expuesto al peligro del Fisco y de los acreedores. Es fácil detectar su riqueza y embargar sus bienes. Por eso tiene que haber otra salida para las grandes fortunas, alguna fórmula que combine mejor la seguridad con la opacidad.

Un subterfugio va a ser, muy pronto, ocultar una cabida real de las grandes fincas, registrándolas con una superficie muy inferior a la que tienen. Con ello sólo se trata de burlar al Fisco. No hay perjuicio para el propietario, que siempre podrá disponer de la finca como cuerpo cierto, expresando sus linderos, sin que así la variación de cabida altere el valor real de cambio, de acuerdo con el artículo 1471 del Código civil. Por medio de un expediente reglamentario se facilita además la rectificación de los excesos de cabida. Estamos en el segundo Reglamento Hipotecario del año 1915...

Las técnicas de ocultación han evolucionado mucho desde entonces. Hoy día ya se nos limitan a disimular tímidamente la dimensión de una finca. Ahora la propiedad se esconde por entero, cuando se trata de inmuebles con suficiente valor económico. Si el propietario del XIX, bastante acomplejado por los orígenes poco dignos de su dominio, buscaba el reconocimiento general de su derecho a través del Registro y sentía, como antes decíamos, ese ansia de publicidad dominical, el propietario de finales de XX, por el contrario, no quiere aparecer él directamente en ningún registro oficial, en ningún censo, en ningún archivo público. Se esconde. Curiosamente busca la clandestinidad en lugar de la publicidad. Está sucediendo ahora que la verdadera titularidad dominical, la imputación última de la propiedad de los bienes se desconoce...

Antes era frecuentemente en las escrituras notariales indicar como profesión del compareciente la de «propietario», al consignar sus circunstancias personales. Pero ahora se emplean otras fórmulas. Lo de propietario ya no se estila. Nadie es ya de profesión propietario en una escritura pública. Esos propietarios han desaparecido.

Ahora la organización de la riqueza se parece a un gran tratado de álgebra, lleno de complejas operaciones, las de un tráfico jurídico en el que no es óbice que intervengan operadores desconocidos: basta representarlos por letras o signos (o siglas, tales como «S. A.», «S. L.», «B. V.»...), y eso permite seguir operando como si se conocieran.

Con la etiqueta de sociedades mercantiles, las grandes fortunas han conseguido esa patente de corso que buscaban. El Derecho civil de la propiedad, base de la tributación y de la responsabilidad en la organización social, apoyándose sobre múltiples limitaciones legales y capaz de tantos controles, ya no les afecta. Esa propiedad relativizada del Derecho civil queda para otros. Las clases que detentan la riqueza se han fugado del Derecho civil y actualmente residen en un barrio mucho más exclusivo, como es el Derecho mercantil, que siempre fue, a fin de cuentas, un «*ius singulare*», el Derecho privilegiado de una clase de comerciantes, y hoy, sin duda, también puede definirse como el Derecho privilegiado de una clase de propietarios.

En el fondo, la propiedad siempre tenderá por definición al espacio más seguro, allí donde pueda ejercerse, como decía el legislador napoleónico, de la manera más absoluta. Hoy ese refugio está detrás de un complejo entramado societario. A través de un complicado sistema de sociedades interpuestas y vinculadas se forma la barrera que aísla y protege al propietario actual, permitiéndole gozar y disponer con la mayor autonomía y del modo más absoluto, al abrigo de ese muro infranqueable. Hoy podemos dar al artículo 388 del Código civil esta nueva lectura, cuando nos habla con cierto sabor arcaizante (y tanta historia tras de sí) del derecho de todo propietario a cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas y setos vivos o muertos. Los espinosos setos y alambradas con que hoy se vallan -idealmente- las propiedades (las propiedades importantes) son sociedades mercantiles.

No sé si la vieja fórmula latina sobre el carácter omnipresente de la propiedad en todo grupo humano («*ubi societas, ibi propietas*») de las teorías iusnaturalistas, tiene o no suficiente fundamento, pero, desde luego, dándole la vuelta («*ubi propietas, ibi societas*»), me parece, cuando menos, mucho más acorde con los tiempos que corren.

La gran ecuación entre sociedad y empresa, que ha sido hasta ahora uno de los postulados del Derecho mercantil, no es ya una relación biunívoca. Se ha desarticulado cuando en el esquema societario

ha entrado «el tercer hombre», que es el propietario individual, si bien, igual que el personaje de Harry Lime, interpretado por Orson Welles en la película de Carol Reed, no es fácil encontrarlo, porque se escapa a través de galerías subterráneas y no sale a la superficie.

La organización como sociedad o grupo de sociedades de la propiedad a secas, pone en solfa que el binomio entre sociedad y empresa siga siendo el eje del Derecho mercantil. Porque ¿dónde está la empresa en tantas sociedades patrimoniales, sociedades de mera tendencia de bienes que proliferan cada día? ¿Cómo reaccionan los mercantilistas ante esta absurda realidad de sociedades mercantiles sin empresa?

Creo que ninguno se ha rasgado las vestiduras. La llamada moderna escuela española del Derecho mercantil, con el brillante lenguaje a que nos tiene acostumbrados, ha hablado de la «polivalencia funcional» de las sociedades anónimas, e incluso alguno ha escrito: «la sociedad anónima está en proceso de convertirse en ‘simple técnica de organización’, aunque no se trata de la organización de una empresa». A mí, la verdad, me escandaliza bastante esta actitud impasible de los mercantilistas frente a un problema que puede dar al traste con la concepción misma del Derecho mercantil como Derecho de la empresa.

A mi modo de ver, cuando las leyes mercantiles obligan a disolver la sociedad, cuando -como dice, por ejemplo, el artículo 260 LSA (aplicable también a las limitadas)- concluye la empresa que constituye su objeto, se está expresando la idea de que no es posible una sociedad mercantil sin empresa, o lo que es lo mismo, que las sociedades meramente patrimoniales -aparentes sociedades mercantiles- están fuera de la ley, constituyen un supuesto de simulación absoluta y, por tanto, de nulidad radical.

Reconozco que esta tesis puede chocar con importantes escollos. Uno es que las sociedades anónimas y limitadas -según la ley- tienen carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, aunque bien pudiera entenderse que los tienen cualquiera que sea la índole de la actividad empresarial que constituya su objeto. Se tropieza con otra dificultad, y es que, entre las causas de nulidad de la sociedad anónima que, con carácter de «*numerus clausus*» enumera el nuevo art. 34 de la Ley (fiel a la Directiva), no figura la simulación absoluta, aunque ello no impide entender -según RODRÍGUEZ ADRADOS- que la doctrina general de la simulación sigue siendo aplicable.

El problema de la simulación en la sociedad anónima se ha desenfocado, llevándolo al terreno de la sociedad unipersonal. Sin embargo, la posibilidad de sociedades con un solo socio (que tanto ocupa la doctrina mercantilista) me parece a mí un problema menor. Lo importante no es una cuestión de número, sino que la empresa,

sea individual o colectiva, realmente exista, porque si no hay empresa no hay riesgo que justifique el privilegio de la forma anónima o limitada. Por ello las sociedades meramente patrimoniales deben desterrarse de allí por completo, salvo que queramos cerrar los ojos a un «*fraus legis*» monumental.

Creo que es el momento de dar marcha atrás en la teoría de la persona jurídica, apostatando del dogma de la personificación, cuando se trata de sociedades mercantiles sin actividad empresarial. En ellas procederá siempre levantar el velo de la personalidad, aunque, a veces, más que un velo sea toda una guardarropía, si se opera con un grupo de sociedades vinculadas, puede llegar a ser (en patrimonios importantes) un verdadero laberinto, imposible de recorrer, de sociedades interpuestas, con diferentes nacionalidades, en las que el dato de la nacionalidad de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de selección de la normativa aplicable, para, al final, situar el centro de decisión fuera del alcance y radio de acción de la legislación vigente en el territorio en que radican los bienes o se obtienen las rentas..., y eso después de haber hecho escala intermedia en varios paraísos fiscales por el camino.

Hace unas semanas estuve en Marcial Pons, para ver qué novedades había que pudieran interesarme con relación a esta ponencia, y me quedé alucinado cuando encontré un libro, en la sección de Derecho mercantil, escrito por un detective privado o algo así, del año 1990, muy bien encuadernado, titulado «Manual del investigador mercantil». Dos tomos... Creo que es bastante significativo.

Realmente, para proteger la riqueza, se crea una complicada trama y una compleja labor de ingeniería jurídica, urdida en los grandes bufetes, con corresponsalías en distintos países.

Frente a esta situación, la verdad, es difícil luchar. Pero la moral es lo último que se pierde. La batalla contra los privilegios de la clase dominante -como enseña Carlos Marx- hay que plantearla con realismo, haciendo un análisis concreto de la situación concreta. Hay un primer orden de medidas que afectan al plano de las Convenciones de Derecho Fiscal Internacional, a los convenios de doble imposición. En un segundo orden, hay un conjunto de medidas a adoptar en el Derecho interno del Estado. Todas ellas deben conducir a un mismo objetivo: «*Glasnost*». La consigna es la «*Glasnost*» en el Derecho de las sociedades mercantiles y, en particular, de las sociedades anónimas y limitadas. Esa es la gran divisa: «*Glasnost*» o transparencia.

Y si me permitís que siga un par de párrafos más en este tono de panfleto social y dialéctica de choque, o me lo permitís, por lo menos, los más nostálgicos, yo diría que la consigna pasa, en primer término, por el mantenimiento del «sistema de doble corporación» -anónima y limitada-, combatiendo cualquier tendencia britanizante

hacia la descaracterización o neutralidad de tipo. Y dentro del sistema de doble corporación se primará sobre todo la opción tipológica en favor de la limitada, reivindicando de inmediato a subidas sustanciales sobre la cifra de capital mínimo en la anónima concedida por el poder establecido, que deberá descalificarse siempre como insuficiente.

La consigna de transparencia pasa, en segundo lugar, por una mayor personalización de la sociedad limitada, pidiendo que vuelva a inscribirse en el Registro mercantil la transmisión de las participaciones sociales (con exención en el impuesto de AJD), Registro del que nunca debió dejarse escapar,

Y en cuanto a la sociedad anónima, la «*Glasnost*» pasa por favorecer todo viento germanizante que la impulse hacia una situación tipológica de estatuto fuertemente administrativizado, próxima a la clásica «*offene AG*», de manera que el anonimato de sus sujetos sólo se justifique por la masificación y lo insignificante de cada participación individual.

Y mientras siga existiendo la pequeña anónima, la consigna de «*Glasnost*» pasa por suprimir de inmediato el actual sistema de transmisión por endoso de las acciones nominativas representadas por títulos, derogando el actual art. 56.2 LSA, para sustituirlo por un sistema (hasta aquí quería llegar yo con mi dialéctica marxista), igual al que ha habido siempre, de necesaria intervención de fedatario público en esas transmisiones. De todas las consignas formuladas, y de todo lo que he dicho o pueda todavía decir en esta ponencia, esta medida es lo más importante de todo.

Con tantos aspectos y matizaciones que han quedado sin formular (por ejemplo, la conveniencia de exigir en la transmisión de acciones no cotizables y participaciones sociales la incorporación al documento público transmisivo de algún tipo de balance expresivo de la composición patrimonial de la sociedad, en aras del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, e indicativo, derivadamente, del verdadero valor de lo transmitido), la «*Glasnost*» en las sociedades mercantiles debe, en suma, tener esta doble proyección: transparencia con relación al objeto. Se me criticará, con razón, que, en cuanto al sujeto, no deja de haber bastante voluntarismo en todo lo que he dicho. Y en cuanto al objeto, aun cuando llegaseis a convenir conmigo que, en efecto, a través de la doctrina de la simulación absoluta, del fraude de ley, o de la penetración de la persona jurídica, no deben admitirse las sociedades mercantiles meramente patrimoniales, no deja de haber, pese a todo, mucha ingenuidad en esas palabras, pues la verdadera dificultad es la de detectar en la práctica cuando se está en presencia de una sociedad meramente patrimonial, que es algo, desde luego, que sus estatutos no van a delatar

En mi opinión, más que las cláusulas estatutarias con objetos

sociales cuasi -omnicomprensivos y pseudo-inmobiliarios, no hay mejor pista que pueda descubrirnos la existencia de una sociedad meramente patrimonial que sus declaraciones periódicas en la liquidación del I.V.A. Si faltan declaraciones o en ellas se detectan largos períodos de inactividad, o unos Ivas repercutidos con importantes dispares o en operaciones aisladas (el clásico «pelotazo»), que denotan, en suma, la falta de habitualidad y tipicidad características por definición del empresario, habría indicios razonables para presumir la existencia de una sociedad meramente patrimonial, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

Ligar el concepto técnico de transparencia fiscal con la legislación del I.V.A., me parecería un avance, superando así el limitado marco que actualmente tiene la transparencia fiscal en la Ley del Impuesto de Sociedades. Sería un buen camino a seguir, lástima que no se haya seguido por la nueva Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido recién aprobada. Desde una lógica de I.V.A., parecería congruente hacer entrar en transparencia fiscal a las sociedades arrendadoras de inmuebles, que no fuesen compañías de «*leasing*», dado que tales arrendamientos están exentos de I.V.A., salvo el arrendamiento de local de negocios. Pienso que sería una solución sensata, pues un rentista no se confunde con un empresario, y con ello habríamos dado un paso de gigante en la lucha por la erradicación de las sociedades de mera tenencia de bienes.

Pero todavía habría que abordar otros aspectos. El más importante, que la transparencia fiscal no pudiera destruirse por la presentación de las declaraciones de I.V.A., cuando se trate de Ivas soportados y repercutidos por servicios prestados entre sociedades vinculadas del mismo grupo o sujetas a régimen de balance consolidado.

En definitiva, se trataría de que el legislador fiscal, mediante una acertada delimitación normativa de los supuestos de transparencia fiscal, con este instrumento en sus manos, guiase al resto del ordenamiento y en particular, al Derecho Civil, sirviéndoles como una especie de zahorí, para detectar por debajo de cualquier estructura o entificación jurídico-formal aquellos dominios sumergidos que deben aflorar a la superficie y sujetarse al régimen de la propiedad común.

El actual Derecho Tributario sobre transparencia fiscal dista mucho todavía de poder cumplir este objetivo. La regulación de la transparencia fiscal, hoy contenida en la Ley del Impuesto de Sociedades, es bastante circunspecta y en cierto sentido incluso, contraproducente. En el régimen actual, por ejemplo, la transparencia cae a partir de diez socios, por lo que la opacidad fiscal depende de constituir el suficiente número de sociedades interpuestas. Eso sí,

claro está, pagando el coste correspondiente. La opacidad es una cuestión de precio.

Las técnicas de blindaje de propiedades individuales en el interior de complejos grupos de sociedades, y de otro lado, el fenómeno paralelo de fragmentación de la gran empresa en pequeñas sociedades a fin de diversificar sectorialmente los riesgos de la explotación, explican la paradoja actual de que en una época histórica, como la que nos ha tocado vivir, de progresiva concentración de la riqueza y enorme desempleo, sin embargo, proliferen cada día más las pequeñas sociedades. De pronto, asistimos a un crecimiento exponencial de su número, sin que ello suponga (no nos llamemos a engaño) una mayor difusión de la riqueza o alguna esperanza frente al paro, sino todo lo contrario. No dejará de ser quizá un consuelo -pienso- para quienes en este país están tan preocupados por la regresión demográfica y la escasez de nacimientos, que, al menos, en compensación, la población de personas jurídicas esté aumentando tanto y goce de tan favorables perspectivas.

La metáfora culta de la persona jurídica, cuyos primeros pañales fueron los doctos ropajes del Derecho canónico, sirvió a la inteligente burguesía del XIX para abandonar, una vez tomado el poder, los principios de igualdad entre los ciudadanos que antes había predicado, sin contradecirse consigo misma, pues los nuevos privilegios los restauraba no para sí, sino para otros sujetos sobrehumanos -las personas jurídicas- que, en el fondo, no eran sino entelequias clónicas de los nuevos hombres y familias dominantes. Sigue siendo así, y quizá no ha sido nunca de otro modo.

El panorama de la propiedad actual vuelve a ser el de un dominio dividido, como en épocas históricas, durante la Edad Media y el Antiguo Régimen, en que frente al superior dominio del Señor, formal y espiritual, titularidad llamada de dominio directo, se contraponía la titularidad llamada de dominio útil, propia del colono, enfiteuta, feudatario o siervo, vinculados a la tierra, obligados al pago de gabelas, pecherías, censos y tributos.

Así hoy también, en cierto modo, podemos hablar de una suprapropiedad, que se ejerce a distancia, mediatizada por la interposición de una pluralidad de personas jurídicas, que permiten mantener inmóviles, perpetuas en los Registros las propiedades inscritas a su nombre, pero tan mano muerta como la de los «*pia corpora*» del pasado; una suprapropiedad con un régimen jurídico privilegiado.

Y frente a ella, la otra, la demás propiedad; la propiedad inferior. Esta es la propiedad que se rige por el Derecho civil, la propiedad de los infrapropietarios, sujeta sin posibilidad de escape al pago de impuestos y contribuciones. Fácilmente embargable por los acreedores. Con perfecto control oficial de cuándo, cómo y a quién se transmite,

no eximiéndose tampoco del pago de laudemios, como el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y, sobre todo, el impuesto sucesorio cuando se hereda. Es una propiedad que obliga, con cargas, y con responsabilidades. Es, al mismo tiempo -como ha puesto de relieve mi maestro DÍEZ-PICAZO- una propiedad masificada, comprimida; cuyo sujeto también está ligado a ella por un vínculo real permanente que suele ser un préstamo hipotecario que le lleva media vida amortizarlo. Es la propiedad común, la propiedad del Derecho civil.

La suprapropiedad, en cambio, es otra cosa. El propietario no se llama así, se llama de un modo mucho más fino: accionista, socio, consejero-delegado o, si se prefiere, en cualquier momento y a la más mínima, Junta General Extraordinaria Universal. Se rige por el Derecho mercantil, que es mucho más ágil, mucho mejor adaptado a las necesidades del tráfico y acorde con la flexibilidad que hay que tener en los tiempos modernos. Es una propiedad que, además, no paga impuestos, faltaría plus, porque sabe Dios qué jeque, Estado o extraña isla tendría derecho a cobrarlos. Es una propiedad que no hay acreedor que la pille, inembargable, y que se vende y se hereda sin que se entere nadie (o más bien se vende, pues ya sólo heredan los pobres). Basta con endosar en blanco esos títulos que andan por alguna parte y anotarlos, cuando interese, en el libro guardado en la mesilla de noche. Es un chollo que se llama polivalencia funcional.

Pero ¿hasta cuándo, Catalina, deberá aguantar nuestra paciencia?, porque yo protesto. Protesto en serio.

DOXA-14 (1993)

