

Autodefensa, proceso y sociedades mercantiles: La destrucción de títulos-valores

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN (*)

Dr. Honoris Causa
Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid
Miembro de las Directivas de la «International Association of
Procedural Law» y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal
Colegiado s. ej. de los I. Colegios de Madrid, y Valencia

Vae victis.

(¿Brennus?)

1.— El llamado tradicionalmente «título-valor» —acción, obligación, bono, etc.— era y es una yuxtaposición de los elementos básicos o «soportes» a saber:

A) Un papel o cartulina, regularmente, de buena calidad —caro— material;

SIGLAS

BC o BBCC = «Boletín de Cotización» (en Bolsa) o plural.

BOE = Boletín Oficial del Estado.

BORM = Boletín Oficial del Registro Mercantil.

CSB = Consejo Superior Bancario.

LMV = Ley del Mercado de Valores.

LOTJ = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial.

LSA = Ley de Sociedades Anónimas.

(*) Para el Libro-Homenaje al Prof. Dr. Aurelio Menéndez Menéndez.

B) Sobre él, unas manchitas de tinta, que forman letras, palabras y frases, en las que describe el valor dinerario, —el «valor»—, contenido de ese papel o cartulina, en operaciones mercantiles.

La evolución del tráfico comercial, y la enorme proliferación del «título-valor» acción, obligación, etc., sus transmisiones constantes, así como sus sustituciones y anulaciones y cambios (1), a dado lugar a que se pusiera de manifiesto la incomodidad e inadecuación de estos bienes, objetos muebles; la «manipulación física de una ingente masa de papel» («Exposición de Motivos» Decr. 1128/1974, de 25 de abril, estableciendo un sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y Depósito de Valores Mobiliarios), su traslado constante, efecto de compra-ventas, el levantamiento y cambio constante de los depósitos, con su repercusión en el contenido material de los mismos; ello, agravado cuando del tráfico internacional de tales objetos se trata; todo ésto ha producido el fenómeno del tratamiento de los «títulos» como fungibles o sustituibles; su transformación en «anulaciones en cuenta bancaria».

Se parte de la nueva base de lo cuasi-obligatorio para los titulares, de haber de depositar sus títulos en poder de un establecimiento o entidad «adherida», determinada (arg. art. 4.º RD 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles, clave de la situación jurídica actual). Estas entidades han de expedir —se *trataba* de un contrato de depósito— las «anotaciones en cuenta bancaria» necesarias, que sustituirán a las viejas cartulinas o «títulos-valores».

El antiguo título-valor, de papel o cartulina a la que se incorporan leyendas —y adornos, en ocasiones, de gran valor artístico o decorativo— es sustituido por un pedacito de papel —por un papelucho sin gracia alguna—, la «anotación en cuenta» procedente regularmente de un ordenador o computerizador (asqueroso neologismo) —el ordenador de la entidad emisora o de la depositaria— en el que también se han superpuesto (a menudo, de manera casi ilegible: mala educación en la conservación de los ordenadores) las leyendas en las que se indica el nombre de la entidad emisora, la emisión, el valor de que se trate, la cantidad del mismo, el nombre de la entidad «depositaria» y el del propietario. Estos papelitos, se sustituyen unos a otros, anulándose en su caso, por razón de las transmisiones de los «valores» o sus vicisitudes —aumentos o disminuciones de capital incorporado, incluso sus nulidades en sus casos—.

(1) *Cfr.* la interesante tesis doctoral de NEMESIO VARA DE PAZ, «Pérdida, sustracción y destrucción de los títulos-valores», con prólogo de R. GARCÍA VILLAVARDE, ed. Montecorvo, Madrid, 1986, *passim*.

Esta documentada obra se queda en el umbral cronológico del problema en España.

Las entidades emisoras, se liberan así de los gastos del papel o cartulina y de las impresiones —repito, en ocasiones eran hasta lujosas y espléndidas como categorías artísticas—; la entidad depositaria, ahorradora, evita el almacenar, custodiar y manipular tales artefactos —delicados por su esencia—, así como los pesados envíos por correo; se libera de expensas de personal, espacio, material y transmisiones. Así se simplifica y abarata el tráfico; pero no sin abaratar el coste a sus mantenedores, que son las entidades emisoras y las depositarias administradoras.

Se ha producido así, una escisión en el contenido del bien-objeto mueble, del antiguo «título-valor»; esto es,

A) De un lado, el «valor» dinerario, el «escrito», muy condensado, se incorpora a la «anotación en cuenta bancaria»;

B) Del otro lado, el viejo soporte, el papel o cartulina impreso y adornado en el que había constado.

Al producirse esa «des-incorporación» o «descorporeización» o «destitulación» del «valor» en el «título» (y los calificativos son a cual menos eufónico), en el «papel o cartulina impresos» es necesario inutilizar éste, para evitar duplicidades del «valor» ya incorporado a la «anotación bancaria». Y para evitar tales duplicaciones, en España, el bárbaro medio admitido legalmente, es el de autorizar la destrucción —previa su anulación— de los papeles, cartulinas o viejos títulos, por las antiguas entidades depositarias, bancos, cajas de ahorro, etc. (art. 4.º, 6 y Disp. Trans. I, 6 del RD 116/1992, de 14 de febrero *cit.*). (Las «entidades adheridas» o «encargadas» del RD) (2).

Y se olvida totalmente que esos papeles o cartulinas impresos, ya sin valor mercantil, siguen teniendo el *civil* (¿Por qué no llamarlo así?) de «papel impreso»; y que siguen siendo de propiedad, como tales papeles impresos, del titular del viejo «título-valor» ya inexistente.

Ese olímpico olvido —que puede verse a lo largo de todo el RD último citado— hace, incluso que los propietarios e interesados en esos antiguos «títulos-valores» hoy reducidos a «papeles impresos» una vez oficialmente anulados, no sean oídos ni citados previamente a su «destrucción» por la entidad adherida o depositaria (las «Entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, que dirige la gestión de la compensación de valores y su registro contable, desde la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores); hace que esos legítimos propietarios, repito, no sean llamados ni oídos temporánea-

(2) Como se verá a lo largo del examen de la legislación, hay una opción, que también se deja a las entidades «destructoras»; la de, simplemente, «anular visiblemente los antiguos títulos» con lo cual, estos conservan su valor civil, del cual se dispone como se verá.

Pero se prefiere la destrucción (*Cfr.* el borrador de la Circular del Consejo Superior Bancario (CSB) 122/1993, de 3 de diciembre) en el que se refleja el pensamiento de sus AA. mas bien favorable a las destrucciones.

mente sobre esa destrucción o «anulación visible» art. 4.º, 6 RD 116/1992, y pervivencia; Circular del Consejo Superior Bancario (CSB) 122/1993, de 3 de diciembre regulando tales destrucciones).

Esto es: se concede por la normativa, a las «entidades adheridas» —bancos, cajas de ahorro etc., art. 76 RD 116/1992— *una potestad de autodefensa muy intensa, ope legis*; ya que acuden a la violencia —a la destrucción de bienes ajenos— sin proceso legal previo ni intervención judicial. Los propietarios, no pueden —no se enteran— reclamar la devolución de sus «papeles impresos», que no han dejado de ser «suyos» (mejor dicho: esa destrucción o ulterior posible disposición por parte de la entidad ejecutora, indica que han sido expoliados).

En efecto, el RD 116/1992, de 14 de febrero, admite que, tras su legal anulación como «títulos-valores» producida por obra de su transformación en «anotaciones en cuenta bancaria», la entidad depositaria (que deja de llamarse tal, art. 4.º de RD) o la emisora en su caso, «podrá proceder a la destrucción de los títulos recogidos, extendiendo el correspondiente documento en el que se haga constar dicha circunstancia, que será también firmado por un representante del emisor. En todo caso, en los títulos que no se destruyan deberá hacerse figurar visiblemente que han quedado anulados» (art. 4.º, 6 DR 116/1992 *cit.*).

La Circular del Consejo Superior Bancario n.º 122/1993, de 3 de diciembre regula el «proceso de destrucción» de los antiguos títulos-valores, sin que en él se advierta ninguna necesidad de advertir a los propietarios los «papeles» de que ván a ser destruidos, para que los retiren. Y el acto de la destrucción se regula en su Anexo 3, con la gravedad con las que antiguas *Ordonnances* francesas estudiaban la ejecución de personas inquisitivamente condenadas...

Esta normativa, no respeta los derechos de los propietarios sobre los soportes materiales de sus antiguos valores; son las entidades adheridas al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, las que, por el mecanismo de la autodefensa autorizada legalmente, obran y destruyen bienes ajenos. Mejor dicho; ya no ajenos. Se ha producido una expoliación de tales bienes, como se vá a ver.

Mientras se desarrolla este *processus*, en su correspondencia ordinaria con sus clientes-depositarios de títulos-valores, las entidades «depositarias» ya han dejado de serlo, pero continúan tratando de «la administración de su cuenta de valores» del «contrato especial de valores», del «depositante», de «gastos del depósito»... cuando posiblemente *ya han destruido el bien depositado*.

Una de las obligaciones del depositario mercantil —varias— es la de conservar los bienes depositados es la de —«conservar la cosa»— así con «devolverla con sus aumentos, si los tuviere, cuando el depositante se la pida» (art. 306 del Código de Comercio vigente). Luego, ya no se trata, aquí, de un depósito. Ha sido novado (?) *ope legis* por una situación en la que se autoriza a determinadas entidades a destruir bienes ajenos que estaban depositados, sin advertir a sus titulares de tal propósito.

Esto es, se ha producido una expoliación. El RD 116/1992, ni sueña —naturalmente— con que se trate de «una expropiación forsoza por utilidad o interés social». Es pura y simplemente, una expoliación.

Si esos papeles molestan a las antiguas entidades depositarias, ins-ten a sus propietarios a que se los lleven, antes de proceder a violencias destructoras. Pero las publicidades en cuanto anulación de los ex-títulos, no suplen, a mi entender, las notificaciones específicas previas a tales violencias autodefensivas.

Mas el RD 116/1992, en su art. 4.º deja a las entidades —ex-depositarias—, la opción entre «destruir» o «hacer que figure» (en los títulos «que no se destruyan») visiblemente, que han quedado anulados (Art. 4.º,6); y la Circular 122/1993 *cit.*, insiste en la necesidad de que conste claramente esa anulación, para «evitar en todo caso los riesgos que podrían derivarse de la existencia y posible utilización indebida de títulos físicos en los que no figure visiblemente la circunstancia de haber quedado anulados» (Circular *cit.*, *aff.*...).

Esto es: no se deja opción al propietario, pero sí al «depositario a la «Entidad/encargada», del art. 4.º RD *cit.*, entre destruir o conservar esos «papeles impresos».

Lo lógico, repito, sería en este caso, devolverlos a sus propietarios —que lo siguen siendo; pagaron no solamente por el «valor» sino por el «título»—; pero el RD *guarda silencio*. El accionista no demasiado advertido de este ordenamiento bancario cuasi-sumergido, está confiado en la existencia de sus valores depositados —el banco se lo dice periódicamente—; pero éstos, no solamente ya no existen como «títulos» sino que sus soportes, los «papeles» se hallan en poder de otro, el cual dispone de ellos.

En efecto, sería pedir cotufas en el golfo, hacer que los bancos vol- viesen a custodiar tales papeles, sin valor «mercantil». Por ello, lo racional en ciertos directivos, a la vista del silencio de la ley, será proceder a su eliminación mediante... la venta.

Y aquí entra en juego el valor *civil* de aquellas cartulinas, quizás tan artísticamente decoradas: esa venta es posible que se haga, directamente o por intermediarios, a coleccionistas —lo mismo que los hay de sellos o de billetes de banco caducados, etc.—, o bien a simples aficionados al arte, como objetos decorativos. Y sus precios pueden ser muy altos. En efecto, se trata de bienes de mercado, en cantidad limitada y no reproducibles (no hay mas «acciones» que las de aquella emisión), cuyo valor aumentará con el tiempo, hasta devenir objetos históricos. Y este coleccionismo está hasta internacionalmente organizado.

Pero, la entidad destructora «las entidades encargadas» del art. 4.º,4 RD 114/1992, de 14 de febrero —ahora se las podría llamar entidades-verdugo— si escoge la no destrucción y consecuente oposición de un sello o cajetín en el que se «haga figurar visiblemente que han quedado anulados», no se va a encargar de nuevo de la custodia de lo que ahora

son papeles sin valor mercantil, y que cuando aún lo tenían, le molestaban por su volumen—; calidad de delicados en su manipulación y transporte—. Y no ha escogido su destrucción ¿Qué hará? Ni el RD que cito, ni otras disposiciones que yo conozca —en medio de ese pantano, de normatividad sumergida que es el de las finanzas españolas, movido por Circulares e Instrucciones cuasi-secretas o de publicidad muy limitada— impiden que las citadas entidades puedan enajenar esos bienes que obran en su poder —los «papeles impresos»—; que dejen de devolverlos a sus dueños y directamente, o por personas interpuestas, los... enajenen incluso a título oneroso. Bien sea —lo repito— como vulgar papel usado a reciclar, bien... como papel-objeto de arte y decoración. Y hay muchas de esas acciones y obligaciones ya desprovistas de su valor mercantil, que lo siguen teniendo *civil*, y muy grande. Sin perjuicio, además de posibles valores sentimentales, de entidad incalculable.

Todo esto, lo desprecia la legislación bancaria específica vigente. «El título-valor», se destruye por la «entidad-encargada —la ex-depositaria transformada en verdugo— o se anula visiblemente». Y se acabó.

Pero no «se acabó». Ha habido una autodefensa permitida *ope legis*, que ha terminado —si los bienes muebles se enajenan a título oneroso por la entidad «encargada»— con un enriquecimiento injusto. Y además, si el Estado u otra entidad de derecho público percibieren impuesto sobre tal transmisión, ese enriquecimiento injusto les favorecería; se habrían co-partícipes de él, además de haber provocado su aparición.

El asunto podría tener una vertiente penal, que no examinaré aquí.

2.— El camino de la destrucción —pasando por su transformación, por la des-incorporación, por su des-corporeización como valores— de los ex-títulos-valores, es complejo (3). Y llamo una vez más la atención, —es esencial— sobre el hecho de que, en ese *iter*, no se cuenta para casi nada con los propietarios de tales bienes. Todo transcurre entre superiores entidades financieras del país (4) y las entidades bancarias —a las que se exorna con el nombre de «Entidades adheridas»— (art. 30 y esp. 76 y ss. del RD 116/1994)— o de «entidades en-

(3) *Cfr.* mi monografía «Ensayo sobre procesos complejos» Madrid, ed. Tecnos, 1991. Es la Ponencia nacional española al IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, org. por la International Association of Procedural Law (Coimbra-Lisboa, 1991).

(4) El Consejo Superior Bancario, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 14 ss. Ley del Mercado de Valores, 24/88, de 28 de julio), (LMV), el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores —una sociedad anónima, por cierto, art. 54 LMV—, las Sociedades y Agencias de Valores, las Bolsas de Valores —también regidas por sociedades anónimas—, y las «Entidades adheridas» o «encargadas» que son los Bancos, Cajas de Ahorros etc. (art. 78 ss. RD 116/1992 *cit.*); más claramente: las depositarias que *ope legis*, se autodefenden destruyendo los bienes depositados (en su parte perenne, el «papel impreso»).

cargadas del Registro Contable —art. 30 del mismo, o simplemente de «Entidades encargadas»— de la destrucción o «anulación» de los títulos, art. 4.º 6 RD 116/1992); todo ello con bastantes confusiones terminológicas que repercuten en la atmósfera bancaria; pero no se cuenta, efectivamente, con los propietarios de los títulos-valores, mas que a fin de exigirles su presentación para su transformación en anotaciones en cuenta (art. 4.º, *cit.*) con amenaza de su anulación.

Después, en efecto, hay notificaciones generales, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» —art. 49 RD 1992—, en el «Registro Público» *ad hoc*, art. 7.º RD 1992, etc.; el nombre de los propietarios, naturalmente, figura en las anotaciones en cuenta (5), etc.; pero yo no veo que se notifique a tales propietarios de la ya acordada destrucción de sus objetos muebles depositados, o de su «anulación visible», del art. 4.º del RD rep. citado.

Y no hay intervenciones judiciales; ni sospecha de que pueda tratarse de una actividad de jurisdicción voluntaria garantizada por la presencia judicial.

A la inversa: ya en la Ley del Mercado de Valores (LMV) 24/1988, de 28 de julio, «el concepto de fe pública obligatoria de los agentes mediadores desaparece» («Exposición de Motivos» 6) y esos fedatarios, son sustituidos por las «Sociedades y Agencias de Valores» (art. 62 y ss. LMV).

Esta desaparición de la fé pública en el tráfico de títulos-valores, y su sustitución por las «transformaciones contables» (art. 12 del RD 116/92, de 14 de febr.) —que equivalen «a la tradición del título» (art. 12 *cit.*): esto es, la sustitución del fedatario por «un dedo anónimo pulsando una tecla del ordenador»— supone, en el fondo, una deshumanización de todo el tráfico, que naturalmente, hace casi-desaparecer al Hombre en la vorágine administrativo-financiera de actividades administrativas (no independientes, naturalmente: subordinadas a la alta administración política y, por lo tanto, sujetas a sus avatares) (6) además de a sus

Pero apenas se habla de los propietarios de esos títulos-valores, (si no es para imponerles «su entrega» a fin de que sean transformados en las «anotaciones bancarias», art. 4.º RD *cit.*).

(5) *Cfr.* los Anexos A-1 y A-3 en el «Manual de Operaciones con emisoras de valores. Tratamiento por las entidades depositarias de las operaciones financieras y juntas de accionistas de las sociedades emisoras» publ. del Consejo Superior Bancario, Serie Normas y procedimientos bancarios, n.º 61, Madrid, noviembre de 1992, imp. Realigraf S.A. Publicación aprobada por el CSB el 18 de noviembre de 1992 (Circular del mismo, 24 de noviembre 1992), *passim*.

(6) No se puede olvidar aquí el tremendo crujido producido en uno de los mayores establecimientos bancarios españoles a fines de 1993; ni su venta en subasta entre otros bancos. Ni las posibles concausas políticas del *crujido*, que tanta ruina ha acreado.

propios achaques (7). Sumergido hasta el punto de que la normativa, se desentiende de él y llega a expoliarle de sus bienes, sin preocuparse de su cadáver —más que para imponerle tributos, naturalmente— (8).

Para proceder a la transformación de los viejos títulos-valores en esas «modernas» manchitas de tinta sobre pésimo papel que son las «anotaciones en cuenta bancaria», (si no se han producido ya las amisiones directamente como tales «anotaciones», lo que es cada vez más frecuente), la sociedad que lo desee —hoy día el método está impuesto *ope legis*— deberá hacerlo por escritura pública (arts. 5 y 6 LVM); en ella, deberá constar la entidad que se encarga del Registro Contable (que será el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores —una sociedad anónima oficial— o una de sus llamadas «Entidades adheridas» que son los bancos y cajas de ahorros, etc. (art. 6,1, 30,1 y 76 y ss. del RD 116/ 1992, de 14 de febr.), una de las copias de tal escritura pública (que ha de inscribirse en el Registro Mercantil, art. 6,1 y Disp. Trans. Primera, 5, y en el Registro Público del art. 92-3) de la LMV de ha depositado en la referida entidad.

(7) La inevitable publicidad y repercusión de la irregular conducta del Gobernador del Banco de España, descubierta desde 1992 y *oficialmente*, ahora. Y no puedo afirmar ni negar aquí la posible influencia que haya podido tener el mal funcionamiento del «Boletín Oficial del Estado» —una de sus últimas erratas fue la de aponer una firma que no era la que correspondía al nombre del Ministro de Asuntos Exteriores español—, al pie de la ratificación —su publicidad— de los Tratados de Maastricht —los tratados del Siglo— y; BB.OO. del E. del 13 y 14 de enero de 1994).

Cfr. mi trabajo «Errores en la técnica legislativa» en mi libro «La Reforma Procesal Penal» EDESA, Madrid, 1992, pág. 1 y ss.

Pero la abundancia de *erratas* gigantescas, es un hecho notorio. Y lo mismo algunas peculiares maneras de *corregirlas*.

Piénsese en la transcendencia de las publicaciones de contenido bancario en el BOE.

(8) Se aprecia actualmente en España, una grave tendencia oficial a *desmontar* las figuras clásicas de los fedatarios públicos —Notarios, Corredores de Comercio y Bolsa, Secretarios Judiciales—; tendencia de enorme transcendencia si lo que se hace es sustituir su intervención por la de elementos nuevos y disciplinados a autoridades administrativas superiores y a las políticas de manera indirecta.

Recuérdese uno de los caminos seguidos por el movimiento totalitario nacional-socialista en Alemania: el de intentar sustituir al proceso civil por la «más cómoda y módica» jurisdicción voluntaria. Cfr. sobre ello, ante todo a BAUMBACH; su crítica, ya entonces, en CALAMANDREI, y actualmente, mi conferencia «El auxilio de los Tribunales y la Jurisdicción Voluntaria» en «Justicia 92.º, Barcelona, núm. IV, p. 789 y ss.»; «La Jurisdicción «voluntaria», los juicios sumarios, las confusiones en la Historia y su evolución. Posible soluciones». Comunicación al «XVII Convegno Nazionale dell' Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile» (Palermo, octubre de 1989), en las «Atti del Convegno» Milan, Giuffrè, 1991, p. 177 y ss. (también en el «Boletín del IC de Abogados de Madrid», marzo/abril de 1990, p. 19 y ss.). Este fenómeno de intentar sustituir a los cuerpos clásicos por otros nuevos de composición vaga, lo diputo peligroso; y es muestra de una inclinación intervencionista estatal, proclive al totalitarismo.

Las «Entidades depositarias» pueden ser también las depositarias —los bancos, cajas etc.— de esas nuevas «anotaciones en cuenta» en las cuentas de los individuos o entidades, ya avocados a la destrucción o inutilización de sus títulos por su forzada entrega.

El papel del «depositario» —perfectamente desvirtuado en la actualidad— es fundamental. El antiguo accionista u obligacionista que, en el legítimo disfrute de sus derechos dominicales, conservaba sus títulos en su casa (o en donde le plugiera) y que no tenía más contacto con la entidad emisora que la de enviarle los cupones para su pago (enterándose por la prensa local) o bien por medio de ese banco depositario; ese antiguo y pacífico accionista, desaparece.

En efecto, si bien el artículo 38a de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) sigue hablando del derecho del accionista a «recibir los títulos que le correspondan» el art. 38-a,3 habla de «la entrega de los títulos (y aún ahora, supremo sarcasmo, se habla de «entrega de títulos» —ya sin «valor»—... a su antiguo propietario, art. 27,4 DR 116/1992); aunque subsistan esas normas, la LMV y el RD 116/1992 de su desarrollo, han reducido mucho tales derechos; recordemos que si la sociedad emisora ha acordado (y esto se produce ya *ope legis*) la transformación de los títulos en anotaciones en cuentas, los propietarios titulares quedan obligados a «presentar los títulos» (art. 4,2 RD 116/1992) en un plazo preordenado (esto es fundamental: este plazo se ha de publicar en el BORM y en un diario de gran circulación de la provincia; ha de ser superior a un mes e inferior a un año). Si no lo hace, sus títulos «quedarán anulados» art. 4.º,4 RD *cit.*) con la restricción de haberse de respetar —por el momento— sus derechos dominicales (art. 4.º,4 y 5 RD 1992 *cit.*). Ello, me parece que ya está fuera del libre ejercicio de la «autonomía de la voluntad» por parte de esas «Entidades encargadas del Registro Contable» —que son las depositarias—; y que estamos ya en el campo de la autodefensa de las entidades amisoras, del «comerciante anónimo *versus* el individuo que lo sostiene» (9); autodefensa, ya que se resuelve el conflicto de intereses entre el titular y la emisora, por la fuerza, por ésta, sin acudir a un proceso.

(9) Véanse algunos ejemplos de autotutela bancaria:

Las «Condiciones del expediente de administración de inversiones» (de una prestigiosa firma, naturalmente):

Condiciones:

«6.ª Los activos adquiridos estarán materializados en *anotaciones en cuenta* «El silencio del inversor ante la comunicación de modificaciones en el «expediente de inversiones», significa, tiene el valor de manifestación de voluntad de aceptación de las mismas, y su rechazo el efecto de manifestación de voluntad de resolver el presente EXPEDIENTE (8.ª)».

Todo esto, excede con mucho de la simple autonomía de la voluntad de una de las partes de un contrato. Es su dominio inexorable, que sujeta a la parte inferior en fuerzas —el cliente— a una interpretación facticia y desfavorable al mismo.

«Una vez efectuada la transformación» (10) las «entidades encargadas» —que son los antiguos depositarios, hoy transformados en ejecutores de la destrucción o «anulación visible» de los títulos; malo es transformarse de depositario en verdugo— podrán —repito— proceder a la destrucción de los títulos recogidos, extendiendo el correspondiente documento en el que se haga constar dicha circunstancia, que será firmado también por un representante del emisor. En todo caso, *en los títulos que no se destruyan deberá hacerse figurar visiblemente que han quedado anulados*» (art. 4.º, 6 RD 116/1992, de 14 de febrero).

Y el *processus* lo desencadena el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores que es el que determina las fechas de transformación de los títulos en anotaciones (Disp. Trans. Primera, 4. RD 116/92), y que dicta las instrucciones corresp. a las «Entidades adheridas», publicándolo todo en el BORM, en los BBCC y en un diario de circulación nacional (Disp. Trans. *cit.*, 4).

Como se ve, no se notifica al propietario de los antiguos títulos-valores de la próxima destrucción de sus bienes —de esos papeles impresos *depositados*— o de su «anulación visible». Todo se desarrolla *in absentia*, como si los titulares fueran o estuvieran sumergidos una «masa de intereses difusos» cuando en realidad, están *perfectamente identificados* en cada momento (11).

Pero vale la pena asomarse al cadalso el día del auto de fe. Lo dirige la administración financiera, el Consejo Superior Bancario, por obra de su Circular n.º 52/92, de 25 de junio, y más concretamente con su desarrollo la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre, sobre «Procedimiento normalizado para destrucción de títulos anulados por transformación en anotaciones en cuenta (RD 116/92)». La minuciosidad, podría compararse a la de ciertas *Ordinnances* francesas de los Siglos XVII y XVIII regulando la ejecución de reos de lesa majestad. (Pero no hay ningún asomo de comunicar al propietario el sacrificio de sus bienes ni antes ni después de la hoguera (12).

Los documentos sobre esa destrucción están «normalizados» —expresión equívoca con la que actualmente se designa lo «ordinario» «en serie»—. Y figuran los «Modelos», en el «Manual» que cito.

Según la citada Circular 122/93, de 3 de diciembre, los presupuestos de la destrucción son:

(10) *Cfr.* el «Manual» *cit.*, 8, «Operaciones diversas sobre valores, 8.1, «Transformación de títulos en anotaciones», p. 29.

(11) *Cfr.* el «Manual» *cit.*, p. 63 y ss., «Justificación de derechos de valores anotados en cuentas» Anexo A-3.

(12) Hable de «hoguera» en sentido figurado, naturalmente. Pero la destrucción en sí, es un fenómeno de incivilitación como el de la «hoguera». No ignoro la existencia, en las entidades potentes, de complicadas máquinas laceradoras-incineradoras. Pero me es lo mismo que se utilicen chisqueros de pastor.

- El otorgamiento de la escritura pública (art. 6.º y disp. trans. 1.ª, 5, del RD 116/92) e inscripción en el Registro Mercantil;
- El Depósito de la escritura pública en el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores (art. 7.º RD *cit.*);
- Publicación del anuncio de anulación de los títulos transformados (Disp. adicional 1.ª, 5, párra. 2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

«En lo sucesivo —dice la Circular 122/93— las entidades depositarias efectuarán la destrucción de los títulos depositados a partir del momento en que las sociedades emisoras publiquen los anuncios de anulación directamente o por medio del SCLV».

«El iniciar el proceso de destrucción de los títulos de cada clase de valor las entidades depositarias informarán a la sociedad emisora de los mismos mediante escrito conforme al modelo anexo 2», —sigue la Circular 122/93—.

«El documento acreditativo de la destrucción se extenderá por duplicado, conforme al modelo anexo 3 —que fue aprobado por la Circular 52/92— y será firmado por representantes de la Entidad Depositaria y de la Sociedad Emisora» (13).

[Esto está ya pareciéndose a la ejecución de una pena de muerte (Reglamento de Prisiones de 2/2/1956): esas personas no ocupan el puesto de los Ministros de la religión del condenado; sino más bien el de los acusadores; el defensor, no tiene lugar aquí, ¿Para qué?].

«El detalle de la numeración de los títulos destruidos que debe acompañar al documento se recogerá en un listado —pudiéndose facilitar también soporte magnético a solicitud de la emisora—, con los formatos definidos en el anexo 2-A del folleto 61 «Manual de Operaciones con Sociedades Emisoras de Valores» publicado por Circular número 93/92 de 24 de noviembre».

[Nótese al interés por todos —aquí, por la emisora— pero nunca por el protagonista de ese incendio voluntario de bienes que es su propietario, aún no expoliado. Cfr. *infra*].

«Se recomienda —termina la Circular 122/93, de 3 de diciembre, del Consejo Superior Bancario— a los bancos [por fin aparecen con su nombre los ejecutores: los antiguos depositarios, destruyendo el bien depositado] desarrollen con diligencia y agilidad el proceso de destrucción, debiendo evitar en todo caso los riesgos que podrían derivarse de la existencia y posible utilización indebida de títulos físicos en los que no figure visiblemente la circunstancias de haber quedado anulados».

(13) Cfr. el «Manual» *cit.*, y Circular del CSB n.º 122/93, de 3 de diciembre. IX.

(Saludos de uso: firmado: Alfonso Caro Santa Cruz. Secretario General).

Esta «diligencia y agilidad» en la destrucción, obedece tan sólo a imperativos de comodidad de los bancos etc.; los propietarios no tienen el menor interés en ello; y a través de tales «diligencia y agilidad»... se puede evitar que accionistas incómodos protesten incluso por la vía judicial, contra tales destrucciones de sus bienes.

Se acompaña —naturalmente— una lista de «Valores cuyos títulos pueden ser destruidos por las entidades depositarias (De acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 1.^a punto 6 del RD 116/92 de 14 de febrero)». Es lógico. La ejecución precisa tener contenido físico determinado (Anexo 1.º de la Circular).

Pero los directores de la ejecución, no han dejado detalle en el tintero. Sería, sin duda, lamentable y aún punible que faltasen las formalidades que vamos a leer. Y ello asemeja cada vez más a una ejecución de reo de proceso inquisitivo *radical*. Y así, el Anexo II a la Circular 122/93, de 3 de diciembre es un:

«Modelo de carta para informar a las sociedades emisoras el inicio de proceso de destrucción de títulos anulados».

Comienza con la fecha y la designación del destinatario, la sociedad emisora. Y tiene el siguiente e instructivo texto:

«Muy señores nuestros:

Publicado el anuncio de anulación de los títulos físicos correspondientes a... (clase de valor)..., con motivo de su transformación en anotaciones en cuenta, les informamos que, de acuerdo con la disposición transitoria primera punto seis del Real Decreto 116/92 de 14 de febrero, y con arreglo al procedimiento normalizado por el Consejo Superior Bancario en sus circulares número 52/92 de 25 de junio y número 122/93 de 3 de diciembre, vamos a proceder a la destrucción de los títulos que se encuentran depositados en nuestras cajas».

«Proximamente les remitiremos el documento acreditativo de la destrucción, por duplicado, para su constancia y con el fin de que nos devuelvan la copia una vez firmada por ustedes».

«Junto con el citado documento se acompañará listado con el detalle de las numeraciones de los títulos destruidos. Si fuera de su interés les podemos facilitar ese mismo detalle en soporte magnético».

«Atentamente...».

En esta carta, con mayor claridad que en el a veces enrevesado texto del RD 116/1992, de 14 de febrero, aparecen los interesados —mejor involucrados— en el «incendio»: el ex-depositario (que lo hace

todo al revés: destruye el bien depositado, contraviniendo el art. 306 del Código de Comercio); la entidad emisora del valor. Pero no el propietario y depositario de los objetos que se queman (14). Hay el más absoluto desprecio *en las normas legales* con él. No tratándose de una expropiación —previa— por razones de utilidad pública o de interés general, sino de la comodidad y economía de los depositarios, he aquí una destrucción de bienes —muebles— ajenos sin expropiación previa *legal*, expediente para lograr economía y comodidad —los depositarios, los emisores etc.— a costa ajena. Todo un ejemplo de inconstitucionalidad, de ataque injustificado de los derechos de propiedad del art. 33-3 CE; la no citación de los propietarios previamente al desastre a consumir con sus bienes, para que lo eviten; agresión al art. 24 de la misma; y en general, todo este edificio semi-secreto y escasamente jurídico pero *normado* reglamentariamente, contrario a cualquier solidaridad (espléndida noción, degenerada por su mal uso, desde que consta en la Constitución; se aplica incluso a las máquinas (15) (!) pero por lo que se vé, no a las personas en relación con las entidades financieras públicas y aún «privadas»).

La perla de nuestro ordenamiento que estoy examinando, aún no ha terminado: continúa con un

«Anexo 3» —siempre de la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre)—: «Documento acreditativo de destrucción de títulos por transformaciones por anotaciones en cuenta».

Se fijan en él,

«Formato: las dimensiones del modelo serán DIN A-4 (297 mm x 210 mm.); «Estructura: constará de dos ejemplares: 1, para la Sociedad emisora; 2, para la Entidad Depositaria».

(Nótese que en toda esta Circular se hace un gran gasto de Mayúsculas).

«Nota: Este modelo se utilizará en aplicación de lo previsto en el Real Decreto 116/1992 de 14 de febrero, con motivo de la transformación en anotaciones en cuenta de los títulos fungibles (Disposición Transitoria primera, punto 6)».

(14) De él no se habla en esa Circular.

(15) *Cfr.* el bizarro RD 1435/92, de 27 de noviembre (BOE del 11 de dic.) del que resulta que la solidaridad es noción indispensable en las máquinas (art. 1.º, 2).

Este RD procede del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, con la lógica firma del Ministro entonces, Dr. VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Cfr. sobre este importante documento, mi trabajo «Casación, hechos, derecho extranjero, reglas de la sana crítica, en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», núm. 8, en «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1993-3. p. 535 y ss. y esp. 550 y ss.

El documento en sí mismo, es del modelo que sigue: Al frente: es cajetín horizontal para la «entidad Depositaria», con el NIF; a continuación:

«Representada por: D.... NIF; D.... NIF con poderes suficientes para expedir este documento».

«Hacen constar:

«Que a los efectos previstos en la Disposición Transitoria Primera, punto 6) del Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta, se ha procedido a la destrucción de los títulos representativos de.... (número de títulos y denominación de la clase de valor), que permanecían depositados en nuestras cajas, y cuya numeración figura detallada en el....

(listado o soporte magnético) como anexo a este documento»,

«En.... (lugar y fecha) —a escribir en letra—.

«En representación de la Sociedad Emisora.»

Fdo.

En... (lugar y fecha, a escribir en letra).

En este documento —modelo— los normadores (16), se expresan con bastante más claridad que en el RD 116/92 ya fuera de confusiones entre «Entidades adheridas», «encargadas» «Agencias» etc.: aquí aparece como entidad destructora, la depositaria; y como interesada, la entidad emisora de los «títulos físicos» que se destruían. Para nada figura el propietario de los bienes *restantes* —ese «papel impreso» que puede tener enorme valor; más que el del título cuando a él estaba incorporado—.

Pero el *iter*, no les parecía a los AA. del mismo, completo; era preciso fijar un «modelo» de acta del acto de la destrucción, y así figura en el «Manual» cit. (8, p. 227), como certificación de tal acto:

Al frente, figura un cajetín: en él,

«Entidad Depositaria», con el NIF; y «Domicilio».

«Representada por...

(16) Evito, en lo posible, y sin incorrecciones, no llamarlos «legisladores»; las Circulares, no son leyes. Aunque en la actualidad, una peligrosísima corriente legislativa, lleve a sustituir «la ley» por «la norma». Véase la «Exposición de Motivos» de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, núm. 3 y la mutilación del recurso de casación, tanto en lo civil, como en la recién nacida administrativa.

He expresado mi alarma ante la tendencia, injustificada en lógica de democracia moderna, a retornar a la casación francesa de 1790, la de MAXIMILIANO ROBESPIERRE con Francia en estado de necesidad, en mi trabajo cit. en la nota núm. 15, *supra*.

D..... NIF; D..... NIF (son dos representantes):
 «Con poderes suficientes para expedir este documentos».
 «Certifica»
 «Que de conformidad con las instrucciones recibidas de..... procede a destiuir los valores que se mercionan:
 «Clase de Valor/Emisión....
 «Número de Títulos..... Nominal.....
 «Numeración....
 «Y para que así conste, a los efectos oportunos, se firma el presente certificado en..... a.... de..... de..... Fdo.....
 Fdo.....

Nótese que firman dos «fedatarios».

La LMV, ha acabado con los fedatarios mercantiles y los ha sustituido por unos «mediadores» «en un régimen de libertad de comisiones —tómese buena nota— que tiene por fin garantizar, ante todo, que la totalidad de las operaciones se integre en el mercado, así como la adecuada supervisión del sistema y la información fiscal necesaria» («Exp. de Motivos» LMV, 6). No sé si se trata aquí de algunos de tales «mediadores» —no hay en qué mediar—; si sé que «certifican», que dan fé de la destrucción de bienes ajenos sin contar con la voluntad de sus legítimos propietarios. La ilimitación de esta arbitrariedad bárbara en sí, es completa; ni siquiera sabemos quién da fe de estas operaciones... más que, que representan a una «Entidad Depositaria» —banco caja, etc.—, que ya ha dejado de serlo, en cuanto que, contrariamente a todas las bases del contrato de depósito, están destruyendo el objeto que se le confió... por su propio interés y frente al de los propietarios.

La preocupación del legislador por «el mercado» y por que ese mismo sea una fuente de ingresos fiscales —preocupación que en España, actualmente, prima sobre las demás por parte de las máquinas estatales— hace que, en menoscabo de las garantías del mismo comercio, desaparezca la fe pública comercial. Nada menos que eso.

Pero, aparte de este comentario, el que se impone es el de repulsa hacia estas destrucciones.

No se cuenta para nada —no me cansaré de repetirlo— con la voluntad de los legítimos propietarios de los títulos-valores cuasi-obligatoriamente depositados —so pena de «anulación» art. 4.º RD 116/92—; se opera, se autoriza *ope legis* una autodefensa bancaria inadmisibile; nada hay en el interés general ni en la pública utilidad que imponga la destrucción física de los títulos-valores (de parte de ellos; el título está ya representado por otros papelitos, fruta de ordenador, papeles de pésima calidad); tan sólo actúa la utilidad de una persona privada —del banco o caja, de la entidad depositaria, de su economía: de la de sus miembros, accionistas etc.—. Repito lo que la Exposición de Motivos —o preámbulo— del Decr. 1128/74, de 25 de abril —uno de los

pioneros en la materia en España sobre el sistema de liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y depósito de Valores Mobiliarios decía:

«...para facilitar la contratación bursátil, el sistema que se establece intenta salvar las dificultades con que tropieza actualmente el tráfico jurídico que tiene que... manipular físicamente una ingente masa de papel»... «Las ventajas de las fórmulas adoptadas resultan evidentes al permitir el tratamiento de los títulos dentro del sistema como fungibles o sustituibles, eliminando la necesidad de sus específica numeración... y reduciendo de manera considerable su movimiento físico». Este es el *deus ex machina*.

Pero la importancia enorme del tráfico bursátil, es compatible con la propiedad de los títulos. El título-cartulina (permítaseme la expresión, la que diputo más aproximada a este problema) puede ser incómodo; pero no es intrínsecamente nocivo.

La destrucción, es un fenómeno al que el Hombre —el *Homo sapiens sapiens*— solamente debe llegar cuando se halle frente «algo» nocivo para él y su sociedad, en tal situación que no sea posible evitar sus malos efectos más que mediante su eliminación física. Si es posible otro medio, debe adoptarse. Y estimo que el «título-cartulina» no es tan «nocivo» como para que su «incompatibilidad absoluta» con el tráfico o sus tenedores, deba llevar a su destrucción física (previa sus sustitución bancaria).

El «título-cartulina» impreso, puede tener valor histórico y sociológico; es un momento —o incluso una época— de nuestra historia. Con ello no predico que emisiones de millones de cartulinas deban ser conservados so pretextos historicistas —o artísticos, o decorativos o del buen escoger de coleccionistas—; mas sí que antes de procederse a esa bárbara destrucción, (naturalmente, después de que el legítimo propietario se niegue a hacerse cargo de ellos) se ponga en conocimiento de las entidades culturales del país —Academias de la Historia etc; Universidades etc.— por ver si les interesa el conservar algunos ejemplares. El problema puede incluso disminuir sensiblemente, si se combina con un buen comercio de venta de esos objetos artísticos. *Hic sunt leones*.

Nada de esto debió ocurrir a las mentes de los AA. de la «destrucción» de los títulos ya anulados. *No se enteraron* de ese otro valor (el que yo llamo «civil» en oposición al «mercantil», ya encarnado en otros míseros papelillos) y adoptan la solución que lesiona el patrimonio histórico de España. Y el artístico (17). Mi parecer es el de que, en

(17) Yo mismo, poseo, procedente de mi familia, modestísimas colecciones de acciones y de letras de cambio del Siglo XVIII, de calidad artística y decorativa espléndida.

primer lugar, los restos —los «títulos-cartulina»— de los antiguos títulos-valores, deben ser devueltos a sus propietarios, *que los tenían bajo depósito* (la normación vigente no ha hecho sino destruir ese contrato sin sustituirlo por ello: sólo rige esa «destrucción» (ahora no estudio su alternativa; cfr. *infra*). Si ese propietario se niega a aceptar sus cartulinas, éstas quedan abandonadas, derrelictas. Ya puede intervenir la mayor utilidad de la destrucción, siempre y cuando la entidad que posee de hecho tales objetos muebles, no les halle otro destino útil (recordemos que no querrá almacenarlos de nuevo; fueron las incomodidades y antieconomía del mismo y sus vicisitudes lo que dio lugar a la transformación). Y solo cuando aparezca la inutilidad total de tales objetos y con ella asome su nocividad, es cuando podrá acudirse a su eliminación, a su destrucción física.

Pero reputo inadmisibles la «destrucción» autodefensiva —que culmina en un abuso de poder, en sentido amplio— de la entidad que se autotutela —amparada por la normativa correspondiente—; destrucción clandestina para los propietarios de tales bienes, que quedan perjudicados en su valor; el cual, ha sido desconocido por los AA. de estas normativas españolas, hasta admitir ese sacrificio. El cual repercute sobre el patrimonio histórico y artístico de España, más o menos.

La destrucción, es un arma inhumana, retrógrada, propia de incivilizados; sólo con constancia clara de su necesidad puede acudirse a ella. El admitirla como regla, me parece, pues, retrógrado, reaccionario. Se vuelve mucho más allá de la Edad Media. Y como tal, debe desaparecer, subsistiendo solamente como *ultima ratio legis*, pero nunca como la primera, a la menor incomodidad.

3.— Pero en el campo del expoliar a los propietarios de los títulos-valores (ya devenidos «anotaciones en cuenta bancaria» como «valores», pero subsistentes como bienes muebles —cartulinas impresas—) los A. del RD 116/ 1992 de 14 de febrero, no se quedaron cortos. El otro medio u opción que se da a la entidad depositaria de los antiguos títulos (quien es, ya ha quedado claro en los «modelos» de documentos para la «destrucción», cfr. *supra*), es el de la «no destrucción» de tales objetos, sino el de su conservación con una «anulación visible».

Reitero la normativa ilegal.

El art. 4.º,6 del citado RD dice a este respecto, a esta opción:

«En todo caso, en los títulos que no se destruyan deberá hacerse figurar visiblemente que han quedado anulados».

Este texto se reitera en la Disp. Transit. Primera, 6, del RD.

La anulación, ya había sobrevenido. Aquí, entiendo que se trata de hacerla constar gráficamente sobre los ex-títulos, sobre los títulos-cartulina o «títulos físicos» como también los llaman las Circulares del CSB.

La clave de esta precaución, se nos explica en la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre, a.f. Lo repito.

«Se recomienda a los hancos... debiendo evitar en todo caso los riesgos que podrían derivarse de la existencia y posible utilización indebida de títulos físicos en los que no figure visiblemente la circunstancia de haber quedado anulados».

«Existencia»: el RD contempla la posibilidad de que las cartulinas ex-títulos, de conserven.

«Posible utilización indebida». Estimo que se trataría de una suposición de títulos-valores de nuevo; de intentar una duplicación de tales títulos, cosa inadmisibile.

Pero retóricamente, aparece frente a ella la «posible utilización debida» de las cartulinas impresas.

Naturalmente, la entidad depositaria, que es aquella a quien molestaba el almacenar y administrar las cartulinas, cuanto «eran» «valor» mercantil, ahora, no deseará volver a custodiarlas.

La solución jurídica, es la de avisar al titular de los viejos títulos-valores, de que han sido anulados (transformados en las «anotaciones en cuanta»); de que en tales condiciones, no interesa que subsista el contrato de depósito; y que el ex-depositario, se propone... enajenar esas cartulinas, a no ser que el titular las recoja. Y solamente cuando éste se niegue a recuperar sus cartulinas, es cuando el antiguo depositario podría considerarse investido del derecho de propiedad de las mismas, y en su virtud estará en situación jurídica de disponer de los bienes, a título gratuito o lucrativo.

Y este caso, se está dando ya hace tiempo. Algunas entidades que poseían *de facto* los títulos físicos, anulados —las depositarias—, optan por su «no destrucción» y después, pueden zafarse, contribuyendo directa o indirectamente, con intervención de terceros, a que tales «papeles» acaben vendiéndose como objetos de decoración, en un saneado comercio.

Pero se pasa por encima de los derechos dominicales del titular de los títulos físicos, de los anulados.

El RD 116/92, de 14 de febrero, no prevé que se le avise de esta situación de sus títulos físicos; menos aún, se ponen a su disposición, como procedería, ya que es su propietario. El RD «se calla». Nos dice que la anulación debe constar «visiblemente» en los títulos físicos, y nada más.

Todo el cuidado que la Circular 122/93, de 3 de diciembre, ha puesto en torno a la destrucción de los títulos, es silencio cuando se trata de la otra solución de la de «su anulación visible». Sólo sabemos que debe ser bien visible para evitar duplicidades titulares.

Pero, nótese que no hay obstáculo *legal* a que, quien no tiene derechos dominicales sobre las cartulinas impresas que restan —derechos

civiles— sin embargo,.... pueda enajenarlos, sin que sus titulares lo sepan.

Me consta que hay algunas entidades depositarias (no puedo responder de que sean todas, pero sí de entre las más importantes de España) que no avisan a los titulares de los valores «depositados en sus cajas» de su «anulación visible» instándole a que dé por terminado el depósito, ya que tales objetos son una molestia para ellas; que cuando algún titular pide explicaciones, se procura evitarlas y solamente se le suministran... y muy escuetas si amenaza con llevar el asunto a Junta General. Tengo pruebas de ello. Y los títulos... están destruidos, o no se sabe donde...

Lo que se ha producido en estas hipótesis, es: A), un fenómeno de autodefensa de los intereses de la entidad depositaria (la «adherida» la «encargada» tan confusamente en el RD 116/92), autorizada *ope legis*; B) como secuencia intolerable, una expoliación de los bienes muebles que restan tras la transformación del título-valor en anotación en cuenta, esto es, de las cartulinas impresas, con su correspondiente valor o valores de bienes muebles de mercado.

De nuevo resulta, que no aparece por ninguna parte, una utilidad pública ni un interés general en esa disposición de bienes ajenos por parte de otras entidades, ni interés general; no hay pagos; no hay en suma, expropiación forzosa, constitucionalmente admitida. Pero sí, en tales hipótesis de enajenación de tales cartulinas —sea como «papel impreso», sea como «objetos de colección, de decoración de arte, históricos»— los enajenantes no-propietarios, experimentan un enriquecimiento injusto clarísimo—.

Pero nuestra legislación —y también las temibles Circulares del CSB— ignoran estas hipótesis y este comercio de cartulinas impresas.

Naturalmente, la compraventa de objetos —bienes— «usados», «viejos», «Antiguos» está sujeta a formalidades; pero la de los que aquí tratamos no las tiene específicas, dado el antecedente directo de los mismos —el haber sido «títulos-valores», como claramente se percibe en su materia—; con el cajetín o sello de «anulación, visible» (art. 4.º, 6 RD 116/92, de 14 de febr.). Precauciones a hacer constar en esta normativa.

Tan sólo veo el último párrafo de la Circular 122/93, de 3 de diciembre, sobre la elemental precaución del «anulado» y la necesidad de tener «diligencia y agilidad» en el proceso de (destrucción) de los títulos físicos para evitar los riesgos de duplicidad con los que sean simplemente «anulados».

Y conviene indicar que esa anulación, se había producido mucho antes —aunque este momento se halle confuso en el RD *cit.*— Tuvo lugar a partir de «los anuncios de anulación» publicados por las sociedades emisoras, art. 4.º, y publicado (como plazo) en el BORM y en un diario provincial.

4.— Para esclarecer aun más el fenómeno:

El Estado, al imponer el paso irreversible —transformación, descorporeización, desincorporación (neologismos a cual menos eufónico)— de los viejos títulos-valores a «anotaciones en cuenta», bancarias, en su normativa, hace prácticamente inviable que los titulares de tales títulos los conserven fuera de las entidades depositarias —que son las llamadas en el RD de 1992, «entidades adheridas, encargadas del Registro Contable, etc.»— que son, los bancos, cajas de ahorro, etc. (art. 78).

Efectivamente, se impone «su presentación» una vez que la sociedad emisora acordó la transformación (e intrínsecamente, la declaración de nulidad de tales títulos para evitar duplicidades de capital); se impone «su presentación» so pena de que queden anulados» (art. 4.º RD *cit.*).

En ese *iter* hacia su desaparición como títulos, su materialidad se halla bajo la égida de entidades administrativas complejas —el Servicio de Compensación y Liquidación da Valores, art. 63 ss. RD *cit.*; sus «Entidades adheridas» (art. 78 ss.) y «encargadas del registro contable»; art. 4.º ss. RD *cit.*—; hay unas actividades objeto de publicidad en el periódico oficial del comercio —el BORM— y prensa diaria.

Pero a los titulares de los títulos-valores, *que están perfectamente identificados aunque sean muchos*, se les trata con la indolencia con que se hace con las «masas de intereses difusos». Las entidades depositarias —a ésto se reducen tantas denominaciones, *cfr.* la Circular 122/93 del CSB— pese a que continúan, en su correspondencia ordinaria con los depositantes de los antiguos títulos, hablándoles de su «cuenta de depósito», de su «contrato de valores» etc., no les notifican de lo inmediato de la «destrucción» de los mismos o del punto muerto que la sustituye: el de la aposición de (¿un sello o cajetín?) «visible», de «anulación». Y después... lo demás, (*et coetera*). No se sabe, la norma se calla. De lo que se puede inducir que la entidad que tiene físicamente esos antiguos títulos (los «títulos físicos» de la Circular 122/93) y que puede destruirlos, los conserva y los puede enajenar, en perjuicio del antiguo depositario, que ni siquiera se ha enterado de la suerte de sus bellas cartulinas. Repito: la normativa de Derecho Financiero, ignora el *valor civil* que conservan los antiguos títulos-valores, una vez despojados de su «valor-mercantil». Y prescinde del propietario de tal valor civil.

5.— Este fenómeno, es el de una autodefensa (18), ya que llega a admitir que personajes privados, efectúen actos de violencia contra bienes ajenos —o actos de *clam* o de *precario*— sin acudir al necesario

(18) Sobre la autodefensa como medio originario de resolver conflictos de derechos o de intereses, *cfr.*, en general, ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, «Proceso, autocomposición y autodefensa», UNAM, Mexico, 3.ª reimpr. de la ed. de 1947, esp. p. 35 ss. y 164 y ss. y bibl. allí *cit.*, y mi trabajo «Autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso ("La defensa")», en mi libro *La Reforma Procesal Penal*, (T. III) de mis «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», Madrid. EDESA. 1992, p. 35 y ss., *passim*.

proceso jurisdiccional (o administrativo). Y aquí no hay el menor asomo de Jurisdicción Voluntaria ni de intervención *qualunque* de los jueces y tribunales...

Es el proceso de masificación, de intensificación de las operaciones del tráfico mercantil —los mismos que en su momento dieron lugar, en escala más pequeña, a la aparición histórica de los títulos-valores—: el que se den innumerables conflictos entre entidades emisoras, titulares de títulos-valores y el tráfico, por «el cambio de manos» de los mismos. Y el beneficio de tal tráfico humano, hace que ciertos Estados, dejen aparecer a la maligna autodefensa: que exagerando las potestades estatales de normativizar, se autorice a las entidades depositarias de los títulos —valores, en convivencia con las emisoras de los mismos, y con vistas a su simplificación (la conversión de hermosas cartulinas impresas en míseros papelillos—, frutos de ordenador mal escritos), aunque lleguen a destruirlos. Si esa destrucción —o sus subrogados— es un exceso, no menor es el de delegarla en entidades originalmente de Derecho Privado —en las depositarias, Circular 122/93 de 3 de dic., que son las que «destruyen» o aponen el visible sello o muestra de «anulación»—; en lugar de poner tales antiguos títulos a disposición del propietario de sus restos, que tiene el que denomino «valor civil», y en venta como objetos de arte, decoración, históricos, de colección, etc.

El hecho de acudir a la fuerza —destrucción— o al cuasi *clam* —la aposición del sello de «anulación»— nos muestra que se trata de una autodefensa de los intereses de los bancos y cajas etc., por su economía, por su comodidad (aunque ésta sea la del tráfico, naturalmente).

Y si se discute el valor autodefensivo de esa aposición de la declaración de «anulados» en los antiguos títulos, véase que tiene el efecto de expoliar a sus propietarios: el RD 116/92 de 14 de febr., al callar sobre su futuro, deja las manos libres a esos ex-depositarios para disponer «de lo que no es suyo» sin atribuirles responsabilidad expresa...

Así se desprecia el derecho de propiedad; y aun se perjudica el patrimonio artístico e histórico nacional, por una immeditada «destrucción» de valores mercantiles. Si así hubieran procedido nuestros antepasados, no habría fuentes históricas que permitieran observar su conducta. Ni tendríamos siquiera huellas del Renacimiento...

Esa autodefensa, lo es, por parte de las entidades depositarias, en beneficio propio: la «Exposición de Motivos» del Decreto 1128/74, de 2 de abril, de establecimiento del sistema, indica sus objetivos:

«...salvar las dificultades con que tropieza actualmente el tráfico jurídico, que tiene que desenvolverse con la numera-

Cfr. también, DAGNINO, «Contributo allo studio dell'autotutela privata» Milán, Giuffrè, 1983, p. 83 ss.; BONGIORNO, «L'autodifesa esecutiva» Milán, Giuffrè, 1984, p. 29 ss.; BETTI, «Autotutela: a) Diritto Privato», en «Enciclopedia del Diritto», Giuffrè, Milán, T. IV, p. 529 ss.

ción específica de los títulos en la documentación de operaciones y *manipular físicamente una ingente masa de papel*... «Las ventajas de las fórmulas adoptadas resultan evidentes al permitir el tratamiento de los títulos... como fungibles o sustituibles... reduciendo de manera considerable su movimiento físico».

—Esa «fungibilidad» anunciaba la conversión de los títulos en anotaciones bancarias—.

Ello, en cuanto al camino de la destrucción de los títulos «físicos»; en cuanto a su marca como «anulados» «visiblemente» también puede comprenderse dentro de la autodefensa, por operar también esa violencia —aunque menos salvaje que la de la destrucción— al transformar ese «título-valor-cartulina» —en «cartulina» simplemente—, por obra de una entidad privada, en sí desprovista de *imperium*.

En sus orígenes, pudo tratarse de una autodefensa consensual (19), ya que el titular de acciones etc., toleró que el depositario de los mismos lo sustituyese por otro soporte sin elegir el camino de levantar el depósito y marcharse a otro banco; pero al extenderse a todos y ser oficializado dejó de ser consensual; no se podía ni se puede escapar a esa transformación —de la cual el accionista particular, no siente la menor necesidad: antes bien, le place ser propietario de objetos artísticos (20)— esa autodefensa dejó de ser consensual. No admito aquí las secuencias del pelgrosísimo brocardo «*volui, sed coactus volui*».

Autodefensa activa (21) de tales entidades, *ope legis*, irreversible; autodefensa ejecutiva (22), hasta el punto de poder destruir el bien objeto de la misma; pero autodefensa constitutiva (23) de estados de «nulidad», a quienes resultaren perjudicados» (art. 27, 1, a.f.).

(19) *Cfr. ob. cit.* en nota anterior.

(20) «Artísticos». El «Manual» citado, trae «modelos» de títulos (B-1, «Título valor»). Muy minuciosos —no faltaba más— en cuanto a su tamaño y datos de su contenido, no dejan a la autonomía de la voluntad de la emisora más que «los caracteres y el color de las tintas» que «serán de libre autorización».

No queda otro camino que rendirse a esa auto-defensa autorizada, que se impone a los clientes.

Y esos «modelos», lo son de aridez —incluso mental—; no dejan ningún resquicio a la fantasía, al arte.

La fealdad impera en ellos. Naturalmente, los comparo con otros que me son conocidos y de fechas no demasiado remotas... De cuando se entendía que el buen gusto no estaba reñido con la economía.

No será de extrañar, a la vista de tales adefesios, que... su comercio, en el caso de títulos anulados *de futuro*, se reduzca a la nada; a no ser que el gusto de los compradores también degenera...

(21) *Cfr. obras cit.* en nota núm. 18.

(22) *Cfr. BONGIORNO, ob. cit.*, *passim*; *BENVENUTI*, «Autotutela b) Diritto Amministrativo» en «Enciclopedia del Diritto» T. IV, p. 543 ss.

(23) *Cfr. BENVENUTI, ob. cit.*, p. 541 ss.

«2. Sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, por la falta de la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia del sistema, responderá en todo caso de los perjuicios que le sean directamente imputables» (art. 27, 2).

Pero... ¿Como se ván a imputar a esa entidad perjuicios que no comete (actos perjudiciales) más que en el cumplimiento exacto de su normativa?

El tono de la disposición, es el de exculpar al Servicio, echando las culpas a las «entidades adheridas etc.»: véase este texto:

«El Servicio de Compensación y Liquidación de Valores facilitará a los perjudicados la información de que disponga en relación con las actuaciones de las entidades adheridas que hayan originado los posibles perjuicios» (art. 27, 4).

Pero nada se dice de los casos en que sea, no solamente imputado sino inculcado (24) el tal Servicio...

Y sigue una norma aún más sorprendente:

«Cuando el perjuicio consista en la privación de determinados valores y ello sea razonablemente posible, la Entidad responsable procederá a adquirir valores de las mismas características para su entrega al perjudicado» (art. 27, 4).

Este va a ser el caso más frecuente: el de antiguos titulares que no se conforman con la destrucción de sus antiguos títulos-valores —solución que parece ser la preferida, sobre la de la «anulación visible» (25)—; y la solución posible según esta norma, parecería inspirada, por lo menos, en un *dolus bonus*, en deseo de reírse del atribulado accionista etc. cuyo bien fue destruido en su *más completa indefensión*.

(24) En esta ordenación, se hallan excesos intervencionistas propios de un Estado autoritario y totalitario; una característica de esta tendencia, lo es la de tomar administrativos los terrenos más clásicos de lo privado; pero no jurisdiccionalizarlos, ya que ello supondría el someter los conflictos para su resolución a personas independientes. Y eso es lo que no se quiere, recurriéndose a medias verdades y a abundantes eufugios.

Las disminuciones —las mutilaciones, hablando claramente— de la protección jurisdiccional de algunos Derechos Fundamentales por obra de las Leyes de Protección de la Seguridad Ciudadana (de 21 de febrero de 1992, en parte declarada nula por el TC Sentencia del 18/11/1993) y por la de Medidas Urgentes de la reforma procesal de 30/4/92, constituyendo claras restricciones del anterior *ius litigatorie*... lo son en favor de un *ius constitutionis* administrativo y no jurisdiccional.

Cfr. mi trabajo *cit.*, «Casación, hechos, derecho extranjero, reglas de la sana crítica etc.» *cit.*, esp. p. 535 y ss, y 556 y ss. y mi «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993 (Sobre la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992)», en «Comentarios a la Legislación Penal: La Ley de Protección de la seguridad Ciudadana», Tomo XVI (Madrid, EDESA, 1994, Vol. 1.º, p. 233 y ss.; Vol. 2.º, p. 995 y ss.) a cura de COBO DEL ROSAL y de BAJO FERNÁNDEZ.

(25) La diferencia entre ambas expresiones, es fundamental. El no distinguir las bien, ha dado, dá y dara lugar a dificultades y conflictos no dignos de juristas discretos. Cfr. mis trabajos «¿Hacia la desaparición definitiva del auto de procesamiento?» en «Revista de Derecho Procesal» 1993, 2, p. 255 y ss.; y su segunda parte, «Norma constitucional, inculpación, procesamiento, suplicatorios (La Constitución como norma procesal penal)», en «Cuadernos de Política Criminal» 1994, n.º 52, p. 42 y ss., esp. p. 19 y ss.

En efecto: nos hallamos en plena operación —irreversible, art. 3.º RD 116/92, de 14 de febr.— de la transformación de los viejos títulos-valores en anotaciones en cuenta; esos viejos títulos, preferentemente son destruídos; pero ahora, en vista de la protesta del titular desposeído, se le devuelven otros iguales... expuestos de nuevo a la imposición de «ser presentados» so pena de ser anulados, y en su caso, ser a su vez destruídos...

Como esta interpretación es demasido absurda, pienso, sin embargo, que la Entidad culpable de una destrucción indebida de los títulos físicos, debe entregar «otros también anulados visiblemente» al protestatario. Y esto, indica que... hay títulos no destruídos —los «visiblemente anulados»— y que éstos... *se pueden adquirir*; que se puede comerciar con ellos.

Esto constituye un claro reconocimiento de ese comercio con los antiguos «títulos físicos» «anulados». Y ese comercio podría ser, directa o indirectamente lucrativo para las entidades destructoras. *Hic latet lepus*.

Llegados a esta importante conclusión, volvamos al *iter* de la exacción de las responsabilidades a las entidades «responsables».

Me parece que, tratándose en el fondo de un tráfico mercantil, corresponde a la jurisdicción civil conocer de tales pretensiones. Y el medio procesal más calificado, sería el del viejo interdicto *unde vi, de clam o de precario* (o de recuperar la posesión de los títulos). Y si la fecha de la destrucción no constase —las entidades suelen ocultarla incluso a los titulares preguntones— se debería ir a un juicio plenario de propiedad invocando, en el fondo, el art. 33,3 de la Constitución como violado (a falta aún del procedimiento «preferente y sumario» del art. 53,2) o bien al de la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de 27/12/1978) (26).

Y después, en su caso, a un juicio ante el Tribunal Constitucional.

Me parece que el RD 116/1992, de 14 de febrero, no fue sujeto a recursos de inconstitucionalidad por esa privación abrupta de los títulos-valores

Una gran cantidad de la verborrea esparcida con motivo de la Prevista inculpación de un ex-Senador y de un ex-Diputado, tiene su base en el desconocimiento de: ambas nociones.

(26) El «Proyecto de Circular de la CNMV sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes» (Proyecto de Circular CNMV) que, en no pequeña parte, está reproducido en la Circular n.º 122/93, de 3 de diciembre, tantas veces citada, comprende el siguiente párrafo:

«En la circular se recomienda a las entidades que desarrollen este proceso con diligencia y rapidez, a fin de evitar los riesgos de una posible utilización indebida de los títulos físicos. Todo esto se halla en la ref. Circular, interpolo yo aquí. «Por otro lado, si los títulos se conservan, una vez anunciada su anulación por las sociedades, sería necesario proceder a su inutilización de forma visible, *lo que no parece aconsejable*».

en cuanto a su valor *civil*; pero si no se formuló recurso alguno directo, siempre cabe el incidental, el de la «cuestión de inconstitucionalidad» del art. 35 y ss. de la LOTC con motivo del proceso que se inste contra la ref. entidad (27) —a la cual se deberá añadir, *ad omnium eventum*—, y vista la complejidad de las relaciones de las mismas con el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, sobre todo, en el álgido artículo 27 del RD 116/92, el dirigir la pretensión igualmente contra éste.

Y en el último fondo —por ahora— está la carretera de Alsacia...

Esta parece que debería ser la vía de acciones y pretensiones contra esas privaciones del valor civil de los antiguos títulos-valores ya transformados y destrovistos de su «valor como tales, el mercantil».

Pero el art. 27 del RD 116/92 de 14 de febr. dice —y ello es lo más importante para las personas que no somos «totalitistas-administrativistas»—, que «lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las demás responsabilidades, *administrativas o de otro orden*, que puedan concurrir».

Insinúase claramente la preferencia de exigir una responsabilidad... por vía administrativa. Y así sería de mediar resoluciones o acuerdos del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores —pese a su planta de sociedad anónima, art. 54 LMV—.

Y la consecuencia procesal sería la de haber de acudir a la vía contencioso-administrativa, con las correspondiente regalías de la entidad pública, su actual duración, y a su final... un recurso de casación, con «finalidad básica en la protección de la norma» («Exposición de Motivos» de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992) (28). Mal remedio para el *ius litigatoris*, mientras prospera el comercio de títulos «anulados». El Arte, la Decoración, la Belleza, en fin, y en el fondo, la Historia podrían estar de enhorabuena (29). Pena es que no lo esté, en muchas ocasiones, el sujeto pasivo de la destrucción o «anulación visible» sus títulos-valores.

(27) Publiqué, de los primeros, un artículo monográfico sobre ese procedimiento «preferente y sumario» del art. 53-2 de la Constitución que aún espera su creación por obra de Parlamentos negligentes.

Cfr. mi trabajo «El procedimiento “preferente y sumario” y el recurso de amparo en el artículo 532 de la Constitución» en «Revista de Administración Pública», Madrid, núm. 99 mayo-agosto de 1979, p. 207 y ss.

(28) Cfr. mi monografía —en prensa— «Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (variaciones en torno a la Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto Ruiz Mateos v. España)», y esp. sobre los defectos de la LOTC en este punto. (Se ha publicado en junio de 1996 por la Editorial Comares, de Granada).

(29) Cfr. mi trabajo *cit.*, sobre el «nuevo» recurso de casación, retrógrado hacia 1790 en París.

La destrucción de lo que no es nocivo y se puede evitar, es mal remedio; retrógrado. Y las normas que la admiten sin destilar los motivos y las ocasiones, evitándolas al *máximum*, reaccionarias; dignas de un capitalismo salvaje poco compatible con el que se llama Estado social de Derecho.

Y la destrucción de bienes ajenos, podría incluso calificarse penalmente (30). (**)

(30) Espero remita y desaparezca el tipo de entidad falaz, que no dice la verdad a sus clientes en tanto se están destruyendo sus títulos y que aún le intenta ocultar información sobre ello. Y cuando la da, lo hace «con cuentagotas». No sé si es o no un carácter de la actuación de quien tiene algo que ocultar...

Las últimas convulsiones de la crónica financiera española, dan a entender que «Algo se está pudriendo (en Dinamarca) en España...»

Y no solamente en ese campo.

Recuerdo los tiempos de ANTONIO PÉREZ...

(**) Trabajo elaborado en 1993.

NOTA ULTERIOR

(Añadida al corregir pruebas, en septiembre de 1996).

La aparición de la Informática, de manera tan agresiva, y la del llamado *Habeas data*, podría haber abierto un camino limpiamente jurisdiccional para la defensa de todos los damnificados por el abuso de tal informativa. Pero el Estado español, se ha apresurado a dar a esa «defensa» carácter administrativo y estimo que con matices gravemente políticos, lo cual amenaza con tormentas.

Cfr. mi trabajo «El *habeas data* y su protección procesal actual y sugerida en la Ley española de Informática de 29 de octubre de 1992 (Firma de Derecho, Interdictos, *Habeas corpus*)». Conferencia pronunciada en las Facultades de Derecho (Bogotá, Medellín, Neiva) de la Universidad Cooperativa de Colombia, en este mes de septiembre de 1996).