

art. 67.3 LC, por cuanto ésta va referida tan sólo a las *excepciones de carácter material*, como tampoco afecta a otras excepciones procesales aun cuando su alegación no esté expresamente prevista —directamente o por remisión— por la Ley Cambiaria.

B) El tratamiento fiscal de cheques y pagarés: supuestos de sujeción

El resto del panorama cambiario de nuestro Ordenamiento es, desde la óptica de la fiscalidad indirecta, menos complicado⁴³. En efecto, cheques y pagarés están sujetos —en las condiciones que veremos a continuación— al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Lo que no existe en nuestro Derecho en relación con estos títulos es la sanción de pérdida de fuerza ejecutiva por no extenderse en efecto timbrado. No hay, en otras palabras, norma equivalente a la dictada por el art. 37.1.º TR y, desde luego, no cabe ni una aplicación analógica ni una interpretación extensiva de la misma⁴⁴. No existe, por tanto, obligación de *extender* los cheques y pagarés en efectos timbrados; es más, ni tan siquiera existen impresos o modelos oficiales para la emisión de tales títulos⁴⁵.

43. Respecto a la fiscalidad directa hay que tener muy en cuenta la Ley 14/1985, de 29 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2077/1985, de 23 de octubre (BOE del 31). A pesar de la evidente incidencia que estas normas habrán de tener en la práctica del tráfico cambiario que, desde luego, condicionan, no parece que deban afectar a los aspectos sustantivos de la regulación de las letras o pagarés —como afecta, sin embargo, el art. 57.1 TR— ni a los aspectos procesales —como resulta de la aplicación del art. 31.1 TR— Vid., en este sentido, VERGEZ SANCHEZ, *La circulación de la letra de cambio*, en *Derecho Cambiario* citado, pág. 469; ALONSO SOTO, *El pago de la letra de cambio*, *ibidem*, pág. 617. Por su parte, VICENT CHULIA, (ob. cit., págs. 654-655), considera que el incumplimiento de las normas fiscales mencionadas sólo tendrá consecuencias en el orden sancionador administrativo, pero critica a quienes valoran de modo negativo una normativa tendente, en su opinión, a acabar con el fraude fiscal. Asimismo, entre los fiscalistas, vid. PEREZ DE AYALA, *Aspectos fiscales de los títulos cambiarios*, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1986, núm. 182, págs. 323-324.

44. El art. 37.1 TR se refiere exclusiva y expresamente a las letras de cambio, sin que quepa —por el propio carácter sancionador y restrictivo de la norma— extenderlo a otros títulos: *odiosa sunt restringenda*.

En materia de cheque, el art. 1 del Convenio de Ginebra de 19 de marzo de 1931, "relativo al derecho de timbre", es análogo al precitado, en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, del Convenio de 1930.

45. No siempre fue así; bajo la vigencia del antiguo Impuesto del Timbre, llegaron a existir efectos especiales para la emisión de pagarés a la orden. La falta de empleo de los

En consecuencia, el cheque o pagaré que, estando sujeto al impuesto, no aparezca correctamente reintegrado en el momento de la emisión⁴⁶ no quedará irremediablemente privado de fuerza ejecutiva como, sin embargo, ocurre con la letra de cambio. Una vez el impuesto se liquide o, después de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988 que comentamos, aunque no se pague, el cheque y el pagaré llevarán aparejada ejecución. En el caso de la letra de cambio, por el contrario, el pago del

mismos privaba al pagaré de la eficacia ejecutiva "que los documentos mercantiles llevan aparejadas" (cfr. arts. 138 y 151 de las Leyes del Timbre de 1906 y de 1932).

46. El impuesto se suele considerar devengado en el momento de la emisión del efecto. Vid. FERREIRO, CLAVIJO, MARTIN QUERALT, PEREZ ROYO, *Curso de Derecho Tributario*, 5.ª ed., Madrid, 1988, pág. 552 y, siguiéndolos, PADILLA GONZALEZ, ob. cit., pág. 360. Lo cierto es que el art. 52.1.º.b) TR establece que el impuesto se devengará "el día en que se formalice el acto sujeto a gravamen". Esta formulación podría llevarnos a pensar que el tributo se devenga en el momento en que se redacta y suscribe el documento (letra, cheque o pagaré). Tal opinión podría verse reforzada por el tenor del art. 37.1 TR —las letras de cambio se *extenderán*— y por la apreciación de que el canje de efectos cuando resultan inutilizados es posible siempre que no contengan rúbricas ni firmas de ninguna clase (art. 82.2 del Reglamento), lo cual parecería indicar que el momento determinante para el nacimiento de la obligación tributaria es, precisamente, el de la suscripción del título.

No parece lógico, sin embargo, gravar la mera redacción de un documento que sólo produce efectos cuando es emitido. Obsérvese, en efecto, que la *documentación* de ciertos actos sujetos es lo que constituye el hecho imponible (FERREIRO LAPATZA, ob. cit., pág. 232). La extensión de ciertos documentos notariales, mercantiles, administrativos o judiciales está sujeta al impuesto porque refleja la circulación de riqueza. Ello se entiende con sólo tener en cuenta que para que exista dicho tráfico basta con que se asegure o proteja mejor la riqueza o se delimiten más claramente sus contornos (vid. FERREIRO LAPATZA, ob. cit., pág. 318). Ahora bien, la válida constitución de la obligación cambiaria exige que el título sea emitido, que pase de una persona a otra, para, de este modo, determinar el lado activo de la relación. Mientras el título no se pone en circulación mal se puede hablar de que se ha documentado o instrumentado en un título cambiario acto alguno. Mientras no se haya entregado el título —mientras no haya salido del ámbito del suscriptor— no se constituye una verdadera relación cambiaria, luego, en realidad, no se produce *documentación* alguna. No es posible sostener que el título surte efectos con anterioridad a su emisión (puesta en circulación). Y si no produce efectos no se puede decir que se haya asegurado, protegido o delimitado mejor la riqueza. No se produce, por tanto, el hecho imponible.

En cuanto al canje de efectos, hay que decir que no se llevará a cabo cuando lleven rúbricas o firmas porque la Ley entiende que se trata de "indicios de haber surtido efecto". Es decir, si figuran firmas en el documento timbrado especial previsto para la extensión de las letras de cambio se presume que ha surtido efecto, es decir, que ha incorporado derechos; en otras palabras, que ha sido emitido y puesto en circulación. Por eso no se admite el canje y no por el hecho, en sí mismo considerado, de la redacción y suscripción del documento. Naturalmente, y aunque este específico supuesto de canje no es aplicable a los cheques y pagarés, la argumentación los cubre igualmente porque el momento de devengo del impuesto no puede ser distinto para estos documentos y para las letras. Tanto más cuanto la norma que fija tal momento no distingue.

Todas estas consideraciones conducen, en definitiva, a preferir la tesis que sostiene que el impuesto se devenga con la emisión del título (letra, cheque o pagaré).

impuesto una vez que la letra ha sido emitida no resta eficacia a la sanción de pérdida de la "eficacia ejecutiva que les atribuyen las leyes"⁴⁷.

En relación con los cheques y pagarés, el pago del impuesto se realizará mediante timbres móviles (art. 37.2.º TR)⁴⁸; tales documentos tributarán —en caso de estar sujetos— por la misma escala de gravamen que las letras de cambio (art. 37.2 TR). Servirá de base la cantidad girada —"la suma determinada" que se manda pagar en el cheque (art. 106.2 LC) y la "cantidad determinada" que se promete pagar en el pagaré (art. 94.2 LC)—, sin que se produzca la duplicación de la base imponible cuando el vencimiento exceda de seis meses (art. 36.3 TR), lo que, por otra parte, no puede suceder nunca con el cheque, que es siempre pagadero a la vista (art. 134 LC).

Régimen diferente —introducido por la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 14/1985, de 29 de mayo— es el previsto específicamente para los pagarés y demás títulos análogos emitidos en serie por un plazo no superior a 18 meses, representativos de capitales ajenos, por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento. Su tributación es fija y no sometida a escala; se hará siempre en metálico, al tipo de tres pesetas por cada mil o fracción (art. 37. 4.º TR), y la base imponible estará constituida por el importe del capital que el emisor se compromete a reembolsar (art. 36.4.º TR)⁴⁹.

47. Las Sentencias de las Audiencias Territoriales han declarado, reiteradamente, la nulidad de los juicios ejecutivos despachados cuando la letra, pese a su posterior reintegro con timbres móviles, se hallaba extendida en impreso de clase inferior al que correspondiera por su cuantía. Vid. MARTINEZ LAFUENTE, *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, 2.ª ed., Madrid, 1980, pág. 701; PEREZ DE AYALA, ob. cit., pág. 313.

48. En estos casos el impuesto se liquida siempre mediante timbres móviles. No es necesaria, por supuesto, la presentación de los cheques o pagarés en la Oficina Liquidadora porque, en realidad, el pago mediante timbres constituye en sí mismo un procedimiento de autoliquidación que se rige por sus reglas específicas (FERREIRO, CLAVIJO, MARTIN QUERALT, PEREZ ROYO, ob. cit., pág. 565; vid., igualmente, *supra*, nota 13). No parece posible, por otra parte, la liquidación del impuesto en metálico dado el tenor imperativo del apartado 2.º del art. 37 TR.

49. Se puede discutir si estos títulos —"pagarés financieros"— están sometidos a la duplicación de la base a que se refiere el art. 36.2.º TR cuando su vencimiento exceda de

Lo que sí es una tarea realmente engorrosa en nuestro Ordenamiento es determinar con precisión qué cheques y qué pagarés se encuentran sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. En principio están sujetos —además de las letras de cambio, que tributan por el mero hecho de serlo, independientemente de la función que cumplan efectivamente en cada caso concreto— "los documentos que realicen función de giro o suplan a aquéllas".

De acuerdo con el art. 33.2.º TR, "se entenderá que un documento realiza función de giro cuando acredite remisión de fondos o signo equivalente de un lugar a otro, o implique una orden de pago, aun en el mismo en que se haya dado, o en él figure la cláusula *a la orden*"⁵⁰. La Ley, sin embargo, no nos dice en qué casos se entenderá que un documento suple a la letra de cambio. El Reglamento, por último, especifica que realizan función de giro los pagarés a la orden y los cheques y talones cuando sean a la orden o cuando se libren sobre lugar distinto al de emisión (apartados a), d) y e) del art. 44)⁵¹. Desde luego, el criterio de determi-

6 meses. En efecto, la norma que exime de tal duplicación a los títulos que no sean letras se encuentra en el apartado 3.º del art. 36 TR, que no se refiere expresamente a los mencionados en el apartado 4.º, por lo que podría entenderse inaplicable a ellos. La conclusión, no obstante, ha de ser otra. El primer párrafo del art. 36.2.º TR se refiere expresamente a las letras de cambio y la norma que lo declara aplicable a otros títulos así como la que impone la excepción que comentamos se ubican ambas en el apartado 3.º de dicho artículo. Por tanto, si el citado apartado 3.º es aplicable a este tipo de pagarés lo será también la regla que declara inaplicable la duplicación de la base. Si, por el contrario, el mencionado apartado 3.º se considera no aplicable, entonces no hay cuestión, porque el apartado 2.º, en su primer párrafo, habla de letras, y sólo mediante una norma expresa podría extenderse a otros títulos. También se pronuncia en contra de la duplicación de la base en el caso de "pagarés financieros", PADILLA GONZALEZ, ob. cit., en nota 47.

La realidad es que ninguna de las normas de los dos primeros apartados del art. 36 TR están destinadas a aplicarse a los pagarés "financieros". No la del apartado 1.º —existe norma específica en el 4.º— y tampoco la del párrafo segundo del art. 36.2.º —porque, al no ser la escala progresiva, no tiene sentido aplicar tal cautela—. Nosotros, por tanto, creemos que la duplicación de la base no es aplicable a los pagarés "financieros" porque no va destinada a ellos la remisión efectuada en el art. 36.2.º TR.

50. El Texto Refundido ha optado por definir sintéticamente los documentos de giro, en lugar de proceder analíticamente y ofrecer una enumeración de los mismos. La seguridad jurídica se hubiera beneficiado de la elección de esta segunda vía, pero, posiblemente, ello llevaría a dejar sin tributación nuevas modalidades de documentos, cada vez más frecuentes, y que no podrían quedar comprendidos en un hecho imponible delimitado de tal modo. Vid. MARTINEZ LAFUENTE, *Documentos de giro*, Crónica Tributaria, 1972, núm. 19, pág. 266.

51. Recordemos que la práctica bancaria —amparada en la doble terminología recogida en el Código de Comercio (arts. 534 y 543), pero no enteramente coincidente con el

nación de los documentos sujetos no aparece claro en la maraña de normas que hemos citado. El resultado es, en efecto, poco afortunado, y la técnica legislativa deficiente.

En primer término, hay que precisar cuándo un documento suple a las letras de cambio. Por lo que respecta a los títulos cambiarios, es de suponer que la Ley, con esta expresión, pretende declarar sujetos los cheques y pagarés que cumplan la función económica que el Ordenamiento considera propia —aunque no necesariamente privativa— de la letra. Y esta postura no deja de ser, en principio, lógica; si un cheque o un pagaré asumen idéntica función a la de las letras —suplantándolas más que supliéndolas— deben tributar de la misma manera, so pena de admitir una clara vía de evasión del impuesto. No obstante, dilucidar cuándo un documento suple a las letras de cambio no es tarea sencilla; téngase en cuenta que los instrumentos cambiarios son, desde el punto de vista de su función económica, intercambiables (y permítasenos el aparente juego de palabras) en multitud de ocasiones. Es cierto que, normalmente, la letra de cambio cumple una función de instrumento de crédito; no obstante, se ha puesto también de manifiesto repetidamente que funciona a veces como medio de pago⁵². Y precisamente esta función de medio de pago —o, mejor dicho, de facilitación de los pagos⁵³— es la que el Ordenamiento considera inequívocamente propia y peculiar del cheque⁵⁴.

sentido atribuido por éste a tal distinción— distinguía entre cheques o talones. Los primeros era los emitidos por una Entidad de crédito contra una sucursal, agencia o corresponsal situado, generalmente, en otra plaza; se empleaban para realizar operaciones de transferencia de fondos entre sucursales o para situar fondos en plaza distinta a petición de los clientes. Los segundos eran los librados por los clientes contra los Bancos en que tuvieran fondos depositados. A esta distinción es a la que responden los apartados d) y e) del art. 44.2.º del Reglamento. La Ley Cambiaria ha acabado con esta duplicidad terminológica; tras ella sólo cabe hablar de cheques.

52. Vid., por todos, GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1955, págs. 178 y sigs., y URÍA, *Derecho Mercantil*, 15.º ed., Madrid, 1988, pág. 738.

53. La entrega de cheques —como la de pagarés a la orden, letras de cambio u “otros documentos mercantiles”— se hace *pro solvendo* y no *pro soluto*. La entrega de un cheque no es el pago, sino que se hace *para* el pago; su emisión o posteriores transmisiones no tienen alcance novativo ni pueden equipararse a una *datio in solutum* salvo que las partes dispongan lo contrario. Es lo que, como es bien sabido, se deduce del art. 1170 del Código Civil.

54. Vid., nuevamente por todos, GARRIGUES, ob. cit., págs. 615 y sigs., y URÍA, ob. cit., pág. 818.

Por otra parte, el pagaré está también destinado, por su propia estructura de promesa de pago cuyo vencimiento puede no ser a la vista, a funcionar como instrumento de crédito⁵⁵. Por tanto, sin forzar en absoluto los objetivos funcionales que el Ordenamiento señala primaria y principalmente a los instrumentos cambiarios, es fácil observar que existe entre ellos cierto grado de fungibilidad. Cuando un cheque o un pagaré cumplen una función que les es propia, no puede decirse que están supliendo a la letra de cambio; para afirmar tal cosa no es suficiente que la letra pueda ser igualmente empleada con dicha finalidad.

Habrá que decidir, entonces, cuándo un pagaré o un cheque asumen funciones que, sin ser propias de ellos, lo son, en cambio, de la letra. En este sentido, se puede afirmar que los cheques suplirán a las letras cuando funcionen como instrumento de crédito, fenómeno que viene ocurriendo cada vez más a menudo: el cheque se toma a veces en consideración como documento que incorpora una promesa de pago aplazada, aun cuando tal aplazamiento se produzca sólo por un corto período⁵⁶. En cuanto a los

55. Vid., por todos, ARROYO, *El pagaré*, en *Derecho Cambiario* citado, pág. 745. En realidad, pagaré y letra de cambio son títulos de disciplina y función muy similares. Se encuentran vinculados ya desde sus orígenes históricos. Incluso en algunos países se denominan de manera casi idéntica (“cambiable tratta” frente a “cambiale propria”, “Wechsel” o “Wechselbrief” frente a “Eigenwechsel” o “Solawechsel”).

56. JIMENEZ SANCHEZ, *El cheque garantizado*, 2.º ed., Sevilla, 1973, pág. 103. En el mismo sentido, DIAZ MORENO, en las *Lecciones de Derecho Mercantil* citadas, pág. 137.

La configuración del cheque como título necesariamente a la vista, pagadero siempre a su presentación sea cual sea el día indicado en él como de su emisión (art. 134 LC), ¿tiene verdadera eficacia frente a la ya extendida práctica de emplear el cheque como instrumento de crédito?

Desde nuestro punto de vista, el art. 108 LC consagra la obligación extracambiaria de la Entidad librada de atender el cheque si tiene fondos a disposición del librador y en la medida —si la provisión es parcial— en que ésta pueda cubrir el importe de la orden (vid. VICENT CHULIA, ob. cit., págs. 737-738 y 740; GALAN CORONA, *Notas sobre la nueva regulación del cheque*, Actualidad Financiera, 1988, págs. 27-28; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 13.º ed., Madrid, 1988, págs. 399 y 403; ANGULO RODRIGUEZ, *El cheque y su vigente configuración legal*, en *La letra de cambio, el pagaré y el cheque*, Granada, 1987, pág. 227; DIAZ MORENO, ob. cit., págs. 155-156). El librado, por tanto, estará obligado a pagar el cheque a su presentación si tiene fondos para ello, incluso aunque conste en el título un vencimiento que no fuera a la vista (que se tendría por no puesto: art. 134), o no haya llegado aún la fecha indicada como de emisión del efecto. El pago lo hará sin incurrir en responsabilidad frente al librador, porque habrá cumplido la orden de pago según lo dispuesto por la Ley (art. 134), del mismo modo que tampoco responde el Banco librado frente a su cliente si paga un cheque dentro del plazo de presentación a pesar de haberse producido la revocación. Antes al contrario, en caso de que el

pagarés, parece difícil imaginar un supuesto en que se pueda considerar que *usurpan* las funciones propias de la cambial; desde luego, no sucederá tal cosa cuando sirvan de medio de pago, porque ésta no es tampoco la finalidad propia de la letra y, en todo caso, lo sería en el mismo grado del pagaré. Más bien da la impresión de que es precisamente la letra de cambio la que frecuentemente se inmiscuye en el campo que debería ser atendido por el pagaré⁵⁷.

En consecuencia, parece que sólo se puede afirmar con seguridad que un documento está sujeto al impuesto por suplir a

librado no pagase teniendo fondos, el tenedor podría dirigirse contra él por incumplimiento de su obligación legal. Sin embargo, ¿es suficiente este entramado normativo para evitar que el cheque sea utilizado para conceder crédito?

En efecto, téngase en cuenta que, normalmente, el cheque postdatado o en el que se ha fijado un vencimiento no a la vista resultará desatendido por falta de fondos si se presenta al pago de inmediato, esto es, sin respetar el vencimiento expresado en el título o antes de la pretendida fecha de emisión. Estos cheques se emiten, generalmente, porque se carece de fondos en el momento de su entrega pero se espera obtenerlos posteriormente; por eso precisamente funcionan como instrumentos de crédito. En estos supuestos, el tomador, al ejercitar su acción de regreso contra el librador, ¿habrá de respetar el pacto de no reclamar el pago hasta cierto momento? Tal pacto iría implícito en la postdatación del cheque o en la fijación de un vencimiento que no sea a la vista. Naturalmente, esta convención fundamentaría una excepción de naturaleza extracambiaría oponible *inter partes*, de modo que el librador conseguirá así su propósito de diferir el pago del cheque. Sin embargo, ello está lejos de convertir el cheque en un *seguro* instrumento de crédito. Adviértase que en el caso de que el cheque llegara a manos de un tercero ajeno a las relaciones existentes entre librador y tomador, la situación sería la siguiente: el acuerdo de librador y tomador de no presentar el título al pago antes de cierta fecha no sería nunca oponible al tenedor, quien podría ejercitar su acción de regreso contra el librador con total independencia de la postdatación o del *pactum de non petendo* que pudiera existir (salvo que viniera en aplicación la *exceptio doli*). El librador no puede tener, de este modo, la seguridad de que no le será exigido el importe del cheque antes del plazo convenido con el tomador. Bastaría con que el cheque circulara cambiariamente para que el librador pudiera ser compelido a pagar, después, naturalmente, de la negativa del Banco a atenderlo.

Hay quien mantiene, además, que el mencionado *pactum de non petendo* sería nulo por perseguir, precisamente, un fin prohibido por el Ordenamiento, cual es la utilización del cheque para funciones crediticias. Esta tesis, de ser admitida —y no queremos pronunciarnos ahora terminantemente sobre la cuestión que debe ser tratada con un detenimiento y profundidad que excederían del ámbito de este trabajo—, reforzaría aún más nuestra línea argumental; el librador no podría, ni siquiera *inter partes*, excepcionar la existencia del pacto de diferir la exigibilidad de la prestación, porque tal convenio sería nulo.

Por último, debemos apuntar que si el cheque fuera emitido en forma nominativa directa —con cláusula “no a la orden” o similar— la existencia del *pactum de non petendo*, de ser aceptada su validez, sería oponible a los sucesivos tenedores, dado que la transmisión del derecho no se produciría en vía autónoma sino de un modo derivado (“con la forma y efectos de una cesión ordinaria”: art. 120 LC).

57. Véanse, a este respecto, las consideraciones finales de este trabajo.

las letras de cambio cuando se trate de un cheque que haya sido empleado como instrumento de crédito. No creemos que de la fórmula legal pueda extraerse ninguna conclusión clara en relación con otros supuestos. Así, no será demasiado frecuente —por las razones aludidas— que los títulos cambiarios se entiendan incluidos en el hecho imponible por desempeñar una función que el Ordenamiento reserva para las letras. No será éste el criterio de mayor relevancia, ni de más frecuente aplicación, para decidir sobre la sujeción de los mismos al impuesto⁵⁸.

El segundo de los criterios mencionados por el art. 33 TR para determinar si un documento se encuentra o no sujeto al impuesto es el de desempeñar una función de giro. Y la Ley establece, en primer lugar, que se entenderá que un documento realiza tal función cuando acredite remisión de fondos o signo equivalente de un lugar a otro. Ciertamente, el término *giro* está vinculado, en su concepción originaria, a la idea de *cambio trayecticio*; hace referencia, en su sentido más clásico en el comercio, a operaciones de movimiento o traslación de fondos. Subyace al concepto de *giro* la existencia de una *distancia loci* entre la plaza en que se recibe un valor y aquella otra en que se reintegra (o debe reintegrarse). Actualmente diríamos que la función de giro se cumple cuando el lugar del libramiento o emisión es distinto del lugar de pago⁵⁹.

En realidad, la ley habla de documentos que *acrediten* “remisión de fondos o signo equivalente de un lugar a otro”. No obstante, lo fundamental de un documento de giro es, en esta primera acepción, permitir o instrumentar remisiones virtuales de fondos

58. Siempre con referencia, naturalmente, a los títulos cambiarios típicos. Fuera de este campo —al cual circunscribimos nuestro estudio— el criterio de *suplir* a las letras de cambio puede tener mayor trascendencia. Así ocurrió en el caso contemplado por la STS, Sala 3.ª, de 6 de marzo de 1976; se discutía, en síntesis, sobre la sujeción al impuesto de unos documentos emitidos por cierta sociedad —y que ésta denominaba cheques— para el cobro a sus clientes de los créditos dinerarios resultantes de operaciones mercantiles de suministros de mercancías. Tales documentos se expedían a nombre de una entidad bancaria y en ellos se ordenaba a los deudores pagar al Banco presentador del *título* el importe de aquellos créditos. Entre otras consideraciones, el Tribunal Supremo estimó que estos documentos —que no eran verdaderos títulos-valores cambiarios— *suplían a las letras de cambio* (eran aplicados “a cometidos que en la vida mercantil cotidiana se realizan a través de letras sin aceptar”), y que, por tanto, debían tributar por el impuesto.

59. Entendiendo “lugar” como lo hace el art. 92 LC (que es aplicable también al cheque [art. 161] y al pagaré [art. 96]): esto es, como localidad o población.

de un lugar a otro sin que sea necesario el desplazamiento efectivo de numerario (precisamente para evitarlo, surge el expediente del cambio trayecticio)⁶⁰. Los documentos de giro pretenden, en efecto, satisfacer en un lugar determinado las necesidades de numerario del emitente, quien, sin embargo, tiene excedentes de disponibilidad en poder de otra persona en otra plaza. Por ello, los documentos de giro, en este entendimiento, más bien acreditarán disponibilidad de fondos que remisión de ellos⁶¹.

También expresa el Texto Refundido, en segundo lugar, que cumplen función de giro los documentos en que figure la cláusula *a la orden* o impliquen una orden de pago, aun en el mismo lugar en que se haya dado. Se trata, evidentemente, de criterios no coincidentes; no es posible identificar los documentos emitidos *a la orden* —y, por ello, técnicamente endosables— con los que impliquen una orden de pago. Obsérvese que los cheques contienen siempre una orden o mandato de pago —en caso contrario no son cheques: art. 106.2 LC—, pero pueden ser nominativos o al portador. Los pagarés, por su parte, incorporan siempre una promesa de pago —nunca una orden: art. 94.2 LC—, pero son títulos a la orden natos.

Disipado así cualquier equívoco a que pudiera inducir la lectura de las disposiciones legales, se puede convenir en que, en estos supuestos, la referencia a la función de giro debe ser entendida en un sentido diferente, aunque, indudablemente, conectado con la idea original que hemos comentado anteriormente. En efecto, en la base de la noción de giro está la idea de recibir dinero —*pecunia praesens*— para devolverlo, después, en otro lugar —*pecunia absens*—. Ahora bien, el compromiso asumido puede no ser el de restituir una suma en otra plaza, sino el de reintegrarla *en otro momento*. Por así decirlo, existe un giro en el espacio en conexión con el cual nacen históricamente los instrumentos

60. Vid. MARTINEZ LAFUENTE, *Documentos de giro*, cit., pág. 267.

61. Vid. AMOROS RICA, *Los documentos de crédito y giro en el Impuesto de Timbre*, Revista de Derecho Mercantil, 1961, núm. 79, pág. 186. Téngase en cuenta, de todas formas, que el giro de letras y cheques —por su carácter abstracto— no puede probar por sí la existencia de un débito *ex causa* entre librado y librador y, por tanto, la existencia de provisión de fondos. En cuanto a la entrega de pagarés, parece posible entender que permite presumir la existencia de una deuda (causal), entre firmante y tomador, aunque se trataría de una presunción *iuris tantum*.

cambiarlos y existe también un giro en el tiempo —al cual responden hoy perfectamente el pagaré y la letra como instrumentos de crédito—. Se entrega un documento porque no se tiene dinero presente, pero se piensa tenerlo más adelante; la noción de instrumento de giro viene a coincidir, en este sentido, con la de instrumento de crédito.

Esta función de giro en el tiempo se vincula, de modo intuitivo, a la idea de transmisibilidad de los derechos, de fácil negociación del título. En el momento en que se aplaza la prestación, el acreedor que concede crédito quiere contar con la posibilidad de liquidar rápidamente ese activo mediante su transmisión en buenas condiciones, si ello fuera necesario. Es preciso, para que el sistema sea eficaz y permita recurrir con seguridad al crédito en el comercio, la posibilidad de movilizar los créditos no vencidos. Y ello se consigue tradicionalmente con seguridad cuando los títulos son emitidos a la orden y transmisibles por endoso. Por ello la Ley entiende que estos documentos esencialmente circulantes y negociables con facilidad en ámbitos mercantiles cumplen función de giro. Se establece así una vinculación entre la emisión a la orden y la función de instrumento de crédito —y, en consecuencia, de giro— de los documentos. Y ello no porque la ley de circulación inherente a tal modo de expedición lleve ínsita una operación de crédito, sino en la medida en que la endosabilidad facilita considerablemente la circulación de los créditos.

Es necesaria, de todos modos, una precisión a lo dicho; el Texto Refundido habla expresamente de documentos en los que "*figure la cláusula a la orden*". Ello se debe, sin duda, a que la disciplina vigente en 1980 no configuraba los títulos cambiarios como títulos a la orden natos, esto es, como títulos técnicamente endosables, aunque no se hiciera constar declaración alguna con este significado. Hoy en día, la letra, el pagaré y el cheque son títulos a la orden salvo que se incluya expresamente en ellos la cláusula *no a la orden* o equivalente o, en el caso concreto del cheque, se emita al portador o con el nombre del tomador en blanco. Parece, por tanto, que a la vista de la regulación cambiaria hoy en vigor, debe interpretarse el art. 33.2.º TR entendiendo que cumplen función de giro los documentos *emitidos a la orden* aun cuando dicho carácter no derive de la inclusión de una específica cláusula en este sentido.

Hay que advertir, no obstante, que la sujeción al impuesto de los documentos emitidos a la orden se debe más a su similitud con la letra de cambio que a la toma en consideración por el legislador del razonamiento desarrollado en los párrafos anteriores. Obsérvese, en efecto, que la tributación de los documentos mercantiles se establece tomando como punto de referencia la letra de cambio, prototipo de los documentos de giro. Así, además de los documentos que la suplen y de los que acreditan remisión de fondos, se sujetan aquéllos que presentan analogías, incluso meramente externas, con la cambial: los que implican una orden de pago y los emitidos a la orden.

Claro está que la especial aptitud de la letra para la circulación —debida a su endosabilidad— es un factor relevante en su posibilidad de empleo como instrumento de crédito y, por tanto, para su calificación como documento de giro (en el segundo de los sentidos que hemos atribuido a esta expresión). Probablemente estas consideraciones no fueron tenidas en cuenta de modo directo por el legislador fiscal al disponer la sujeción de los documentos emitidos a la orden, pero parecen adecuadas para explicar cuál puede ser el sentido último de sujetar al impuesto los documentos técnicamente endosables. La vinculación que se manifiesta en la letra de cambio entre su aptitud para la circulación por endoso y su funcionamiento como instrumento de crédito debe llevarnos a buscar en este mismo dato la justificación de la sujeción —en cuanto documentos que cumplen función de giro— de otros títulos que tienen en común con ella su emisión a la orden.

Naturalmente, resulta excesivamente genérico —y, por tanto, impreciso— afirmar que un documento emitido a la orden y transmisible por endoso cumple función de giro en el sentido que hemos visto. En concreto, y por lo que respecta a los títulos cambiarios, pensemos, por ejemplo, que un cheque, durante el breve plazo de presentación, puede ser endosado sin que ello haya de responder necesariamente a la idea de movilizar un documento que contiene una promesa de pago aplazado; el endoso de un cheque puede hacerse, sencillamente, para pagar una deuda, tomándolo en consideración, por lo tanto, como un medio de pago. No siempre que un documento es endosable ha de cumplir una función de giro; ahora bien, lo cierto es que la Ley no ha tenido en cuenta semejantes observaciones. Un documento emi-

tido a la orden está siempre sujeto al impuesto, ya que se presume, *iuris et de iure*, que cumple función de giro.

Por otra parte, lo dicho hasta ahora permite dar explicación a una circunstancia que puede fundamentar una seria objeción al razonamiento expuesto. Me refiero a la idea de que la argumentación prueba demasiado, pues debería ser confirmada por la sujeción de los documentos emitidos al portador, precisamente por su especial aptitud por la circulación. Ello, en el ámbito de los títulos cambiarios, significaría que habría que considerar incluidos en el hecho imponible los cheques al portador —con independencia de cualquier otra consideración— para ser congruentes con la tesis propuesta. Como, según veremos más adelante, los cheques al portador no están sujetos al impuesto, habría de reconocerse que la explicación no es totalmente convincente.

Lo cierto es que, efectivamente, los títulos emitidos al portador presentan una marcada vocación circulatoria, expresada y sustentada por la sencillez de su ley de circulación: son transmisibles por la tradición del documento (art. 545 del Código de Comercio)⁶². ¿Cómo explicar entonces que no se encuentren sujetos los títulos emitidos al portador si su aptitud para circular es equiparable a la de los emitidos a la orden y, por tanto, también su capacidad para desarrollar funciones crediticias? Desde nuestro punto de vista hay que volver a insistir sobre la función referencial de la letra de cambio en la determinación del hecho imponible del impuesto en relación con los documentos mercantiles. Recordemos, en esta línea, que los giros en blanco o al portador se consideran prohibidos en nuestro Derecho como consecuencia de la exigencia del art. 1.6 LC⁶³. Por tanto, un documento emitido al portador se distancia y diferencia notablemente desde un principio de las letras de cambio. Ello, probablemente, indujo al legislador fiscal a omitir cualquier referencia a esta clase de títulos.

62. Sobre las precisiones necesarias a la fórmula legal, señaladamente en el sentido de exigir un justo título (*causa traditionis*) además de la mera entrega material del documento (modo), vid. GARRIGUES, *Tratado*, cit., págs. 732-733; MILLAN GARRIDO, en las *Lecciones de Derecho Mercantil* citadas, pág. 184.

63. Cfr. IGLESIAS PRADA, ob. cit., pág. 407; JIMENEZ SANCHEZ, en las *Lecciones de Derecho Mercantil* citadas, pág. 53.

Pero creemos que esta omisión de la Ley resulta, después de todo y si se analiza la cuestión con detenimiento, congruente con la vinculación establecida entre el cumplimiento de una función de giro y la movilidad de los créditos a que hacen referencia los documentos. En nuestra opinión, la mayor simplicidad de la ley de circulación de los títulos al portador no los hace necesariamente más aptos que los endosables para su empleo y circulación en el tráfico comercial. En otras palabras, negamos —o, al menos, ponemos en duda— la premisa fundamental de la seria objeción a que hicimos referencia anteriormente.

Los títulos al portador son de más sencilla transmisión que los títulos a la orden; en éstos, además de la tradición del documento —suficiente en aquéllos— es preciso que conste en el título la declaración de endoso del *tradens*. Es, evidentemente, un requisito que "entorpece" la circulación, aunque no debe sobrevalorarse; no parece, en efecto, demasiado engorroso formular dicha declaración, máxime cuando el tráfico conoce fórmulas de acen-tuado laconismo. Por otra parte, también los requisitos para la legitimación son menores en los títulos al portador: basta la simple posesión del documento. Pero esta simplicidad ofrece también inconvenientes que no presentan —o presentan atenuados— los títulos a la orden que, no lo olvidemos, se encuadran en la categoría genérica de los nominativos. Así, en casos de sustracción, pérdida o, en general, circulación involuntaria del título, cualquier poseedor puede ejercitar el derecho; además, es siempre posible la intromisión de un tercero de buena fe adquirente *a non domino*, esto, naturalmente, puede ocurrir también con los títulos a la orden, si bien con mayor dificultad. El régimen de transmisión y ejercicio de los derechos en los títulos a la orden brinda, por tanto, mayor seguridad que el de los emitidos al portador. Además, y al menos por cuanto se refiere a los títulos cambiarios, el adquirente puede contar con la garantía del endosante, lo cual debe facilitar su admisión y empleo en el tráfico.

Viendo, por tanto, las cosas en su conjunto, creemos posible afirmar que los títulos a la orden presentan ventajas específicas con respecto a los títulos al portador. Todo sumado, aquéllos responden mejor a las necesidades del tráfico mercantil que éstos; y quizá la frecuencia relativa de empleo de ambos tipos de docu-

mentos en el ámbito de relaciones entre empresarios pueda confirmar esta idea.

Admitido lo dicho, podemos entender que el carácter de instrumento de crédito —y el cumplimiento, por tanto, de funciones de giro— es predicable sobre todo de los títulos a la orden y, sólo en segundo término, de los emitidos al portador. Por tanto, nuestra argumentación no prueba demasiado, porque el grado real de aptitud para la circulación y, en conexión con él, la capacidad para cumplir funciones crediticias, es más reducida en los títulos al portador.

Por último, se entiende que cumplen también función de giro los documentos que impliquen una orden de pago, siendo indiferente a estos efectos el lugar en que se haya dado. Ahora bien, ¿en qué sentido se podría afirmar que el documento que incluye una orden de pago actúa como instrumento de giro? Cuando se emite un mandato de pago, se pretende pagar una deuda propia a través de un tercero; se extinguen así dos obligaciones —al menos parcialmente— con un solo acto solutorio. Esta operación supondría un giro, no porque se cumpla la prestación en otro lugar o en otro tiempo, sino porque se hace por medio de otra persona (recordemos que es peculiar de los documentos de giro que a través de ellos se eviten desplazamientos o entregas materiales de dinero). La función de giro puede ser desarrollada por ciertos documentos, sustituyendo con ventaja al desplazamiento físico de numerario (giro en el espacio), o instrumentando operaciones de crédito, ya que sustituyen dinero presente por una promesa de pago futuro (giro en el tiempo); pero también se puede entender cumplida por los documentos que, simplemente, incorporan órdenes de pago, porque éstas son el instrumento técnico a través del cual se alcanza el fin perseguido: extinción de una obligación merced a la intervención de un tercero⁶⁴.

64. Vid. AMOROS RICA, *Los documentos de crédito y giro...*, cit., pág. 192. De todas maneras, no todos los autores admiten que la noción de orden de pago sea suficiente para determinar la función de giro del documento que la contenga. En efecto, según estas opiniones, lo esencial no es la presencia de una orden formal de pago, sino el hecho de que mediante la misma se documente un crédito y se facilite su circulación. Se requeriría, por tanto, una estrecha vinculación entre la orden de pago y el concepto técnico de título-valor, de modo que sólo aquellos documentos en que concurrieran ambos elementos cumplirían función de giro. Vid. MOLL DE MIGUEL, *Títulos de crédito atípicos, función de giro, cesión de*

Lo dicho no nos debe llevar, sin embargo, a inferir que se encuentran sujetos al impuesto *todos* los cheques, a pesar de que todos ellos incorporan una orden de pago. En primer lugar, no parece ser ésta la auténtica voluntad de la Ley, como se deduce claramente de la mención, en el art. 44 del Reglamento, de los cheques y talones que sean a la orden o en los cuales el lugar de emisión y el de pago sean distintos. La expresa inclusión de estos cheques —y sólo de ellos— en el hecho imponible confirma la idea de que la formulación legal —documentos que impliquen una orden de pago— va referida exclusivamente a otras órdenes de pago no documentadas en títulos-valores cambiarios. La sujeción de ciertos cheques se fundamenta, así, no en la incorporación por los mismos de una orden de pago, sino en su emisión a la orden o en su vinculación con operaciones de traslación de fondos.

Tales consideraciones se ven ratificadas, por lo demás, por la realidad social del momento. Esta, funcionando como elemento interpretativo de acuerdo con el art. 3 del Código Civil, pone de manifiesto lo inadecuado de una interpretación en exceso rigorista y literal de la dicción legal; se podría llegar, en claro divorcio con el modo de actuar de los operadores jurídicos y con la lectura que de la norma se hace en la práctica, incluso por los encargados primeramente de aplicarla, a considerar sujetos todos los cheques, fuera cual fuera su ley de circulación. Naturalmente, no pretendemos decir con ello que la realidad social pueda derogar las leyes, sino atribuirle la importancia que en este caso le corresponde como criterio hermenéutico. Importancia que se ve recalcada, además, al combinarse con el contenido del mencionado art. 44 del Reglamento. Por otra parte, la utilización de la realidad social como canon interpretativo se ve legitimada si con ello se potencia y salvaguarda el *efecto práctico esencial* perseguido por la norma, el cual, en nuestro caso, consiste en sujetar, como documentos de

créditos y documentos de legitimación en la doctrina económico administrativa, Hacienda Pública Española, 1977, núm. 46, págs. 107-108; CALAVIA MOLINERO y BALDO DEL CASTAÑO, *El cheque*, Barcelona, 1987, pág. 526. No obstante, queremos dejar constancia de que las normas fiscales no formulan expresamente la necesidad de que la orden de pago se contenga en un título-valor para entender que el documento realiza función de giro. Antes bien, la referencia a ciertos tipos de órdenes no incorporadas a títulos parece dar a entender lo contrario (cfr. art. 44.2.f) del Reglamento).

giro, sólo ciertos tipos de cheques —los mencionados expresamente—, quedando excluidos los demás del hecho imponible.

Para terminar, además de los documentos que suplan a las letras de cambio o realicen funciones de giro, se encuentran sujetos los pagarés emitidos en serie, por plazo no superior a 18 meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe satisfecho por la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento. Se quiere, en definitiva, sujetar al impuesto los llamados *pagarés financieros* o *pagarés de empresa* que, en la mayoría de las ocasiones, reunirán las condiciones enunciadas en el art. 37.1.º TR⁶⁵. Son títulos que responden a operaciones de financiación a corto plazo y que son adquiridos *al descuento*, lo cual supone, en términos fiscales, la existencia de un rendimiento implícito⁶⁶.

El Texto Refundido exige, además, que sean emitidos *en serie*. Rectamente entendida, esta expresión hace referencia a operaciones de lanzamiento al mercado de una prestación única de

65. Hay que tener en cuenta que los *pagarés financieros* sólo serán verdaderos pagarés cambiarios —sometidos por tanto, a la Ley Cambiaria— si reúnen los requisitos formales del art. 94 de ésta. El nombre que en el tráfico reciban los títulos no asegura que puedan ser calificados de ese modo a la luz de las normas vigentes ni, lo que es más importante, que pueda aplicárseles la disciplina que parece reclamada por dicho *nomen*. En este trabajo prestamos atención a los pagarés financieros en la medida en que sean pagarés cambiarios.

66. Sobre la instrumentación de las operaciones de emisión de los pagarés financieros en la práctica española anterior a la entrada en vigor de la Ley Cambiaria, vid. URÍA MERUENDANO, *El pagaré de empresa: aspectos jurídicos*, en *El mercado de pagarés de empresa*, Madrid, 1983, págs. 63 y sigs. Respecto a la situación posterior al 1 de enero de 1986, vid. ARROYO, ob. cit., págs. 752 y sigs., especialmente, 759-760. Asimismo, incidiendo sobre todo en su distinción con respecto a las obligaciones, ALONSO ESPINOSA, *Asociación y derechos de los obligacionistas*, Barcelona, 1988, págs. 72-79.

La sujeción de estos títulos se debe a la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 14/1985, de Régimen Fiscal de determinados Activos Financieros. Dicha Ley trata de evitar, como reconoce su propia Exposición de Motivos, los indeseables efectos fiscales y financieros que provoca la existencia de activos *opacos* no controlados por el Fisco (discriminación respecto a rentas de otras procedencias, maximización indeseable de beneficios fiscales, distorsiones en los mercados y en la neutralidad del sistema financiero...) Por ello ha querido asegurarse de que los documentos a través de los cuales se instrumentan estas operaciones tributen por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al mismo tiempo que sufren retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los rendimientos implícitos que amparan. Todo ello, pero especialmente esto último, ha contribuido a un cierto retraimiento y abandono de las operaciones de emisión de pagarés financieros (ARROYO, ob. cit., pág. 754).

crédito colectivo⁶⁷; operaciones en las cuales se crean múltiples puestos de acreedores por partes alícuotas de la deuda total única que el empréstito representa, sin que a efectos jurídicos tenga trascendencia que esos puestos sean ocupados por distintas personas o por un único sujeto. La idea del lanzamiento *en serie* de títulos se conecta con la de una única manifestación de voluntad contenida en el contrato de emisión. Sin embargo, en la práctica española los pagarés de empresa son títulos emitidos aisladamente; cada uno de ellos contiene una específica y particularizada declaración de voluntad del eminente. Es cierto que en cada emisión se lanzan al mercado una pluralidad de pagarés de contenido semejante, pero ello no los convierte en fracciones de un crédito colectivo que tenga su origen en un acto único (contrato de emisión)⁶⁸.

En definitiva, se puede convenir en que los pagarés de empresa son, desde el punto de vista jurídico-formal, efectos de comercio y no valores mobiliarios. Sí lo son, sin embargo, los demás títulos que el propio art. 33 cita junto a los pagarés (bonos, obligaciones, etc.). El análisis de esta circunstancia puede llevarnos a una de estas dos conclusiones. Primera, cuando el Texto Refundido menciona los pagarés y demás títulos análogos emitidos *en serie*, se refiere a instrumentos financieros que, a pesar de llevar aquel nombre, no son verdaderos pagarés cambiarios, porque a éstos no es aplicable la calificación de *valores mobiliarios*. Así, no se comprenderían en esa expresión los pagarés de empresa que conocemos en España porque son emitidos aisladamente. Sin embargo, no nos parece plausible tal interpretación, ya que parece claro que el legislador trata de gravar, precisamente, los pagarés financieros.

Queda así abierta la vía a una segunda y más adecuada interpretación. Se trata de atender a la verdadera realidad económica que subyace a una emisión de pagarés financieros. En sustancia, por su función económica, estos títulos se encuentran más cerca de los valores mobiliarios que de los efectos de comercio.

67. Vid. OTERO LASTRES, *Reflexiones sobre la aplicabilidad de los arts. 111 y siguientes de la LSA a los pagarés de empresa*, La Ley, 1985, págs. 1146 y sigs.

68. Vid. OTERO LASTRES, ob. cit., págs. 1155-1156.

Económicamente se trata de la emisión de un verdadero empréstito, aunque para instrumentarlo se utilicen documentos cambiarios que son, desde un punto de vista formal, títulos emitidos aisladamente, ya que cada uno de ellos incorpora una precisa declaración de voluntad sin ser referibles en su conjunto a un único negocio⁶⁹.

Debemos, pues, atender a la realidad económica subyacente y dejar de lado consideraciones formales. De lo contrario podríamos llegar a interpretaciones obstaculizadoras del fin querido por la Ley, lo que sería opuesto al criterio hermenéutico fundamental establecido por el art. 3.1º del Código Civil: el espíritu y finalidad de las normas. Por ello creemos que se puede entender que los pagarés financieros resultan emitidos *en serie* a los efectos del art. 33 TR. Por tanto, si reúnen las demás características — adquisición *al descuento* y vencimiento no superior a 18 meses — estarán sujetos al impuesto.

En realidad, la práctica demuestra que los pagarés de empresa son emitidos generalmente como pagarés *a la orden*, por lo que su tributación estaba ya asegurada aun sin la inclusión del inciso final del art. 33.1º TR. Posiblemente, la referencia a los pagarés junto con los bonos, obligaciones y demás títulos emitidos en serie se debe a la inercia de trasladar el contenido del art. 1 de la Ley de 29 de mayo de 1985 al Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁷⁰.

69. Vid. ARROYO, ob. cit., pág. 761. De modo muy expresivo este autor se pregunta: "¿Es que la puesta en circulación simultáneamente de varios cientos de miles de pagarés no es una emisión en masa? ¿Se puede negar la evidencia de la pluralidad *real*, no *formal*, de los títulos?". "¿Acaso no incorporan derechos iguales o análogos?".

70. Como ya hemos señalado, el art. 33 TR recibió su actual redacción por obra de la Disposición Adicional 2.º de la Ley de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros. La novedad fue la inclusión de la referencia a los pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogos emitidos en serie. Esta fórmula viene a coincidir con la enumeración ejemplificadora de activos con rendimiento implícito contenida en el art. 1. 2.º de la ley precitada. Advertimos, de toda manera, que en esta disposición se mencionan las letras de cambio — que están sujetas al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados sea cual sea la forma de giro y el tipo de operación (financiera o comercial), a que responden — y las cédulas, que, por otra parte, quedan sobradamente cubiertas por la referencia a otros títulos análogos.

En definitiva, de acuerdo con lo dicho, es posible concluir que se encuentran sujetos al impuesto los siguientes títulos cambiarios:

a) Los cheques a la orden y aquéllos en los que exista *distantia loci*, independientemente, estos últimos, de su emisión al portador o en forma nominativa. La Ley entiende (art. 33 TR) que los documentos en que concurren estas circunstancias cumplen funciones de giro.

b) En la medida en que suplen a las letras de cambio, están también sujetos al impuesto los cheques que desarrollan funciones crediticias. Esta semejanza funcional se podrá advertir, especialmente, en los cheques postdatados o en aquéllos en los que se hubiera fijado un vencimiento determinado.

c) Los pagarés a la orden y los emitidos en forma nominativa directa — con cláusula *no a la orden* o similar — siempre que, en este último caso, sean distintos el lugar de emisión y el de pago, porque ello “acredita remisión de fondos de un lugar a otro”⁷¹.

d) Los pagarés emitidos en serie, por plazo no superior a 18 meses y representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación establecida por la diferencia entre el importe entregado a la emisión y el comprometido a reembolsar al vencimiento, aunque sean nominativos y no exista en ellos *distantia loci*.

Hemos de insistir sobre la idea de que los cheques y pagarés se encuentran sujetos al impuesto aunque en ellos no figure tal cláusula a la orden. En efecto, desde nuestro punto de vista, la sujeción de los documentos en que figure tal cláusula se debe a su endosabilidad y, con ella, a su especial aptitud para circular en el tráfico mercantil. Lo fundamental es la transmisibilidad por endoso; en este sentido, la cláusula a la orden venía funcionando como signo externo y, a la vez, posibilitador de esta cualidad. Hoy

71. Obsérvese que si fueran expedidos en las condiciones fijadas en el art. 33.1.º inciso final (en serie, por plazo no superior a 18 meses y con rendimiento implícito), su tributación se haría en metálico al tipo de tres pesetas por cada mil o fracción (art. 37.4.º) del importe que el emisor se haya comprometido a reembolsar (art. 36.4.º).

en día, sin embargo, tanto el pagaré como el cheque son títulos a la orden — endosables — cuando estén extendidos a favor de persona determinada, sin necesidad de incorporar declaración especial alguna. Por tanto, y dado que lo fundamental no es la presencia en el documento de una u otra fórmula, sino su endosabilidad, los cheques y pagarés *emitidos a la orden* deben ser considerados instrumentos de giro a efectos fiscales⁷².

Por su parte, no se encuentran sujetos al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados los pagarés emitidos con cláusulas *no a la orden* que no supongan traslación de fondos de un lugar a otro, ni puedan encuadrarse entre los emitidos en serie, a corto plazo y con rendimiento implícito⁷³. No tributarán tampoco por este impuesto los cheques emitidos en forma nominativa directa ni los emitidos al portador, siempre que no supongan traslación de fondos de un lugar a otro ni actúen supliendo a las letras de cambio.

C) La norma del apartado 1.º del art. 57 Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Hemos visto en los apartados anteriores las notas fundamentales de la disciplina fiscal de los instrumentos cambiarios. No obstante, queda por tratar un tema que requiere un enfoque necesariamente nuevo a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/1988, de 12 de julio.

72. PEREZ DE AYALA (ob. cit., pág. 316), entiende que los pagarés sólo quedan sujetos si concurre una de estas dos circunstancias: que el pagaré haya de surtir efecto en distintas plazas — con lo cual, si se entiende en el sentido de existencia de *distantia loci*, estamos de acuerdo — o cuando haya sido endosado. Esto último porque el pagaré, en su nueva regulación, “no contiene la cláusula a la orden”. Aparte de nuestra opinión — explicada en el texto — favorable a la sujeción de los pagarés aun cuando no figure en ellos la cláusula a la orden, hemos de rechazar la opinión de este autor porque nada impide que tal cláusula se incluya en el contexto del título. ¿Cómo tributaría entonces este documento, al emitirse o al endosarse? Parece claro que al emitirse, con lo cual la afirmación de PEREZ DE AYALA quedaría sin fundamento. Por lo demás, el impuesto se devenga al emitirse el documento, y su pago cubre todas las cláusulas que contenga (art. 39.1 TR), de lo cual se deduce que no están gravadas cláusulas aisladas, sino la propia emisión del documento.

73. En contra, dubitativamente, PADILLA GONZALEZ (ob. cit., pág. 356, en nota), con la, a nuestro juicio, discutible argumentación de que el pagaré no a la orden implica una orden de pago “en forma de promesa personal, en sentido similar a la letra *al propio cargo*”. Ello supone, desde nuestro punto de vista, pasar por alto la particularidad fundamental del pagaré en cuanto título cambiario: el incorporar una promesa en lugar de una orden de pago.

A tenor del art. 57.1.º TR (en su formulación vigente hasta la citada resolución del Tribunal Constitucional), recordemos que *ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá, ni surtirá efecto en Tribunal, Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria.*

Ello debía comportar, en estricto derecho, la imposibilidad absoluta de ejercitar la acción cambiaria por vía judicial⁷⁴. En efecto, los derechos y obligaciones cambiarías encuentran su único fundamento en el título; derivan de él y no del negocio subyacente. Sólo con la aportación del documento es posible reclamar el cumplimiento de las obligaciones cartáceas. Consecuentemente, dado que el título no había de surtir efecto ante los Tribunales en tanto no se justificara el pago del impuesto (o la exención o la no sujeción), antes de ese momento los derechos incorporados a él no gozaban de tutela judicial.

Obsérvese que el problema no se planteaba en relación con el cauce procesal abierto para el ejercicio de los derechos cambiaríos. No se trata de la privación al documento de su carácter de título ejecutivo, sino de subordinar al cumplimiento de ciertos deberes fiscales cualquier posibilidad —incluso en un proceso declarativo— de pretender judicialmente el pago de las obligaciones cambiarías.

El tenedor de una letra de cambio, de un cheque o de un pagaré debía —al menos en una interpretación directa y literal de la norma— liquidar el impuesto como condición para ejercitar sus derechos cartáceos. La diferencia estribaba en que el cheque y el pagaré, una vez pagado el impuesto, recobraban su fuerza ejecutiva, mientras la letra de cambio podía fundamentar una acción ejercitable, únicamente, en un proceso declarativo, por no haberse pagado el impuesto en el momento de la emisión mediante el uso de los documentos timbrados especiales⁷⁵.

74. Vid., sin embargo, las consideraciones formuladas *infra* respecto a la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de este precepto.

75. Téngase en cuenta que la Orden de 11 de abril de 1986, por la que se aprueba el modelo de letra de cambio, se remite, en todo momento, a lo previsto en el art. 37.1.º TR. Con ello confirma, bien a las claras, que el empleo de los efectos timbrados es imprescindible para que el título conserve su fuerza ejecutiva, pero no para el ejercicio de la acción cambiaria en un proceso declarativo.

Esta situación ha sufrido un importante cambio a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos. En ella se declara “inconstitucional y, en consecuencia, nula la inclusión del vocablo *Tribunal* en el art. 57.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre”. El Tribunal considera así que la limitación que el art. 57 TR impone (imponía) a la eficacia de los documentos ante los Tribunales es contraria al art. 24.1.º de la Constitución en la medida en que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva.

En los Fundamentos de la Sentencia se distinguen dos maneras en las que un ciudadano puede ver ilegítimamente restringido su derecho a la acción por la prohibición de que los Tribunales admitan ciertos documentos. Una de ellas se concreta en la imposibilidad de aportar medios de prueba; imposibilidad que podría llevar a *la presentación de una demanda condenada al fracaso o a impedir a la parte la defensa de sus posiciones mediante la aportación de una prueba documental substancial*⁷⁶. La segunda violación del art. 24 de la Constitución es mucho más directa y se produce porque la prohibición del art. 57.1.º TR podría suponer la imposibilidad del ejercicio de derechos cuando la admisión de la demanda se condiciona a la presentación de ciertos documentos.

Este segundo supuesto es (o, mejor, era), el de los títulos cambiaríos⁷⁷. Los derechos de tal naturaleza derivan del documento —nacen *ex carta*—, y la no admisión del título por los Tribunales cerraba toda posibilidad de acción. No obstante, a partir de la Sentencia 141/1988, no será preciso justificar el pago del impuesto (o la no sujeción o la exención), para poder ejercitar judicialmente los derechos cambiaríos, sin perjuicio del manteni-

76. El propio Tribunal Constitucional puntualiza que “en estos casos, aunque formalmente la norma cuestionada afecte únicamente a la disponibilidad de los medios probatorios (...), obstaculiza asimismo el derecho a la acción”.

77. Naturalmente, los títulos cambiaríos podrían verse afectados por la prohibición del art. 57.1.º TR también en cuanto se intentara utilizarlos como medios de prueba en un proceso en el que se ejercitaran acciones derivadas de las relaciones causales o subyacentes. En tal caso no se estarían ejercitando derechos cambiaríos y el título se aportaría al proceso, no en su calidad de título-valor, sino en la de documento privado con determinada fuerza probatoria. Por ello el supuesto se sitúa más allá del interés de este trabajo.

miento del deber general de colaboración de las Autoridades Judiciales: según el art. 112.3.º de la Ley General Tributaria —en la redacción dada por la Ley de 26 de abril de 1985—, los Juzgados y Tribunales deberán facilitar a la Administración, *de oficio* o a requerimiento de la misma, cuantos datos se desprendan de las actuaciones judiciales de que conozcan. Ello comprende, indudablemente, la comunicación de la existencia de documentos respecto a los cuales no se haya satisfecho el impuesto⁷⁸.

Por tanto, el tenedor legítimo de un cheque o de un pagaré sujetos al impuesto puede ejercitar los derechos cambiarios en ellos incorporados sin traba o impedimento derivados del cumplimiento de requisitos fiscales. Y, por supuesto, podrá encauzar su pretensión por los trámites del juicio ejecutivo o por los del proceso declarativo ordinario que corresponda por la cuantía.

En cuanto a la posición de los tenedores de letras de cambio, hay que recordar que el art. 37.1.º TR no ha sido afectado por la Sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que sigue perfectamente vigente. Ello significa que una letra extendida en papel no timbrado o en efecto de clase inferior a la que corresponda a su

78. Este deber derivaría, según el Tribunal, del general sometimiento de los poderes públicos a la Ley y de la unidad de los fines del Estado. Así, en virtud del principio de colaboración entre todos los poderes, pueden imponerse al Juez obligaciones encaminadas al logro de otras finalidades públicas, como es la de comunicar la existencia de un documento respecto al cual no se haya hecho efectivo el pago del tributo.

Problema diferente es el del modo de liquidar el impuesto en el supuesto de letras de cambio no extendidas en efectos timbrados. Desde nuestro punto de vista, habrá que acudir al procedimiento de autoliquidación, que es el de carácter general (art. 85 del Reglamento). No parece posible el empleo de timbres móviles; de hecho, en los casos en que la Ley prevé el pago por medio distinto a los efectos timbrados se pronuncia por la liquidación en metálico (segundo párrafo del art. 37.1.º y art. 37.3.º). Tampoco es posible objetar que el pago en metálico es meramente una posibilidad, siendo admisible, por tanto, el uso de timbres móviles, argumentando para ello que el art. 57.2.º TR establece la no necesidad de presentar las letras de cambio en las Oficinas Liquidadoras. El equívoco es provocado por la errónea ubicación sistemática del párrafo segundo del art. 57 TR. Dicha norma debería estar encuadrada en el art. 54, con lo que su sentido quedaría aclarado. El art. 57.2.º TR dispone —por excepción a la obligación de presentar los documentos comprensivos de los hechos imposables (art. 54.1.º)— que ciertos documentos no habrán de ser presentados en las Oficinas Liquidadoras. La excepción se fundamenta en que son documentos que se extienden en efectos timbrados, por lo que el impuesto se satisface mediante el empleo de los mismos. Ahora bien, cuando ello no se hace así en el momento de la emisión, si será preciso presentar la letra en la Oficina Liquidadora. La dispensa de esta obligación contenida en el apartado segundo del art. 57 TR hace referencia —a pesar de su ubicación— al supuesto general de liquidación del tributo en el momento de emisión de la letra, y no al caso de que se quiera satisfacer en un momento posterior.

importe o que, en caso de exceder la suma de los treinta y dos millones de pesetas, no se haya realizado la autoliquidación, no tendrá fuerza ejecutiva. Sin embargo, no podrá ser rechazada por los Tribunales si, con base a ella, se pretende exigir el cumplimiento de las obligaciones cambiarias en un juicio declarativo ordinario.

Por otra parte, y como ya sucedía antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos, de nada le valdrá al tenedor de la letra liquidar el impuesto con posterioridad a la emisión. La pérdida de fuerza ejecutiva es irreparable⁷⁹.

79. El sistema queda así algo descompensado. El impago del impuesto en el momento de extensión de la letra se sanciona con la pérdida de eficacia ejecutiva aunque se satisfaga el tributo con posterioridad. No existe, sin embargo, sanción de mayor fuerza para el caso —más grave desde la óptica de la efectividad de la disciplina fiscal— del impago *absoluto*. No parece equilibrado que sea idéntica la situación, a efectos del ejercicio de derechos cambiarios, de quien pagó el impuesto (aunque lo hiciera tarde), y de quien no lo ha hecho. El sistema no incentiva suficientemente que se pague el impuesto relativo a las letras no emitidas en el efecto timbrado de la clase correspondiente. Ello sin desconocer, naturalmente, que desde la perspectiva sancionatoria, la situación puede no ser idéntica en ambos supuestos. Pero eso no parece demasiado relevante en una materia en la que está en juego algo tan importante como la posibilidad de encauzar la acción cambiaria por los trámites del juicio ejecutivo.

III. ALGUNAS CONCLUSIONES: PERSPECTIVAS DE EMPLEO DE LOS INSTRUMENTOS CAMBIARIOS

En los apartados anteriores hemos destacado las líneas fundamentales del régimen fiscal de los instrumentos cambiarios. Hemos tratado de arrojar algo de luz sobre ciertos puntos oscuros o criticables —o ambas cosas a la vez— de esta normativa. Nos hemos detenido, especialmente, en el problema de la sanción de pérdida de fuerza ejecutiva de las letras no extendidas en efectos timbrados de la clase que corresponda a su cuantía y en la tarea de determinar qué cheques y qué pagarés se encuentran sujetos al impuesto. Hemos, por último, dado cuenta de la modificación de la disciplina fiscal de los títulos cambiarios que ha supuesto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988. Ahora procede, para terminar, apuntar algunas ideas acerca de las perspectivas de utilización de estos títulos⁸⁰.

Creemos oportuno partir de la siguiente reflexión: la discriminación existente, desde el punto de vista fiscal, entre las letras de cambio, por una parte, y los cheques y pagarés, por otra, se mantiene en sus exactos términos después de la Sentencia del Tribunal Constitucional. Lo que sucede es que, al producirse una modificación del contexto normativo, cambia el alcance y significado de dicha discriminación.

En efecto, tanto ahora como antes, la letra pierde *irremediablemente* su fuerza ejecutiva si no se extiende en el efecto tim-

80. Vaya por delante que no trataremos del futuro de los instrumentos cambiarios en relación o por comparación con otros activos financieros no cambiarios. Nos limitaremos a formular observaciones sobre la posibilidad de que alguno de estos títulos pueda ir asumiendo funciones propias de alguno de los otros y, concretamente, sobre una futura mayor difusión del empleo del pagaré. Intentaremos plantear la hipótesis de si el régimen fiscal de los títulos cambiarios puede llegar a influir sobre la frecuencia y difusión de empleo de cada uno de ellos en relación con los otros.

brado de la clase correspondiente a su cuantía, esto es, si no se paga el impuesto en el momento de la emisión del título. Por el contrario, con anterioridad a la Sentencia que comentamos, para que los cheques y pagarés tuvieran fuerza ejecutiva bastaba con pagar el impuesto; su ventaja con respecto a las letras estribaba en que el impuesto podía ser satisfecho en cualquier momento —por tanto, no necesariamente en el momento de la emisión— conservando entonces su carácter de título ejecutivo. En consecuencia, era posible ahorrarse el impuesto en los cheques y pagarés llegados a buen fin o en aquéllos que, por cualquier causa, no dieran lugar a litigio. En caso de que fuera preciso aportar el pagaré o el cheque para ejercitar judicialmente una acción cambiaria, siempre se podía recurrir a timbrarlo en ese momento. Las letras de cambio, sin embargo, y ante la posibilidad de que pudieran resultar impagadas y dar lugar a acciones judiciales, debían ser extendidas en el efecto timbrado correspondiente, so pena de renunciar desde el primer momento a actuar los derechos que incorporasen a través del cauce procesal del juicio ejecutivo.

El cambio sustancial producido por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988 se traduce en que los documentos cambiarios han de ser admitidos por los Tribunales —y surtirán plenos efectos en ellos— aunque no se acredite haber liquidado el impuesto o, mejor dicho, aunque se acredite que no se ha pagado. Pero ello no afecta, como sabemos, al art. 37.1.º TR, que sigue manteniendo toda su vigencia y fuerza como pieza clave del diferente régimen existente entre la letra y los otros títulos cambiarios. En realidad, a poco que se analice la cuestión detenidamente, veremos que la *discriminación* se ha hecho más evidente y más relevante como consecuencia de la Sentencia.

En efecto, antes de ésta, la *ventaja* de cheques y pagarés se concretaba en la posibilidad de pagar el impuesto en el momento de la emisión o en otro posterior sin que ello afectase a su fuerza ejecutiva. Pero, en todo caso, y de acuerdo con el art. 57.1.º TR, era preciso satisfacer el tributo. Por el contrario, en el actual estado de la normativa, la gran diferencia se encuentra en que la acción cambiaria derivada de cheques o pagarés puede ejercitarse en vía ejecutiva *sin necesidad* de liquidar el tributo, mientras que en el caso de la letra de cambio hay que pagar el impuesto y, además,

precisamente en el momento de la emisión, para que conserve su fuerza ejecutiva⁸¹.

El tratamiento fiscal de cheques y pagarés aparece así, en cuanto a la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria en vía ejecutiva, aún más favorable en términos comparativos. Y ello ha venido provocado indirectamente por la Sentencia, que si bien no ha introducido ningún nuevo elemento de discriminación, ha profundizado la existente al precisar, con arreglo a la Constitución, el sentido de una norma básica en el contexto normativo⁸².

Estando así las cosas, ¿tendría algún fundamento predecir una futura sustitución de la letra de cambio por el pagaré? ¿Sería posible prever una progresiva reducción del, hasta hoy, masivo empleo de la letra de cambio y una correlativa mayor difusión del pagaré?

Se podría pensar que el tratamiento fiscal más favorable concedido por nuestro Ordenamiento al pagaré, y que ha visto potenciado su carácter ventajoso con relación a la cambial a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional, debería llevar a un más frecuente uso de aquel título. En nuestra opinión, sin embargo, de avenir tal proceso de sustitución no sería atribuible a los efectos de la mencionada Sentencia, y sólo en muy pequeña medida lo sería a su más beneficioso régimen fiscal. Y ello porque, en la práctica, la situación anterior a la Sentencia no era, a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo, exactamente como nosotros la hemos dibujado.

En este punto del discurso, y para justificar estas últimas afirmaciones, es preciso traer a colación un dato que hemos silenciado hasta ahora para no oscurecer el razonamiento. Nos referi-

81. Naturalmente, el trato fiscal más favorable para cheques y pagarés se manifiesta exclusivamente —y no es poco!— en relación con el carácter ejecutivo del título. La acción cambiaria declarativa puede ejercitarse sobre la base de una letra de cambio aun sin haberse hecho efectivo el impuesto.

Recuérdese, a mayor abundamiento, las distinciones aludidas, *supra*, en nota 18.

82. La discriminación *positiva* de los pagarés se complementa, además, como sabemos, con el dato de la no aplicabilidad de la duplicación de la base cuando su rendimiento exceda de 6 meses (art. 36.3.º TR). Comenta PADILLA GONZALEZ (ob. cit., pág. 359, en nota), que no encuentra *explicación convincente* para este tratamiento fiscal más favorable del pagaré —nosotros tampoco— y apunta que podría facilitar la sustitución por aquel de la letra de cambio.

mos a la existencia de una constante doctrina jurisprudencial que mantiene que el incumplimiento o la vulneración de leyes o disposiciones de carácter fiscal o administrativo no puede limitar o eliminar los efectos de derecho privado de los actos, contratos o documentos a que se refieran. El Tribunal Supremo ha repetido hasta la saciedad que no puede desconocerse el contenido jurídico obligacional de un documento por el hecho de que se incumplan ciertos deberes fiscales, sin perjuicio, naturalmente, de las sanciones administrativas que puedan recaer⁸³. Ello suponía, en el estricto marco de los títulos cambiarios, que la acción cartácea derivada de la letra era ejercitable en vía declarativa aunque no se hubiese hecho efectivo en modo alguno el impuesto⁸⁴, y que, en la misma hipótesis, las acciones cambiarias derivadas de cheques y pagarés fueran ejercitables en vía ejecutiva por no existir para ellos norma equivalente al art. 37.1.º TR, precepto al que el Tribunal Supremo sí otorga eficacia plena.

83. Baste con citar, entre otras muchas, las STS de 26 de diciembre y de 13 de octubre de 1986, ambas referentes específicamente al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. También merece la pena destacar las de 10 de marzo y de 28 de octubre de 1983. Esta última incluso manifestó que el enervar o dejar ineficaz el derecho de los litigantes por determinar una norma de fines estrictamente fiscales acaso sería contrario al derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos. Tan asentada se encuentra esta doctrina que el propio Ministerio Fiscal, en su intervención en el proceso cuya sentencia comentamos, la alegó en apoyo de su tesis de la constitucionalidad del art. 57.1.º TR. En efecto, según el Ministerio Público, dicho precepto no sería necesariamente impeditivo de la tutela judicial si se interpretara de conformidad con la doctrina establecida reiteradamente por el Tribunal Supremo.

84. Véanse, por ejemplo, las STS de 16 de julio de 1984 y de 17 de noviembre de 1986. Especialmente ilustrativa es la Sentencia de 21 de abril de 1986; se trataba del supuesto *típico* de letras que no llevaban el timbre correspondiente —que era el doble del previsto por su valor nominal— por ser su vencimiento superior a seis meses. Ante esta situación, el Tribunal Supremo reafirmó la doctrina de que “la falta de timbre sólo produce el efecto de privar a la letra de su eficacia ejecutiva pero no detenia la acción propiamente cambiaria ejercitada en juicio declarativo”, y la fundamentó en las siguientes razones: “1.º Por su propia base jurisprudencial. 2.º Por los términos del art. 48 del Decreto 3494/81, de 29 de diciembre (...), que se refiere solamente a que las letras defectuosamente timbradas carecerán de fuerza ejecutiva, lo que obliga a no ampliar la sanción más allá del juicio ejecutivo, por ser norma restrictiva de derechos que no admite una interpretación extensiva. 3.º Por la tendencia mayoritaria de los tratadistas en la materia que incluso llevan a admitir el valor de la letra, como título cambiario, aunque no ejecutivo, si la letra se redacta en documento que no obedezca al modelo oficial impreso. 4.º Porque ni el Código de Comercio en su ya derogado art. 444, ni la nueva Ley Cambiaria y del Cheque (...), en su art. 1, exigen, entre los requisitos de la letra, que lleve el timbre correspondiente, por lo cual su exigencia y las consecuencias de su falta no pueden tener otro alcance que el previsto por las

Realmente, creemos posible afirmar que el Tribunal Supremo venía así realizando una verdadera *interpretatio abrogans* de art. 57.1.º TR. Lo cierto es que existen poderosas razones para la afirmación de tal doctrina jurisprudencial; bien mirado, a esta postura del Tribunal Supremo subyace la misma idea que —en términos más explícitos— ha expresado el Tribunal Constitucional al hablar de la *desproporción* existente entre las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el objetivo pretendido, que no es otro que la eficaz recaudación del impuesto, Y, en efecto, no parece que la medida arbitrada por la Ley (inadmisibilidad por los Tribunales, es decir, limitación del derecho concedido por el art. 24.1 de la Constitución), fuera razonable y adecuada en relación con el fin perseguido, que podría —y debería— obtenerse mediante los mecanismos ordinarios de la gestión tributaria. Estas consideraciones convertían al art. 57.1.º TR en fácil objeto de crítica. Pero mientras el Tribunal Constitucional ha podido declarar nulo dicho precepto en la parte que afecta a lo que ahora discutimos, el Supremo —impulsado en el fondo seguramente, por ideas similares— ha debido recurrir a una interpretación poco respetuosa con la dicción legal y apoyada en argumentos ciertamente endebles. Y es que todo argumento que vaya contra la letra de la Ley resulta difícil de mantener⁸⁵.

Se puede afirmar, en consecuencia, que la Sentencia del Tribunal Constitucional no ha modificado lo que era la situación real y efectiva previa. Podemos decir que ha venido a dar cobertura legal *a posteriori* a una doctrina jurisprudencial tremendamente asentada y firme pero de dudosa legalidad, al menos por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Realmente, el art. 57.1.º TR era ya entendido por los tribunales del modo

normas fiscales. 5.º Porque se quiere dotar a la letra de cambio de un rigor especial en todos aquellos casos en los cuales su tenedor no tenga ninguna participación en el negocio causal, ni obre de mala fe, en perjuicio del obligado al pago, participación o connivencia de la que debe constar prueba suficiente”. Naturalmente, no todos los argumentos tienen el mismo valor —el 3.º olvida el contenido de los arts. 57.1.º TR y 72 del Reglamento; el último parece hacer referencia a una cuestión distinta— pero el Tribunal Supremo concluye que las letras, a pesar de no estar correctamente timbradas, “están timbradas con todos sus requisitos propiamente cambiarios”.

85. Incluso el Ministerio Fiscal se vio obligado en sus razonamientos a justificar la interpretación que realiza el Tribunal Supremo del art. 57.1.º TR, calificándola de *aplicativa* y no de derogatoria y aduciendo que *atiende al espíritu y finalidad de la norma* de acuerdo con el art. 3.1.º del Código Civil.

en que se ha quedado redactado después de la declaración de nulidad efectuada por el Tribunal Constitucional, si bien no por las mismas razones y con los mismos fundamentos.

Por todo ello, no creemos que la nueva redacción del apartado 1.º del art. 57 TR haya introducido nuevos parámetros en el problema ni que vaya a influir o introducir nuevas perspectivas acerca de la utilización del pagaré y de la letra de cambio. La verdad es que la situación preexistente era, merced a la interpretación jurisprudencial, equivalente a la actual.

Pensamos, sin embargo, que pudiera ser previsible una mayor difusión futura del pagaré. Y no precisamente por motivos fiscales, aunque éstos sean, evidentemente, importantes. Esta hipotética más frecuente utilización vendría impulsada por la remoción del verdadero obstáculo existente para la generalización y, ¿por qué no decirlo?, popularización, del pagaré, título que —en el contexto de los cambiarios— siempre ha sido considerado *de segunda fila*. En efecto, hoy en día el pagaré se configura legalmente como un título dotado del mismo rigor (rigor cambiario), que la letra de cambio, con la que comparte buena parte de su disciplina: lleva aparejada ejecución sin necesidad de reconocimiento de firmas; es fácilmente transmisible por endoso y, por tanto, negociable; juegan en él los principios de literalidad y autonomía de los derechos que incorpora; conlleva siempre la posibilidad de ejercicio de la acción directa, etc. Incluso cuenta con la ventaja de ser más asequible la comprensión de su funcionamiento, lo cual debería facilitar su empleo más generalizado. Una estructura bilateral como la de una promesa de pago es siempre más fácil de comprender —y por tanto inspira (o debe inspirar), mayor confianza a los no acostumbrados a intervenir en operaciones comerciales o a los legos en Derecho— que una estructura de tipo delegatorio como la que encubre la letra de cambio.

Estos datos constituyen los cimientos sobre los que podría llegar a asentarse, una cada vez más amplia utilización del pagaré, especialmente en el campo de las ventas de consumo, donde el instrumento de financiación preferido ha sido, tradicionalmente, la letra de cambio. Teniendo en cuenta que en estas operaciones suele existir una única operación comercial —la compraventa— mientras las relaciones de valor son generalmente de carácter

financiero —el tomador (o primer endosatario si la letra se emite a la propia orden) es una Entidad de crédito que descuenta los efectos— el pagaré parece un instrumento más apropiado, por ser más sencillo pero igualmente eficaz y seguro. Y, además, como hemos visto, con un menor coste fiscal.

¿Cuál es el obstáculo que debería entonces desaparecer para que el pagaré vaya asumiendo en nuestro sistema cambiarlo el papel relevante que ahora no juega? No se trata, naturalmente, de un impedimento que tenga su fundamento en el Derecho positivo vigente. Muy al contrario; más bien se origina en el régimen cambiario (hoy derogado), contenido en el Código de Comercio y que, no lo olvidemos, ha regido en nuestro país durante un siglo. Recordemos que el Código exigía que el pagaré contuviera la manifestación del negocio causal determinante de la emisión (art. 531.7.º: el pagaré debía manifestar el "origen y especie de valor" que representara). Pero, sobre todo, pensemos que, como consecuencia de la muy criticada norma contenida en el art. 532.1.º del Código, la fuerza ejecutiva del documento dependía de la naturaleza del negocio causal: sólo tenían carácter ejecutivo los pagarés que procedieran de operaciones de comercio⁸⁶.

Estas circunstancias han quedado perfectamente grabadas y recogidas en los modos y vías de actuación de los operadores económicos y jurídicos, que aún hoy miran al pagaré con *recelo* y lo consideran un instrumento dotado de menor rigor que la letra de cambio. No ha calado todavía en la práctica española la idea de que se ha producido una auténtica *recreación* de este título, que ofrece, sin embargo, idéntica seguridad que la letra y enormes potencialidades de empleo. Están, por tanto, puestas las bases para que la difusión masiva del pagaré se produzca en sustitución de las letras de cambio, especialmente de aquellas emitidas en garantía de pagos aplazados o giradas al propio cargo⁸⁷. No obs

86. Lo cual significaba que el tenedor de un pagaré impagado que intentaba su ejecución debía, ante todo, dar la prueba de la naturaleza mercantil del negocio fundamental que funcionaba como causa de la suscripción y entrega del documento. Vid., ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., pág. 290, quien añade que ello ha constituido a lo largo del último siglo un factor decisivo de disuasión del empleo y difusión del pagaré.

87. Quedan así establecidas las características ventajosas del pagaré: mayor simplicidad, menor fiscalidad e idéntico rigor cambiario, tanto en el aspecto procesal (lleva aparejada ejecución), como en su disciplina sustantiva. Vid., ILLESCAS ORTIZ, ob. cit., pag. 290.

tante, un siglo de vigencia del Código de Comercio ha producido una corriente de desconfianza hacia el pagaré que sólo el tiempo podrá hacer desaparecer.

Vistas las cosas desde esta perspectiva, es pensable, en hipótesis, que, paulatinamente, se advierta un mayor empleo del pagaré. Y es en este punto en el que su favorable trato fiscal podría llegar a convertirlo en el instrumento de financiación preferido en la práctica. Siempre, desde luego, que se tomara conciencia de que, por lo que concierne a su régimen sustantivo, presenta para el tenedor ventajas análogas a las de la letra. El régimen fiscal, en cuanto elemento discriminador, podría ser el factor que marcara el despegue del pagaré y cierta decadencia del uso de la letra. Pero para ello, repetimos, sería necesario que fuera calando la idea de que el *nuevo* pagaré es un título seguro cuya disciplina tutela apropiadamente los intereses de los acreedores.

De todos modos, en el hipotético caso de que la práctica confirmase estas "optimistas" impresiones acerca del futuro del pagaré, es de suponer que ello no pasaría inadvertido para el legislador fiscal. Este podría llegar a crear también para el pagaré efectos timbrados especiales, y arbitrar sanción equivalente a la establecida en el art. 37.1 TR con el objeto de asegurar la recaudación del impuesto.