

# LA ERRÓNEA CALIFICACIÓN DE UN CONTRATO COMO SIMULADO ES UN DEFECTO SUSTANTIVO QUE NO PERMITE LA RETROACCIÓN DE ACTUACIONES

**Análisis de la STS de 15 de septiembre de 2014, rec. núm. 3948/2012\***

**Eva María Cordero González**

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Oviedo*

## 1. SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 15 de septiembre de 2014, recurso número 3948/2012 (NFJ056145), se refiere a las facultades revisoras de los Tribunales Económico-Administrativos y, en particular, a los supuestos en los que, al amparo del artículo 239 de la Ley General Tributaria (LGT), pueden ordenar la retroacción de actuaciones una vez anulada una liquidación por defectos formales.

El supuesto de hecho que la motiva parte de la adquisición en Bolsa de la totalidad de las acciones de diversas sociedades por una entidad vinculada con las transmitentes, integrantes todas ellas de un grupo familiar. La Inspección, al entender que los precios de adquisición de las acciones eran muy inferiores a sus valores de liquidación, apreció la existencia de simulación relativa, considerando que, bajo la apariencia de una compraventa, se habían realizado donaciones por importe del valor de liquidación de las acciones que excedía del precio acordado y compraventas por el efectivamente aplicado. A consecuencia de esta calificación y de acuerdo con el artículo 15.2 a) de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades por entonces vigente, se liquidó a la entidad adquirente la deuda tributaria correspondiente a la integración en su base imponible del valor de los elementos patrimoniales supuestamente adquiridos a título gratuito.

---

\* Realizado en el marco del proyecto de investigación nacional MICINN-12-DER2011-28462 «La tutela judicial efectiva en Derecho Tributario».

Presentada reclamación económico-administrativa, el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Valencia la estimó parcialmente por considerar que no existía simulación sino una operación realizada entre partes vinculadas, anulando la liquidación y ordenando la retroacción de actuaciones inspectoras para que se practicara la comprobación por el procedimiento previsto en el artículo 15 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 537/1997, de 14 de abril. Esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Económico-Administrativo Central por entender la sociedad que no cabía la retroacción, al coincidir el valor declarado de los elementos transmitidos con su valor de mercado, entendido como valor de cotización. La reclamación fue desestimada, al igual que el recurso presentado ante la Audiencia Nacional (AN), cuya Sentencia de 4 de octubre de 2012 [rec. núm. 462/2009 (NFJ056145)], es recurrida en casación.

El TS estima el recurso y casa la sentencia de la AN por incongruencia omisiva, al no resolver todas las cuestiones controvertidas del proceso, aún planteadas *ex novo* en vía judicial. En su Sentencia de 15 de septiembre de 2014 [rec. núm. 3948/2012 (NFJ056145)], el TS entra a analizar los argumentos del recurrente no abordados en la instancia anterior, en particular, la pretendida nulidad de la liquidación por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, con la consecuente prescripción del derecho de la Administración a liquidar el Impuesto sobre Sociedades de 1998 y la imposibilidad de retrotraer actuaciones.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La doctrina del TS en esta sentencia puede resumirse en dos aspectos fundamentales:

- En primer lugar, la afirmación de que la errónea calificación jurídica de la operación como negocio simulado no determina la nulidad de pleno derecho de la liquidación recurrida. Partiendo de la excepcionalidad propia de las causas de nulidad, se considera que la inaplicación del procedimiento de valoración de las operaciones vinculadas no supone que la liquidación se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Para el Tribunal, la existencia de «un método específico de valoración de las prestaciones económicas concernidas» se articula como un mero «incidente» dentro del procedimiento inspector y no como un procedimiento distinto. En el desarrollo de este procedimiento tampoco cabe entender que se hayan omitido trámites esenciales, al haberse valorado las operaciones por su valor de mercado y dictado la liquidación por el mismo órgano competente para realizar tal valoración. La anulación de la liquidación por vicios de mera anulabilidad no la priva, según la doctrina del Tribunal, de efectos interruptivos de la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria.
- En segundo término, el Tribunal considera que, anulada esta liquidación, el Tribunal Económico-Administrativo no puede ordenar la retroacción de actuaciones,

que solo procede cuando la anulación venga motivada por defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, de modo que pueda dictarse una nueva reparando la lesión. La errónea calificación jurídica de los contratos de compraventa como negocios simulados constituye un defecto de carácter sustantivo que no permite la retroacción, por más que la correcta calificación hubiera remitido a un trámite específico de valoración.

La sentencia cuenta con dos votos particulares que ponen de manifiesto sus aspectos más relevantes. El primero, del magistrado José Antonio Montero Fernández, considera que debiera haberse declarado la nulidad de pleno derecho de la liquidación por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido. El segundo, de carácter concurrente, firmado por los magistrados Rafael Fernández Montalvo y Joaquín Huelín Martínez de Velasco, destaca que el TS debiera haber aprovechado la ocasión para reiterar su doctrina sobre la posibilidad de que, una vez anulada la liquidación, la Administración tributaria vuelva a liquidar de nuevo si su derecho no ha prescrito. Este voto particular es de especial relevancia, pues apunta los límites que afectarían a esta nueva actividad administrativa de liquidación, hasta el momento no aclarados por sentencias anteriores del Tribunal.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Como es sabido, en el régimen de operaciones vinculadas contemplado en el artículo 16 de la Ley 43/1996, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la aplicación del valor de mercado no se configuraba como una regla objetiva de valoración de aplicación obligatoria para el sujeto pasivo, sino como una potestad administrativa para el caso de que los precios o contraprestaciones acordadas entre las partes dieran lugar a una tributación inferior en España o a un diferimiento de la que hubiera correspondido aplicando el primero.

En este marco normativo, gran parte de la doctrina había entendido que la aplicación de este valor se efectuaba a través de un procedimiento específico y autónomo y no como una mera fase del procedimiento inspector, al ser preceptiva la notificación y concesión de un trámite de alegaciones a la otra parte vinculada, ajena a la comprobación inspectora, y existir un acto autónomo de determinación del valor normal de mercado común para ambas partes y diferente del acto administrativo de liquidación tributaria (DELGADO PACHECO, GARCÍA-HERRERA BLANCO). Para otros autores, sin embargo, la fijación del valor se insertaba como una fase más del procedimiento general de inspección, aunque dotada de cierta autonomía, en cuanto que el acuerdo de fijación del valor, previo al acto de liquidación, no se conceptuaba como un simple acto de trámite, al ser susceptible de impugnación autónoma (FALCÓN Y TELLA).

Ante estas opiniones, resulta difícil afirmar que, en el caso enjuiciado, se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, al no ser la omisión «clara, manifiesta y ostensible», como ha exigido el TS en relación con esta causa de nulidad –SSTS de 15 de octubre de 1997

(rec. núm. 1483/1993) y 30 de abril de 1998 [rec. núm. 2164/1992 (NFJ056725)]. El TS debería haber declarado, sin embargo, la nulidad de la liquidación debido a la omisión de trámites esenciales del procedimiento, que según la jurisprudencia del TS se equipara a su falta total y absoluta en cuanto causante de la nulidad [31 de marzo de 1999 (rec. núm. 3960/1993) y 19 de marzo de 2001 (rec. núm. 6553/1995)]. El carácter bilateral del ajuste en la valoración de este tipo de operaciones hace, en efecto, necesaria la intervención de la otra parte vinculada para valorar la concurrencia de los requisitos de este régimen, aplicable únicamente cuando «la valoración convenida hubiera determinado, *considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas*, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación». La notificación del inicio del procedimiento y la concesión de trámite de alegaciones a la otra parte es esencial, al ser las dos entidades las destinatarias del acto de determinación del valor de mercado, a partir del cual se emitirán las liquidaciones correspondientes, como ha destacado DELGADO PACHECO.

Una vez calificada la operación como vinculada, la Administración debería haber calculado el valor de mercado, aplicado el orden jerárquico establecido en el artículo 16.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –método del precio de mercado, supletoriamente método de reventa o método del coste incrementado y, por último, como método subsidiario, la distribución del resultado–, debiendo motivarse cualquier alteración producida en el orden previsto en este artículo. Como destaca el voto particular del magistrado José Antonio Montero Fernández, el procedimiento aplicable exigía la notificación de «los métodos y criterios que serán tenidos en cuenta para dicha determinación», con la concesión de un plazo de 15 días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, trámite esencial cuya omisión no puede más que abocar a la nulidad radical de la liquidación.

Con todo, coincidimos con el Tribunal en que la errónea calificación del contrato como simulado no constituye un defecto de carácter procedimental sino de carácter sustantivo, por más que motive la incorrecta elección del procedimiento aplicable y la aparición de posteriores defectos de carácter procedimental, con la omisión de los trámites esenciales a los que nos hemos referido. La distinción entre defectos formales y de carácter sustantivo en las liquidaciones tributarias no siempre es sencilla, pero resulta fundamental para determinar los efectos de su anulación en vía administrativa. El TS ha calificado como formales dos tipos de defectos, los integrados por los vicios en que se incurre en el proceso de formación de la voluntad administrativa y aquellos relativos a la redacción del documento que incorpora el acto administrativo resultado del procedimiento [STS de 25 de octubre de 2012, rec. núm. 2116/2009 (NFJ055046)]. Por vicios de carácter material hay que entender aquellos directamente relacionados con la definición o cuantificación del tributo, a consecuencia de la incorrecta aplicación o interpretación de las normas. Aplicando esta distinción, el Tribunal acierta en considerar que la liquidación incurre en un error sustantivo, de calificación jurídica de la operación como simulación y no como operación vinculada, que conduce a una concreción del hecho imponible distinta a la que procedería de no existir simulación. No existe un vicio procedimental que impida la correcta formación de la voluntad administrativa, sino una calificación jurídica errónea de un contrato que motiva posteriores defectos procedimentales, pero también otros de carácter material como

la posibilidad de sancionar la conducta realizada, sanción que no cabía en el régimen de operaciones vinculadas aplicable a los hechos enjuiciados.

Anulada la liquidación por motivos de fondo, no era posible la retroacción de actuaciones decretada por el TEAR para «practicar el procedimiento de comprobación previsto en el artículo 15 del RD 537/1997», cuya resolución es anulada por el TS. La retroacción del artículo 239.3 de la LGT solo está prevista para reiterar liquidaciones tributarias anuladas en vía económico-administrativa por defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante. En estos casos, como destaca la Sentencia de 26 de marzo de 2012 [rec. núm. 5827/2009 (NFJ046790)], la retroacción persigue subsanar el vicio formal o a lo sumo integrar los expedientes de comprobación o inspección cuando la instrucción no haya sido completa y, por causas no exclusivamente imputables a la Administración, no se cuente con los elementos de juicio indispensables para practicar la liquidación. Con ella se trata de acopiar los datos de hecho indispensables para dictar una decisión ajustada a derecho que, por la ausencia de los mismos, no se sabe si es sustancialmente correcta. En estos supuestos, «cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a luz del nuevo acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente por ello se acuerda dar marcha atrás». «Ahora bien, –señala el Tribunal en la sentencia comentada– si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas imputables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión».

Afirmada la improcedencia de retrotraer actuaciones, el Tribunal no alude, sin embargo, a la posibilidad de que la Administración liquide de nuevo, de acuerdo con la doctrina establecida en sus Sentencias de 26 de marzo de 2012 [rec. núm. 5827/2009 (NFJ046790)] y 19 de noviembre de 2012 [rec. núm. 1215/2011 (NFJ049299)]. Como es sabido, estas sentencias rechazan la denominada doctrina del  *tiro único*  y conciben la posibilidad de que, una vez anulada una liquidación tributaria en vía económico-administrativa por razones de fondo, la Administración vuelva a liquidar de nuevo siempre y cuando su derecho a hacerlo no haya prescrito, debiéndose recordar a este respecto que la jurisprudencia de este Tribunal niega efectos interruptivos de la prescripción solo a los actos nulos de plenos derecho, no a los de carácter anulable. El Tribunal parece aceptar el inicio de un nuevo procedimiento para liquidar, salvo que concurra prescripción y siempre que no se incurra en  *reformatio in peius*  (vid. sobre esta doctrina SESMA SÁNCHEZ y BOSCH CHOLBI).

A esta posibilidad se refiere el voto particular concurrente de don Rafael Fernández Montalvo y don Joaquín Huelín Martínez de Velasco, según el cual «con la finalidad de sembrar la seguridad jurídica que se le reclama a todo Tribunal de Casación», la sentencia debió aprovechar la ocasión para reiterar esta doctrina, declarando que no le estaría vedada a la Administración la aprobación de una nueva liquidación en sustitución de la anterior, siempre que valore las operaciones de compraventa de las acciones de conformidad con el artículo 16 de la Ley 43/1995 (particularmente, con sus apartados 1 y 3) en su redacción aplicable «*ratione temporis*, y que utilice única y exclusivamente los datos que obran ya en el expediente administrativo. No puede completar el acervo fáctico que había acopiado, ni tampoco reproducir el procedimiento por las razones expuestas en el cuarto fundamento de la sentencia».

El voto particular retoma las consideraciones ya realizadas por el TS en sus Sentencias de 26 de marzo de 2012 [rec. núm. 5827/2009 (NFJ046790)] y 19 de noviembre de 2012 [rec. núm. 1215/2011 (NFJ049299)], al indicar que la nueva liquidación habría de emitirse «sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente», lo que parece lógico teniendo en cuenta que se excluye la retroacción. Ahora bien, a partir de esta afirmación, surgen dudas de cuál ha de ser el cauce procedimental para emitir la liquidación. El supuesto enjuiciado no encaja, a nuestro modo de ver, en los supuestos denominados de «mera ejecución», en los que la Administración tributaria se limita a sustituir la liquidación anulada por otra cuyo contenido es delimitado en la resolución o sentencia, sin realizar comprobaciones adicionales o trámite procedimental alguno, como ocurre por ejemplo cuando se consideran deducibles gastos no considerados por la Inspección (SESMA SÁNCHEZ). En este caso, la nueva liquidación habrá de utilizar el valor de mercado, pero su concreción puede ser distinta, según el método que se aplique de entre los previstos en el artículo 16 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, además de tener que notificarse a ambas partes vinculadas, que dispondrían –según la norma por entonces vigente– de un plazo de 15 días para formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones pertinentes, que habrían de ser valorados por la inspección. Si se trata de la emisión de la liquidación tras la iniciación de un nuevo procedimiento, sus límites vendrían dados por la precisión que realiza el voto particular, según el cual no podría completarse el acervo fáctico ya acopiado, y por el carácter preclusivo de las actuaciones de comprobación realizadas en el procedimiento inspector, según el artículo 148.3 de la LGT.

Las consideraciones de este voto particular no se han recogido, sin embargo, en la Sentencia posterior del TS de 29 de septiembre de 2014 [rec. núm. 1014/2013 (NFJ055862)], de la que es ponente el magistrado Joaquín Huelín. En ella se reproduce de nuevo la doctrina del Alto Tribunal sobre la posibilidad de reiterar liquidaciones, pero sin precisar los límites de esta actividad administrativa, más allá de los antes señalados derivados de la prescripción, interdicción de la *reformatio in peius* e imposibilidad de incurrir en el mismo error que motivó la nulidad de la primera liquidación.

---

## Bibliografía

BOSCH CHOLBI, J. L. [2013]: «Una decisión trascendental del TS: la Sentencia de 19 de noviembre de 2012, sobre retroacción de actuaciones por la Administración Tributaria», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 265, págs. 93 y ss.

DELGADO PACHECO, A. [1998]: «Algunas cuestiones de procedimiento en los ajustes por precios de transferencia en el Ordenamiento tributario español», *Impuestos II*, págs. 332 y ss.

FALCÓN Y TELLA, R. [2011]: «La improcedencia de ordenar la retroacción de actuaciones cuando la liquidación se anula por razones de fondo: STS 7 de abril de 2011», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 15 (BIB 2011/5220).

- [1998]: «El régimen de las operaciones vinculadas: análisis del art. 16 de la Ley 43/95 y de su desarrollo reglamentario», *Impuestos II*, págs. 534 y ss.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. [2001]: «Aspectos procedimentales de las operaciones vinculadas del Impuesto sobre Sociedades: análisis del art. 15 del Reglamento», *Crónica Tributaria*, núm. 101, págs. 73 y ss.

SESMA SÁNCHEZ, B. *La nulidad de las liquidaciones tributarias*, Thomson-Reuters Aranzadi, en prensa.

que solo procede cuando la anulación venga motivada por defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, de modo que pueda dictarse una nueva reparando la lesión. La errónea calificación jurídica de los contratos de compraventa como negocios simulados constituye un defecto de carácter sustantivo que no permite la retroacción, por más que la correcta calificación hubiera remitido a un trámite específico de valoración.

La sentencia cuenta con dos votos particulares que ponen de manifiesto sus aspectos más relevantes. El primero, del magistrado José Antonio Montero Fernández, considera que debiera haberse declarado la nulidad de pleno derecho de la liquidación por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido. El segundo, de carácter concurrente, firmado por los magistrados Rafael Fernández Montalvo y Joaquín Huelín Martínez de Velasco, destaca que el TS debiera haber aprovechado la ocasión para reiterar su doctrina sobre la posibilidad de que, una vez anulada la liquidación, la Administración tributaria vuelva a liquidar de nuevo si su derecho no ha prescrito. Este voto particular es de especial relevancia, pues apunta los límites que afectarían a esta nueva actividad administrativa de liquidación, hasta el momento no aclarados por sentencias anteriores del Tribunal.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Como es sabido, en el régimen de operaciones vinculadas contemplado en el artículo 16 de la Ley 43/1996, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la aplicación del valor de mercado no se configuraba como una regla objetiva de valoración de aplicación obligatoria para el sujeto pasivo, sino como una potestad administrativa para el caso de que los precios o contraprestaciones acordadas entre las partes dieran lugar a una tributación inferior en España o a un diferimiento de la que hubiera correspondido aplicando el primero.

En este marco normativo, gran parte de la doctrina había entendido que la aplicación de este valor se efectuaba a través de un procedimiento específico y autónomo y no como una mera fase del procedimiento inspector, al ser preceptiva la notificación y concesión de un trámite de alegaciones a la otra parte vinculada, ajena a la comprobación inspectora, y existir un acto autónomo de determinación del valor normal de mercado común para ambas partes y diferente del acto administrativo de liquidación tributaria (DELGADO PACHECO, GARCÍA-HERRERA BLANCO). Para otros autores, sin embargo, la fijación del valor se insertaba como una fase más del procedimiento general de inspección, aunque dotada de cierta autonomía, en cuanto que el acuerdo de fijación del valor, previo al acto de liquidación, no se conceptuaba como un simple acto de trámite, al ser susceptible de impugnación autónoma (FALCÓN Y TELLA).

Ante estas opiniones, resulta difícil afirmar que, en el caso enjuiciado, se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento, al no ser la omisión «clara, manifiesta y ostensible», como ha exigido el TS en relación con esta causa de nulidad –SSTS de 15 de octubre de 1997

(rec. núm. 1483/1993) y 30 de abril de 1998 [rec. núm. 2164/1992 (NFJ056725)]. El TS debería haber declarado, sin embargo, la nulidad de la liquidación debido a la omisión de trámites esenciales del procedimiento, que según la jurisprudencia del TS se equipara a su falta total y absoluta en cuanto causante de la nulidad [31 de marzo de 1999 (rec. núm. 3960/1993) y 19 de marzo de 2001 (rec. núm. 6553/1995)]. El carácter bilateral del ajuste en la valoración de este tipo de operaciones hace, en efecto, necesaria la intervención de la otra parte vinculada para valorar la concurrencia de los requisitos de este régimen, aplicable únicamente cuando «la valoración convenida hubiera determinado, *considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas*, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación». La notificación del inicio del procedimiento y la concesión de trámite de alegaciones a la otra parte es esencial, al ser las dos entidades las destinatarias del acto de determinación del valor de mercado, a partir del cual se emitirán las liquidaciones correspondientes, como ha destacado DELGADO PACHECO.

Una vez calificada la operación como vinculada, la Administración debería haber calculado el valor de mercado, aplicado el orden jerárquico establecido en el artículo 16.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –método del precio de mercado, supletoriamente método de reventa o método del coste incrementado y, por último, como método subsidiario, la distribución del resultado–, debiendo motivarse cualquier alteración producida en el orden previsto en este artículo. Como destaca el voto particular del magistrado José Antonio Montero Fernández, el procedimiento aplicable exigía la notificación de «los métodos y criterios que serán tenidos en cuenta para dicha determinación», con la concesión de un plazo de 15 días para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, trámite esencial cuya omisión no puede más que abocar a la nulidad radical de la liquidación.

Con todo, coincidimos con el Tribunal en que la errónea calificación del contrato como simulado no constituye un defecto de carácter procedimental sino de carácter sustantivo, por más que motive la incorrecta elección del procedimiento aplicable y la aparición de posteriores defectos de carácter procedimental, con la omisión de los trámites esenciales a los que nos hemos referido. La distinción entre defectos formales y de carácter sustantivo en las liquidaciones tributarias no siempre es sencilla, pero resulta fundamental para determinar los efectos de su anulación en vía administrativa. El TS ha calificado como formales dos tipos de defectos, los integrados por los vicios en que se incurre en el proceso de formación de la voluntad administrativa y aquellos relativos a la redacción del documento que incorpora el acto administrativo resultado del procedimiento [STS de 25 de octubre de 2012, rec. núm. 2116/2009 (NFJ055046)]. Por vicios de carácter material hay que entender aquellos directamente relacionados con la definición o cuantificación del tributo, a consecuencia de la incorrecta aplicación o interpretación de las normas. Aplicando esta distinción, el Tribunal acierta en considerar que la liquidación incurre en un error sustantivo, de calificación jurídica de la operación como simulación y no como operación vinculada, que conduce a una concreción del hecho imponible distinta a la que procedería de no existir simulación. No existe un vicio procedimental que impida la correcta formación de la voluntad administrativa, sino una calificación jurídica errónea de un contrato que motiva posteriores defectos procedimentales, pero también otros de carácter material como

la posibilidad de sancionar la conducta realizada, sanción que no cabía en el régimen de operaciones vinculadas aplicable a los hechos enjuiciados.

Anulada la liquidación por motivos de fondo, no era posible la retroacción de actuaciones decretada por el TEAR para «practicar el procedimiento de comprobación previsto en el artículo 15 del RD 537/1997», cuya resolución es anulada por el TS. La retroacción del artículo 239.3 de la LGT solo está prevista para reiterar liquidaciones tributarias anuladas en vía económico-administrativa por defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante. En estos casos, como destaca la Sentencia de 26 de marzo de 2012 [rec. núm. 5827/2009 (NFJ046790)], la retroacción persigue subsanar el vicio formal o a lo sumo integrar los expedientes de comprobación o inspección cuando la instrucción no haya sido completa y, por causas no exclusivamente imputables a la Administración, no se cuente con los elementos de juicio indispensables para practicar la liquidación. Con ella se trata de acopiar los datos de hecho indispensables para dictar una decisión ajustada a derecho que, por la ausencia de los mismos, no se sabe si es sustancialmente correcta. En estos supuestos, «cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a luz del nuevo acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente por ello se acuerda dar marcha atrás». «Ahora bien, –señala el Tribunal en la sentencia comentada– si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas imputables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión».

Afirmada la improcedencia de retrotraer actuaciones, el Tribunal no alude, sin embargo, a la posibilidad de que la Administración liquide de nuevo, de acuerdo con la doctrina establecida en sus Sentencias de 26 de marzo de 2012 [rec. núm. 5827/2009 (NFJ046790)] y 19 de noviembre de 2012 [rec. núm. 1215/2011 (NFJ049299)]. Como es sabido, estas sentencias rechazan la denominada doctrina del  *tiro único*  y conciben la posibilidad de que, una vez anulada una liquidación tributaria en vía económico-administrativa por razones de fondo, la Administración vuelva a liquidar de nuevo siempre y cuando su derecho a hacerlo no haya prescrito, debiéndose recordar a este respecto que la jurisprudencia de este Tribunal niega efectos interruptivos de la prescripción solo a los actos nulos de plenos derecho, no a los de carácter anulable. El Tribunal parece aceptar el inicio de un nuevo procedimiento para liquidar, salvo que concurra prescripción y siempre que no se incurra en  *reformatio in peius*  (vid. sobre esta doctrina SESMA SÁNCHEZ y BOSCH CHOLBI).

A esta posibilidad se refiere el voto particular concurrente de don Rafael Fernández Montalvo y don Joaquín Huelín Martínez de Velasco, según el cual «con la finalidad de sembrar la seguridad jurídica que se le reclama a todo Tribunal de Casación», la sentencia debió aprovechar la ocasión para reiterar esta doctrina, declarando que no le estaría vedada a la Administración la aprobación de una nueva liquidación en sustitución de la anterior, siempre que valore las operaciones de compraventa de las acciones de conformidad con el artículo 16 de la Ley 43/1995 (particularmente, con sus apartados 1 y 3) en su redacción aplicable «*ratione temporis*, y que utilice única y exclusivamente los datos que obran ya en el expediente administrativo. No puede completar el acervo fáctico que había acopiado, ni tampoco reproducir el procedimiento por las razones expuestas en el cuarto fundamento de la sentencia».

El voto particular retoma las consideraciones ya realizadas por el TS en sus Sentencias de 26 de marzo de 2012 [rec. núm. 5827/2009 (NFJ046790)] y 19 de noviembre de 2012 [rec. núm. 1215/2011 (NFJ049299)], al indicar que la nueva liquidación habría de emitirse «sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente», lo que parece lógico teniendo en cuenta que se excluye la retroacción. Ahora bien, a partir de esta afirmación, surgen dudas de cuál ha de ser el cauce procedimental para emitir la liquidación. El supuesto enjuiciado no encaja, a nuestro modo de ver, en los supuestos denominados de «mera ejecución», en los que la Administración tributaria se limita a sustituir la liquidación anulada por otra cuyo contenido es delimitado en la resolución o sentencia, sin realizar comprobaciones adicionales o trámite procedimental alguno, como ocurre por ejemplo cuando se consideran deducibles gastos no considerados por la Inspección (SESMA SÁNCHEZ). En este caso, la nueva liquidación habrá de utilizar el valor de mercado, pero su concreción puede ser distinta, según el método que se aplique de entre los previstos en el artículo 16 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, además de tener que notificarse a ambas partes vinculadas, que dispondrían –según la norma por entonces vigente– de un plazo de 15 días para formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones pertinentes, que habrían de ser valorados por la inspección. Si se trata de la emisión de la liquidación tras la iniciación de un nuevo procedimiento, sus límites vendrían dados por la precisión que realiza el voto particular, según el cual no podría completarse el acervo fáctico ya acopiado, y por el carácter preclusivo de las actuaciones de comprobación realizadas en el procedimiento inspector, según el artículo 148.3 de la LGT.

Las consideraciones de este voto particular no se han recogido, sin embargo, en la Sentencia posterior del TS de 29 de septiembre de 2014 [rec. núm. 1014/2013 (NFJ055862)], de la que es ponente el magistrado Joaquín Huelín. En ella se reproduce de nuevo la doctrina del Alto Tribunal sobre la posibilidad de reiterar liquidaciones, pero sin precisar los límites de esta actividad administrativa, más allá de los antes señalados derivados de la prescripción, interdicción de la *reformatio in peius* e imposibilidad de incurrir en el mismo error que motivó la nulidad de la primera liquidación.

---

## Bibliografía

BOSCH CHOLBI, J. L. [2013]: «Una decisión trascendental del TS: la Sentencia de 19 de noviembre de 2012, sobre retroacción de actuaciones por la Administración Tributaria», *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 265, págs. 93 y ss.

DELGADO PACHECO, A. [1998]: «Algunas cuestiones de procedimiento en los ajustes por precios de transferencia en el Ordenamiento tributario español», *Impuestos II*, págs. 332 y ss.

FALCÓN Y TELLA, R. [2011]: «La improcedencia de ordenar la retroacción de actuaciones cuando la liquidación se anula por razones de fondo: STS 7 de abril de 2011», *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 15 (BIB 2011/5220).

- [1998]: «El régimen de las operaciones vinculadas: análisis del art. 16 de la Ley 43/95 y de su desarrollo reglamentario», *Impuestos II*, págs. 534 y ss.

GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. [2001]: «Aspectos procedimentales de las operaciones vinculadas del Impuesto sobre Sociedades: análisis del art. 15 del Reglamento», *Crónica Tributaria*, núm. 101, págs. 73 y ss.

SESMA SÁNCHEZ, B. *La nulidad de las liquidaciones tributarias*, Thomson-Reuters Aranzadi, en prensa.