

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ086478

### TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 25 de mayo de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 5936/2021

### SUMARIO:

**Procedimiento de inspección. Iniciación y desarrollo de las actuaciones inspectoras. Modos de iniciación. Denuncia pública. Virtualidad de la prueba ilícitamente obtenida. Doctrina del «árbol envenenado».** El recurrente plantea la necesidad de interpretar el art. 11.1 LOPJ, en relación con el art. 14 CE y la doctrina contenida en la STC 97/2019 de 16 de julio de 2019 (NFJ074045). El Tribunal deberá determinar, en el ámbito de la inspección tributaria, los efectos probatorios que deben reconocerse a los datos y documentación que sirven de base para una regularización tributaria, cuando para la obtención de aquellos, directa o indirectamente, se hubiere podido vulnerar los derechos o libertades fundamentales, de conformidad con lo previsto en el art.11.1 LOPJ, no habiendo entrado, la sala de instancia, a desarrollar el juicio de ponderación establecido por la STC 97/2019 y, teniendo en cuenta a este respecto, la doctrina que sobre el particular ha fijado la STEDH de 5 de noviembre de 2020, asunto *Ćwik vs. Poland*, núm 31454/10, en la que en el proceso penal contra el demandante, los tribunales admitieron como prueba las declaraciones de un tercero obtenidas como resultado de los malos tratos infligidos por particulares. La STC 97/2019, de 16 de julio, que cita la recurrente como doctrina constitucional infringida, trae causa del recurso de amparo interpuesto frente a la STS 116/2017 de 23 de febrero de 2017, recurso n.º 12/81/2016 (NFJ065603), que declaró el valor probatorio de los documentos bancarios y ficheros contables determinantes en la apreciación probatoria obtenidos de forma ilegítima por un tercero, de las entidades bancarias suizas con las que mantenía una relación laboral (Lista Falciani) y considera que la prueba es solo ilícita, cuando proviene de un particular, si la finalidad de la obtención es utilizarla en un proceso penal como prueba, si se busca por el sujeto su uso con efectos probatorios, entendiéndose que, si no se utiliza, no entra en el ámbito del art. 11.1 LOPJ. La exclusión probatoria no puede interpretarse de forma rígida o estereotipada, sino que ha de acomodarse a las circunstancias del caso y a los intereses en juego, validando una prueba directamente obtenida violentando derechos fundamentales por mor de un «juicio de experiencia», de un análisis de cada caso, de los intereses en juego, aunque concurren en el supuesto concreto los mismos elementos de análisis, es decir, una vulneración de derechos fundamentales y una norma que establece, sin excepciones, la ineficacia de la prueba así obtenida. La ponderación ha de apreciar la existencia de una real necesidad de tutela del derecho, la cual vincula, se repite, a que procesalmente, la admisión de la prueba afectara al proceso justo y equitativo. Este escenario jurisprudencial debe necesariamente completarse con la STEDH de 5 de noviembre de 2020 que debe ponerse en relación con la STS 116/2017, y la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ debe concebirse como un mandato aplicable a las actuaciones de los poderes públicos, con carácter general, a fin de desincentivar la realización de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. La Sala de instancia es conocedora del origen de la información en virtud de la cual la Inspección ha regularizado la situación tributaria de la recurrente, a saber, los datos aportados por el antiguo trabajador a los que había accedido cuando estaba en la empresa y para cuya apropiación no estaba autorizado por la entidad mercantil, actuaciones, sin embargo, que la sentencia no califica, lo que le permite considerar no probada «ninguna ilegalidad por parte de la Administración tributaria que utiliza los indicios y las pruebas aportadas por el denunciante para contrastarla y someterla a verificación por los Servicios de Inspección que terminan considerando la no declaración de determinadas actividades ni operaciones y que comportan la comisión de infracciones tributarias», lo cual podría no ajustarse a los cánones de ponderación establecidos en la STC 97/2019, al no efectuar el primer elemento de juicio de ponderación que dicha jurisprudencia prescribe sobre los intereses en conflicto, cuando se valora la exclusión de una prueba ilícitamente obtenida, al abstenerse de determinar la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de elementos probatorios, para dilucidar si esta consiste en la vulneración de un derecho fundamental de libertad o sustantivo, ni tampoco el segundo juicio de ponderación exigido, sobre el vínculo entre la vulneración y el proceso, al no practicar un examen del parámetro de control interno, como es la conexión instrumental de la obtención de la prueba para hacerla valer en un procedimiento frente a la recurrente, y ello con independencia de que el autor de la vulneración hubiera sido un particular, y porque al mismo tiempo deja de valorar la exclusión de la prueba sólo con base en considerarla derivada o fuente de conocimiento indirecto [Vid. STSJ del Principado de Asturias de 13 de mayo de 2021 recurso n.º 14/2020 (NFJ086479) contra la que se plantea el recurso de casación].

### PRECEPTOS:

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.  
Constitución española, arts. 14 y 24.

**PONENTE:**

*Doña Esperanza Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Don CESAR TOLOSA TRIBIÑO  
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ  
Don ANGELES HUET DE SANDE  
Don MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

**TRIBUNAL SUPREMO**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 25/05/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5936/2021

Materia: IVA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excm. Sra. D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5936/2021

Ponente: Excm. Sra. D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D.ª María Isabel Perelló Doménech

D. José Luis Requero Ibáñez

D.ª Ángeles Huet De Sande

D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 25 de mayo de 2022.

## HECHOS

### **Primero.** *Preparación del recurso de casación.*

1. La procuradora doña Ana María Gil-Carcedo Morales, en representación de Embutidos Maybe, S.A., preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2021 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que desestimó el recurso nº 14/2020, en materia del impuesto sobre el valor añadido ["IVA"].

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringido el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) ["LOPJ"], en relación con el artículo 14 de la Constitución Española (BOE de 27 de diciembre de 1978) ["CE"] y la doctrina "[...] del Tribunal Constitucional la interpreta para su conformidad con el artículo 24.2 de la Constitución (derecho a un proceso justo con todas las garantías), en concreto mediante la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 97/2019 de 16 de julio, Rec. 1085/2017 ( Caso Feliciano ), la cual, en sus Fundamentos Jurídicos números 2 y 3 hace un estudio, resume la evolución y actualización de su doctrina sobre la virtualidad de la prueba ilícitamente obtenida" (sic).

3. Razona que las infracciones han sido relevantes y determinantes del fallo, pues "La sentencia recurrida, en contra de la doctrina constitucional recogida en la Sentencia nº 97/2019 de 16 de julio, Rec. 1085/2017 (Caso Feliciano) que resume y actualiza la doctrina constitucional sobre la interpretación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme al artículo 24.2 CE, incurre en la infracción de omitir el primer elemento de juicio de ponderación que dicha Jurisprudencia establece que debe hacerse sobre los intereses en conflicto cuando se valora la exclusión de una prueba ilícitamente obtenida, y ello por cuanto la resolución recurrida expresamente se abstiene de determinar la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de elementos probatorios, para dilucidar si esta consiste en la vulneración de un derecho fundamental de libertad o sustantivo". (sic).

4. Constata que la norma infringida forma parte del Derecho estatal y de la Unión Europea.

5. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan las circunstancias contempladas en las letras b) y e) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ["LJCA"], así como la presunción contemplada en el artículo 88.3.a) LJCA.

**Segundo.** *Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 21 de julio de 2021, habiendo comparecido la parte recurrente, Embutidos Maybe, S.A., ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo ha hecho la Administración General del Estado, representada por el abogado del Estado, que no se ha opuesto a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente la Excmá. Sra. D.ª Esperanza Córdoba Castroverde, Magistrada de la Sala.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

## **Primero.** *Requisitos formales del escrito de preparación*

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación ( artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y Embutidos Maybe, S.A., se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifica con precisión la norma del ordenamiento jurídico estatal que fue alegada en la demanda y tomada en consideración por la Sala de instancia, así como la jurisprudencia que se dice infringida. También se justifica que la infracción imputada a la sentencia ha sido relevante para adoptar el fallo impugnado [ artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. En el repetido escrito se justifica, con especial referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo porque la sentencia discutida fija una doctrina (i) gravemente dañosa para los intereses generales [ artículo 88.2.b) de la LJCA], (ii) que interpreta y aplica aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional [ artículo 88.2.e) LJCA], siendo así que, además, (iii) aplica una norma en la que se sustenta la razón de decidir respecto de la que no existe jurisprudencia [ artículo 88.3.a) LJCA]. De las razones que ofrece para justificarlo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) de la LJCA.

## **Segundo.** *Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.*

1. El 16 de junio de 2016 se notificó a Embutidos Maybe, S.A., el inicio de actuaciones inspectoras de comprobación e investigación de alcance general en relación, entre otros conceptos, con el IVA (2T/2012-1T/2016), que se verificaron por medio de personación de los funcionarios de la inspección en el domicilio fiscal de la entidad, contando para ello con autorización judicial de entrada y registro ( auto 24/2016 del Juzgado Contencioso-Administrativo número 3 de Oviedo de 13 de junio de 2016).

2. El 18 de junio de 2017, se notificó la ampliación del alcance de las actuaciones que venían desarrollándose al objeto de incluir dentro del mismo el concepto Retenciones/Ingresos a cuenta Rendimientos del Trabajo/Profesional, período comprendido entre el segundo trimestre de 2013 y el cuarto trimestre de 2015.

3. El 20 de septiembre de 2017, se comunicó la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia previo a la firma del acta, incoándose el 10 de octubre de 2017 acta de disconformidad con número de referencia A02-72847434. Junto con la notificación de la propuesta de liquidación, se advertía a la obligada de su derecho a presentar, en el plazo de los quince días siguientes a aquélla, las alegaciones que considerase oportunas, lo que formuló el 31 de octubre de 2017.

4. Respecto de la regularización realizada, debe señalarse que, con anterioridad al inicio de las actuaciones inspectoras, en concreto el 27 de julio de 2015, un antiguo trabajador de la entidad Embutidos Maybe, S.A. presentó denuncia con la que se ponía en conocimiento de la Administración tributaria diversos hechos que ponían de manifiesto la comisión de una serie de infracciones tributarias por parte de la inspeccionada. En la denuncia se evidenciaba la existencia de una contabilidad paralela a la oficial, poniendo de manifiesto la existencia de compras y ventas no declaradas, así como el pago de "sobresueldos" a los trabajadores no reflejados en nómina. La inspección, tras corroborar la veracidad de varios de los datos incluidos en la denuncia, utilizó la información contenida en esta última como base de la regularización practicada.

5. Frente a esta regularización, la recurrente planteó reclamaciones económico-administrativas tramitadas con los números de referencia 33-1.864-2017 (la derivada del acuerdo de liquidación) y 33-1.855-2017 (la asociada al acuerdo sancionador), que fueron estimadas en parte por el TEAR de Asturias mediante acuerdo de 25 de octubre de 2019.

6. Contra el acuerdo referido, la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo, que se tramitó con el número 14/2020, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, siendo desestimado por sentencia de 13 de mayo de 2021. La ratio decidendi sobre este particular se contiene en el fundamento de derecho sexto, en el que se expone lo siguiente:

"Pues bien, las anteriores constataciones periciales en modo alguno invalidan los datos aportados en la denuncia y corroborados por la Inspección tributaria, que incluyó el registro de las instalaciones de la empresa. Estas actuaciones no se han revelado en modo alguno ilegales.

La parte actora alega que se trata de una prueba ilícitamente obtenida en aplicación de la denominada jurisprudencia Feliciano en la medida en que al denunciante no se le autorizó ni se le otorgó consentimiento para llevarse del domicilio social documentos de la recurrente ni Balances de Sumas y Saldos o Libros Diarios.

Ciertamente, el origen de la Inspección son los datos aportados por el antiguo trabajador a los que había accedido cuando estaba en la empresa y sin que tales actuaciones, cuya calificación no corresponde hacer, pueda imputarse a la Administración tributaria.

Así pues, no puede considerarse probada ninguna ilegalidad por parte de la Administración tributaria que utiliza los indicios y las pruebas aportadas por el denunciante para contrastarla y someterla a verificación por los Servicios de Inspección que terminan considerando la no declaración de determinadas actividades ni operaciones y que comportan la comisión de infracciones tributarias".

#### **Tercero.** *Normas que deberán ser interpretadas.*

A estos efectos, el recurrente plantea la necesidad de interpretar el artículo 11.1 LOPJ, en relación con el artículo 14 CE y la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2019 (ES:TC:2019:97).

#### **Cuarto.** *Cuestión en la que se entiende que existe interés casacional.*

Conforme a lo indicado anteriormente y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, esta Sección de admisión aprecia que el presente recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión:

Determinar, en el ámbito de la inspección tributaria, los efectos probatorios que deben reconocerse a los datos y documentación que sirven de base para una regularización tributaria, cuando para la obtención de aquellos, directa o indirectamente, se hubiere podido vulnerar los derechos o libertades fundamentales, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ, no habiendo entrado, la sala de instancia, a desarrollar el juicio de ponderación establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno nº 97/2019 de 16 de julio (1085/2017; ECLI:ES:TC:2019:97) ( Caso Feliciano ) y, teniendo en cuenta a este respecto, la doctrina que sobre el particular ha fijado el TEDH en su sentencia de 5 de noviembre de 2020, asunto *Æwik c. Polonia*, (31454/10 ).

**Quinto.** *Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.*

1. La cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque en la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo [ artículo 88.3.a) LJCA], y además, porque esta cuestión jurídica puede sentar una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales [ artículo 88.2.b) de la LJCA], al interpretar y aplicar aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional [ artículo 88.2.e) LJCA], lo que hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho ( artículos 9.3 y 14 CE).

2. La STC 97/2019, de 16 de julio, que cita la recurrente como doctrina constitucional infringida, trae causa del recurso de amparo interpuesto frente a la sentencia 116/2017, de 23 de febrero, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que declaró la validez de los documentos bancarios que el Sr. Feliciano obtuvo, ilícitamente, de las entidades bancarias suizas con las que mantenía una relación laboral. En esa sentencia se supera ampliamente la jurisprudencia existente en relación al artículo 11.1 LOPJ, que encontraba irrelevante el hecho que fuera un particular el autor de la vulneración, siguiendo la doctrina fijada por la STC 114/1984, cuando señalaba que "Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto -público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el deterrent effect propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)" (sic).

Por el contrario, en la sentencia 116/2017 se considera que la prueba es solo ilícita, cuando proviene de un particular, si la finalidad de la obtención es utilizarla en un proceso penal como prueba, si se busca por el sujeto su uso con efectos probatorios, entendiéndose que, si no se utiliza, no entra en el ámbito del art. 11,1 LOPJ. En otras palabras, lo que es causa de ilicitud probatoria cuando ésta proviene de particulares es que estos actúen como un engranaje del Estado, que lo hagan al servicio de la investigación penal suplantando la actividad pública propia del sistema democrático. El fundamento de la prueba ilícita, de este modo, deja de ser estrictamente la protección del

derecho violado y de la garantía procesal de inadmisión, para cumplir una función meramente instrumental, la de persuadir a los cuerpos y seguridad del Estado de que deben comportarse correctamente.

La invocada STC 97/2019 confirma esta nueva doctrina jurisprudencial al sostener que en el artículo 11.1 LOPJ, la exclusión probatoria no puede interpretarse de forma rígida o estereotipada, sino que ha de acomodarse a las circunstancias del caso y a los intereses en juego, validando una prueba directamente obtenida violentando derechos fundamentales por mor de un "juicio de experiencia", de un análisis de cada caso, de los intereses en juego, aunque concurren en el supuesto concreto los mismos elementos de análisis, es decir, una vulneración de derechos fundamentales y una norma que establece, sin excepciones, la ineficacia de la prueba así obtenida.

El Tribunal Constitucional vincula la garantía del artículo 11.1 LOPJ a la "idea de proceso justo", pero no necesariamente identificado con un proceso con todas las garantías. Así, sostiene que la pretensión de exclusión de la prueba ilícita, que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales, tiene naturaleza procesal, por lo que ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo, supeditándose la ineficacia de la prueba ilícita a un análisis en el caso de que la prueba así alcanzada rompe el equilibrio y la igualdad entre las partes. Para establecer esa necesidad de ponderación, el Tribunal Constitucional se remite a su sentencia 114/1984, "[h]ay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en [la] decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)". La hipotética vulneración del orden constitucional sólo puede producirse, en concreto, "por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso ( art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978))" (FJ 2). La decisión sobre la prueba ilícita enfrenta al órgano judicial que debe decidir sobre la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos con vulneración previa de un derecho fundamental sustantivo a "una encrucijada de intereses" que ha de resolverse, pues, mediante un juicio ponderativo (FJ 4)". (sic).

Viene a concluir en el fundamento cuarto de la STC 97/2019, que la ponderación ha de apreciar la existencia de una real necesidad de tutela del derecho, la cual vincula, se repite, a que procesalmente, la admisión de la prueba afectara al proceso justo y equitativo, para avalar en el quinto la conducta del Tribunal Supremo al entender que compete al Poder Judicial y al mismo Tribunal Constitucional apreciar a qué violación se refiere el art. 11.1 LOPJ, qué se entiende por violación a los efectos de la prueba ilícita y si este concepto puede construirse al margen o con independencia del derecho material mismo y referido, pues, a un concepto meramente instrumental. En definitiva, si el derecho fundamental, los requisitos para su vulneración legalmente establecidos o los que la jurisprudencia ha señalado en general para toda restricción de derechos, vinculan o implican la nulidad o si los tribunales pueden en cada caso, no de forma genérica para cada derecho o para todos, reducir o ampliar las condiciones establecidas.

**3.** Este escenario jurisprudencial debe necesariamente completarse con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano ( TEDH) [5 de noviembre de 2020, asunto *Æwik c. Polonia*, 31454/10) que ha estimado la reclamación deducida por un antiguo miembro de una banda criminal que vio como los tribunales polacos le condenaban a doce años de prisión, sobre la base de la transcripción de las declaraciones de su antiguo compinche, obtenidas durante su secuestro y tortura, y de las que se evidenciaba la participación del encartado en el negocio del tráfico de estupefacientes. Basándose en el artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo) del CEDH, el demandante alegó que los tribunales no deberían haber admitido como prueba la transcripción de las declaraciones del torturado K.G. obtenidas como consecuencia de malos tratos infligidos por miembros de la banda criminal.

El TEDH, en su sentencia, parte de que la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes o el castigo previsto en el artículo 3 de la Convención es un valor fundamental en las sociedades democráticas y además, su proscripción es de naturaleza absoluta, en el sentido de que ampara a todas las personas, independientemente de que los malos tratos hayan sido administrados por un funcionario público o un ciudadano. A la luz de esos principios y de la amplia jurisprudencia del Tribunal sobre la cuestión, el TEDH concluye que la admisión de esa prueba obtenida por tan inicuos métodos y con independencia de quien fuere el sujeto activo, vulnera el derecho a un juicio justo en virtud del artículo 6 § 1 del Convenio, objetivizando así el instituto de la exclusión probatoria.

**4.** Esta sentencia de Estrasburgo resulta particularmente interesante si la ponemos en relación con la citada sentencia 116/2017 del Tribunal Supremo, pues ni los sicarios polacos que torturaron a ese antiguo miembro de su banda, ni Feliciano cuando sustrajo la documentación fiscal del HSBC, actuaban pensando en coadyuvar con la acción de la justicia, y sin embargo, mientras nuestro Tribunal Supremo (y nuestro Tribunal Constitucional después) consagran que la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ debe concebirse como un mandato aplicable a las actuaciones de los poderes públicos, con carácter general, a fin de desincentivar la realización de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales y, consecuentemente, resultando admisibles los medios de prueba obtenidos con violación de aquellos, cuando el quebranto sea cometido por un particular, la Corte de Estrasburgo considera, por el contrario, que la admisión de material probatorio contaminado, con independencia de la finalidad con que el generador de esa prueba la obtuvo y de su naturaleza pública o privada, supone una vulneración del derecho a un juicio justo cuando, además, esa cuestión fue planteada por el condenado, rechazándosele su argumento sin la motivación adecuada.

5. La Sala de instancia es conocedora del origen de la información en virtud de la cual la Inspección ha regularizado la situación tributaria de la recurrente, a saber, los datos aportados por el antiguo trabajador a los que había accedido cuando estaba en la empresa y para cuya apropiación no estaba autorizado por la entidad mercantil, actuaciones, sin embargo, que la sentencia no califica, lo que le permite considerar no probada "ninguna ilegalidad por parte de la Administración tributaria que utiliza los indicios y las pruebas aportadas por el denunciante para contrastarla y someterla a verificación por los Servicios de Inspección que terminan considerando la no declaración de determinadas actividades ni operaciones y que comportan la comisión de infracciones tributarias", lo cual podría no ajustarse a los cánones de ponderación establecidos en la STC 97/2019, al no efectuar el primer elemento de juicio de ponderación que dicha jurisprudencia prescribe sobre los intereses en conflicto, cuando se valora la exclusión de una prueba ilícitamente obtenida, al abstenerse de determinar la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de elementos probatorios, para dilucidar si esta consiste en la vulneración de un derecho fundamental de libertad o sustantivo, ni tampoco el segundo juicio de ponderación exigido, sobre el vínculo entre la vulneración y el proceso, al no practicar un examen del parámetro de control interno, como es la conexión instrumental de la obtención de la prueba para hacerla valer en un procedimiento frente a la recurrente, y ello con independencia de que el autor de la vulneración hubiera sido un particular, y porque al mismo tiempo deja de valorar la exclusión de la prueba sólo con base en considerarla derivada o fuente de conocimiento indirecto.

**Sexto.** *Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.*

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión descrita en el razonamiento jurídico cuarto.

2. Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 11.1 LOPJ, en relación con el artículo 14 CE, y la doctrina del Tribunal Constitucional que "lo interpreta para su conformidad con el artículo 24.2 de la Constitución (derecho a un proceso justo con todas las garantías), en concreto mediante la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 97/2019 de 16 de julio, Rec. 1085/2017 (Caso Feliciano), la cual, en sus Fundamentos Jurídicos números 2 y 3 hace un estudio, resume la evolución y actualización de su doctrina sobre la virtualidad de la prueba ilícitamente obtenida", así como el TEDH en su sentencia de 5 de noviembre de 2020, asunto *Æwik c. Polonia*, (31454/10).

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

**Séptimo.** *Publicación en la página web del Tribunal Supremo.*

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

**Octavo.** *Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.*

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

**La Sección de Admisión acuerda:**

1º) Admitir el recurso de casación RCA/5936/2021, preparado por la procuradora doña Ana María Gil-Carcedo Morales, en representación de la mercantil Embutidos Maybe, S.A., contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2021 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que desestimó el recurso nº 14/2020.

2º) Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

Determinar, en el ámbito de la inspección tributaria, los efectos probatorios que deben reconocerse a los datos y documentación que sirven de base para una regularización tributaria, cuando para la obtención de aquellos,

directa o indirectamente, se hubiere podido vulnerar los derechos o libertades fundamentales, de conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ , no habiendo entrado, la sala de instancia, a desarrollar el juicio de ponderación establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia del Pleno nº 97/2019 de 16 de julio (1085/2017; ECLI:ES:TC:2019:97) (Caso Feliciano) y, teniendo en cuenta a este respecto, la doctrina que sobre el particular ha fijado el TEDH en su sentencia de 5 de noviembre de 2020, asunto *Æwik c. Polonia*, (31454/10).

**3º)** Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio), en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, y la jurisprudencia "del Tribunal Constitucional la interpreta para su conformidad con el artículo 24.2 de la Constitución (derecho a un proceso justo con todas las garantías), en concreto mediante la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional nº 97/2019 de 16 de julio, Rec. 1085/2017 (Caso Feliciano), la cual, en sus Fundamentos Jurídicos números 2 y 3 hace un estudio, resume la evolución y actualización de su doctrina sobre la virtualidad de la prueba ilícitamente obtenida", así como el TEDH en su sentencia de 5 de noviembre de 2020, asunto *Æwik c. Polonia*, (31454/10).

**4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

**5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**6º)** Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.