

**AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE ABRIL DE 2024**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª**

**Recurso núm.:** 1577/2024  
**Ponente:** D. Eduardo Calvo Rojas  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 20 de diciembre de 2023.  
**Fallo:** Admisión

En Madrid, a 18 de abril de 2024.

## HECHOS

### **PRIMERO.- Proceso de instancia y resolución judicial recurrida**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 20 de diciembre de 2023, sentencia declarando la inadmisión del recurso contencioso-administrativo n.º 991/2020, interpuesto por Polygon Global Partners LLP y Blackwell Partners LLC contra la resolución de 29 de julio de 2020 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), por la que se acordó autorizar la Oferta Pública Voluntaria formulada por LORCA sobre el total de las acciones de MASMOVIL.

La sentencia inadmite el recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa. En relación con los contratos de *equity swaps*, la sentencia recurrida se remite a la STS de 3 de octubre de 2022 (RCA 2953/2021), concluyendo que la titularidad de los *swaps* no legitima a las recurrentes para interponer el recurso.

Y, en relación con la titularidad de las acciones, razona que la parte demandante adquirió 4.000 acciones de Masmóvil tras el anuncio de la OPA, donde se proclamaba la intención de excluir a los correspondientes valores de la negociación bursátil, y vendió tales acciones antes de la exclusión de la referida negociación, a lo que se une el escaso o nulo beneficio que para la recurrente supondría una eventual sentencia estimatoria, habida cuenta de que la pretensión de recálculo del suplico de la demanda es inviable al tratarse de una OPA voluntaria. Añade que la titularidad de acciones confiere en un principio el interés necesario para estar legitimado como recurrente en un recurso contencioso-administrativo en el ámbito de las opas, pero que esta declaración de principio no es bastante para resolver los casos concretos, que deben decidirse en función de sus circunstancias particulares, y así, razona que la situación de la actora, tras el anuncio de la opa, no es equiparable a la de quienes ya eran accionistas antes de dicho anuncio y se ven sorprendidos en su posición inversora por el anuncio de la OPA. La recurrente en el caso adquiere 4.000 acciones tras el anuncio de la OPA, que especificaba sus circunstancias esenciales y proclamaba la intención de exclusión de los correspondientes valores de la negociación bursátil, siendo en este contexto donde, según la Sala, no puede obviarse el muy escaso número de acciones que adquiere la actora, su conocimiento de las circunstancias esenciales de la opa que le permitían valorar el riesgo que asumía con dicha compra, y el escaso o nulo beneficio que podría obtener de una eventual sentencia estimatoria dada la inviabilidad, al tratarse de una OPA voluntaria, de la pretensión de recálculo que se contiene en el suplico de la demanda, cuyo conjunto de factores llevan a concluir que el interés de la demandante no es real, efectivo y legítimo para erigirse como parte recurrente en el actual proceso. En suma, concurre a juicio de la Sala la causa de inadmisibilidad del recurso prevista en el artículo 69.b) de la LJCA. La Sentencia contiene un voto particular y un voto particular concurrente.

### **SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación**

Notificada la sentencia, la representación procesal de Polygon Global Partners LLP ha preparado recurso de casación en el que invoca la infracción del artículo 19 de la LJCA sobre la legitimación activa, así como los artículos 9.3, 24 y 103.1 CE, así como de la jurisprudencia, alegando que todo accionista tiene legitimación.

Por otra parte, alega que los razonamientos de la STS de 3 de octubre de 2022, tomada en consideración por la Sala de instancia, infringen los artículos 19.1.a) LJCA y 3.2 y 10.2 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (ROPA), en relación con los artículos 9.3 y 24 CE, no justificando por qué quien tiene un interés económico en la OPA no tiene derecho a impugnar el acto administrativo que le afecta en dicho interés.

Como justificación del interés casacional objetivo los artículos 88.2.a), b) y c) y 88.3 a) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA), considerando necesario (i) matizar o completar la jurisprudencia a fin de determinar si está legitimado para impugnar las autorizaciones de una OPA y de la exclusión de bolsa al mismo precio a todo accionista, con independencia e cuántas acciones tenga y de que estas hayan sido compradas después del anuncio de la OPA (pero antes de la autorización de la CNMV) o vendidas ante la inminente exclusión; y (ii) corregir la doctrina contenida en la STS de 3 de octubre de 2022 (RCA 2953/2021) declarando que el tomador de un swap de acciones en el que el importe de la liquidación en efectivo depende del precio de la OPA tiene interés legítimo para impugnar los citados acuerdos.

### **TERCERO.- 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 por auto de 19 de febrero de 2024, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se ha personado ante esta Sala, Polygon Global Partners LLP, representada por el procurador D. JQB, en concepto de parte recurrente; y, en concepto de parte recurrida, Masmóvil Ibercom, representada por la procuradora D.ª LAL, Lorca Telecom Bidco, S.A.U., representada por el procurador D. JQB, y el Abogado del Estado, oponiéndose los dos últimos a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, Magistrado de la Sala.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

### **PRIMERO.- Requisitos formales del escrito de preparación**

El escrito de preparación cumple, desde el punto de vista formal, con las exigencias del artículo 89 LJCA, por lo que nada puede oponerse, por tanto, a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a), b) y d) del artículo 89.2 LJCA.

### **SEGUNDO. Cuestión litigiosa y verificación de la concurrencia de interés casacional objetivo en el recurso.**

La Sala de instancia declaró la inadmisibilidad del recurso por la causa prevista en el artículo 69.b) de la LJCA por falta de legitimación activa de la recurrente al considerar que ni la titularidad de los *swaps* ni escaso números de acciones legitima a la recurrente para interponer el recurso contencioso administrativo.

Esta Sala ha admitido a trámite el RCA 1794/2024, que trae causa de la misma resolución de 29 de julio de 2020 de la CNMV objeto de este recurso, y en el que la Sala de instancia también inadmitió a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por falta de legitimación del

recurrente atendido a las fechas de adquisición y venta de las acciones (tras el anuncio de la OPA, donde se proclamaba la intención de excluir a los correspondientes valores de la negociación bursátil, la compra, y antes de la exclusión de la referida negociación, la venta), y atendiendo al número de acciones. En el auto de admisión del citado recurso consideramos que «[...] *el interrogante jurídico que se suscita en este recurso no carece manifestamente de interés casacional objetivo y plantea cuestiones jurídicas de alcance general, referidas a las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo al interponerse por persona no legitimada para ello, que trascienden del caso objeto del proceso, por lo que procede la admisión del recurso por concurrir la presunción legal establecida en el artículo 88.3.a) LJCA y el supuesto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia previsto en el artículo 88.2.c) LJCA, también invocado por la recurrente*», y declaramos que «*la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 19.1.a) y 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa a fin de determinar si el titular de las acciones ostenta legitimación activa para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la aprobación de una OPA voluntaria pese haber adquirido las acciones con posterioridad a su anuncio y con independencia del número de acciones que ostente*».

Por lo tanto, siendo la cuestión que se consideró que tenían interés casacional la misma que una de las cuestiones que se plantean en este recurso de casación -la legitimación activa ligada a la condición de accionista-, procede, por exigencias de unidad de doctrina, inherentes a los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución), admitir a trámite también este recurso de casación.

En relación con la legitimación activa ligada a ser titular de *swaps*, esta Sala considera asimismo que la cuestión presenta interés casacional a fin de confirmar, completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la doctrina establecida en nuestra sentencia de 3 de octubre de 2022, dictada en el RCA 2953/2021.

### **TERCERO. Admisión del recurso de casación. Normas objeto de interpretación.**

Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación, y declaramos que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste: (i) en determinar si el titular de las acciones ostenta legitimación activa para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la aprobación de una OPA voluntaria pese haber adquirido las acciones con posterioridad a su anuncio y vendido con anterioridad a su exclusión, y con independencia del número de acciones que ostente. Y (ii) en confirmar, completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la doctrina establecida en nuestra sentencia de 3 de octubre de 2022, dictada en el RCA 2953/2021, referida a la legitimación de los titulares de *swaps* para impugnar la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que autoriza una oferta pública de adquisición de las acciones a las que viene referido el derivado financiero.

Los preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y 3.2 y 10.2 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, en relación con los artículos 9.3, 24 y 103.1 CE, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

#### **CUARTO.- Publicación en la página web del Tribunal Supremo**

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

#### **QUINTO.- Comunicación y remisión**

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera 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:**

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1577/2024 preparado por la representación procesal de Polygon Global Partners LLP contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de diciembre de 2023, declaratoria de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo n.º 991/2020.

2.º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en: (i) determinar si el titular de las acciones ostenta legitimación activa para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la aprobación de una OPA voluntaria pese haber adquirido las acciones con posterioridad a su anuncio y vendido con anterioridad a su exclusión, y con independencia del número de acciones que ostente; y (ii) confirmar, completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la doctrina establecida en nuestra sentencia de 3 de octubre de 2022, dictada en el RCA 2953/2021, referida a la legitimación de los titulares de *swaps* para impugnar la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que autoriza una oferta pública de adquisición de las acciones a las que viene referido el derivado financiero.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y 3.2 y 10.2 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, en relación con los artículos 9.3, 24 y 103.1 CE, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

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

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.