

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

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

**Recurso núm.:** 1616/2024  
**Ponente:** D. Eduardo Calvo Rojas  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 21 de diciembre de 2023.  
**Fallo:** Admisión

En Madrid, a 18 de abril de 2024.

## HECHOS

**PRIMERO-** Polygon Global Partners, LLP ha preparado recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de diciembre de 2023, que inadmite el recurso contencioso-administrativo n.º 1936/2020 interpuesto contra el acuerdo del comité ejecutivo de la CNMV del 30 de octubre de 2020 mediante el que la CNMV autorizó la solicitud de exclusión de negociación de las acciones de Masmovil Ibercom, S.A. ("Masmovil") presentada por la propia Masmovil.

La sentencia inadmite el recurso por falta de legitimación de la recurrente, ex artículo 19 LJCA, en atención a la deliberación y votación conjunta del tribunal sobre los diversos recursos en que se enjuicia la actuación administrativa vinculada al proceso de la expresada OPA, en donde ha declarado (citando su sentencia recaída en el recurso 991/2020) que:

*"En cuanto al requisito de la legitimación activa ex artículo 19 de la LJ es de decir lo siguiente. La parte actora esgrime determinados contratos de equity swaps y cierto número de acciones para tratar de demostrar su interés legítimo para interponer el presente recurso. Respecto de los swaps la sentencia del Tribunal Supremo de 3-10-2022 dijo lo siguiente: "Los titulares de swaps que se liquidan en efectivo y que no dan acceso a la titularidad de las acciones (valor subyacente) carecen de legitimación para impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 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.*

*Esta doctrina es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa, por lo que es de concluir que la titularidad de los swaps no legitima a la parte recurrente para interponer el presente recurso contencioso".*

Así pues, no teniendo legitimación para recurrir, la Sala concluye que no tiene acción y en consecuencia no procede que se pronuncie sobre otras cuestiones planteadas en el recurso precisamente por la recurrente no legitimada.

**SEGUNDO.-** La representación procesal de Polygon Global Partners, LLP presentó escrito de preparación de recurso de casación contra esta sentencia, en el que identifica como normas infringidas, en primer lugar, el artículo 19.1.a) LJCA en relación con los artículos 9.3, 24 y 103.1 CE, así como la jurisprudencia y doctrina constitucional, afirmando que el problema jurídico de este recurso sobre la legitimación del tomador de un swap es el mismo que el resuelto por esta Sala en la Sentencia nº 1232/2022, de 3 de octubre, (RCA 2953/2021) sin embargo, su escenario casacional y enfoque jurídico son más amplios, solicitando un pronunciamiento de este Tribunal Supremo para (i) matizar o completar la doctrina que reconoce interés legítimo para impugnar a todo accionista, añadiendo que se está legitimado para impugnar las autorizaciones de una OPA y de la exclusión de bolsa al mismo precio a todo accionista, con independencia de 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 de la citada STS nº 1232/2022 declarándose 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, invocado como supuestos de interés casacional invoca los contemplados en las letras a), b) y c) del artículo 88.2 LJCA, y las presunciones de las letras a) y d) del artículo 88.3 LJCA.

**TERCERO.-** Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto teniendo por debidamente preparado el recurso de casación con fecha 16 de febrero de 2023, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, se ha personado la entidad Polygon Global Partners, LLP, en concepto de parte recurrente. Se han personado asimismo ante este Tribunal Supremo, en calidad de partes recurridas, el Abogado del Estado, Masmovil Ibercom S.A, y Lorca Telecom Briones Mendez.

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

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, cabe señalar que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA.

**SEGUNDO.-** Comprobada así la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación, procede determinar ahora cuál es la cuestión controvertida y si ésta tiene interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia que justifique un pronunciamiento de esta Sala.

La cuestión que se suscita en este recurso de casación es sustancialmente idéntica a la planteada en los RRCA 2953/2021 y 3774/20200, que hemos admitido en AATS de 10 de noviembre de 2021 y 22 de septiembre de 2022, debiendo llegar en este caso a la misma conclusión.

En dichos autos razonábamos:

*«SEGUNDO.- [...] La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación es si los titulares de swaps pueden o no impugnar ante la jurisdicción la autorización de OPAS cuando dichos swaps están vinculados a las acciones objeto de la operación.*

*En efecto, y frente a lo alegado por la propia recurrente y por la representación procesal de la recurrida Tasty Bidco, S.L.U., la razón de la sentencia para negar la legitimación de Polygon no reside en que ésta liquidara sus swaps con anterioridad al acto impugnado, lo que le privaría de interés económico en relación con dicho acto (a estos efectos, en el FD segundo.2, la sentencia se limita a exponer la posición de la CNMV, Tasty y Telepizza, y en el FD cuarto.4, si bien hace constar que la liquidación se produjo antes del acuerdo de exclusión de la negociación impugnado, sin embargo, no saca ninguna conclusión de ese hecho a efectos de la legitimación). La razón de decidir de la sentencia consiste en que los titulares de swaps no están legitimados para recurrir la autorización de OPAS, y ello porque los titulares de estos concretos instrumentos financieros no son destinatarios de la OPA ni participan en el procedimiento de oferta pública de adquisición de valores, conforme al Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio.*

*Por el contrario, la entidad recurrente entiende que sí están legitimados, y ello partiendo del reconocimiento expreso de la sentencia de que el precio de las acciones de la sociedad objeto de una OPA tiene un impacto en dichos instrumentos financieros, sin que el hecho de que el Real Decreto 1066/2007 se refiera en dos artículos a una serie de sujetos como contraparte del negocio jurídico que implica la OPA y a estos exclusivos efectos, pueda suponer la supresión del derecho del resto de operadores a reaccionar cuando un acto administrativo es perjudicial para sus intereses.*

**TERCERO.-** Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues, concurriendo la presunción establecida en el apartado d) del artículo 88.3 de la LJCA, esta Sala considera

*que la misma no carece manifiestamente de interés casacional. En efecto, si bien existe una consolidada jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 19.1 a) LJCA, sin embargo, esta Sección considera necesario su matización, precisión o concreción para la realidad jurídica que plantea el caso analizado en relación con la legitimación de los titulares de swaps para recurrir la autorización de OPAS, ya que, en definitiva, la sentencia está planteando una cuestión jurídica, al considerar, conforme al Real Decreto 1066/2007, que sólo estarían legitimados los destinatarios de la OPA o quienes estén llamados a participar en el procedimiento de oferta pública de adquisición de valores, y ello pese a reconocer que la operación autorizada por la CNMV impacta sobre la esfera patrimonial de la recurrente.*

*CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, procede admitir a trámite este recurso de casación, precisando que la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si están legitimados activamente los titulares de swaps impugnar ante la jurisdicción la autorización de OPAS cuando dichos swaps están vinculados a las acciones objeto de la operación.*

*Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son 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, en relación con los artículos 9.3 y 24 CE; 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 LJCA».*

En este sentido, como hemos señalado, la Sección de Admisión ya ha dictado autos de admisión en supuestos similares, como son los recursos de casación 2953/2021 y 3774/2022, sobre el primero de los cuales ha recaído sentencia de fecha 3 de octubre de 2022, de carácter desestimatorio del recurso también interpuesto por la aquí recurrente. Por lo tanto, en unidad de doctrina, procede admitir a trámite el presente recurso de casación.

**TERCERO.-** Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 este Auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

**CUARTO.-** 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 Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1616/2024 preparado por la representación procesal de Polygon Global Partners, LLP contra la sentencia de 21 de diciembre de 2023, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 1936/2020.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar, completar, matizar o, incluso, corregir la jurisprudencia sentada en la sentencia de esta Sala Tercera de 3 de octubre de 2012 (RC 2953/2021), en relación a si están legitimados activamente los titulares de *swaps* para impugnar ante la jurisdicción la autorización de OPAS cuando dichos *swaps* están vinculados a las acciones objeto de la operación.

3.º) Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, 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, en relación con los artículos 9.3 y 24 CE; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4.º) Se ordena publicar 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 procedencia la decisión adoptada en este auto.

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

Así lo acuerdan y firman.