

**AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ABRIL DE 2024**

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

**Recurso núm.:** 1794/2024  
**Ponente:** D. Eduardo Calvo Rojas  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 20 de diciembre de 2022.  
**Fallo:** Admisión

En Madrid, a 10 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 2022, sentencia declarando la inadmisión del recurso contencioso-administrativo n.º 2171/2020, interpuesto contra (i) la resolución de 29 de julio de 2020 de la CNMV, por la que se acordó autorizar la Oferta Pública Voluntaria formulada por LORCA sobre el total de las acciones de MASMOVIL y (ii) la resolución de 29 de septiembre de 2020, dictada también por la CNMV, que desestimó el recurso potestativo de reposición interpuesto

Razona la sentencia para inadmitir el recurso 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. Ahora bien, según la Sala, 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 198 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. Es 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 Don OLA ha preparado recurso de casación en el que invoca la infracción del art. 19 de la LJCA sobre la legitimación activa, así como el art. 56.1 LJCA, art. 24 CE, art. 26.2 del real decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, y la normativa del mercado de valores en cuanto a las obligaciones de supervisión que se atribuyen a la CNMV, infringiendo los artículos concretos que se relacionan así como los artículos 130 LMV y 9 RDOPAS en relación con el precio equitativo y la tasa WACC.

Como justificación del interés casacional objetivo los artículos 88.3 a) y 88.2 a), b) y c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA) pues si bien existe jurisprudencia sobre la existencia de la legitimación activa para recurrir una resolución de la CNMV al ser accionista, no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo el sentido de si una persona física ostenta legitimación activa para recurrir en 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, poniéndose de manifiesto la necesidad de un pronunciamiento del TS respecto a esta cuestión.

### **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 22 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, la representación procesal de Don OLA, en concepto de parte recurrente, así como la entidad MÁSMÓVIL IBERCOM S.A, en concepto de parte recurrida.

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 marco jurídico.**

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 por el hecho de que su pequeña porción de 198 acciones, mínima en relación con el capital social de Masmóvil, no alcanza la fracción mínima necesaria para gozar de legitimación para impugnar los acuerdos sociales según el artículo 495.2.b) de la Ley de Sociedades de Capital, y, aunque este umbral no puede trasladarse de manera automática al recurso contencioso-administrativo al ser la legitimación activa un requisito procesal de orden público, según la Sala, sí puede ser tenido en cuenta para valorar la posible concurrencia en el caso de una posición de abuso de derecho, pues la recurrente tenía, además, 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. De manera que, del conjunto de factores considerados, la sala estima que concurre la causa de inadmisibilidad del recurso prevista en el artículo 69.b) de la Ley de la Jurisdicción declarando la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Partiendo de lo anterior, el interrogante jurídico que se suscita en este recurso no carece manifiestamente 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.

#### **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 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.

Los preceptos que, en principio, serán objeto de interpretación son los artículos 19.1.a) y 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello, 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 1794/2024 preparado por la representación procesal de D. OLA 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 2171/2020.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la 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.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 19.1.a) y 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

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.