



Roj: **SAP B 6874/2023 - ECLI:ES:APB:2023:6874**

Id Cendoj: **08019370152023100377**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **15/06/2023**

Nº de Recurso: **75/2023**

Nº de Resolución: **380/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120208022095

Recurso de apelación 75/2023-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 527/2020 -S3

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012007523

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012007523

Parte recurrente/Solicitante: SOCIEDAD DE TRANSFORMACION DE PLASTICOS, S.A., GRUPO ACUSTER, S.L.

Procurador/a: Emma Nel.Lo Jover

Abogado/a: José María Rebollo Blasco

Parte recurrida: Lucio , EGARENSE DE MMM INVERSIONES, S.L.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: Natàlia Cortés Sitjas

Cuestiones: Sociedades. Asistencia financiera para adquisición por un tercero de las acciones de una sociedad anónima. Garantía por la sociedad (asistente) del precio de la compraventa.

SENTENCIA núm. 380/2023

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARIA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA



MANUEL DIAZ MUYOR

MARTA CERVERA MARTINEZ

NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

Barcelona, a quince de junio de dos mil veintitrés.

Parte apelante: Sociedad de Transformación de Plásticos S.A. (en adelante, STP) y Grupo Acuster S.L. (en adelante, ACUSTER)

- Letrado/a: José María Rebollo Blasco

- Procurador: Emma Nel-lo Jover

Parte apelada: Egarense de MMM Inversiones S.L., y Lucio

- Letrado/a: Jordi Sánchez Sánchez-Crespo y Natalia Cortés Sitjas

- Procurador: Ignacio López Chocarro

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 10 de noviembre de 2021, complementada por auto de 25 de marzo de 2022.

- Parte demandante: Sociedad de Transformación de Plásticos S.A. (en adelante, STP) y Grupo Acuster S.L. (en adelante, ACUSTER)

- Parte demandada: Egarense de MMM Inversiones S.L. y Lucio

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *DESESTIMAR la demanda interpuesta por la representación procesal de la mercantil SOCIEDAD DE TRANSFORMACIÓN DE PLÁSTICOS, S.A. y GRUPO ACUSTER, S.L., contra EGARENSE DE MMM INVERSIONES, S.L., y D. Lucio y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas de contrario, con imposición de costas a la parte actora* ". La sentencia fue complementada por auto en cuya parte distintiva se dice que: "ACUERDO COMPLETAR la sentencia dictada en fecha 10 de noviembre de 2021, en el sentido de fijar la cuantía de la demanda en la cantidad de 9.300.000 euros".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación por la parte demandante. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 25 de mayo de 2023.

Ponente: magistrado Luis Rodríguez Vega.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. Sociedad de Transformación de Plásticos S.A. (en adelante STP) y Grupo Acuster S.L. (en adelante Acuster) presentaron demanda contra Egarense de MMM Inversiones S.L. y Lucio en la que se pretende que se declare la nulidad de las pólizas de prenda sin desplazamiento sobre existencias, maquinaria, derechos de cobro y sobre moldes industriales propiedad de la Sociedad de Transformación de Plásticos S.A., constituidas entre las partes, y elevadas a público, en fecha 6 de noviembre de 2014, así como la diligencia de intervención de actualización de la póliza de prenda sin desplazamiento sobre existencias, maquinaria y derechos de cobro de la STP, de fecha 4 de abril de 2018. Dichas prendas garantizan el precio de la compraventa de las acciones de STP (8.030.000 euros) por parte de Acuster a los demandados Egarense de MMM Inversiones S.L. y Lucio . Por lo que, según la argumentación de la actora, constituyen un acto legalmente prohibido de asistencia financiera de STP a Acuster para la adquisición de las acciones de la asistente.

2. Las demandadas comparecieron para oponerse a la demanda. La sentencia consideró que la constitución de las garantías pignoraticias del precio de la compraventa de las acciones de STP constituye un acto prohibido de asistencia financiera, pero desestimó la demanda al entender que la actora había actuado de mala fe en el ejercicio de dichas acciones.



3. La parte actora recurre en apelación para insistir en su legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad y, en particular, sostiene que, al menos, no puede decirse que STP haya procedido de mala fe, ya que no fue parte de la compraventa de las acciones cuyo precio garantizó con las prendas impugnadas.

4. La parte demandada se opuso al recurso alegando, en primer lugar, la validez de los contratos de prenda impugnados, y, en segundo lugar, el abuso de la actora al impugnar dichas garantías.

SEGUNDO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.

5. Son hechos relevantes para resolver el presente recurso y no controvertidos en esta instancia los siguientes:

5.1. Acuster, es la empresa holding de un conglomerado de distintas compañías dedicadas al sector de la tecnología del agua, entre las que se encuentran: Stpacuster International S.L., Acuster Global S.L., ESMET Fabricados Metálicos, S.L. Tracon International B. V. y Sociedad de Transformación de Plásticos, S.A. (en adelante STP).

5.2. El 6 de noviembre de 2014, ACUSTER adquirió la totalidad de las acciones de la mercantil STP, pasando ésta a formar parte del grupo empresarial.

5.3. STP es una compañía dedicada desde el año 1983 a la fabricación y venta de accesorios y productos acabados en plástico.

5.4. Lucio es el administrador único de la mercantil Egareense de MMM Inversiones, S.L. (en adelante, Egareense), la cual tiene por objeto social la construcción, explotación, rehabilitación, compraventa o arrendamiento no financiero de fincas urbanas y rústicas.

5.5. Hasta su venta en fecha 6 de noviembre de 2014, el Sr. Lucio y la compañía Egareense eran los titulares de las acciones representativas del 100% del capital social de STP. Concretamente, el Sr. Lucio era el titular de 1 acción; y la mercantil Egareense era la titular de 24.999 acciones.

5.6. En la mencionada fecha de 6 de noviembre de 2014, El Sr. Lucio y la compañía Egareense celebraron un contrato de compraventa de acciones con ACUSTER, por el que el actor adquirió la totalidad de las acciones nominativas que constituyen el capital social de la compañía STP pasando así a ser accionista único de dicha compañía.

5.7. En el contrato de compraventa no se fijó el precio de la transmisión de las acciones de STP, sino que establecía un mecanismo para su posterior determinación; la cual se produciría mediante adenda al contrato de fecha 23 de mayo de 2015, elevada a público en virtud de la Escritura Pública otorgada en fecha 20 de julio de 2015, ante el Notario de Barcelona D. Joan Carles Ollé Favaró, con el número 265 de su protocolo. Las partes fijaron como precio la cantidad de 8.030.000 euros.

5.8. En cuanto al pago del precio, las partes establecieron que éste quedaría aplazado, según se recoge en el pacto segundo de la Adenda al contrato.

5.9. En concreto, a la firma del contrato de compraventa, ACUSTER realizó un primer pago por importe de 530.000 Euros. La cantidad restante, esto es, los 7.300.000 Euros, serían satisfechos en seis pagos, en la forma y las fechas recogidas en la cláusula 2.2 de la referida Adenda, debiéndose culminar, como máximo, el pago total del precio el día 1 de diciembre de 2020.

5.10. En cumplimiento de los compromisos adquiridos entre las partes, reflejados tanto en el contrato de compraventa (doc. núm. 1 de la demanda) como en el documento complementario de declaraciones, obligaciones y garantías (doc. núm. 2 de la demanda), el mismo día 6 de noviembre de 2014, STP constituyó en favor de los demandados y en garantía del pago del precio los dos negocios que se impugnan:

a) Una prenda sin desplazamiento sobre los derechos de cobro de los clientes, existencias y maquinarias de la compañía, hasta un importe máximo de 8.030.000 Euros (doc. 4 de la demanda Escritura de constitución de la póliza de prenda sobre existencias, maquinarias y derechos de cobro de Sociedad de Transformación de Plásticos, S.A., otorgada en fecha 6 de noviembre de 2014 ante el Notario de Barcelona, D. Xavier Roca Ferrer, con nº 3.412 de su Protocolo)

b) La parte compradora constituyó otra prenda sobre los moldes de la mercantil STP (doc. núm. 5 Escritura de constitución de la póliza de prenda sin desplazamiento sobre moldes industriales propiedad de la sociedad de Transformación de Plásticos, S.A, otorgada, en fecha 6 de noviembre de 2014, ante el Notario de Barcelona, D. Xavier Roca Ferrer, con nº 3.411 de su Protocolo).

5.11. Igualmente, el mismo día y ante el mismo notario se otorgaron otras dos escrituras cuyos negocios no son objeto de impugnación. En la primera se constituía una prenda sobre las acciones de STP adquiridas en garantía del precio aplazado y, en la segunda se establecía un pacto de recompra de dichas acciones.



5.12. En dichas escrituras STP estuvo representada por Gabino , administrador único de Acuster, apoderado por dicha compañía para otorgar dichos negocios.

5.13. Posteriormente, y conforme a lo pactado en la constitución de la prenda, en fecha 4 de abril de 2018, las partes suscribieron un acuerdo de actualización de la póliza de prenda sobre existencias, maquinarias y derechos de cobro, que fue elevado a público mediante Diligencia de Intervención otorgada, en esa misma fecha, ante el Notario de Barcelona, D. Xavier Roca Ferrer, con nº 835 de su Protocolo (doc. 6 de la demanda Copia de Diligencia de Intervención)

5.14. Acuster ha dejado de pagar los dos últimos plazos del precio acordado entre las partes y que, como consecuencia del impago, Egarensa ha ejecutado una de las garantías cuya nulidad se pretende en autos; en concreto la prenda sobre los derechos de cobro de STP y la diligencia de intervención de su actualización.

TERCERO. La asistencia financiera para la compra de acciones de la sociedad anónima.

6. El art. 150.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante TRLSC) establece que: " *La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero*".

7. El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia núm. 582/2023, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1592, fundamento 3º, apartado 3) mantiene que:

" 3.- *Al analizar la estructura interna de la prohibición de asistencia financiera del art. 150.1 LSC , se observa la concurrencia en la misma de tres elementos o **presupuestos esenciales**: (i) un acto o negocio de financiación o de " asistencia financiera " por parte de la sociedad a favor o en beneficio de un tercero (socio o no); (ii) una adquisición, originaria o derivativa, de acciones de la sociedad que presta la asistencia (asistente) por parte del tercero (asistido); y (iii) un vínculo o relación finalista, teleológica o causal entre el negocio o acto de asistencia financiera y el de adquisición, por ser la finalidad de aquella asistencia favorecer o facilitar esta adquisición "*

8. Por lo tanto, el primero de los presupuestos que han de concurrir para que podamos hablar de asistencia es " *un acto o negocio de financiación o de "asistencia financiera" por parte de la sociedad a favor o en beneficio de un tercero (socio o no)*". En nuestro caso, la sociedad STP garantizó el pago del precio aplazado de la compraventa de sus acciones celebrada entre los iniciales accionistas de STP, Lucio y Egarensa, y Acuster. Las garantías prestadas por la sociedad, que no ha intervenido directamente en el contrato de compraventa, permiten a un tercero, Acuster, aplazar el pago de las acciones a los demandados. Pues bien, el art. 150.1 TRLSC expresamente a la sociedad prohíbe " *prestar garantías (...) para la adquisición de sus acciones (...) por un tercero*".

9. En el caso enjuiciado, primero, Acuster adquiere las acciones, y, después, apodera especialmente a Gabino , administrador único de Acuster, para otorgar en nombre de STP las garantías impugnadas. Ahora bien, dichas garantías pignoratias se habían comprometido previamente al pactar la compraventa, como condición del aplazamiento del pago del precio. Por lo tanto, Acuster no hace sino cumplir las condiciones de la compraventa. En consecuencia, esta operación financia a Acuster el pago del precio al permitir su aplazamiento, sin prestar garantías propias, sino de bienes y derechos de la compañía cuyas acciones adquiere. De tal manera que, como parece que ha ocurrido en este caso, si el comprador (Acuster) incumple la obligación de pago del precio, la ejecución de la garantía supone que quien acaba pagando el precio de sus propias acciones es la compañía.

10. El segundo de los requisitos es "una adquisición, originaria o derivativa, de acciones de la sociedad que presta la asistencia (asistente) por parte del tercero (asistido)". En el caso enjuiciado, también concurre el citado supuesto, ya que la financiación se refiere al aplazamiento del precio de la compra de la totalidad de las acciones de STP por parte de Acuster, como comprador, a Lucio y Egarensa, como vendedores.

11. El último de los requisitos consiste en " *un vínculo o relación finalista, teleológica o causal entre el negocio o acto de asistencia financiera y el de adquisición, por ser la finalidad de aquella asistencia favorecer o facilitar esta adquisición*". Pues bien, en este caso, las garantías impugnadas fueron otorgadas sobre los bienes y derechos de STP para facilitar el aplazamiento del pago del precio de las acciones de STP por parte de Acuster, según las condiciones del contrato de compraventa.

12. En consecuencia, los dos contratos de prenda impugnados serían nulos por superar los límites de autonomía de la voluntad de las partes, conforme con lo dispuesto en los art. 6.3 y art. 1255 CC, ya que el art. 150.1 TRLSC prohíbe, como hemos explicado, los contratos de asistencia financiera.

CUARTO. La mala fe en el ejercicio de la acción.



13. Ahora bien, el problema que se plantea es si los dos actores están ejercitando sus acciones con buena fe, puesto que su ejercicio puede resultar abusivo. Lo que obligaría al tribunal a rechazar esta pretensión, de acuerdo con lo previsto en el art. 7 CC y tal y como ha sostenido la jueza de primera instancia.

14. En la sentencia de primera instancia, la juez cita en apoyo de su decisión, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 779/2012, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8305). Pues bien, no creemos que dicha resolución constituya un precedente jurisprudencial en el que basar nuestra decisión.

15. En su sentencia 779/2012 el Alto Tribunal resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base de los siguientes hechos:

" 1) El 2 de junio de 2003, RIOCERCADO, S.L. (en adelante RIOCERCADO) era titular de algo más del 94% del capital social y, administradora única de la compañía ALCOPALMA, S.L. (en adelante ALCOPALMA), constituida el 22 de octubre de 2002. La persona física designada para el ejercicio de las funciones era don Benedicto (titular del 100% de las participaciones de RIOCERCADO),

2) El indicado 2 de junio de 2003 ALCOPALMA procedió a ampliar el capital en un euro. La participación fue suscrita y desembolsada por SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN ALCONCHEL (en lo sucesivo SAT ALCONCHEL) mediante la aportación de bienes valorados en 5.2113.656,78 euros y deudas por importe 5.2113.655,78 euros.

3) El siguiente día 3 de junio de 2003, ALCOPALMA, en junta universal acordó ampliar el capital en 1.329 euros mediante la emisión de participaciones de un euro de nominal y con una prima de 2.260,14 euros por participación siendo el total del desembolso de 3.003.730,95 euros.

4) La totalidad de las participaciones fue suscrita por SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN RÍOSPORT (a partir de ahora, también SAT RÍOSPORT).

5) A fin de financiar en parte el desembolso de las participaciones SAT RÍOSPORT obtuvo dos préstamos de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (a partir de ahora, también, BBVA), y otros dos de MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA (en adelante, también, CAJASOL) por importe total de 1.818.540,14 euros.

6) Para garantizar la devolución de las cantidades prestadas a SAT RÍOSPORT por las expresadas entidades financieras, ALCOPALMA, S.L. hipotecó dos fincas de su propiedad, así como maquinaria y utillaje.

7) Pese a dicha apariencia no hubo tal desembolso, por cuanto SAT RÍOSPORT retiró ulteriormente la cantidad desembolsada (la obtenida por los préstamos, más una suma abonada en metálico).

16. La actora y recurrente Riocercado, que era la titular del 94% del capital social de la compañía Alcopalma, había impugnado la validez de las hipotecas constituidas sobre bienes propiedad de la compañía Alcopalma, en garantía del préstamo del BBVA y de Cajasol a favor de un tercero (Sat Riosport), destinado a la suscripción de la ampliación de capital de Alcopalma.

17. Al resolver sobre el primer motivo de infracción la Sala Primera reproduce las palabras de la Audiencia Provincial de Córdoba (secc. 3). El Tribunal de apelación al resolver el recurso de la actora había negado legitimación activa a ésta. Pues bien, la Audiencia Provincial, como hemos dicho, había negado legitimación a Riocercado para instar la nulidad de las mencionadas garantías sobre bienes de Alcopalma por tratarse de un caso de asistencia financiera prohibido por la Ley. El Tribunal de segunda instancia había explicado que no está legitimado para ejercitar tal acción quien " participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de que admitiésemos que fuera contra sus propios actos y, con abuso de derecho, pretendiera en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo nacimiento consintió. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil , 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ".

18. El Tribunal Supremo, como pudiera parecer, no hace suyo dicho razonamiento, sino que, frente al motivo de impugnación, que consistía en falta de motivación de la sentencia de apelación, el Alto Tribunal se limita a reproducir la motivación de la Audiencia, para razonar que la sentencia no incurrió en dicho defecto.

19. Igualmente, el Tribunal Supremo desestima un segundo motivo de impugnación del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que entiende que el recurso está mal planteado.

20. El Tribunal explica, en primer lugar, que el art. 10 LEC atribuye legitimación procesal a "quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". En segundo lugar, el Tribunal Supremo precisa que dicho requisito es " un presupuesto, vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, que exige un pronunciamiento previo al que corresponde a éste, ha de ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional como cuestión procesal y su planteamiento ante esta Sala no puede efectuarse por la vía del

recurso de casación, cuyo ámbito se refiere a la infracción de "normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso" sino que ha de hacerse valer a través del recurso extraordinario por infracción procesal". Ahora bien, en tercer lugar, el Tribunal Supremo aclara que las normas que había citado la Audiencia en apoyo de su decisión, argumentos que había reproducido más arriba, " *tienen naturaleza sustantiva [no procesal] las reglas que regulan la ineficacia de los negocios celebrados con infracción de normas societarias -como lo son las que prohíben a las sociedades de responsabilidad limitada la asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones-, y la que exige la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos con la correlativa prohibición de comportamientos contradictorios con el propio actuar, cuando este es apto para generar en terceros la legítima confianza en que se actuará de forma coherente*".

21. Ello lleva al Tribunal al rechazar el recurso puesto que " *se pretende por vía del recurso extraordinario por infracción procesal el control del contenido sustantivo de la posición de la demandante y de la aplicación por la sentencia recurrida de los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que excede del ámbito del mismo*".

22. En consecuencia, creemos que el Tribunal Supremo no niega a la actora el derecho a obtener la declaración de nulidad por abuso de derecho.

23. Por el contrario, el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 582/2023, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1592), aborda un supuesto de asistencia financiera entre las dos sociedades que elaboraron el contrato y ni se plantea el posible abuso de la demandada al negarse a dar cumplimiento a lo pactado. En dicha sentencia el Alto Tribunal resuelve un caso entre dos sociedades:

(i) La actora MCIM CAPITAL S.L. (en adelante MCIM) es una sociedad dedicada a la gestión, análisis y asesoramiento financiero, así como a la realización de inversiones estratégicas en el sector del capital riesgo; y

(ii) La demandada Grupo Ezentis S.A. (en adelante Ezentis) es un grupo empresarial que cotiza en las Bolsas de Madrid y Bilbao y que se dedica a la ejecución y mantenimiento de sistemas, equipos y componentes de telecomunicación, electricidad y agua, con presencia tanto en España como en diversos países de Latinoamérica.

24. Los hechos sobre los que surge el conflicto son los siguientes:

" (i) *En 2013 las partes iniciaron una serie de negociaciones al objeto de que MCIM entrara en el capital social de la demandada. En el mes de septiembre de 2013, D. Diego (socio de MCIM) y D. Eladio (presidente de Ezentis) mantuvieron una reunión tras la cual Ezentis efectuó a MCIM una oferta de entrada en el accionariado plasmada en un correo electrónico de 11 de septiembre de 2013.*

(ii) *El 26 de septiembre de 2013, el consejo de administración de Ezentis aprobó la operación de adquisición de las acciones por MCIM.*

(iii) *El 4 de octubre de 2013, MCIM y Ezentis suscribieron un acuerdo de inversión en virtud del cual MCIM se comprometía a realizar una inversión en Ezentis de dos millones de euros mediante la íntegra suscripción del aumento de capital social que con tal propósito debía acordar el consejo de administración de esta sociedad.*

(iv) *El 18 de octubre de 2013, el consejo de administración de Ezentis aprobó novar el acuerdo, incrementando el importe de la inversión de dos a tres millones de euros. En la misma fecha las partes firmaron una adenda al "Acuerdo de Inversión".*

(v) *El 13 de noviembre de 2013, se inscribió el aumento de capital en el Registro Mercantil*"

25. El contrato contenía una estipulación controvertida en el apartado (v) de su cláusula primera ("Objeto"), en el que se recogía el siguiente compromiso a cargo de Ezentis:

"La Sociedad se obliga a compensar la diferencia de valor al inversor en el supuesto de que la media aritmética de los precios diarios de las 30 sesiones inmediatamente anteriores a la fecha en que se cumpla el primer aniversario a contar desde la fecha de cotización de las acciones sea inferior a 0,223 euros. En ese caso, deberá pagar en el plazo de cinco (5) días naturales posteriores a dicha fecha la diferencia de valor por cada una de las acciones suscritas por el inversor por la Ejecución de aumento".

La citada cláusula primera del Acuerdo de inversión incluía, además, en lo ahora relevante, los siguientes términos y condiciones:

"(ii) El número de acciones emitidas y el valor de suscripción de cada una se determinará en función de la media aritmética de los precios medios de las 30 sesiones inmediatamente anteriores a la suscripción de este acuerdo, esto es, 0,197 euros por acción"; y



"(iv) El inversor asume un compromiso de permanencia de un año a contar desde el primer día de cotización de sus acciones, entregadas con motivo de la Inversión"

26. Pues bien, una vez cumplidas las correspondientes condiciones MCIM reclamó a Ezentis el pago de 787.648,85 euros, cantidad resultante de aplicar la previsión recogida en el apartado (v) de la cláusula primera del Acuerdo de Inversión, requerimiento que fue rechazado por Ezentis alegando que su pago podría hacer incurrir a la sociedad en un supuesto de asistencia financiera prohibida por el art. 150.1 LSC. Por lo tanto, aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado explícitamente, en ese caso no se planteó el posible abuso de la demandada.

27. El Tribunal Supremo confirma que dicha cláusula supone un supuesto de asistencia financiera, prohibida por el citado art. 150 TRLSC y confirma la desestimación de la demanda, sin plantearse si Ezentis habría incurrido en mala o buena fe.

28. Como sabemos, la nulidad absoluta puede hacerse valer vía acción o vía excepción, en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo, la demandada hizo valer la nulidad del acuerdo vía excepción al oponerse a la acción declarativa de la actora. Pues bien, en este supuesto, en el que Ezentis había participado directamente en la celebración y la ejecución del contrato para que MCIM entrase en su capital, ni se plantea el posible abuso de Ezentis al oponerse a la aplicación de una cláusula pactada con MCIM.

29. El Tribunal Supremo, en sentencia de núm. 4/2013, 16 de enero (ECLI:ES:TS:2013:345, FJ 3º), ha reconocido que, conforme constante jurisprudencia de dicha Sala, la declaración de nulidad, cuando el contrato está viciado de nulidad absoluta, puede ser instada, por los que sean parte en el contrato, tal y como establece el art. 1303 CC, o por un tercero que pueda resultar perjudicado por el negocio impugnado. Lo que no tiene mucho sentido es reconocer legitimación a los que sean parte en el contrato, para luego negarla, sin otro argumento que calificar de abusivo su ejercicio.

30. Es cierto que, en este caso, el ejercicio de acción está estrechamente vinculado al incumplimiento del contrato de compraventa de acciones, lo que, en principio, sería un indicio de la mala fe del actor Acuster y, por lo tanto, de STP del que es socio único. Sin embargo, creemos que esa circunstancia, aunque significativa, explica el ejercicio de la acción en este momento, pero no es suficiente para calificar de abusivo su proceder para privar de eficacia a su acción, puesto que el beneficiario de la acción son los acreedores de STP que ven protegido el activo de la sociedad.

QUINTO. Costas.

31. No procede hacer especial imposición de las costas de primera instancia por las dudas jurídicas sobre la mala fe del actor que la cuestión suscita.

32. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Sociedad de Transformación de Plásticos S.A. (STP) y Grupo Acuster S.L. (ACUSTER) contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 12 de Barcelona de fecha 10 de noviembre de 2021, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca, y en consecuencia, se estima la demanda y se acuerda:

1) Declarar la nulidad de la garantía de prenda sin desplazamiento sobre existencias, maquinaria y derechos de cobro propiedad de Sociedad de Transformación de Plásticos, S.A., constituida y elevada a público, en fecha 6 de noviembre de 2014, ante el Notario de Barcelona, D. Xavier Roca Ferrer, con nº 3.412 de su Protocolo y la nulidad de la Diligencia de intervención de actualización de la garantía de prenda sin desplazamiento sobre existencias, maquinaria y derechos de cobro propiedad de Sociedad de Transformación de Plásticos, S.A., otorgada en fecha 4 de abril de 2018 ante el Notario de Barcelona, D. Xavier Roca Ferrer, con nº 835 de su Protocolo.

2) Declarar la nulidad de la garantía de prenda sin desplazamiento sobre moldes industriales propiedad de la sociedad de Transformación de Plásticos, S.A, constituida y Andersen elevada a público, en fecha 6 de noviembre de 2014, ante el Notario de Barcelona, D. Xavier Roca Ferrer, con nº 3.411 de su Protocolo.

3) Condenar a los codemandados a estar y pasar por la anterior declaración.

No procede hacer especial imposición de las costas ni de primera instancia ni del recurso, con devolución del depósito.



Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ