



Roj: **AAP B 4020/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:4020A**

Id Cendoj: **08019370152019200119**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/06/2019**

Nº de Recurso: **1408/2018**

Nº de Resolución: **130/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120188003340

Recurso de apelación 1408/2018 -1

Materia: Medidas cautelares

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona

Procedimiento de origen: P.S. Medidas cautelares coetáneas 43/2018

Parte recurrente/Solicitante: ESPAI D INVERSIONS 2005, S.L.

Procuradora: Montserrat Llinas Vila

Abogado: Tomàs Fornesa Rebés, Antonio Valmaña Cabanes

Parte recurrida: BON PREU HOLDING, S.L.

Procurador: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado: Alfonso Maristany Pintó

Cuestiones.- Medidas cautelares en proceso de separación de socio

AUTO núm. 130/2019

Ilmos. Sres. Magistrados

DON LUIS RODRÍGUEZ VEGA

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DON JUAN F GARNICA MARTÍN

En Barcelona, a 20 de junio de 2019

Parte apelante: ESPAIS DINVERSIONS 2005 S.L.

Parte apelada: BON PREU HOLDING S.L.

Resolución recurrida: Auto

-Fecha: 21 de junio de 2018



-Demandante: ESPAIS DINVERSIONS 2005 S.L.

-Parte demandada: BON PREU HOLDING S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente:

"DISPONGO: Desestimar las medidas cautelares instadas por la representación de ESPAIS DINVERSIONS 2005 S.L., con expresa condena en costas a la parte actora"

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante. Dado traslado a la parte demandada, presentó escrito de oposición.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 28 de febrero de 2019.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Términos en los que aparece contextualizada la controversia en esta instancia.

1. Las medidas cautelares se instan por la demandante ESPAIS DINVERSION 2005 S.L. (en adelante, ESPAIS) iniciado el procedimiento seguido contra BON PREU HOLDING S.L. (en adelante, BPH), en el que la actora postula que se declare vigente el derecho de separación ejercitado en la forma prevista en los estatutos y se condene a la demandada al pago del valor razonable de su participación en BON PREU. Para contextualizar los términos del litigio, partiremos de la siguiente relación de hechos no controvertidos, coincidentes con los que hemos relacionado en la sentencia de esta misma fecha que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que puso término al procedimiento en primera instancia:

1) La demandada BPH es la sociedad matriz de un grupo dedicado a la explotación de las cadenas de supermercados Bonpreu y Esclat, así como también de las gasolineras Esclatoil.

2) Las entidades ESPAIS y BALOO, pertenecientes a los hermanos Germán y Heraclio, respectivamente, son socias al 50% de la entidad BPH y administradoras solidarias, existiendo entre ellas/os desavenencias en la gestión de la empresa que ha desembocado en varios procedimientos judiciales y arbitrales (doc. 1 y 3 de la demanda).

3) La entidad BPH es una sociedad familiar y, en atención a esa condición, se suscribió en fecha 5 de agosto de 2005 un Protocolo Familiar (doc. 2 de la demanda).

4) El Protocolo Familiar de BPH contenía, entre otras, la previsión de establecer mecanismos para resolver los eventuales conflictos que se produjeran entre sus socios y adaptar los Estatutos Sociales a fin de que establecieran el modo en que los socios pudieran separarse o ser excluidos.

5) La socia BALOO inició un procedimiento arbitral para la incorporación de una cláusula de resolución de conflictos a los estatutos, que finalizó por laudo dictado por el árbitro, Don Isidoro, de fecha 14 de octubre de 2016, donde se fijaba cuál debía ser el contenido exacto de dicha cláusula (doc. 4 de la demanda). Reproducimos a continuación el artículo 35 de los Estatutos en la parte que resulta de interés para la resolución del recurso:

Artículo 35 e: Resolució de conflictes.

En el cas de que els Socis de la companyia en seu de Junta General votin en dues ocasions sobre qualsevol de les matèries descrites a continuació en sentit diferent, de manera que es bloquegi la presa d'una decisió sobre aquesta matèria, es considerarà que la companyia està en una situació de bloqueig (el "Bloqueig"). Igualment, serà necessari que entre cadascuna de les dues votacions hagi transcorregut un termini mínim de trenta (30) dies naturals i un termini màxim de tres (3) mesos.

Als efectes del que es disposa en el paràgraf anterior, també es considerarà que existeix Bloqueig en cas que es produeixi el mateix efecte descrit en el paràgraf anterior mitjançant l'absència, en seu de Junta General, de Socis amb una participació social igual o superior al 50% del total del capital social.

Les matèries a les quals serà d'aplicació el Bloqueig son les següents:

La reducció de capital quan aquesta sigui obligatòria de conformitat amb la legislació vigent.



Augment de capital, quan sacrediti que aquest és imprescindible per poder emprendre el pla de negoci aprovat per la Junta General i no sigui possible recórrer a daltres mitjans de finançament.

Modificació de l'estructura de l'òrgan d'administració de la companyia, determinació del nombre de membres, així com cessament i nomenament d'administradors.

Operacions de transformació, fusió, escissió, segregació, cessió global dactiu i passiu, així com qualsevol operació societària de modificació estructural de la companyia i operacions corporatives de compra, absorció, integració d'una altra companyia, negoci, actius o unitats productives.

Aprovació de plans de negoci o estratègics o creació, implementació i execució de noves línies estratègiques de negoci.

Aprovació de comptes anyals, de la gestió social, l'aplicació del resultat de l'exercici i distribució de reserves voluntàries.

Aprovació d'una política de distribució de dividendes.

Modificació dels Estatuts Socials de la Companyia, en cas que tal modificació sigui precisa per adaptar-se a una reforma legislativa.

L'establiment, modificació i resolució de qualsevol classe de relacions laborals o de prestació de serveis o d'obra entre la companyia i un o varis dels membres de l'òrgan d'administració o membres de les famílies Heracleo Germán o les seves societats patrimonials.

L'establiment de la retribució dels administradors.

La realització, per part de la companyia o de les societats del Grup Bonpreu, d'inversions o adquisicions corporatives per import superior a 25.000.000 €.

Nomenament d'alts executius de la Companyia, entenent com a tal el Director General i la resta de membres del Comitè de Direcció.

En cas de Bloqueig s'aplicaran les regles següents:

a) Període de negociacions

Els Socis disposaran d'un termini màxim de vint (20) dies naturals des que s'hagués produït el Bloqueig durant el qual podran mantenir negociacions per resoldre el desacord.

b) Dret de Separació

Transcorregut aquest termini de vint (20) dies naturals sense haver arribat a un acord, qualsevol dels Socis, en el termini de vint (20) dies naturals, podrà realitzar una notificació fefaent a l'òrgan d'administració de la companyia manifestant la seva intenció d'exercir el seu dret de separació a conseqüència del Bloqueig.

La voluntat d'exercir el dret de separació s'haurà de manifestar davant de Notari. A l'Acta de Manifestacions a atorgar pel Soci compareixent, el Notari haurà de fer constar la data i hora exacta de la seva compareixença amb l'objecte de acreditar que ell ha estat el Soci que ha pres la iniciativa. Una còpia d'aquesta Acta de Manifestacions haurà de ser enviada per part del Notari a l'Òrgan d'Administració de la Societat.

En aquest cas, l'òrgan d'administració comunicarà a l'altre Soci de la companyia, dins del termini de cinc (5) dies naturals a comptar des de la recepció d'aquesta notificació, l'exercici del dret de separació per part de l'esmentat Soci.

Exercit el dret de separació per part d'aquest Soci, la companyia i el mateix Soci disposaran d'un termini de vint (20) dies naturals per arribar a un acord sobre el valor raonable de les participacions socials. Si no hi ha acord, aquestes participacions socials seran valorades per dos auditors de comptes diferents al de la companyia. Un dels serà designat per un soci i l'altre, per l'altre soci.

En el termini màxim de dos (2) mesos a comptar des del seu nomenament, e/s auditors emetran el seu informe, que notificaran immediatament per conducte notarial a la companyia i als Soci afectat, acompanyant còpia. La valoració resultant serà la mitjana aritmètica de les dues valoracions, sempre que entre una i altra valoració no hi hagi una diferència que superi el 25%. Si es donés aquest cas, es repetirà l'operació amb uns altres auditors, a no ser que els socis estiguessin d'acord en la modificació proporcional de les dues valoracions fins que la seva diferència no superi el 25%, i treguin la mitja aritmètica dels dos valors.

El soci que hagi exercit el dret de separació podrà renunciar-hi en qualsevol moment. En aquest cas es procedirà automàticament a la següent fase, procés d'escissió.



Dins dels dos (2) mesos següents a la recepció dels informes de valoració, el Soci que hagi exercit el dret de separació i no hi hagi renunciat, tindrà dret a obtenir en el domicili social el valor raonable de les seves participacions socials en concepte de preu de les que la companyia adquireix o de reemborsament de les que s'amortitzen

c) Procés d'Escissió

En cas de que transcorri el termini de trenta (30) dies naturals establert en l'apartat b) anterior sense que cap dels Socis hagi exercit el seu dret de separació o, havent-lo exercit, qualsevol dels Socis hagi posat fi al procés de separació, qualsevol dels Socis podrà comunicar a l'altra Part l'obertura d'un Procés d'Escissió del Grup, que haurà d'aplicar i regir-se sota els principis exposats a continuació:

(...)

d) Mecanismes de Separació per Proposta de Socis

En defecte del Procés d'Escissió, pels motius exposats en l'apartat c) 4 anterior els Socis hauran de posar-se d'acord en un termini no superior a quinze (15) dies des de la constatació que el procés d'escissió no es pot dur a terme, en qualsevol dels mecanismes descrits a continuació. En cas d'absència d'acord, s'aplicarà el Mecanisme 2.:

(...)

Mecanisme 2:

1. En un termini de dos (2) mesos, qualsevol dels socis podrà prendre la iniciativa i comparèixer davant el Notari de la seva elecció i manifestar la voluntat d'activar el procés de divisió dels actius de la companyia.

Amb aquesta finalitat, a l'Acta de Manifestacions a atorgar pel Soci compareixent, el Notari haurà de fer constar la data i hora exacta de la seva compareixença amb l'objecte d'acreditar que ell ha estat el Soci que ha pres la iniciativa. Una còpia d'aquesta Acta de Manifestacions haurà d'ésser enviada per part del Notari a l'altre Soci.

2. Dintre d'un termini de tres (3) mesos, el Soci que hagi pres la iniciativa haurà de elaborar dos lots iguals comprensius de la totalitat d'actius i passius de la companyia, juntament amb una proposta concreta d'execució de la mateixa, i haurà de dipositar aquesta informació davant del mateix Notari davant el qual hagi manifestat la seva voluntat d'iniciar aquest procés.

3. Un cop rebuda aquesta informació, dintre del termini de deu (10) dies, el Notari traslladarà la proposta a l'altre soci de forma immediata.

4. Transcorregut el termini de quinze (15) dies hàbils, el Notari citarà a ambdues parts a fi i efecte que compareguin a la seva Notaria dintre dels trenta (30) dies hàbils següents. En el supòsit que alguns dels socis no puguin comparèixer a la data proposada, haurà de comunicar-ho al Notari i a l'altre Soci, i proposar una nova data dintre dels cinc (5) dies següents.

En cas contrari, sentendrà que el Soci incomplidor no opta per cap dels lots i per tant, el Soci que hagi pres la iniciativa pot escollir el que prefereixi compareixent davant de Notari en un termini de cinc (5) i procedint a executar la divisió.

5. Un cop compareguin davant Notari els Socis, el Notari presentarà la proposta de divisió de lots elaborada pel Soci que hagi pres la iniciativa. D'aquesta forma, correspondrà a l'altre Soci escollir el lot que vulgui adjudicar-se, corresponent a el lot rebutjat al soci que hagi pres la iniciativa.

6. Un cop adjudicats els lots, s'haurà d'executar el procés en un termini màxim de quatre

(4) mesos, a tal efecte tots els socis es comprometen a col·laborar activament i de bona fe atorgant tots els documents públics i privats necessaris.

6) El laudo fue aclarado en fecha 8 de noviembre de 2016 (doc. 5 de la demanda).

7) Por parte de BALOO se presentó demanda de ejecución del laudo para su efectiva incorporación a los estatutos, tramitándose ante el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona, donde se dictó Auto, de 13 de enero de 2017, por el que se despachaba la ejecución solicitada resultando firme con la consiguiente incorporación de la cláusula arbitral de resolución de conflictos en los estatutos (doc. 8 de la demanda).

8) En fecha 31 de julio de 2017 y en atención a lo previsto en la citada cláusula ESPAI ejerció su derecho de separación de BPH durante el desarrollo de una junta general de socios, levantándose acta notarial (doc. 9 de la demanda).



- 9) En fecha 1 de septiembre de 2017 ESPAI ratificó formalmente el ejercicio del derecho de separación mediante carta dirigida a Don Heraclio , por ser el administrador único de BALOO (doc. 10 de la demanda).
- 10) En fecha 20 de septiembre de 2017 BALOO remitió comunicación a ESPAI aceptando el derecho de separación ejercitado (doc. 11 de la demanda).
- 11) Tras la imposibilidad de los socios de poder alcanzar un acuerdo respecto a cuál tenía que ser el valor razonable de las participaciones sociales de ESPAI, se pasó al mecanismo alternativo de determinación del mismo, tal y como está previsto en el artículo 35 de los estatutos, por lo que cada uno de los socios procedió a designar un auditor. Así ESPAI designó a MAZARS, que emitió informe en fecha 24 de noviembre de 2017 y BALOO designó a FAURACASAS que emitió informe el 24 de noviembre de 2017 (doc. 12 y 13 de la demanda).
- 12) Los informes valoraron la compañía a fecha 31 de agosto de 2017 con el siguiente resultado:
- MAZARS valoró BPH en un importe de 954 millones de euros.
 - FAURA-CASAS valoró BHP en un importe de 384 millones de euros.
- 13) La diferencia de valoración de la compañía entre ambos informes era muy superior al 25% (hecho no controvertido).
- 15) Al no ser posible el acuerdo tras esta primera ronda de valoraciones se abrió una segunda ronda de valoración, tal y como preveían los estatutos, donde ESPAI designó a GRANT THORNTON, que emitió informe el 31 de enero de 2018 con una valoración de 1.061 millones de euros, y BALOO designó a KPMG que entregó su informe el 15 de enero de 2018 con una valoración de 601 millones de euros (doc. 15 y 16 de la demanda).
- 14) ESPAI remitió en fecha 4 de diciembre de 2017 carta al otro socio en la que detallaba las graves deficiencias metodológicas observadas en el informe de FAURACASAS (doc. 14 de la demanda).
- 16) En la segunda ronda de valoraciones se mantenía la discrepancia de más del 25% (hecho no controvertido).
- 17) En fecha 12 de febrero de 2018, el socio BALOO remitió burofax por el que declaraba abierto el proceso de escisión de BPH previsto en el artículo 35.c) de los Estatutos, oponiéndose a tal pretensión la entidad ESPAI en fecha 21 de febrero de 2018 por entender que debían proseguir en el trámite de separación previsto en el apartado b) del artículo 35 (doc. 24 y 25 de la demanda).
- 18) Tras la interposición de la demanda, en fecha 13 de abril de 2018 la socia BALOO ha iniciado el mecanismo d) de separación por lotes, en el que ahora nos encontramos (doc. 11 de la contestación).

2. ESPAI, en la medida que BALOO entendía que, tras la segunda ronda de valoraciones, se abría el proceso de escisión regulado en el apartado c) del artículo 35 de los estatutos, solicitó en la demanda como primer pronunciamiento que se declarara vigente el derecho de separación promovido por la demandante y, en consecuencia, que se declarara "existente y exigible" un derecho de crédito a su favor por el valor razonable de sus participaciones en BPH, que cuantifica, de forma principal, en 530.637.000 euros, y, de forma subsidiaria, en 497.750.000 euros, todo ello de acuerdo con el criterio sentado por el perito Artemio (documento 29 de la demanda), que analizó las cuatro valoraciones llevadas a cabo por ambas partes en el marco del proceso de separación.

3. BPH, que interpreta de distinto modo el artículo 35 de los estatutos, alegó, en síntesis, que el proceso de separación resultó fallido por cuanto las discrepancias entre los informes de valoración superaron en los dos casos el 25%. Por lo que debía entenderse abierto el proceso de escisión (la tercera fase del mecanismo de resolución de conflictos prevista en los estatutos). Por todo ello solicitó que se desestimara íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Del contenido de las medias solicitadas, del auto que las rechaza, del recurso y de la oposición.

4. En la solicitud de medidas cautelares ESPAI expone que, emplazada la demandada, BALOO le remitió un requerimiento notarial fechado el 13 de abril de 2018 en el que le comunicaba que daba por cerrado el proceso de escisión y que pasaba directamente al proceso de formación de lotes previsto en la última fase de la cláusula de resolución de conflictos. Ante el riesgo de que BALOO siga promoviendo el mecanismo de separación por lotes y con ello impida a ESPAI que consume el ejercicio del derecho de separación, la demandante solicitó como medida cautelar que se ordenara a BPH y a BALOO el cese en "cualquier actuación que estén desarrollando que tenga por objeto la ejecución del mecanismo previsto en el artículo 35 d) de los Estatutos sociales de BPH, hasta que se dicte sentencia en el procedimiento principal", todo ello con otras medidas accesorias con idéntica finalidad. Aunque la medida se dirigió inicialmente contra la demandada BPH y contra BALOO, el Juzgado, por auto de 1 de junio de 2018, acordó excluir del incidente de medidas cautelares a esta última entidad, dado que tampoco había sido demandada.



5. Opuesta la demandada, el auto apelado desestima íntegramente la solicitud. Según razona la *juez a quo*, BPH no interviene en el procedimiento de división por lotes. Además, no aprecia peligro en la demora, en la medida que el proceso de formación de lotes implica modificaciones estructurales y otras actuaciones que precisan de la intervención de ESPAI como socia de BPH. Por otro lado, tampoco advierte apariencia de buen derecho, pues interpreta el artículo 35 de los estatutos en el sentido de que cualquiera de los socios (tanto ESPAI como BALOO) estaba facultado para la apertura del proceso de escisión después de ejercido por cualquiera de ellos el derecho de separación.

6. La demandante recurre en apelación el auto desestimatorio de las medidas cautelares, recurso al que se opone la demandada. Para no ser reiterativos nos referiremos a sus argumentos al analizar los distintos motivos de impugnación.

TERCERO.- Sobre la utilidad de la medida cautelar y la infracción del artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

7. El auto apelado concluye que, en la medida que BPH no interviene en el procedimiento de división por lotes, que enfrenta a los dos socios ESPAI y BALOO, no se daría el requisito de la instrumentalidad, dado que las medidas cautelares persiguen paralizar dicho procedimiento. Recordemos que el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que sólo podrán adoptarse medidas cautelares cuando sean "*exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.*" Las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que se adoptan para garantizar la efectividad de una resolución de fondo.

8. En este caso, la demandante ejercita el derecho de separación, que estima vigente, frente a la sociedad BPH, no frente a BALOO, que no es parte en el procedimiento. Por tanto estimamos, al igual que la resolución apelada, que falta la nota de la instrumentalidad de la medida cautelar. BPH no interviene directamente en el proceso de formación de lotes, como tampoco intervino en el procedimiento arbitral. De la propia solicitud de medidas cautelares resulta que ha sido BALOO la que ha dado los sucesivos pasos para dar por superada la fase del derecho de separación y la que está impulsando la división por lotes. Aunque materialmente puedan participar en ese proceso personas vinculadas con BPH, como su director financiero, o firmas de abogados con las que contactó la sociedad demandada, dicha participación se limita al ámbito del asesoramiento o de la colaboración. Fuera de ese ámbito, el conflicto y el procedimiento abierto para su resolución enfrenta a los dos socios (ESPAI y BALOO), por lo que no advertimos que resulten útiles las actuaciones que se pretenden imponer a BPH.

CUARTO.- Presupuesto de las medidas cautelares. Sobre el peligro en la demora.

9. Por lo que se refiere a los presupuestos de las medidas cautelares, que la apelante considera que concurren en el presente caso, el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su apartado primero que "*solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria .*" Por su parte, el apartado segundo añade que "*el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios*" .

10. Son dos, por tanto, los presupuestos fundamentales de las medidas cautelares: la apariencia de buen derecho y el llamado peligro en la demora. El primero implica una valoración positiva de la prosperabilidad de la acción. El requisito del peligro en la demora, por su parte, se conforma por el riesgo fundado de situaciones o comportamientos durante la pendencia del proceso (pues hasta la sentencia definitiva ha de mediar un trámite de declaración y de prueba que se prolonga en el tiempo) que hagan peligrar la efectividad de la tutela pretendida y que sólo con la protección cautelar pueden neutralizarse.

11. Al hilo del *periculum in mora* , BPH insiste en su oposición al recurso de apelación que las medidas no pueden adoptarse, dado que ESPAI no justificó suficientemente en la solicitud por qué no las había interesado con la demanda. Considera infringido, por tanto, el artículo 730.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .Dicho precepto, tras disponer que las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, con la demanda, establece que "*con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente recurso sólo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos*" . La Ley exige, por tanto, que entre la fecha en que se presentó la demanda y el momento en que se solicitan las medidas cautelares se haya producido un cambio de circunstancias, es decir, el acaecimiento



de nuevos hechos que permitan fundar en ese segundo momento (fuera del tiempo ordinario) los requisitos necesarios para la adopción de las medidas.

12. En este caso coincidimos con la parte demandada cuando concluye que nada nuevo relevante ha ocurrido que ESPAI no pudiera haber previsto al tiempo de interponer la demanda, dado que ya antes de iniciado el procedimiento BALOO había manifestado su intención de pasar al mecanismo previsto en el apartado d) del artículo 35 de los Estatutos, esto es, a la formación de lotes. En efecto, el 12 de febrero de 2018 BALOO remitió un burofax a ESPAI en el que, situándose en la fase prevista en el apartado c) del artículo 35 (proceso de escisión), le requería para que designara un experto para la constitución del Comité de Escisión (documento 24). Tras la negativa de ESPAI, que contestó al requerimiento rechazando que se hubiera superado el procedimiento de separación (documento 25), el 2 de marzo de 2018 BALOO remite un segundo burofax a ESPAI advirtiéndole de que, de no proponer ningún experto, no tendría *"mas opción que remitirme directamente al apartado d) del artículo 35"*.

13. En la solicitud de las medidas, posterior a la demanda, se justifica la petición en ese momento por la remisión de un nuevo requerimiento de BALOO, fechado el 13 de abril de 2018 (posterior al emplazamiento), en el que informaba a ESPAI que daba por cerrado el proceso de escisión y comenzaba al proceso de formación de lotes (documento 32). Esto es, BALOO dio cumplimiento a lo que ya había avisado el 2 de marzo. Se trata, por tanto, de una circunstancia perfectamente previsible, pues había sido anunciada, por lo que no sirve para justificar la petición de medidas después de la demanda.

14. Además, tal y como señala la resolución recurrida, estimamos que el proceso de formación de lotes no puede avanzar significativamente ni puede culminar sin el concurso de ESPAI, por lo que no estimamos que exista un riesgo cierto de ineffectividad de la sentencia de no adoptarse las medidas interesadas. No apreciamos, por tanto, que concurra el presupuesto de peligro en la demora. La propia cláusula de los estatutos contempla en el párrafo sexto (mecanismo 2) del apartado d) artículo 35 la necesaria colaboración de los socios para la ejecución del proceso de división. Es posible la formación de los lotes e, incluso, la adjudicación formal (y reversible) a los socios. A partir de ahí, sin el imprescindible concurso de ESPAI, el proceso no puede continuar. Basta con analizar la propuesta de división de activos de BPH (folios 94 y siguientes), que contempla una escisión parcial de las tres sociedades del grupo, la reducción del capital social de BPH y la creación de tres nuevas sociedades, para colegir que sin la colaboración de los socios (o el auxilio judicial, en otro caso) la división por lotes no se puede llevar a cabo, pues es preciso el acuerdo en junta de los dos socios (artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital). Una situación distinta se daría si cualquiera de los dos administradores solidarios tomara decisiones unilaterales o si se constatará algún acto que hiciera irreversible el proceso de división, situación en la que no nos hallamos.

15. La falta de peligro en la demora hace innecesario el examen del segundo de los presupuestos, por lo que debemos desestimar el recurso y confirmar la resolución apelada.

QUINTO.- Costas procesales.

16. Conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se imponen a la recurrente las costas del recurso.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ESPAI DINVERSIONS 2005 S.L. contra el auto de 21 de junio de 2018 , que confirmamos, con imposición de las costas del recurso al apelante y con la pérdida del depósito.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse los autos al juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal.