

REQUISITO PARA SOLICITAR LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR: OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN

M.^a DEL MAR CABREJAS GUIJARRO
*Magistrada del Juzgado n.º 55
de Primera Instancia de Madrid*

Extracto:

EN las solicitudes de medidas cautelares, ante la omisión del ofrecimiento de caución que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito procesal, los tribunales responden de maneras diversas, o bien inadmitiendo de plano la solicitud, o bien permitiendo su subsanación, ya sea en el acto de la vista o con carácter previo a dar trámite a la propia solicitud.

Palabras clave: medidas cautelares, ofrecimiento caución, defecto procesal subsanable.

Abstract:

IN the requests of measures you will protect, before the omission of the offer of caution that the LEC establishes as procedural requirement, the Courts answer in diverse ways, or unadmitting flatly the request, or allowing the repair of the fault, already be forthwith of that of the judgment, or with character previous to give step to the own request.

Keywords: cautionary measures, caution, procedural defect remedied.

ENUNCIADO

Estableciendo el artículo 732.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), como requisito para solicitar la adopción de una medida cautelar, el ofrecimiento de una caución, tres son las posturas que adoptan nuestros juzgados de primera instancia: así, una postura más radical inadmite la solicitud ante tal defecto, que no se considera subsanable; otra postura permite su subsanación en todo momento y, por tanto, en el acto de la vista; existiendo una postura intermedia que exige un control por el juez, en el presente caso por el secretario judicial, requiriendo a la parte solicitante, con carácter previo a dar trámite a dicha solicitud, la subsanación de la omisión y proceder a su definitiva inadmisión ante la falta de cumplimiento del requerimiento.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Medidas cautelares: requisito de ofrecimiento de caución.

SOLUCIÓN

Tres son las posturas que mantienen las Audiencias Provinciales, y que son reflejadas por los juzgados de instancia, en relación con el ofrecimiento por el solicitante de una medida cautelar de la caución. De conformidad con lo establecido en la LEC en su artículo 732.3, una postura más restrictiva no permite su subsanación, arrastrando tal defecto al acto de la vista, en el que se plantea como causa de denegación, o en un momento inicial inadmitiendo la solicitud ante tal defecto que no se considera subsanable. Otra postura permite su subsanación en todo momento, y por tanto en el acto de la vista, existiendo una postura intermedia que exige un control por el juez, en el presente caso por el secretario judicial, requiriendo a la parte solicitante, con carácter previo a dar trámite a dicha solicitud, la subsanación de la omisión y proceder a su definitiva inadmisión ante la falta de cumplimiento del requerimiento.

Así, las posturas más radicales las encontramos en resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1.ª, 7/2012, de 23 de febrero, donde se recuerda que:

«En la LEC la caución reviste una doble caracterización. El ofrecimiento de esta garantía constituye requisito *sine qua non* de la regularidad de la solicitud, como evidencia el artículo 732, apartado 3: "En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone". Y es, también y sobre todo, presupuesto de su concesión, como se desprende de la concluyente dicción del artículo 728, apartado 3: "Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado". A su vez, se configura como condición de la efectividad de las medidas acordadas al disponer el artículo 737, párrafo primero, que: "La prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada".»

En cuanto a la posible subsanabilidad del defecto de ofrecer prestar caución, debe señalarse que la ausencia absoluta de cualquiera de los requisitos esenciales, en el momento de petición inicial, no puede ser subsanada.

Dicha conclusión se basa en el carácter excepcional de la vía cautelar, como forma previa a un procedimiento judicial declarativo, en donde se vienen a restringir y a reducir de forma significativa los plazos, las oportunidades probatorias y en caso extremo incluso cabe su adopción inaudita parte.

Tales especialidades se justifican por la finalidad última de las medidas cautelares, que es asegurar el resultado ulterior de un procedimiento declarativo que, por el necesario transcurso temporal del procedimiento, pudiera convertir la decisión judicial en ineficaz.

Pero además de lo anterior, debe señalarse que el ofrecimiento de caución como requisito esencial no subsanable se demuestra en la nueva regulación de la caución sustitutoria de los artículos 746 y 747 de la LEC. Dicha caución sustitutoria, que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga un conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte.

Así se deduce de la posibilidad de prestar caución sustitutoria en el acto de la vista, por la remisión que se efectúa en el artículo 747.1 de la LEC al artículo 734 del mismo texto legal. Por ello si carece de conocimiento absoluto de la caución ofrecida por el actor, no podrá formular las alegaciones oportunas frente a la misma u ofrecer caución sustitutoria, por lo que se le situaría en posición de indefensión.

Por ello, a diferencia de los procedimientos declarativos, se debe exigir un mayor rigor a la parte solicitante, que se encuentra en una situación procesal ventajosa. Por la misma causa, se deben señalar, en el escrito de demanda de medidas cautelares, aquellas pruebas de que la parte intenta valerse, tal y como prevé el artículo 732 de la LEC.

Cuestión distinta es que en el ofrecimiento de la caución no concurriera alguno de los requisitos que se establecen en el artículo 732 de la LEC, esto es, que se ofrezca caución, pero no se señale

el tipo o no tenga justificación del importe. En este caso cabría la posibilidad de entender cumplido el requisito esencial y posteriormente, bien de forma previa a la admisión o al inicio del propio acto de la vista, requerir a la parte solicitante que subsane dichos defectos. En el presente caso, se aprecia de forma clara el defecto de ofrecimiento de caución en su petición inicial, por lo que la Juez acertadamente no admitió la demanda cautelar en el momento inicial.

En el mismo sentido, destaca el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.^ª, 4/2012, de 26 de diciembre, donde se establece que:

«A este fin se hace necesario resaltar que, como tiene establecido también con reiteración esta Sala, en Autos de fechas 23 de abril de 2007 y 27 de mayo de 2007, entre otras, así como otras secciones de esta Audiencia Provincial, como la de la Sección 10.^ª, de 24 de octubre de 2002, que cita la propia parte apelante, las de 11 de noviembre de 2005 y 22 de marzo de 2004, de la Sección 19.^ª, así como la de 3 de noviembre de 2006, de la Sección 11.^ª, la justificación con la debida claridad y precisión de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción de la medida, así como el ofrecimiento de caución con especificación de qué tipo o tipos se ofrece y con justificación del importe que se propone por la parte solicitante de la medida cautelar, constituyen un requisito esencial de la solicitud de medidas cautelares, atendido lo dispuesto en los artículos 728.3 y 732, apartados 1 y 3, ambos de la LEC. Ello es así porque la parte contraria podrá oponer todo aquello que tenga por conveniente, tanto en orden a la procedencia de la medida solicitada como en cuanto al tipo o tipos de caución que se ofrecen y el importe que se propone, y ello con la finalidad de que el Tribunal de Instancia, oídas ambas partes, pueda resolver sobre la procedencia de la medida, y en su caso fijar caución, atendidos la naturaleza y el contenido de la pretensión que se actúa. Por tanto, no se trata de un mero requisito de forma susceptible de sanación, sino de índole material, cuya ausencia no puede ser subsanada, que debió haber dado lugar al rechazo de la pretensión, sin necesidad del señalamiento de vista, pues, de otro modo, se estaría vulnerando el principio de contradicción, ya que la otra parte no puede defenderse de la misma con la debida eficacia en la vista para audiencia de las partes, y poco puede oponer frente a la caución, que habría de ser necesariamente fijada para atender de manera rápida y eficaz a los eventuales perjuicios que la medida cautelar pudiese causar en su patrimonio. Es más, el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 734 de la LEC establece la posibilidad, a quien debe soportar la medida cautelar, de pedir al Tribunal que, en sustitución de ella, acuerde adoptar una caución sustitutoria, conforme a lo previsto en el artículo 746 de la propia ley; estableciendo el artículo 747 que dicha solicitud, para supuestos como el que nos ocupa, debe hacerse en el trámite recogido en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 734 para ello. Por ello, como requisito esencial de la ordenación del proceso, no puede dejarse al arbitrio del solicitante de la medida el momento en que debe cumplir con lo dispuesto de forma clara en el artículo 732, apartados 1 y 3 ya citados, que no es otro que la solicitud inicial, y como no se ha realizado en el momento procesal oportuno, ha de rechazarse el recurso y confirmarse la resolución.»

En cuanto a las posturas más proclives a la subsanación, ligando la misma a la vinculación de la prestación de la caución con la efectividad de la ejecución de la medida, nos encontramos Resoluciones de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Secc. 3.^ª), de 11 de noviembre de 2008, que indican que, si bien es cierto que el artículo 732.3 de la LEC exige que la caución se ofrezca al hacer la

petición de la medida, debiendo incluir la clase de caución que se ofrece y su importe, ninguna disposición legal prescribe que su omisión sea insubsanable, y el artículo 231 de la LEC contiene una expresa referencia al principio de subsanación (entre otras, AAP Madrid, de 19 de enero de 2005, AAP de Murcia, de 24 de marzo de 2005, AAP de Toledo, de 15 de marzo de 2005), por lo que en aras de dar plena efectividad al principio de tutela judicial y evitando un rigor excesivo en la aplicación del artículo 732.3. de la LEC, debe darse por subsanado el defecto aquí denunciado.

Igualmente, el Auto de 21 de junio de 2005 de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid entiende que la falta de ofrecimiento de caución es un requisito subsanable y la Audiencia Provincial de Girona (Secc. 2.ª) en Auto de 2 de octubre de 2006 defiende que:

«Al amparo de lo establecido en el artículo 231 de la misma norma procesal, se trata de un requisito que puede ser subsanado, siendo así que en la vista puede ofrecerse la caución y, si interesa a las partes, debatir acerca de su importe. Esta situación no pudo darse por la inadmisión *ad limine* de la petición que ahora se analiza, por lo que no puede entenderse, al menos por ahora, incumplido tal requisito.»

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 231, 728, 734 y 737.
- AAP de Soria, Secc. 1.ª, 7/2012, de 23 de febrero; AAP Madrid, Secc. 20.ª, 4/2012, de 26 de diciembre; AAP de Las Palmas, Secc. 3.ª, de 11 de noviembre de 2008.