

# REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: EL OFRECIMIENTO DE CAUCIÓN Y SU SUBSANABILIDAD

**M.<sup>a</sup> DEL MAR CABREJAS GUIJARRO**  
*Magistrada*

**Palabras clave:** medidas cautelares, caución, subsanabilidad.

## **ENUNCIADO**

La solicitud de medida cautelar ha de cumplir una serie de requisitos en su formulación; uno de ellos es el ofrecimiento de caución, cuya omisión da lugar a decisiones muy diferentes en los Juzgados de Instancia que, a su vez, encuentran eco en las Audiencias Provinciales, generándose fundamentalmente dos posturas doctrinales con efectos radicalmente distintos; así, si se entiende que el requisito es subsanable, se dará tal posibilidad al solicitante continuándose la tramitación de la medida. Por el contrario, existe otra postura que no admite tal subsanación, entendiendo que la omisión del ofrecimiento ha de traer consigo la inadmisión de la solicitud.

CUESTIONES PLANTEADAS:

El ofrecimiento de caución en las medidas cautelares.

## **SOLUCIÓN**

El artículo 732.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece que en el escrito de petición de las medidas cautelares habrá de ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone.

A partir de este precepto la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se divide a la hora de aceptar la subsanación de tal omisión antes o en la vista, por lo que vamos a mostrar en este caso las dos posturas existentes, recogiendo resoluciones relevantes de ambas posturas.

Así, en un principio vamos a contemplar la doctrina recogida en la denominada jurisprudencia menor, que no permite tal subsanación por entender que la omisión en la solicitud de la medida se traduce en un incumplimiento de un requisito procesal consustancial a la misma medida y que debe traer como consecuencia directa la inadmisión de la misma solicitud.

En esta postura podemos destacar el Auto de la Audiencia Provincial Madrid, Sección 9.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2003, en el que se establece que «el hecho de que la petición esté amparada en aquella disposición, no puede impedir que se tenga en cuenta lo establecido en la ley procesal para la tramitación y procedencia de la solicitud realizada, porque una cosa es que se pueda acordar y otra muy diferente que se conceda automáticamente, como parece ser que pretende el actor, ya que en forma alguna ofreció la caución a la que se refiere el artículo 728 de la LEC, porque en el número 3 se establece que, 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 y esto, sin más, ya sería suficiente para no tener en consideración la adopción de medidas cautelares».

En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2006, afirmó que «Como dice la Sección 10.<sup>a</sup> de esta Audiencia, el ofrecimiento de caución es presupuesto procesal necesario para la adopción de las medidas. En el escrito de petición de medidas ha de ofrecerse la caución no como un requisito más, si no como algo fundamental, ya que la defensa del demandado también incluye ese aspecto. No son indiferentes los tipos de caución, y más si se les pone en relación con la clase de medida que en definitiva pueda adoptarse; no es lo mismo la caución para el embargo preventivo que la de una acción de cesación por violación de patente o marca, ni es indiferente la solidez de una u otra caución, y desde luego no es indiferente el método de cálculo de la caución según el caso. Del mismo modo, no se satisface la carga procesal de definir la caución trasladándola al arbitrio del juez; el órgano judicial tiene la facultad de exigirla antes de decretar la ejecución de la medida, pero no es quien deba levantar cargas procesales ajenas, y menos sustituir a la parte en la necesidad de alegación previa, y hacerlo en momento en que la defensa del sujeto pasivo de la medida pueda sufrir merma. Quizás el método de cálculo y la cuantía de la caución sean los menos conflictivos, por cuanto la medida no se ejecuta sin la prestación previa de la caución a plena satisfacción del órgano judicial, pero la discusión de los demás elementos no puede ser obviada; y van mucho más lejos que la pura cuantía».

En igual sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de febrero de 2007, afirmó que «Como señalamos en los Autos de fecha 24 de marzo y 28 de julio de 2006, el peticionario de la medida ha de concretar el tipo y cuantía de la caución y justificar el importe que propone para que el Juzgado pueda valorar su eficacia para cumplir su función y sopesar la suficiencia de lo ofrecido para responder, como indica el artículo 728.3 de la LEC, de manera rápida y efectiva de los

daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar a la parte demandada; defecto que, como viene apuntando esta Sala, entre otros, en el Auto de 29 de marzo de 2006, debe comportar el automático rechazo de la solicitud».

Sentado lo anterior, nos encontramos con la doctrina contraria, representada por resoluciones como la del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, de 8 de enero de 2007, cuando estableció que «Del ofrecimiento de caución y de la insubsanabilidad de su omisión, el apartado 3 del artículo 728 establece (de modo imperativo, "deberá") la necesidad de que el solicitante de la medida preste 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; asimismo, en el siguiente párrafo el propio precepto señala los criterios que el tribunal deberá tener en cuenta para la determinación de la caución, así, atenderá de una parte a la naturaleza y contenido de la pretensión y de otra a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida. Al ofrecimiento de la caución se refiere el artículo 732.3 de la LEC como requisito de la petición misma y opera como un presupuesto de su adopción; se trata de una exigencia razonable en cuanto que, sin ella, se impide la defensa del demandado sobre ese presupuesto y, al propio tiempo, se sustrae al tribunal los fundamentos para la resolución sobre la "forma, cuantía y tiempo" en que deba prestarse (art. 735.2 de la LEC). Ahora bien, lo que hay que determinar, en este caso, son las consecuencias de su omisión, o las del ofrecimiento improcedente en términos tan genéricos o imprecisos que le impidan cumplir su finalidad; y, al efecto, debe interpretarse ese requisito en atención a su fin y en conexión con la naturaleza del derecho que se ejercita, pues no hay que olvidar que la tutela cautelar forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC núm. 238/1992 y núm. 218/1994), de manera si se rechaza *a limine* esa petición, se está impidiendo de principio el acceso a esa tutela que integra un derecho fundamental; es preciso, por tanto, interpretar la disposición legal que impone esa exigencia y determinar las consecuencias de su omisión en razón de su incidencia en dicho derecho, interpretación que, como es sabido, debe optar siempre por el sentido que más favorezca un ejercicio efectivo de tal derecho fundamental. Sobre esta base la doctrina ya elaborada al interpretar dicho precepto de la nueva ley, otras Audiencias Provinciales y este tribunal entienden que la omisión de ese requisito (o su cumplimiento en términos tales que impidan cumplir su finalidad legal) integra un defecto subsanable que no puede excluir, como efecto inmediato, el ejercicio de un derecho fundamental, subsanación que bien puede realizarse por el cauce del artículo 231 de la LEC, o bien mediante la aplicación por analogía de las posibilidades que ofrece el artículo 424 de la misma ley, de modo que sólo en caso de que no se subsane pueda producir una consecuencia tan drástica como la señalada. En el supuesto de autos, los solicitantes de la medida no ofrecen en el escrito de petición la prestación de caución ni incluyen referencia alguna a su tipo o importe, no obstante, el juzgador les requiere, mediante providencia de 28 de septiembre de 2005, para que subsanen tal defecto en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, se inadmitirá a trámite la solicitud con ulterior archivo de las actuaciones sin más trámite, presentando los solicitantes en el plazo conferido de escrito de 18 de octubre de 2005, mediante el que ofrecen caución dineraria ascendente a 1.000 euros, por lo que el defecto denunciado debe considerarse, según lo expuesto, subsanable y subsanado (la falta de traslado de dicho escrito, previo a la vista, a la demandada ya ha sido analizado en el fundamento anterior)».

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.<sup>a</sup>, en Auto de 4 de febrero de 2008, afirmó que «En este sentido, debe comenzarse por señalar que en relación con el requisito de la caución en la adopción de medidas cautelares, ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia en Auto de 27 de febrero de 2007 (rollo núm. 41/2007), en el que se expresó, textualmente, lo siguiente: Sentado lo anterior, procede analizar en primer lugar el motivo del recurso relativo al ofrecimiento de caución, pues, salvo las excepciones legalmente previstas, ninguna de las cuales es de aplicación al presente caso —piénsese en los supuestos recogidos en los arts. 441.4, 762, 768, 771 y 774 de la LEC—, ese ofrecimiento es requisito necesario de la propia solicitud de medidas cautelares y, por lo tanto, para la adopción de la medida. El artículo 732 de la misma ley procesal exige al solicitante que ofrezca, en su escrito de petición inicial de la medida cautelar, la prestación de caución, especificando y justificando su importe, así como el tipo que ofrece constituir. Esto permite que el demandado pueda ejercitar eficazmente la contradicción frente al ofrecimiento de caución (art. 734.2, párr. segundo de dicha ley) y que el tribunal pueda resolver sobre este presupuesto con conocimiento de causa (arts. 728.3, párr. tercero, 735.2, párr. primero, también de la LEC). En este caso nos encontramos no con la omisión de ese ofrecimiento, cuya omisión constituye la falta de un presupuesto para su adopción, siendo un claro indicio de la ausencia de la voluntad de cumplir con uno de los requisitos de las medidas cautelares, sino con un ofrecimiento en términos genéricos por la parte demandante ("ofreciendo esta parte, con carácter subsidiario y con la prudente valoración por parte de S.S.<sup>a</sup>, de la prestación de caución económica bastante, a disposición de la comunidad de propietarios para proceder a la suspensión cautelar solicitada"). Si, aun siendo discutible y discutido en la llamada «jurisprudencia menor» de las Audiencias Provinciales, esta misma Sección se ha decantado por la posibilidad de subsanar la falta de ofrecimiento de caución, afirmando en el Auto de fecha 24 de marzo de 2004 (rec. núm. 93/2004), citado en el recurso, que "ninguna disposición legal prescribe que su omisión sea insubsanable y el artículo 231 de la LEC contiene una expresa referencia al principio de subsanación, que se coordina además con el principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, lo que impone buscar, en cuanto sea posible, vías de subsanación de defectos procesales", se ha de admitir la posibilidad de subsanación cuando, como es el caso, el ofrecimiento de caución se hace, aunque sin las especificaciones en cuanto a clase y cuantía del artículo 732; y resulta que a la parte solicitante de las medidas, pese a manifestar su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley, a fin de poder ser subsanados los defectos en que incurrieran sus actos procesales, no se le dio esa posibilidad de subsanación (no se olvide que las partes ni siquiera fueron convocadas a vista). Desestimar la medida cautelar interesada sólo por ese defecto se erige como una sanción excesiva, contraria a lo dispuesto en los artículos 231 y 424 de la LEC y a la doctrina del Tribunal Constitucional, de que, a la hora de interpretar y aplicar los requisitos procesales, los tribunales están obligados a hacerlo en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, evitando la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma y el convertir cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de modo que al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales deben ponderar la entidad real del vicio advertido en relación con la sanción del cierre del proceso (*vid.* STC 121/1990, de 2 de julio).»

## SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 231, 424, 728, 732, 734 y 735.
- AAP de Madrid, Secc. 9.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2003 y, Secc. 14.<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2006; de Barcelona, Secc. 13.<sup>a</sup>, de 8 de enero de 2007; de Guadalajara, de 7 de febrero de 2007, y de Murcia, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2008.