

M.^a del Mar CABREJAS GUIJARRO
Magistrada

• **ENUNCIADO:**

Se interpone demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad, solicitando mediante otrosí la adopción de la medida cautelar consistente en el embargo preventivo de los bienes de la entidad demandada; llegado el acto de vista, la parte demandada se opone a la adopción de las medidas en tanto la parte actora en su solicitud no realizó ofrecimiento alguno de caución, interesando la parte actora se permita la subsanación de tal requisito en la misma vista.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

En el ámbito de las medidas cautelares se plantea la cuestión de cuál es el momento en que debe cumplirse el presupuesto de ofrecimiento de caución y qué ocurre ante su omisión. ¿Es un defecto subsanable o insubsanable?

• **SOLUCIÓN:**

El artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su punto 3 establece que «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».

Varios han sido los pronunciamientos de Audiencias Provinciales (AP) que se han decantado de manera contundente sobre la insubsanabilidad de la omisión de la prestación de la caución, entendiendo inaplicable lo establecido en el artículo 231 de la LEC, debiendo destacarse la Sección 6.^a de la AP de Cádiz que en Autos de 8 de mayo de 2003 han manifestado que:

«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 pueden ser subsanados. 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, oportunidades probatorias y en caso extremo incluso cabe en parte su adopción inaudita. 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 a 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 adopta-

das, tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga 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 vistas, 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 debe 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 sin 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.»

Por su parte, la Sección 10.^a de la AP de Madrid en Autos de 24 de octubre de 2002 y 14 de junio de 2003 manifestó que:

«Entrando en el examen del motivo referente a la falta de ofrecimiento de la caución de inevitable resolución con carácter previo a los demás, ha de sentarse siguiendo a la doctrina sobre el caso, que el artículo 728.3 de la LEC supedita la efectividad de cualquier medida cautelar a la previa prestación por el solicitante de una caución que habrá de ser suficiente para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al demandado. En congruencia con ello, el artículo 732 de la misma LEC 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. De lo dispuesto en ambos preceptos se colige que mientras la efectiva constitución de la caución es un presupuesto de ejecución de la medida, el ofrecimiento de la misma lo es para su adopción inicial. La razón de ello reside en que es preciso posibilitar la defensa del demandado en cuanto a este presupuesto, sea en la audiencia previa o en la oposición posterior y proporcionar al Tribunal fundamento para su resolución sobre la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante (art. 735.2 de la LEC). La omisión de este ofrecimiento constituye pues 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 que una vez más conduce necesariamente a la desestimación del recurso. Y no puede subsanarse la falta de dicho ofrecimiento por la vía del artículo 231 de la LEC porque una cosa es la falta de concreción de la cualidad y cuantía de la fianza y otra la absoluta falta de ofrecimiento que, como dice la Juzgadora de instancia ni siquiera en el acto de la vista se solventó, falta de ofrecimiento que constituye un defecto insubsanable.»

La Sección 1.^a de la AP de Cáceres de 25 de septiembre de 2002 estableció:

«Finalmente, respecto al requisito de la caución, la propia actora reconoce su imposibilidad económica de hacer frente a la misma, aunque le asiste razón cuando alude al artículo 737 de la LEC en el sentido de que la prestación de la caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada, correspondiendo al Tribunal, decidir, mediante providencia sobre idoneidad y suficiencia del importe de la caución. Es decir, el apartado 3.º del artículo 728 obliga al

solicitante de la medida a prestar caución para responder de los daños y perjuicios, de la que no se puede eximir, pero el artículo citado en primer lugar da a entender que será después del auto acordando la medida y siempre antes de llevarla a efecto cuando se decida sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución. El mismo orden cronológico se contempla en el artículo 738 cuando se refiere al cumplimiento de la medida cautelar, que requiere, en primer lugar la adopción de la medida cautelar y después a la prestación de la caución.»

De todo lo anterior, se deduce a modo de síntesis final que la falta total de ofrecimiento de caución en la solicitud de medidas cautelares es un defecto de todo punto insubsanable, sin embargo, cuando lo que ocurre es que ofrecida la caución, ésta no se ha determinado en algún aspecto (tipo, forma o cuantía), entonces nos encontramos ante un defecto subsanable, bien de forma previa a la admisión, o al inicio del acto de la vista.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, arts. 231, 728, 732, 734, 735, 737, 738, 746 y 747.**
- **Autos de la AP de Cáceres, Secc. 1.ª de 25 de septiembre de 2002; AP de Madrid, Secc. 10.ª, de 24 de octubre de 2002 y 14 de junio de 2003; y AP de Cádiz, Secc. 6.ª, de 8 de mayo de 2003.**