

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Titularidad del derecho. Régimen conyugal. Muerte del cónyuge-autor.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª

FECHA: 9-9-2005

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Actualización: 20-10-2010.

OTROS DATOS: Auto 1/2005. Recurso 246/2004.

SUMARIO:

“... a raíz del fallecimiento de D. David ... se produjo la disolución de la sociedad de gananciales ..., formándose una comunidad postmatrimonial coincidente con la antigua masa de los gananciales, quedando en estado de liquidación la sociedad de gananciales. Además, se abre con independencia de ello, aunque sea por la misma causa, la sucesión hereditaria en los bienes patrimoniales del cónyuge premuerto”.

[...]

“... conviene recordar en torno al derecho a la propiedad intelectual, aunque sea de forma escueta que: 1.- La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación ... 2.- Se considera autor a la persona que crea alguna obra literaria, artística o científica ... 3.- La condición de autor no puede transmitirse, ni inter vivos, ni mortis causa ... 4.- Estando integrada la propiedad intelectual por «derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra» al autor ..., es indudable que los llamados derechos morales del autor son irrenunciables e inalienables ..., e, incluso, «los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí (...) sus frutos o productos...». 5.- Por tanto, es indudable que la patrimonialidad del derecho moral del autor corresponde a su artífice y el derecho de autor tiene una naturaleza o índole personalísima ..., por lo que su consideración como bien privativo es indudable ...” 6.- Cuestión distinta es que los rendimientos económicos de ese derecho integrante de la personalidad tengan el carácter de bienes gananciales ...”.

[...]

“Hay que diferenciar los rendimientos económicos de la obra del causante en vida de él, constante la sociedad de gananciales, de los rendimientos generados desde su fallecimiento. Una vez fallecido el artista, los rendimientos que se generan por su obra no corresponden en un 50 % a la viuda, porque el bien que los originaba no era ganancial, sino privativo”.

COMENTARIO: Como regla generalmente admitida, los bienes producidos o adquiridos antes del matrimonio son propios del respectivo contrayente. Y salvo disposición legal o capitulación matrimonial en contrario, cuando se trata de obras creadas durante el matrimonio, los derechos patrimoniales sobre tales producciones también forman parte de la comunidad. Sin embargo, algunos legisladores nacionales han considerado injusta esta última solución y, por ello, han aprobado una disposición por la cual la titularidad de los derechos (morales y patrimoniales) sobre las obras generadas por uno de los esposos mientras exista el vínculo conyugal, pertenece en exclusiva al cónyuge autor, tratándose de un bien tan personal como una creación intelectual, pero los beneficios económicos obtenidos por la explotación de la obra durante ese matrimonio forman parte de la comunidad de gananciales. A la muerte del cónyuge-autor, las legislaciones que han regulado en específico esta materia se decantan por una de estas dos opciones: la primera, que por tratarse de un bien propio del consorte fallecido, el reparto de la herencia, en lo que se refiere a los derechos sobre la obra creada por él, se hace como bien privativo y no de la comunidad, como en el asunto de que trata el fallo en comentarios; y la segunda, que a pesar de ser un bien propio del cónyuge autor mientras vive, a su muerte, por el contrario, y siempre que el otro cónyuge lo sobreviva, el derecho de autor sobre las obras creadas durante el matrimonio, se incluyen dentro de los bienes comunes a los efectos de la liquidación de la comunidad legal de bienes que entre ellos existiere. Como puede verse, todo depende de lo que prevea la ley aplicable al caso. A falta de una disposición especial entre las opciones que se comentan, rigen las normas generales del derecho común en materia matrimonial o, en su caso, las capitulaciones que sobre el régimen de bienes hayan pactado los contrayentes. © **Ricardo Antequera Parilli, 2011.**

TEXTO COMPLETO:

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 9 bis de la Audiencia Provincial de MADRID, el Incidente dimanante de Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 824/2003, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 40 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 246/2004, en el que aparecen como partes: de una, como demandantes y hoy apelantes D^a Lucía, Augusto representados por el Procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS; y, de otra, como demandados y hoy apelados D^a Gema, D. Rosendo, D^a Elena y SOCIEDAD CONCUERDA, S.L. representados por el Procurador D. MANUEL LANCHARES PERLADO, sobre incidente.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. CARLOS CEBALLOS NORTE.

I.- HECHOS

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid, en fecha 8 de enero de 2004, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: >Se acuerda acceder a

lo solicitado por el Procurador D./Dña. ANGEL ROJAS SANTOS en nombre y representación de Augusto y Lucía, y en consecuencia, acordar la/s siguiente/s medida/s cautelar/es: retención por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES DE ESPAÑA (SGAE) y POR ARTISTAS, INTÉRPREES Y EJECUTANTES SOCIEDAD DE GESTION (AIE) de los rendimientos o beneficios obtenidos por la explotación en cualquiera de sus modalidades de los derechos de autor de D. Augusto especialmente los derechos de reproducción, copia privada y comunicación y cualquiera otro relacionado con la explotación, cesión y edición de la obra del referido socio que se esté abonando a Rosendo, Elena, Gema y a "Concuerta SL" REMITIENDO los oficios y despachos oportunos, contra el demandado d/Dña. Rosendo, Elena, Gema y SOCIEDAD CONCUERDA S.L., previa caución que deberá prestar el solicitante en cantidad que prudencialmente se fija en 1.000 euros en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 de la L.E.C.

No obstante, accediendo a la pretensión del demandado se sustituirán las medidas cautelares acordada por la contracautela ofrecida por el mismo de asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que pudiere dictarse, que se fija en la suma de

6.010'12 euros, en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 de la L.E.C. a cuyo fin se concede a dicho demandado el plazo de 10 días para que la constituya, con apercibimiento de que si así no lo hiciera, y previa la prestación de la caución por el solicitante, se dotará de plena efectividad a las medidas cautelares adoptadas.

Segundo.- Notificada la mencionada resolución, y previos los trámites legales oportunos, por la parte demandante se interpuso recurso de apelación, al que se opuso la contraparte, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones.

Tercero.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día 8 de septiembre de 2005.

Cuarto.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Sin que se discuta que los apelantes, D. Augusto y D^a Lucía, sean hijos extramatrimoniales de D. David y que, por tanto, tengan derecho a la herencia de su padre, lo que es objeto de controversia en la segunda instancia es la pertinencia de la contracautela señalada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Instancia, consistente en una caución de 6.010,12 Euros.

En el Auto recurrido se adopta como medida cautelar la retención por la Sociedad General de Autores de España (SGAE) y por Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión (AIE) de los rendimientos o beneficios obtenidos por la explotación en cualquiera de sus modalidades de los derechos de autor de D. David. No obstante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 746 de la L.E.C. 1/2000, se señala que la citada medida cautelar se sustituirá mediante caución de

6.010,12 Euros a constituir por los demandados en el plazo de 10 días.

La parte demandante, ahora apelante, discute en el recurso que ahora se resuelve la idoneidad de esa contracautela para garantizar que la resolución final que se dicte en la pieza principal pueda ejecutarse.

Debe recordarse, en este sentido, que en la demanda principal se ejercita la acción de petición de herencia, solicitando que se reconozca la condición de herederos abintestato del causante a los actores (D. David y D^a Lucía), en unión de los otros hermanos codemandados (D. Rosendo y D^a Elena), con el carácter de herederos universales y por iguales partes, es decir, una cuarta parte de la herencia a cada uno de los hijos, sin perjuicio de la participación en usufructo que pudiera corresponder al cónyuge viudo.

Consecuencia de esa pretensión, interesan, además, entre otras pretensiones, que se declare la nulidad del acta notarial de declaración de herederos abintestato realizada en la que no se les tenía en cuenta, y la posterior partición de la herencia, así como que se declare la nulidad de los actos de disposición, cesión o gravamen de los bienes de la herencia, condenando a los demandados a restituir todos los bienes que conformaban el caudal relicto en el momento del fallecimiento con abono de los frutos, rentas y beneficios percibidos (en especial los percibidos por la explotación de los derechos de autor o derechos de propiedad intelectual del causante).

SEGUNDO.- El artículo 746 de la L.E.C. 1/2000 faculta a aquél frente al que se hubiera solicitado o acordado medidas cautelares a pedir al Tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del Tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia que se dictare. Añade en su nº 2, que para decidir sobre la petición de aceptación de caución sustitutoria, el Tribunal examinará el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena y la apariencia

jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado. También tendrá en cuenta el Tribunal si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave o desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

Lo primero que ha de resolverse es si la contracautela pedida y acordada es aplicable, teniendo en cuenta el tipo de acción que se ejercita en el proceso principal. Dicho de otro modo, si el resarcimiento dinerario (que es lo que la caución asegura) resulta adecuado o tolerable a la calidad de la tutela pedida en el proceso principal (ORTELLS RAMOS, en Estudios de Derecho Judicial 44, 2003).

Se ha destacado por algún autor (MORENO HELLÍN, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, 2004) que de la lectura del precepto parece que la finalidad de la norma es que mediante la prestación de esa caución va a ser suficiente para inducir al demandado a adoptar durante el proceso una conducta que posteriormente haga factible el cumplimiento de la Sentencia en los mismos términos que se produce la condena. Así, un sector de la doctrina (GASCÓN y DE LA OLIVA) plantean que la caución sustitutoria se podrá haber equiparado a algo parecido a la fianza en la libertad provisional, y que, de la misma manera que si una persona se expone a perder en beneficio del Estado una determinada cantidad de dinero para el supuesto de que no comparezca a judicial presencia, la caución en sede de medidas cautelares debería tener una naturaleza que hiciese que el demandado no llevara a cabo una serie de actuaciones tendentes a hacer ilusoria la sentencia que se dicte en su momento, con el temor de perder o que se haga efectiva la caución prestada.

Por su parte, RIFA SOLER (Cuadernos de Derecho Judicial X, 2000) dice que cuando se solicite una medida cautelar homogénea tiene mayor sentido la fijación de una caución sustitutoria, pero en el caso de haber solicitado una medida anticipatoria el Tribunal deberá ponderar si la caución sustitutoria constituye una medida adecuada y suficiente para lograr que en caso de sentencia estimatoria pueda

asegurarse su efectividad. Añade este autor que ha de negarse la posibilidad de sustitución de la cautela por la caución sustitutoria cuando con su prestación no sólo no se asegura el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse y a la cual responde en relación de instrumentalidad la cautela adoptada, sino que puede comportar la desaparición del derecho controvertido y hacer inútil el proceso.

Tanto RIFA SOLER como MORENO HELLÍN consideran que en caso de no existir una patrimonialización del derecho vulnerado, no debe admitirse la caución por no ser ésta una fórmula reintegrativa adecuada para asegurar el cumplimiento de la sentencia que pudiera dictarse.

En nuestro caso, parece que no existen especiales dificultades para convenir que lo que importa en definitiva a los actores es obtener la cuota que les corresponde en el caudal relicto y, es evidente, que esa pretensión siempre es reconducible a un resarcimiento dinerario, sobre todo en lo relativo a los derechos económicos que se han devengando y siguen devengando. Pero lo que no se sabe, porque no se ha practicado actividad probatoria sobre ello, es a cuánto ascienden los rendimientos o beneficios obtenidos por la explotación de los derechos de autor de D. David sobre los que se acordado la retención que se trata de evitar con la caución. Lo que es evidente es que se trata de una fuente de ingresos que no deja de generarse y que, tras la fijación de la contracautela, va a seguir incrementándose fuera del control de los actores.

En este sentido, debe destacarse que pese a que la dirección letrada de los demandados hizo referencia a los documentos nº 1 y 2 de la contestación a la demanda, como acreditativos de la existencia de una deuda con la Hacienda Pública por importe de 88.964,62 Euros, y de una deuda derivada de los gastos de enterramiento del causante por importe de 2.622 Euros (según se alega en el escrito de oposición al recurso [folios 106 y 107 de las actuaciones]) y que dicha dirección letrada aseguró en la vista que esos documentos demostraban que la Hacienda Pública había

venido reteniendo los rendimientos de los derechos de autor que las obras artísticas venían generando (minuto 13 y ss de la grabación audiovisual), lo cierto es que dichos documentos ni tampoco una copia aparecen unidos a la pieza separada de medidas cautelares, por lo que resulta imposible a esta Sala valorar los citados documentos, de los que la parte demandada no facilitó copia en la vista de medidas cautelares.

Partiendo de esa inicial indefinición, tampoco se sabe, ni por aproximación, qué parte correspondería a los actores de esos rendimientos, pues de lo único que se ha hablado en la litis es de porcentajes a repartir entre los distintos interesados en la liquidación de la comunidad postmatrimonial, sin que ésta Sala pueda compartir los cálculos y afirmaciones que hace la parte demandada sobre su derecho a los frutos o rendimientos económicos de la obra del causante.

En este sentido, conviene recordar que a raíz del fallecimiento de D. David el día 22 de octubre de 1995, se produjo la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.392.1, del C.C., en relación con el artículo 85), formándose una comunidad postmatrimonial coincidente con la antigua masa de los gananciales, quedando en estado de liquidación la sociedad de gananciales. Además, se abre con independencia de ello, aunque sea por la misma causa, la sucesión hereditaria en los bienes patrimoniales del cónyuge premuerto. La comunidad postmatrimonial está inmersa en la herencia, aunque debidamente circunscrita.

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales hay un patrimonio separado del propio de los cónyuges regido por especiales normas de gestión y disposición, pero ningún derecho específico y actual tienen los cónyuges sobre cada uno de los bienes que la integran, ni sobre la titularidad de ese patrimonio (STS 11 de octubre de 1999 [RJ 1999\7324]). Los cónyuges no tienen un derecho individual en cada uno de los diferentes bienes que la integran, del que puedan disponer separadamente, sino que la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, esto es,

como un conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación (R.D.G.R.N. 12 de julio de 1999 [RJ 1999\4756]).

La disolución del régimen económico matrimonial transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse en cuanto la administración y disposición de los bienes que la integran por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, como ocurre en el supuesto examinado, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación. Esta titularidad común no permite que cada uno de los cónyuges (o, en el caso, el supérstite y los herederos del premuerto), por sí solos puedan disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. La disposición de los bienes de esa comunidad postmatrimonial habrá de hacerse conjuntamente. Finalmente, La situación de indivisión no significa que cada uno de los cónyuges (o, en el caso, el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto) tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad ganancial ha de responder de su pasivo (SSTS 31 de diciembre de 1998 [RJ 1998\9987] y 25 de febrero de 1997 [RJ 1997\1328]).

También conviene recordar en torno al derecho a la propiedad intelectual, aunque sea de forma escueta que:

1.- La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación (art. 1 L.P.I.).

2.- Se considera autor a la persona que crea alguna obra literaria, artística o científica (art. 5.1 L.P.I.).

3.- La condición de autor no puede transmitirse, ni inter vivos, ni mortis causa (ROGEL VIDE, Derecho de Autor, Calamo Producciones Editoriales).

4.- Estando integrada la propiedad intelectual por "derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra" al autor (art. 2 L.P.I.), es indudable que los llamados derechos morales del autor son irrenunciables e inalienables (art. 14 L.P.I.), e, incluso, "los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí (...) sus frutos o productos..." (art. 53.2 L.P.I.).

5.- Por tanto, es indudable que la patrimonialidad del derecho moral del autor corresponde a su artífice y el derecho de autor tiene una naturaleza o índole personalísima (S.A.P. de Málaga, Sección 6ª, de 27 de noviembre de 2001 [JUR 2002\62196]), por lo que su consideración como bien privativo es indudable (art. 1.346 C.C.: "Son privativos de cada uno de los cónyuges: (...) 5º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles intervivos").

6.- Cuestión distinta es que los rendimientos económicos de ese derecho integrante de la personalidad tengan el carácter de bienes gananciales (art. 1.347 : Son bienes gananciales: (...) 2º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales").

Sentado lo anterior y partiendo de que, como antes se ha dicho, no se sabe a cuánto ascienden los rendimientos o beneficios obtenidos por la explotación de los derechos de autor de D. David, tampoco coincidimos con el reparto de porcentajes que hace la demandada. No puede compartirse la afirmación que se hace en el escrito de oposición al recurso de apelación (párrafo segundo, página 3), en el sentido que "el 83 % de los rendimientos que se pretenden retener le corresponden por legítimo derecho a Dª Gema".

Hay que diferenciar los rendimientos económicos de la obra del causante en vida de

él, constante la sociedad de gananciales, de los rendimientos generados desde su fallecimiento. Una vez fallecido el artista, los rendimientos que se generan por su obra no corresponden en un 50 % a la viuda, porque el bien que los originaba no era ganancial, sino privativo.

Por lo que se refiere a la cuota usufructuaria de Dª Araceli, al margen de la discusión sobre su procedencia (puesta en duda en el hecho séptimo de la demanda y sobre lo que no se va a entrar a resolver en esta resolución por no ser el momento procesal oportuno para ello), aunque se partiera de que a la viuda le corresponde el 50 % de los rendimientos tras la disolución del régimen (lo que, ya se ha dicho, no compartimos), y aún admitiendo la procedencia de esa cuota usufructuaria, es claro que la misma habría de calcularse, según la propia forma de razonar (incorrecta, a nuestro juicio) de los demandados, sobre la mitad no atribuida a Dª Gema por la liquidación de la sociedad de gananciales. Esto es, el artículo 834 del C.C. (reformado, por cierto, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y que acaba con el debate doctrinal suscitado al relacionar el artículo 945 del C.C, en la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981 e incluido en la sección de la sucesión intestada del cónyuge y de los colaterales, con los artículos 834 y 835 del mismo Código, según redacción consecuente con la Ley de 24 de abril de 1958) otorga al cónyuge viudo el usufructo del tercio de la herencia destinado a la mejora, pero ese tercio habría de calcularse, según el razonamiento (incorrecto) de la parte demandada sobre el 50% no atribuido por la liquidación.

En la página 6 del escrito de oposición al recurso (folio 108) se dice que "del 50% restante corresponde a Dª Gema un 33% en concepto de usufructo", afirmación que no se puede compartir porque en realidad, según esa forma de razonar, se le estaría atribuyendo más de la mitad de ese 50%, cuando lo que le correspondería sería un tercio de ese 50% restante tras la liquidación de la sociedad de gananciales, esto es, un 16,66 %, de forma que, contando con el usufructo viudal, no le correspondería a Dª Gema el 83 % de los

rendimientos sino, en el mejor de los casos, el 66,7%.

Por tanto, ha de concluirse que no existe una correcta cuantificación del derecho vulnerado (cuota hereditaria correspondiente a los herederos preteridos en los derechos económicos objeto de retención), ni, tampoco, de los rendimientos económicos que podrían corresponder a D^a Gema tras la liquidación.

TERCERO.- Cuando el artículo 746.2 de la L.E.C 1/2000 pone en comparación el fundamento de la solicitud de medidas cautelares y la apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandado se quiere decir que la sustitución debe ser concedida si la apariencia de buen derecho resulta especialmente dudosa para el Tribunal (ORTELLS RAMOS, en Estudios de Derecho Judicial 44, 2003).

En el caso que nos ocupa nadie duda de la apariencia de buen derecho de los actores, preteridos en la declaración de herederos realizada por los demandados. Podrá discutirse a cuánto asciende su cuota hereditaria pero es indudable que tienen derecho a ser tenidos en cuenta en el reparto del caudal hereditario. Por otro lado, la indeterminación de la extensión del caudal partible es solamente imputable a los demandados que, por aplicación del principio de facilidad probatoria, estaban en mejores condiciones que los actores para acreditar esa extensión, singularmente en lo referido a los rendimientos o beneficios obtenidos por la explotación de los derechos de autor de D. David.

No es este el momento procesal oportuno para valorar quiénes se han hecho cargo hasta el momento de las deudas de las que debía responder la comunidad postmatrimonial; ello se tendrá en cuenta en el momento de la liquidación. Tampoco la de valorar lo que en el escrito de oposición al recurso se dice que son "deudas que el caudal hereditario tiene para con D^a Gema en virtud de las donaciones unilaterales efectuadas por el causante a favor de D^a Amelia, madre de los codemandantes", quien ni siquiera es parte en este procedimiento.

CUARTO.- Por último, como destaca ORTELLS RAMOS, el artículo 746 atiende a los efectos colaterales de la medida sobre la actividad patrimonial y económica del demandado y busca evitar daños desproporcionados al fin de la tutela cautelar ("también tendrá en cuenta el Tribunal si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave o desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante").

Para RIFA se comprenderían entre dichas consecuencias perjudiciales todos aquellos supuestos en que de forma innecesariamente grave queden afectados derechos laborales de terceros o aquellos que mediante una orden de cesación pudieran provocar una crisis económica desproporcionada en relación con los efectos cautelares pretendidos.

Para determinar si la medida adoptada (retención por la SGAE y por AIE de los rendimientos o beneficios obtenidos por la explotación en cualquiera de sus modalidades de los derechos de autor de D. David) es desproporcionada en relación a la actividad patrimonial de los demandados, lo primero que debería haber quedado determinado con claridad en este proceso cautelar es a cuánto ascienden esos derechos, sobre lo que, se insiste, la parte demandada no ha aportado prueba alguna.

La medida, desde luego, asegura la posición de los actores que hasta el momento, no sólo no han percibido ningún rendimiento, sino que desconocen el importe de los mismos. Estamos en presencia de unos rendimientos que siguen produciéndose y que, en el futuro, parece razonable que vayan disminuyendo, como apunta la apelante en su recurso.

Se dice por la parte apelada que "de acordarse la medida cautelar se dejaría a D^a Gema sin los rendimientos de la sociedad de gananciales y de su herencia, que constituyen hoy por hoy la práctica totalidad de sus ingresos".

Pero lo cierto es que la parte demandada no ha acreditado cuál es su situación económica y,

en este sentido, debemos coincidir con la apelante cuando dice que no puede resultar suficiente la mera manifestación realizada por la demandada de resultarle gravosa la medida cautelar si no va acompañada de pruebas efectivas. En el caso examinado no se ha cuantificado el importe de los rendimientos que se pretende retener, ni tampoco se ha probado el efecto que esa retención producirá en la situación económica de los demandados, por lo que difícilmente se podrá determinar que la medida restrinja o dificulte la actividad patrimonial o económica de la demandada de modo grave o desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida represente para los solicitantes, cuando, además, en el propio escrito de oposición al recurso, se dice que se trata de "rendimientos esporádicos" y en la propia vista de medidas cautelares se afirmó por la dirección letrada de la demandada que esos rendimientos habían sido mínimos por no decir nulos (minuto 13 de la grabación), por mor de un alegada retención de la Hacienda Pública para hacer frente a una previa deuda generada. Es incompatible la alegación de que los rendimientos han sido mínimos o nulos por haber existido una retención de la Hacienda Pública, con la afirmación de que la medida cautelar dejaría a D^a Gema sin los rendimientos que constituyen la práctica totalidad de sus ingresos, pues si esos rendimientos estaban siendo retenidos por la Hacienda Pública es evidente que la adopción de una medida cautelar no va a suponer un cambio radical en la situación de

hecho y que, por tanto, está excluido que tal medida afecte de modo grave o desproporcionado la actividad patrimonial o económica de la parte demandada.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso planteado, dejando sin efecto la fijación de la contracautela.

QUINTO.- No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada (art. 398 L.E.C. 1/2000).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA RESUELVE:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. David Y D^a Lucía contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 40 de Madrid, en pieza separada de medidas cautelares dimanante de autos nº 824/2003 de dicho Juzgado, resolución que SE REVOCA en el sólo sentido de dejar sin efecto la fijación de la caución sustitutoria de la medida cautelar adoptada por importe de 6.010,12 Euros, sin hacer expresa imposición de costas procesales.

Así, por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al rollo de su razón, lo acordamos, mandamos y firmamos. Haciendo saber a las partes que contra el mismo NO CABE la interposición de recurso alguno.