TODOS - PODMOS TENT
ISABEL PEÑA - CARLOMO
MARIO CAMPOS NOTIFICACION 25/1/2012

ROLLO NÚM. 000614/2011 RF

SENTENCIA NÚM.: 23/12

Ilustrísimos Sres.:
MAGISTRADOS
Dª ROSA MARIA ANDRES CUENCA
D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA
Dª PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a veinticuatro de enero de dos mil doce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA,** el presente rollo de apelación número 000614/2011, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000626/2010, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, representado por el Procurador de los Tribunales RICARDO MANUEL MARTIN PEREZ, y asistido del Letrado SERGIO GONZALEZ MALABIA y de otra, como apelados a ELISA SANCHEZ SERNA representado por el Procurador de los Tribunales SARA GIL FURIO, y asistido del Letrado GABRIEL RUIZ SERVER, en virtud del recurso de apelación interpuesto por VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA en fecha 27/05/11, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por la Procuradora de los Tribunales, Dª Sara Gil Furió, en nombre y representación de Dª Elisa Sanchez Serna, y sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones de la parte actora. Se imponen las costas a laparte demandante.".

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado Mercantil 3 de Valencia dictó sentencia, con fecha 27 de Mayo de 2011 que acogiendo la excepción de falta de legitimación activa desestimaba la demanda interpuesta por CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS contra ELISA SANCHEZ SERNA. Argumenta la sentencia que la propietaria de la variedad vegetal objeto de protección, mandarina NADORCOTT suscribió licencia de explotación en exclusiva con la mercantil CARPA DORADA SL por lo que es esta la que está legitimada para el ejercicio de acciones como la aquí planteada, sin que exista constancia en las actuaciones del contrato suscrito entre NADORCOTT SARL y la mercantil CARPA DORADA relativo a la licencia de explotación en exclusiva con dicha mercantil, ni la relación con la demandante, que no la aporta, por lo que la conclusión desestimatoria que de ello deriva comportaesando la imposición de costas a la parte demandante.

Frente a dicha resolución recurrió en apelación la parte actora, que alegó, en primer lugar, respecto de la falta de legitimación activa que la sentencia acoge, que la misma está admitida tanto extrajudicialmente como en el propio procedimiento y se desprende de la documental aportada con la demanda. Así, resalta que la demandada admitió en contestación a la demanda haber recibido burofax interesando la cesación en la explotación con fecha 30-9-09 por lo que remitió correo electrónico solicitando la licencia correspondiente para regularización de la situación; que la demandada se dirigió al CLUB demandante para regular aquella, y además incide en el contenido del documento 6 de la contestación, remitiendo al demandante la solicitud, que autorizó inspecciones en nombre de CLUB que luego denegó la autorización, y, por tanto, como primera conclusión la demandada traicionó sus actos previos propios, puesto que solicitó la licencia –documento 5 -, cumplimentó el modelo correspondiente, facilitó la entrada al inspector y lo demás que reseña. Tal legitimación resulta de los documentos de la demandada, puesto que no se cuestiona la titularidad de la patente –documento 10- y del documento 11 resulta que Carpa Dorada es licenciatario en exclusiva, siendo la entidad demandante mandatario del licenciatario, al que se presume la legitimación activa (artículo 104 del Reglamento del Consejo). Afirma que debió permitirse la aportación documental e incide en que la relación entre NADORCOTT y el Club no es de sublicenciataria, sino que se trata de mandatario y mero gestor, no siendo aplicable, por tanto, la prohibición de aquella, que no cabe aquí.

En cuanto al fondo del asunto, argumenta extensamente que la demandada ha seguido explotando la variedad en la misma forma en que lo hacía, conociendo que la explotación en exclusiva corresponde al titular de la patente protegida y a su licenciatario en exclusiva; que no cabe considerar que por el hecho de que anteriormente a la plena eficacia de la protección comunitaria ya se hubieran plantado los árboles comporta la legitimación para seguir ejecutando tales acciones, debiendo distinguirse entre protección provisional y el "ius prohibendi" pleno. Insiste el recurrente en la procedencia de la indemnización, si bien considera que debe ser indemnizado en las cantidades que, en parte coincidentes con la demanda y en otros aspectos no, solicita, cuestión que será analizada al abordarla en la sentencia, si a ello hubiera lugar, interesando, en definitiva, la total revocación de la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se dicte otra que acoja la demanda conforme lo interesado.

La parte adversa se opuso al recurso interpuesto, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, quedando planteada la cuestión, en esta alzada, en los términos expuestos.

SEGUNDO.- La Sala no acepta la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

No compartiendo la opinión del recurrente relativa a la posibilidad de subsanación de aquellos

documentos esenciales en que la parte funde su legitimación, que deben aportarse precisamente con la demanda y la contestación, y con independencia de la que, se califica, sorpresiva alegación de tal falta de legitimación activa por la adversa, la Sala considera que el óbice apreciado debe decaer, acogiendo el recurso interpuesto en tal sentido por la parte actora. La argumentación esencial a valorar, y en que ha de descansar la estimación de la legitimación activa "ad causam" de la actora, tal y como pone de relieve en extensas alegaciones dicha parte, y con independencia de las deficiencias en la concreta aportación documental al efecto, es la relativa a los actos previos a la interposición de la demanda, y, en concreto, al propio reconocimiento extrajudicial por parte de la demandada a la actora de su legitimación que, en el juicio, no puede desconocer. Resulta incontrovertido y se desprende de la propia contestación que la demandada se dirigió a la actora, en su condición de encargada de la protección de los derechos exclusivos de la variedad Nadorcott remitiendo solicitud para obtención de licencia de explotación (documento 6) , permitió el acceso del inspector en su terreno –documento 7- y, tras la posterior denegación (documento 8) por las razones que resultan del citado documento por la entidad actora de la regularización pretendida, la propia demandada, en su contestación, admite su voluntad de proceder a aquella, siendo su interlocutor en todo momento la entidad hoy demandante. Con la demanda, por otra parte, se aportan documentos que justifican tanto la titularidad de los derechos sobre la variedad, como la condición de licenciatario en exclusiva de la misma a favor de la entidad CARPA DORADA SL (certificación obrante como documento 11 con la demanda) y, como documento 13, los que acreditan la concesión a la demandante de poder especial de actuación en defensa y protección de la variedad, como se ha acreditado en distintos procedimientos, con idéntico planteamiento, que se han suscitado con anterioridad ante esta Sala y los Juzgados Mercantiles, y que, en todos ellos, la entidad aquí demandante ha actuado en esa misma condición, no cuestionándose su legitimación.
Por todo lo expuesto, entendemos que la cuestión de la legitimación activa, ampliamente reconocida por la demandada -que posteriormente la discutió- extrajudicialmente, ha de extrapolarse al presente procedimiento, y que no es dable discutir aquella a quien la admitió, sin ambages, con anterioridad, como en el presente se ha acreditado. Por tanto, procede acoger este primer motivo de recurso, revocar la sentencia recurrida, y proceder al análisis de la cuestión de fondo.

TERCERO.- Esta Sala ha dictado varias resoluciones que se refieren a la misma cuestión, siendo una situación similar a la presente la analizada en reciente sentencia de 22 de Diciembre de 2011 en que afirmábamos lo que sigue:

"Punto de partida necesario para la resolución de la cuestión controvertida – visto el contenido eminentemente jurídico del objeto de discusión, al no ser controvertidos los hechos que motivan la reclamación de la actora – es el examen de la normativa aplicable al caso, cuya interpretación efectúan las partes en sentido divergente y sobre la que, en definitiva, ha de sustentarte el presente pronunciamiento.

El Reglamento (CE) 2100/1994 del Consejo de la Comunidad Europea de27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, establece un sistema de protección único y exclusivo (artículo 1) productor de efectos uniformes dentro del territorio de la Comunidad (artículo 2), regulando, entre otros aspectos, y en lo que interesa a los efectos de la presente resolución, los derechos del titular de una protección comunitaria de obtención vegetal y sus limitaciones. Dispone, así, el artículo 13 invocado por las partes, en sus apartados 1 a 3 que:

1.- La protección comunitaria de las obtenciones vegetales tiene el efecto de reservar al titular o a los titulares de una protección comunitaria de obtención vegetal, denominados en lo sucesivo «el titular», el derecho de llevar a cabo respecto de la variedad las operaciones a que se refiere el apartado 2.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 15 y 16, se requerirá la autorización del titular para la ejecución de las operaciones siguientes con componentes de una variedad o material cosechado de la variedad en cuestión, todo ello, denominado en lo sucesivo «material»:
a) producción o reproducción (multiplicación);
b) acondicionamiento con vistas a la propagación;
c) puesta en venta;
d) venta u otro tipo de comercialización;
e) exportación de la Comunidad;
f) importación a la Comunidad;
g) almacenamiento con vista a cualquiera de los objetivos anteriores [letras a) a f)].
El titular podrá condicionar o restringir su autorización.
3.- Lo dispuesto en el apartado 2 se aplicará al material cosechado sólo si éste se ha obtenido mediante el empleo no autorizado de componentes de la variedad protegida, y siempre y cuando el titular no haya tenido una oportunidad razonable para ejercer sus derechos sobre dichos componentes de la variedad.

El Reglamento contempla en el artículo 94 las consecuencias de la infracción de los derechos reconocidos en el artículo 13 al titular de la variedad protegida, disponiendo expresamente que:

"Toda persona que:
a) sin estar legitimada para ello realice alguna de las operaciones mencionadas en el apartado 2 del artículo 13 en relación con una variedad para la que ya se haya concedido una protección comunitaria de obtención vegetal; u
b) omita utilizar correctamente la denominación de una variedad según se menciona en el apartado 1 del artículo 17 u omita la información pertinente a que se refiere el apartado 2 del artículo 17; o
c) en contra de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 18 utilice la denominación asignada a una variedad para la que ya se haya concedido una protección comunitaria de obtención vegetal, u otra designación que pueda confundirse con esta denominación, podrá ser demandada por el titular a fin de que ponga fin a la infracción o pague una indemnización razonable o con ambos fines.
2. Toda persona que cometa infracción deliberadamente o por negligencia estará obligada además a indemnizar al titular por el perjuicio resultante. En caso de negligencia leve, el derecho de reparación podrá reducirse en consecuencia, sin que pueda no obstante ser inferior a la ventaja obtenida por la persona que cometió la infracción."

Resulta del Artículo 95 en relación con los actos anteriores a la concesión de la protección comunitaria de obtención vegetal que:

"el titular podrá exigir una indemnización razonable a la persona que, durante el tiempo transcurrido entre la publicación de la solicitud de una protección comunitaria de obtención vegetal y su concesión, haya realizado un acto que, transcurrido este período, le habría sido prohibido en virtud de la protección comunitaria de obtención vegetal."

Y, finalmente, del Artículo 97, relativo a la aplicación subsidiaria de la legislación nacional en materia de infracción, que:

"1. Si el autor de una de las infracciones a que se refiere el artículo 94 hubiese obtenido, como resultado de la infracción, un beneficio en detrimento del titular o de la persona que goce de los derechos de explotación, los tribunales competentes en virtud de los artículos 101 y 102 aplicarán su legislación nacional, incluido su Derecho internacional privado, en lo que respecta a la restitución.
2. El apartado 1 también será de aplicación a las demás acciones que pueden derivarse de la comisión u omisión de actos con arreglo al artículo 95 durante el período comprendido entre la publicación de la solicitud de protección comunitaria de obtención vegetal y la decisión sobre la solicitud.

3. En todos los demás casos, los efectos de la protección comunitaria de obtención vegetal se determinarán únicamente de conformidad con lo dispuesto en el presente Reglamento."

En lo que a la normativa nacional se refiere la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales dispone en su artículo 13.1: *"Artículo 13. Otros casos que requieren la autorización del obtentor. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 15, se requerirá la autorización del obtentor para los actos mencionados en el apartado 2 del artículo anterior, realizados respecto del producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y partes de plantas, obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida, a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o de multiplicación,"* habiendo sido interpretada la indicada norma por la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 3 de marzo de 2011 (Roj: SAP MU 641/2011.Pte. Sr. Carrillo Vinader) en el sentido de que: *"**la protección al titular del derecho de explotación se extiende también al producto de la cosecha o material cosechado, aunque de forma subsidiaria**, pues sólo lo permite si no ha sido posible ejercer sus derechos frente al material de reproducción o de multiplicación, ..."* Y añade: *"Esta materia viene desarrollada en nuestro Derecho interno en el Reglamento de Protección de Obtenciones Vegetales, aprobado por RD 1261/2005, cuyo art. 7, apartado 3, establece: "Se entenderá que el obtentor no ha podido ejercer razonablemente su derecho cuando desconocía las actuaciones efectuadas con el material de reproducción o multiplicación de su variedad respecto al art. 12.2 de la Ley 3/2000, de 7 de enero. Una vez conocidas las actuaciones a que se refiere el apartado anterior, para acogerse a la extensión del derecho reflejada en los arts. 13.1 y 13.2 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, deberá haber realizado previamente las acciones necesarias para ejercer dicho derecho en la fase de la multiplicación o reproducción en que se hayan producido estas actuaciones sobre su material. Solamente en el caso de demostrarse imposibles estas actuaciones, podrá intentar ejercer dichos derechos sobre el producto de la cosecha. / En el presente caso, no cabe duda que, cuando la actora descubre la plantación en 2004, ya hacía tiempo que se había producido la infracción de los derechos del titular de la protección comunitaria, por lo que, no constando quién había sido su autor, resulta razonable que se dirija la demanda contra el que explota y obtiene sus productos de esa variedad protegida, máxime cuando se desconocía quien era el posible suministrador, dato del que no fue notificada la actora hasta la contestación a la demanda."* (Los destacados en negrita son nuestros)

La Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de julio de 2007 (Roj: SAP Z 1254/2007; pte. Sr. Seoane Prado) aplica el Reglamento Comunitario de Protección de Obtenciones Vegetales en un supuesto en el que – como acontece en el caso que se somete a nuestra decisión - el titular de una patente vegetal (nectarinas) plantea demanda frente a quien explota la misma variedad de frutales, distinguiendo entre la protección provisional que se despliega desde la publicación de la solicitud y la protección definitiva cuando se concede la titularidad de la invención. Argumenta la indicada Sentencia que: *"En contra de los mantenido por el juzgador de primer grado, no cabe entender legalizada una plantación de una especie protegida por una concesión comunitaria de variedad vegetal en el sentido de entender que cualquier clase de acto realizado en relación a ella queda fuera del control del titular de la concesión, pues la protección no tiene otras excepciones que las señaladas en el propio reglamento. / En contra no cabe argüir que el efecto propio de los actos realizados en el período de protección limitada o provisional es el de la indemnización razonable del art. 95, pues tal protección ha de ser entendida como una extensión de la protección, no una limitación de la conferida por la concesión."*

La Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de noviembre de 2007 (Roj: SAP BA 1020/2007; pte. Sr. Sánchez Ugena) también aborda la cuestión relativa a la aplicación del Reglamento Comunitario en referencia a una plantación de nectarinas, pero a diferencia de la situación contemplada en el presente caso – y en la resolución citada de la Audiencia de Zaragoza – en este supuesto, de su fundamento sexto, parece desprenderse que los árboles fueron plantados con anterioridad a la publicación de la solicitud de la variedad defendida por la demandante, lo que condujo a la afirmación que se efectúa en el fundamento séptimo en orden a que *"... **quien explota lícitamente** una variedad vegetal **en un momento determinado también la explota en el futuro** porque la producción posterior viene dada, en cada momento, por el árbol mismo, sin necesidad de aplicación, por lo general, de nuevos injertos ya que las características de la variedad producida está ya en el propio árbol."*- el destacado en negrita es nuestro -.

Por tanto, y en conclusión, no discutidos y expresamente admitidos los actos de infracción, y considerando esta Sala, como ya efectuó en el supuesto a que se ha aludido con anterioridad, que los actos infractores están acreditados, pues es claro y así lo refleja el informe pericial emitido en las actuaciones que los árboles de la demandada, situados en las parcelas 102,103 y 104 del polígono 22, partida EL MOCO, término municipal de ALBATERA corresponden al cultivo de la variedad Nadorcott –conocida también como Afourer- y que fueron plantados en la primavera de 2004, siendo el número de árboles de 1727 (1700 según la demanda) hasta la presentación de la demanda, en 2010 la explotación comercial no consentida se ha producido.

En este momento debe dilucidarse, en consecuencia, en el presente, las consecuencias de tales actos, con distinción entre el período de protección provisional comprendido entre la primavera de 2004 hasta el 15 de febrero de 2006 en que la actora consolidó su derecho – tal y como se apreciaba en la sentencia arriba citada- y el transcurrido con posterioridad al 15 de febrero de 2006, respecto del cual se imputa al demandado la persistencia en la infracción

En efecto, tal y como se afirmaba en la sentencia ya citada (de 22-12-11) entendemos que:

3.1.- Es de aplicación el contenido del artículo 95 del Reglamento Comunitario respecto del momento comprendido entre el injerto de los árboles propiedad del demandado y el momento en que la actora obtuvo de forma definitiva la protección legal, de manera que para el expresado período procede la fijación de la "indemnización razonable" a la que se refiere el precepto, tal y como establece la sentencia apelada, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto de la cuantía de dicha indemnización que también constituye objeto de la presente apelación.

3.2. Ha sido acreditado que con posterioridad al momento en que se consolida la titularidad de la variedad vegetal, ha tenido lugar la producción de fruta y su consecuente comercialización por el demandado, sin consentimiento de quien ostenta el derecho de exclusiva sobre la variedad controvertida. Entendemos que es de aplicación en este momento temporal el contenido del artículo 94 del Reglamento pues en el ámbito de infracción que contempla en su apartado 1 a) ("toda persona que sin estar legitimada realice alguna de las operaciones mencionadas en el apartado 2 del artículo 13 en relación con una variedad para la que se haya concedido una protección comunitaria de obtención vegetal") se encuentra "la producción" en sentido diverso y no propiamente sinónimo de la "reproducción (multiplicación)" en los términos que establece el artículo 13.2, dado que por producción se entiende (en la 22ª Edición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española) la "suma de los productos del suelo o de la industria".

Discrepamos, por ello, de la afirmación que se contiene en la sentencia apelada (FJ1º) en orden a que el demandado no ha realizado después del 16 de febrero de 2006 ninguno de los actos mencionados en el artículo 13.2 del Reglamento e igualmente discrepamos en orden a que la protección respecto del material cosechado sea una excepción al régimen general de protección, pues entendemos que la protección al titular del derecho de explotación se extiende también al producto de la cosecha de forma subsidiaria – en los términos prevenidos legalmente – que no es lo mismo que como excepción al ámbito de protección general. Tampoco compartimos la afirmación de que el demandado no necesitase la oportuna autorización para la explotación de los árboles injertados (pues considera el Juzgador a quo que al momento de producirse los componentes pertenecían al dominio público) dado que el injerto se produce en el momento amparado por la protección provisional derivado de la solicitud anterior.

Teniendo presente cuanto se ha expuesto, resulta de Artículo 21 de la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, relativo a la vulneración de los derechos del obtentor que:

"El titular de un título de obtención vegetal, podrá ejercitar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia.

En particular el titular podrá exigir:

El cese de los actos que violen su derecho.

La indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

La recogida de todo el material vegetal obtenido que se encuentre en poder de cualquiera de los responsables y su destrucción cuando ello fuera indispensable.

La atribución en propiedad del material vegetal al que hace referencia el párrafo anterior, en cuyo caso su valor será imputado a la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor de los citados productos excediera de la indemnización concedida, el titular del derecho deberá compensar a la parte condenada por el exceso.

La publicidad de la sentencia por cuenta de la parte condenada.

La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de su derecho."

Consecuencia de cuanto se viene exponiendo en los apartados precedentes es la estimación de los pedimentos de la demanda relativos a la declaración de la infracción tanto en referencia al período de protección provisional como al momento posterior, con los efectos inherentes a tales pronunciamientos en materia indemnizatoria – que se analizará en el siguiente razonamiento – como en cuanto al cese de los actos de infracción que se vienen realizando, que ha sido expresamente interesado en el suplico de la demanda. Dicho cese habrá de implicar – a tenor de lo alegado respectivamente por las partes – bien el arrancado de los árboles de la variedad y destrucción del material cosechado, bien en el injerto a otra variedad.

Siendo sustancialmente idéntica la situación aquí examinada respecto de la allí analizada, no puede diferir la respuesta dada por esta Sala por lo que hemos de analizar, también concretamente, las distintas peticiones planteadas en la presente demanda.

CUARTO.- Entrando en el análisis de las concretas indemnizaciones a conceder a la demandante, hemos de efectuar dos precisiones previas:

- La primera, se refiere a las cuantías a tomar en consideración para la fijación de las correspondientes indemnizaciones. Esta Sala partirá necesariamente de las cantidades solicitadas en la demanda, por cuanto posteriormente se han alterado, al alza, las sumas

solicitadas, partiendo, en primer lugar, de una variación en el número de árboles (pasan de 1700 a 1727, según informe pericial) así como un extraordinario incremento en orden a la reclamación por los ingresos obtenidos por la demandada (de los 168.300 Euros de la demanda, el cálculo se sitúa ahora en 485.925 Euros). Es obvio que la cuantificación previo sitúa el límite máximo de reclamación, pues, en otro caso, deberían haberse fijado, simplemente las bases de cálculo para su complemento con datos a obtener con posterioridad. Tal situación no se ha producido, por lo que entendemos que tal incremento, a todas luces desproporcionado, genera una situación no amparable, por vulnerar la petición deducida en la demanda, a la que debemos atenernos. Igual argumento en cuanto al número de árboles, puesto que aunque la diferencia es relevante, la propia actora, que tenía instrumentos a su alcance para delimitar el número, lo determinó plenamente, sin que resulte, consideramos, procedente la alteración de tales cálculos.
- La segunda, en igual línea de razonamiento, se refiere a la solicitud de daño moral, que, si bien coincidente en el importe, no lo es en el "concepto" en que se interesa. Resulta absolutamente desproporcionado pretender una indemnización de 48.000 Euros por desprestigio de la variedad, que, en el recurso, se convierte en indemnización por falta de autorización y uso ilegal. Nos atendremos, por tanto, al concepto y cantidad por el que se solicitó la indemnización, sin dar lugar a la modificación conceptual que, consideramos, también afecta a los términos establecidos, en su momento, de debate.

Dicho cuanto antecede, partiendo de lo anteriormente resuelto por esta Sala –nuevamente citamos la sentencia de 22 de Diciembre de 2011- y teniendo en cuenta, como se ha expuesto, las concretas peticiones formuladas por ésta en su escrito de demanda – atendido el principio de congruencia derivado del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - y así;

a) *Respecto de la petición formulada en orden a que la indemnización razonable del artículo 95 del Reglamento debe fijarse a razón de 7 euros por árbol y no a razón de 3,5 por árbol, entendemos que no procede acoger la pretensión de la recurrente. Compartimos en este punto la reducción de la cantidad postulada al 50%* . Aplicando tal indemnización al supuesto que nos ocupa, procede conceder, por tal concepto, la suma de 5.950 Euros (en lugar de los 11.900 solicitados).
b) *Respecto de la indemnización que se postula en la demanda al amparo del artículo 94 por la infracción posterior al 16 de febrero de 2006,* afirmábamos en aquella resolución, igualmente, que no procedía conceder la indemnización solicitada como beneficio obtenido por el infractor, en aquel supuesto por razón del resultado de la prueba practicada. En el presente, lo cierto es que la propia demandante hoy recurrente, ha pasado de un importe de 168.300 Euros a los más de 400.000 Euros que ahora mantiene, y, por otra parte, la demandada, al contestar la demanda indicó que la producción era baja, y no se obtendrían más de 96.300 Euros, y que la actora no tiene en cuenta los costes de plantación, que según informe obrante a folios 462 y ss de las actuaciones, ascenderían a 160.591 Euros, lo que no conduce a dato incuestionable de que pueda partirse a los efectos previstos, lo que, por otra parte, es prueba de la parte demandante.
c) Al igual que en el supuesto, tantas veces citado, analizado en la sentencia de 22-12-11 la actora, en la demanda, solicitaba como criterio subsidiario, – folio 18 – *"Si, por el contrario, se atendiera subsidiariamente al otro criterio previsto por la ley – electivo para el demandante -, es decir, el relativo al beneficio dejado de percibir por el titular, volveríamos a cuantificar la indemnización en 11.900 euros más IVA, derivados de multiplicar el número de árboles de la variedad por la cantidad por árbol prevista en concepto de royalties en los contratos de licencia suscritos por mi mandante con otros agricultores por regularizar sus*

plantaciones". Entendemos, por tanto, que la indemnización por este concepto se limitará a los 11.900 Euros más IVA.

d) Tal y como se indicaba, asimismo, en la tantas veces citada resolución de 22-12-11 "*Consideramos que no procede atender a la petición indemnizatoria por desprestigio, pues aún cuando ciertamente el artículo 22.3 de la Ley 3/2000 de 7 de enero dispone que "La indemnización de daños y perjuicios a favor del titular del título de obtención vegetal comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido y el de la ganancia que haya dejado de obtener, sino también el perjuicio que suponga el desprestigio de la variedad objeto del título de obtención vegetal causado por el infractor mediante una utilización inadecuada. La indemnización en ningún caso podrá ser inferior al beneficio obtenido por la persona que cometió la infracción", entendemos que el desprestigio derivado de la utilización inadecuada de la variedad protegida ha de ser acreditado por la parte que lo alega, sin que tal carga probatoria haya sido cumplida por la parte demandante recurrente.*

A ello debemos añadir que, por lo ya expuesto, tampoco puede concederse la suma fundamentada en el cambio de concepto a que hemos aludido anteriormente.

e) Finalmente, al igual que en el aquel supuesto, hemos de acceder a la publicación solicitada por la actora en el suplico de la demanda conforme al contenido del artículo 21 de la Ley precedentemente transcrito, pero no en los términos que solicita, pues considera este tribunal que el alcance de la publicación ha de circunscribirse a una revista especializada del sector de ámbito nacional.

QUINTO.- La parcial estimación del recurso comporta que la estimación de la demanda sea parcial, por lo que tanto en referencia a las causadas en primera instancia como en lo relativo a la apelación cada una de las partes deberá soportar las causadas por su actuación y las comunes por mitad, atendido el contenido de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede, sin embargo, acordar la restitución a la recurrente del importe del depósito constituido para recurrir.

VISTOS los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación promovido por la representación de CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de los de Valencia de 27 de Mayo de 2011, que revocamos íntegramente, en cuanto acogía la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA, que se rechaza. En su lugar, ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda instada por la representación de CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS contraDª ELISA SÁNCHEZ SERNA , y en su consecuencia:

1.-DECLARAMOS que el expresado demandado ha realizado actos de infracción de las facultades correspondientes al titular de la obtención NADORCOTT durante el período de protección provisional que abarca desde el 26 de enero de 1996 con la publicación de la solicitud hasta el 15 de febrero de 2006 y CONDENAMOS a dicha demandada a abonar la indemnización de 5.950 Euros más IVA, por la infracción cometida durante el expresado período.

2.- DECLARAMOS que Dª ELISA SANCHEZ SERNA ha realizado actos de infracción de las facultades correspondientes al titular de la obtención NADORCOTT con posterioridad a la fecha de efectividad de la concesión de la titularidad de la obtención de la

indicada variedad y en su consecuencia CONDENAMOS al anteriormente expresado al pago de la indemnización de 11.900 Euros más IVA, por la infracción cometida a partir del 15 de febrero de 2006, así como a CESAR en la infracción y en particular a **no ejecutar** cualquiera de los actos de explotación que requieran del consentimiento del titular de la obtención vegetal y **a arrancar y destruir (o injertar de otra variedad)** la totalidad de la plantación NADORCOTT correspondiente a las parcelas litigiosas.

3.-DESESTIMAMOS las demás pretensiones indemnizatorias contenidas en el suplico del escrito de demanda.

4.-CONDENAMOS al demandado a publicar a su costa el encabezamiento y fallo de la presente resolución, en una revista especializada del sector de ámbito nacional.

Respecto de las costas del procedimiento tanto en la instancia como en la alzada, cada parte soportará las causadas por su actuación y las comunes por mitad. Se acuerda, asimismo, se proceda a la restitución a la recurrente del importe del depósito constituido para recurrir en apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C., una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

Mensaje LexNet - Notificacion

Mensaje

IdLexNet	201210003586113	
Asunto	Notificación vía LexNET (múltiple)/SENTENCIA D / F/	
Remitente	**Organo Judicial**	AUD. PROVINCIAL SECCIÓ N. 9 CIVIL de Valencia, Valencia/València [4625038009]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL)
Destinatarios	MARTIN PEREZ, RICARDO [00141]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de València
	GIL FURIO, SARA [00515]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de València
Fecha-hora envío	25/01/2012 11:43	
Adjuntos	0002696_2012_001_46250370002011000415 8-1190020-1.rtf(Principal)	
Datos del mensaje	**Tipo procedimiento**	RAP
	Nº procedimiento	000614/2011
	Detalle de acontecimiento	SENTENCIA D / F
	NIG	4625037220110004179
	Corrección a escrito	**No**

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
25/01/2012 12:01	Ilustre Colegio de Procuradores de València	lo reparte a	MARTIN PEREZ, RICARDO [00141]-Ilustre Colegio de Procuradores de València
25/01/2012 12:41	MARTIN PEREZ, RICARDO [00141]-Ilustre Colegio de Procuradores de València	lo recoge	