

NOTIFICACION

25/9/2014

ROLLO NÚM. 000216/2014

VTA

SENTENCIA NÚM.:260/2014

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

DOÑA MARÍA ANTONIA GAITÓN REDONDO

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a veinticinco de
septiembre de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000216/2014, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000188/2011, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como demandante apelante a CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, representado por el Procurador de los Tribunales don RICARDO MANUEL MARTIN PEREZ, y asistido del Letrado don PEDRO TENT ALONSO y de otra, como demandado apelado a don [REDACTED] representado por la Procuradora de los Tribunales doña ROSA MARIA CORRECHER PARDO, y asistido del Letrado don ALVARO TORRE GOMEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por CLUB DE 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 6 de noviembre de 2013, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por la procuradora de los Tribunales D^a. Rosa M^a. Correcher Pardo, en nombre y representación de D. [REDACTED] debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones de parte actora. Se imponen las costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por CLUB DE 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.- Por la representación de la entidad CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 6 de noviembre de 2013, desestimatoria de las pretensiones deducidas por la expresada entidad frente a DON J. [REDACTED], al negar legitimación a la actora para el ejercicio de las acciones promovidas contra el Sr. [REDACTED] por las razones que se expresan extensamente en la fundamentación jurídica de la resolución apelada.

La entidad demandante, tras hacer referencia a los antecedentes procesales que estima de interés (en orden a la fecha de la presentación de la demanda, contestación a la misma y desarrollo del proceso hasta el dictado de la Sentencia que se apela), articula sus discrepancias con respecto al tenor de la resolución judicial en los argumentos que se plasman en las 90 páginas que integran su escrito, unido al folios 659 y los siguientes del proceso, y que se concretan seguidamente a modo de mero resumen o síntesis para delimitar el objeto de la apelación:

1.- Legitimación activa del Club demandante: En este apartado, la recurrente razona que el Juzgador de instancia se contradice porque en otro procedimiento anterior seguido a su instancia le reconoció legitimación, tratándose de un caso con idéntica problemática a la contemplada en el presente. Y además - asevera - contradice el criterio de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia contenida en las resoluciones que enumera y de las que se desprende - en la línea que mantienen otras Audiencias Provinciales - su legitimación para reclamar. Siguiendo las directrices de los pronunciamientos de la Audiencia de Valencia ha acompañado a la demanda los documentos que acreditan su legitimación.

Para poner de relieve su legitimación procede al desarrollo de las relaciones surgidas entre los distintos operadores de manera que a la titularidad de NADORCOT PROTECTION SAKL (documentos 2 a 9) sigue la licencia en exclusiva otorgada a favor de CARPA DORADA SL (documentos 10 y 12) y el apoderamiento a favor de la entidad ahora demandante para la defensa y protección de los derechos en nombre de la mercantil citada (documentos 11 y 15), de manera que su representada no actúa en el proceso en calidad de sublicenciataria sino en calidad de mandatario, no siendo acertada la conclusión plasmada en la Sentencia en torno a la cuestión, pues no se ha articulado la acción sobre la base de una sublicencia, al margen del hecho acreditado (documento 10) de la facultad de CARPA DORADASL de otorgar sublicencias en virtud del contrato suscrito con el titular de la variedad.

Discrepa, asimismo, de las demás razones expresadas en la Sentencia sobre la falta de legitimación activa de su representada para interponer la demanda y afirma al respecto que:

a.- Se hace una incorrecta valoración a propósito del artículo 104 del Reglamento comunitario: que el precepto se refiera al titular y al licenciataria no implica la falta de legitimación procesal por medio de la llamada legitimación indirecta, por representación o mandato. No cabe una interpretación del precepto tan restrictiva como la que hace el Juzgador de instancia pues el licenciataria puede encomendar la defensa judicial de sus

intereses, y cita doctrina y diversas resoluciones judiciales en sustento de su tesis. La legitimación no se circunscribe a las personas a que alude el artículo 41 de la Ley de Marcas, y no cabe confundir legitimación procesal con titularidad material del derecho.

b.- Sobre la necesidad de habilitación por título normativo con rango de ley o superior para otorgar legitimación activa a persona o entidad distinta del titular de la relación jurídica, asevera que tal cuestión no fue planteada por las partes ni discutida en el proceso por lo que muestra su disconformidad con lo argumentado en la Sentencia, e invoca el contenido de los artículos 1709 a 1739 del C. Civil relativos al mandato y diversas resoluciones judiciales en las que se ha admitido la legitimación activa del mandatario sobre la relación jurídica ejercitada cuando ésta es de la titularidad de un tercero.

2.- En lo que al fondo del asunto se refiere, y tras relacionar los hechos no controvertidos, argumenta que el demandado sostiene que plantó antes de que la variedad fuera conferida a NADORCOTT PROTECTION SARL con plenitud de efectos y que es errónea la tesis sostenida por la representación del [REDACTED] en orden a que sólo debe abonar la indemnización razonable por dicho período, pues la infracción se mantiene por la explotación comercial de la variedad. Tras hacer distinción entre las consecuencias de la infracción según que se haya producido en un momento temporal u otro (en función de la fecha de la concesión de la variedad) y alegar las resoluciones judiciales y los artículos doctrinales que estima de aplicación al caso, concluye que la interpretación judicial no es correcta y desconoce las sistemática y espíritu del Reglamento 2100/94 y normativa nacional, entre otros errores que enumera a los folios 710 y 711 de las actuaciones. Y entiende que la Sala debe acoger sus pedimentos por las siguientes razones:

a.- No cabe apreciar el agotamiento del derecho atendidas las indeseables consecuencias que se derivarían de la tesis que sostiene la Sentencia apelada, como los mercados paralelos con precios inferiores a la regalía a pagar por los licenciatarios legales, amén de otras desigualdades en relación con los mismos.

b.- La comercialización de frutos posterior a la plena eficacia de la protección constituye un acto susceptible de protección e indemnización y añade que: 1) el demandado no ha recabado permiso alguno para explotar comercialmente la variedad; 2) no ha identificado quién le suministró los plantones que dice haber utilizado en 2005. Su representación tiene derecho a ejercitar las acciones de prohibición que le incumben sin que la posición que sostiene el demandado tenga refrendo legal. La mera puesta en producción actual incurre en la prohibición del artículo 13.2 del Reglamento 2100/94.

c.- Los argumentos esgrimidos por el demandado son contrarios al parecer unánime de la jurisprudencia, sin que sean de aplicación al caso las resoluciones citadas del orden jurisdiccional contencioso, que no guardan relación con el objeto de discusión en este procedimiento.

3.- En lo que se refiere a la cuantificación de la indemnización pide:

a) 7 euros por árbol (216) durante el período de protección provisional más el IVA. No procede la cantidad de 3,50 euros por árbol y valora la distinta actitud de las partes y la actuación rebelde del demandado al no regularizar su situación.

b) 45.532,80 euros por infracción tras la concesión de la variedad, a tenor del resultado de

la prueba pericial practicada, o en caso de entender deducibles los gastos, la cantidad ascendería a 32.349 euros. Y añade que los gastos no han sido acreditados. Critica, al efecto, el contenido del informe pericial emitido a instancia de la parte demandada pues de tal informe se desprende que tiene una explotación deficitaria pese a tratarse de la mandarina más cara, de manera que se ha de estar al informe emitido a solicitud de la actora.

c) Por daños morales reclama la cantidad de 6000 euros por año desde 2007 por lo que reclama 36000 euros.

E interesa la estimación del recurso de apelación y la revocación de la Sentencia apelada (folio 743 de las actuaciones).

La representación del demandado se opone al recurso de apelación por la razones que se exponen extensamente en su escrito de oposición al recurso (folio 751 y los siguientes) en el que, además de impugnar los motivos de fondo alegados por la actora – atendido el hecho de que se acogió en la Sentencia la falta de legitimación activa – se opone al incremento de las cantidades reclamadas con ocasión de la apelación pues frente a una pretensión inicial de 45.000 euros por todos los conceptos sobre una base de 600 árboles, ahora pide 83.000 euros sobre una base de 210, lo que no es posible visto el contenido de las Sentencias de la Sección 9ª de la AP de Valencia de 24 de enero y 16 de julio de 2012. Y reitera la falta de legitimación del demandante con sustento en el artículo 104 del Reglamento (que no puede ser forzado en los términos alegados por la demandante) y en el hecho de que la actora acciona en su propio beneficio económico y su representado nunca le ha reconocido legitimación, habiéndose otorgado el contrato en que sustenta su derecho a espaldas del titular y del suscrito el 23 de junio de 2003 entre CARPA DORADA SL, GESLIVE y NADORCOTT PROTECTION, realizándose el cambio de GESLIVE a CVVP sin cobertura legal. En lo que al fondo del asunto se refiere insiste en que el injerto es anterior al 15 de febrero de 2006, que la indemnización razonable por el período provisional es de 3,50 euros por árbol (216), no ha existido beneficio probado y no procede la pretensión indemnizatoria cumulativa que se interesa de contrario. Y tras citar la normativa y resoluciones que estima de aplicación al caso termina por solicitar la desestimación del recurso (folio 767 de las actuaciones).

SEGUNDO.-La primera cuestión sobre la que habremos de pronunciarnos es la que se refiere a la incorporación a las actuaciones de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 21 de febrero de 2014 a tenor de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la LEC.

La expresada norma prevé (como excepción a la preclusión definitiva de la presentación de documentos), la incorporación de sentencias o resoluciones judiciales o de la autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

La razón por la que la apelante aporta dicha Sentencia es la cita en la fundamentación de la resolución apelada de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada de que trae causa el documento aportado, y que revoca. Y en cuanto a la finalidad de la aportación es el animo de “ilustrar” a este órgano judicial “sobre los diferentes pronunciamientos judiciales recaídos en la materia objeto de controversia”

El artículo 271.2 de la LEC, dispone que en los supuestos contemplados en la norma, el tribunal se pronunciara sobre la admisibilidad y alcance del documento judicial o administrativo al tiempo de dictar sentencia, y es de ver que en el caso que ahora nos ocupa no procede la incorporación a las actuaciones de la referenciada porque no se cumplen los presupuestos de admisibilidad dado que su finalidad es la mera ilustración de la Sala y no es condicionante ni decisiva para resolver el recurso. Este Tribunal no está vinculado por la fundamentación de la Sentencia apelada derivada de la cita de resoluciones de órganos de primera instancia o de apelación, que no tienen valor jurisprudencial.

TERCERO. Como primer motivo de recurso se somete a nuestra consideración el relativo a la legitimación del CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS para el ejercicio de las acciones que motivan el presente procedimiento y que fue denegada en la instancia por las razones que resultan – en extenso – de la fundamentación jurídica de la resolución apelada.

Esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia ha conocido de un importante número de procedimientos seguidos a instancia de la entidad demandante y en ejercicio de acciones análogas a las planteadas en el presente procedimiento, y ha venido reconociéndole legitimación para litigar.

Así se desprende, por ejemplo, de la Sentencia de 24 de enero de 2012 (Rollo 614/2011, Pte. Sra. Andrés Cuenca) en la que decíamos: *“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.”* Y en la Sentencia de 27 de febrero de 2012 (Rollo 848/2011, Pte. Sra. Gaiton Redondo) precisábamos *“en relación con la excepción de falta de legitimación activa en materia de marcas que los documentos que acrediten o justifiquen la misma han de venir aportados con el escrito de demanda, y ello así resulta en el caso de autos. Al folio 71 consta el certificado emitido por la mercantil NADOR COTT PROTECTION SARL en el que se hace constar la concesión a la entidad CARPA DORADA de la licencia exclusiva para la explotación de la variedad NADORCOTT en los territorios de España y Portugal, constando al folio 72 la certificación de la inscripción de tal licencia en el Libro Registro de Licencias de Explotación del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. A su vez, dada la finalidad con la que se constituyó el CLUB DE VARIEDADES VEGETALES- cuya Acta fundacional y Estatutos constan al folio 73 y ss.-, CARPA DORADA SL procedió en fecha 21 de septiembre de 2009 a otorgar a dicho CLUB poderes suficientes a los efectos de que la misma pueda llevar a cabo las actuaciones necesarias en defensa y protección de la variedad, en particular para perseguir cualquier acto de vulneración de los derechos de explotación sea cual sea su naturaleza, en particular cualquier acto de explotación ilegal. Entiende la Sala que tal documentación resulta suficiente a los efectos de justificar la legitimación activa de la entidad actora...”*

Declara el Tribunal Supremo que la legitimación para promover eficazmente un proceso

solo corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo que será, en todos o en parte de sus aspectos, objeto de controversia, constituyendo los supuestos de legitimación extraordinaria una excepción a tal regla, al permitir la posibilidad de promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida, y argumenta que *“se trata de situaciones en las que se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso”* (STS de 18 de septiembre de 2009, RC núm. 2364/2004 y 27 de junio de 2014 ROJ: STS 3158/2014). Los Tribunales también han reconocido legitimación extraordinaria en supuestos de apoderamiento voluntario, como se desprende entre otras de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de septiembre de 1998 (Roj: SAP M 9387/1998), o de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2005 (Roj: STS 6450/2005) que declara - respecto de los supuestos de reclamación de honorarios profesionales de un colegiado por parte de su colegio profesional - que: *“la figura jurídica de semejante actuación de algunos Colegios Profesionales, merecedora de numerosas disquisiciones doctrinales, que han dado ocasión a construcciones diversas, (legitimación por sustitución, legitimación extraordinaria, desplazamiento de la legitimación, legitimación representativa) no puede separarse del concepto de representación, sea institucional, corporativa, o estatutaria, que además, como en el caso ocurre, resulta voluntaria, pues existe un poder al efecto conferido por el Arquitecto en favor del Colegio, ...”*

Teniendo presente cuanto se ha expuesto y a la vista de la documentación que ha sido aportada al proceso, entendemos que hemos de mantener el mismo criterio apuntado en las resoluciones citadas, pues entendemos que la Sentencia de instancia no hace una correcta interpretación del artículo 104 del Reglamento 2100/94 en conexión con el tenor del artículo 16.1 del mismo cuerpo legal, pues a los efectos del proceso, la relación existente entre CARPA DORADA SL y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES no es la de sublicencia (prohibida por la norma últimamente citada) sino la derivada de la existencia de un contrato de colaboración en virtud del cual, CARPA DORADA SL (legitimada a tenor del artículo 104 del Reglamento para el ejercicio de acciones por infracción en su calidad de licenciataria no excluida y en cuyo interés se suscribe el contrato según resulta del folio 107 de las actuaciones) encomienda a la actora, entre otras, las tareas de defensa y protección de la variedad y en concreto la persecución de los actos de vulneración de los derechos de explotación de la variedad mediante el ejercicio de acciones judiciales, sin perjuicio de los derechos de explotación que corresponden a CARPA DORADA SL (folio 108), como con anterioridad desarrollara GESLIVE (folio 97) con conocimiento y consentimiento de la titular de la variedad nadorcott. Esto es, la titular de la variedad admitió la posibilidad de que el obtentor no ejercitara por sí las acciones judiciales para la protección de la variedad y que pudiera realizarlo una entidad distinta, que inicialmente fue la agrupación de obtentores GESTION DE LICENCIAS VEGETALES GESLIVE AIE y actualmente la asociación CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS.

De cuanto antecede se desprende la estimación del motivo de apelación y la revocación de la resolución apelada, lo que determina la necesidad de resolver las demás cuestiones planteadas en la litis, con expresa mención de los artículos 218, 410 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues dispone el último de los citados que *“establecido lo que sea el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente”*. La cuestión no es baladí, pues los pedimentos

indemnizatorios inicialmente contemplados en la demanda se han visto modificados al alza al tiempo de la interposición del recurso, infringiendo el precepto transcrito, por lo que habremos de estar al planteamiento inicial, tal y como ya declaramos en su día en las dos resoluciones de esta Sala ya reseñadas anteriormente.

CUARTO.- Reconocida la legitimación de la actora para litigar en la presente litis en ejercicio de las acciones descritas en la demanda, procede analizar el resultado de la actividad probatoria practicada en el proceso con la finalidad de aplicar a los hechos acreditados las correspondientes consecuencias jurídicas.

De los hechos admitidos, de la documental y pericial practicada a instancia de cada una de las partes litigantes, se desprende

1. Que en la parcela 391 del polígono 503 del termino municipal de Tabernes de Valldigna propiedad de DON [REDACTED] existen un total de 216 mandarinos nadorcott, todos de la misma edad de plantación y con callo de injerto, según se desprende del informe pericial realizado por DON RICARDO FLORES VILLANUEVA (a instancia de la parte actora) durante el curso del proceso al folio 600 y siguientes de las actuaciones.

2. El informe emitido por el perito DON JUAN MARTI MASANET, basado en los datos técnicos analizados tales como el diámetro de copa, tronco, injerto y estado sobre patrón, en relación con el momento en que se inicia la producción (2008) afirma que el material vegetal es de 2005 y la plantación anterior al 15 de febrero de 2006 (folio 354), mientras que en el informe emitido por el Sr. Flores Villanueva se sitúa en 2007 tomando como referencia las fotografías aportadas al proceso (cartografía histórica, sistemas de información geográfica SIGPAC) y el momento en que se inicia la producción, que a diferencia del perito de la parte demandada lo sitúa en 2010.

Como quiera que en el recurso de apelación, la actora admite la tesis sostenida por el demandado en orden a que el injerto se produjo con anterioridad al 15 de febrero de 2006 y postula la condena al pago de una indemnización razonable conforme al artículo 95 del Reglamento (folio 699 de las actuaciones) al tiempo que razona sobre la compatibilidad de la protección provisional y de la definitiva, estimamos que se ha de tener como acreditado que el material vegetal es anterior al 15 de febrero de 2006, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento.

3. Finalmente, y en lo que se refiere a la producción de los 216 arboles indicados para los años comprendidos entre 2008 y 2010 (dado que la demanda se presenta en el mes de febrero de 2011) resulta de los informes periciales aportados la siguiente información a considerar:

a) En el emitido por el Sr. Martí Masanet (a los folios 345 y siguientes) se precisa que sería la campaña 2010-2011 la primera con una cantidad de producción que permitiera la comercialización en el mercado en fresco, aunque según el estudio económico realizado por el mismo los ingresos no cubrirían los gastos de producción. Dicho perito fija los costes de producción para un aforo de producción por árbol de 12,30 kg para la expresada campaña de 0,82 euros por kilo (folio 351) y una cotización media de la variedad nadorcott para la misma campaña y con arreglo a las cotizaciones de la Mesa de Cítricos de la Lonja de Valencia de 0,738 euros, lo que determinaría un rendimiento negativo para la parcela del Sr. [REDACTED] de 211,81 euros.

b) En el informe pericial emitido por el Sr. Flores Villanueva (a instancia de la actora) se fija una producción de 5 kilos por árbol para la campaña de 2008, 30 kilos por árbol para la de 2009 y 60 kilos por árbol para la de 2010. Los precios medios que fija por kilo con referencia al Lonja de Cítricos es de 0,68 euros (en relación al anexo al folio 621 a 623) y determina el número de kilos por árbol para cada una de las anualidades sobre la base de la tabla contenida en el documento 24 de la demanda, elaborado por la ingeniera agrónoma Sra Iborra Broseta, titulado "Producciones estimadas teóricas por árbol mandarina nadorcott", atendida una densidad media, sin tomar en consideración los gastos de producción.

QUINTO. La Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencias de 22 de diciembre de 2011, 24 de enero, 27 de febrero, 15 de mayo, 16 de julio y 17 de octubre de 2012, ha venido examinando la normativa de aplicación a supuestos de hecho análogos al que ahora se enjuicia con cita y examen del Reglamento (CE) 2100/1994 del Consejo de la Comunidad Europea de 27 de julio de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales y la Ley nacional 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales y en particular de su artículo 13.1, así como diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales que se han ocupado de la cuestión como es el caso de 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), 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), o la 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). Y concluimos, en relación a los efectos que se derivan de la infracción según que se haga referencia al periodo de protección provisional o definitivo, cuanto se expone seguidamente:

"...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 periodo precede 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 (FJIº) 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.”

Los criterios apuntados son de aplicación al caso, por lo que debemos acoger el recurso de apelación con las consecuencias que se expondrán seguidamente.

SIXTO.- Dicho cuanto antecede, procede que el Tribunal se pronuncie sobre las concretas pretensiones indemnizatorias postuladas y en lo que a esta cuestión se refiere, hemos de mantener los mismos parámetros que fijamos en la Sentencia de 24 de enero de

2012, con sustento en otras resoluciones precedentes de esta misma Sección.

a) Decíamos en la Sentencia reseñada que: *“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%”*.

Ello supone, en el caso que ahora nos ocupa el resultado de multiplicar 216 árboles por 3,5 euros, lo que implica un importe total por este concepto de 756 euros.

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 y declarábamos que la carga de la prueba incumbía a la demandante, al tiempo que valorábamos el hecho de no haber tomado en consideración los gastos de producción. En el presente caso, y en base al planteamiento de la demanda (y no de los incrementos posteriores introducidos en el recurso) hemos de hacer las siguientes precisiones.

Si tomamos en consideración los datos apuntados por el informe emitido por el Sr. Flores – a instancia de la demandante y el más acorde a sus intereses –, el total de kilos comercializados por el demandado estaría en 20.520 kilos para las tres campañas que quedan cubiertas por el procedimiento. Pues bien, tanto si aplicamos el precio más favorable a la actora – el fijado por el perito del demandado – como el más desfavorable, y computamos los costes de producción acreditados, la consecuencia sería de un rendimiento negativo para las tres campañas objeto del litigio (2008 a 2010) en atención a las simples operaciones matemáticas consistentes en multiplicar el número de kilos por el precio por kilo y deducir el dato relativo al coste de producción (también por kilo) que aparece aportado al proceso, y que no ha quedado desvirtuado por la pericial aportada a instancia de la parte actora, dado que no aparece contemplada esta magnitud en el informe emitido por Sr. Flores.

La actora, en su escrito de demanda, postuló como criterio subsidiario el beneficio dejado de obtener por el titular con la infracción (folio 17 de la demanda) para lo que atendía a la cantidad de 7 euros por árbol (pago del correspondiente royalty), que entendemos debe ser acogido, lo que representa, en el supuesto sometido a nuestra consideración la cantidad de 1512 euros.

c) En Sentencia de 22 de diciembre de 2011 – y en las posteriores a que se ha hecho referencia con anterioridad decíamos: *“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.

La misma situación concurre en el caso que nos ocupa y en su consecuencia no accedemos a la pretensión formulada por este concepto.

d) Accedemos, como en caso anteriores, a la publicación solicitada en el suplico de la demanda conforme al criterio que reiteradamente ha mantenido esta sección en las resoluciones citadas, lo que implica publicar, a costa de la parte demandada, el encabezamiento y fallo de la presente resolución en una revista especializada del sector de ámbito nacional.

SEXTO. La parcial estimación del recurso de apelación y la parcial estimación de la demanda que conlleva, implica en lo que a las costas procesales se refiere, tanto de la primera instancia como de la apelación, que cada uno de los litigantes soporte las causadas a su instancia y las comunes por mitad con arreglo a los criterios legales que resultan de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo procedente la restitución a la apelante del importe del depósito constituido para apelar a que se refiere la Disposición adicional 15 de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente 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 contra DON [REDACTED] 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 DON [REDACTED] a abonar la indemnización razonable de SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS mas IVA, por la infracción cometida durante el expresado período.

2.- DECLARAMOS que DON [REDACTED] ha realizado actos de infracción de las facultades correspondientes al titular de la variedad nadorcott con posterioridad a la fecha de efectividad de la concesión de la titularidad de la obtención de la misma y en su consecuencia CONDENAMOS al anteriormente expresado al pago de la indemnización de MIL QUINIENTOS DOCE 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 la parcela 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.

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- La extiendo yo, el Secretario judicial, para hacer constar y advertir a las partes de que en el supuesto de que proceda, teniendo en cuenta los requisitos legalmente establecidos y dado el carácter extraordinario de los mismos, la INTERPOSICIÓN de recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra la anterior resolución, conforme a lo establecido en el artículo segundo de la Ley 1/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial (BOE 4/11/09), requiere la consignación de la cantidad de 50 € en la Cuenta de Consignaciones que esta Sección tiene abierta en la entidad BANESTO; siendo el número de expediente: 4557-0000-12-(número de rollo de apelación)-(año), indicando, en el campo "concepto" el código "00 Civil-Casación" y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA. En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (CCC, 20 dígitos), se indicará en el campo "concepto" el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta anteriormente; debiéndose verificar un ingreso por cada uno de los recursos que se preparen; doy fe.