

62001- PUDNO TSWT
JUAN LOPEZ
ALBONTO GARCIA
NOTIF 17/10/2012

ROLLO NÚM. 000392/2012

M

SENTENCIA NÚM.:

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA MARÍA ANTONIA GAITÓN REDONDO

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a diecisiete de
octubre de dos mil doce.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 000392/2012, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000200/2011, promovidos ante el **JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA**, entre partes, de una, como demandado apelante a don [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales don **SERGIO ORTIZ SEGARRA**, y asistido del Letrado don **JUAN RAFAEL GRAU CORTS** y de otra, como demandante apelada a **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS** representada por el Procurador de los Tribunales don **RICARDO MANUEL MARTIN PEREZ**, y asistido del Letrado **PEDRO TENT ALONSO**, en virtud del recurso de apelación interpuesto por [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de **JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA** en fecha 23 de febrero de 2012, contiene el siguiente FALLO: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por **CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS**, representado por el/la Procurador/a Sr/a. **RICARDO MANUEL MARTIN PÉREZ**, contra [REDACTED], representado/as por el Procurador Sr/a. **SERGIO ORTIZ SEGARRA**, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** que la demandada ha realizado actuaciones de infracción de las facultades que corresponden al titular de la obtención vegetal Nadorcott durante el periodo de protección provisional que abarca desde el 26 de febrero de 1.996, con la publicación de la solicitud, hasta el 15 de febrero de 2.006, con la publicación de la desestimación del recurso interpuesto frente a la concesión; y en consecuencia **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la parte demandada al pago, en concepto de indemnización de daños y perjuicios materiales por la infracción cometida durante dicho periodo, la cantidad de

1.890 Euros, entendida ésta como el beneficio dejado de obtener por el titular con la infracción. Así mismo, DEBO DECLARAR Y DECLARO que la demandada ha realizado actuaciones de infracción de las facultades que corresponden al titular de la obtención vegetal Nadorcott con posterioridad a la fecha de efectividad de la concesión de la titularidad de la obtención vegetal Nadorcott, es decir, a partir del 15 de febrero de 2.006 y hasta la actualidad, y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENAR a la demandada, (I) en lo sucesivo, a cesar en la infracción y, en particular, a no ejecutar cualquiera de los actos de explotación que requieren del consentimiento del titular de la obtención vegetal; (II) a la eliminación o, en su caso, destrucción, de cualquier material vegetal de la variedad Nadorcott que se encuentre en su poder, incluido el material cosechado, atribuyendo al titular de la variedad, en caso contrario, la propiedad sobre el mismo; y (III) al pago, en concepto de indemnización de daños y perjuicios materiales por la infracción cometida tras la efectividad de la concesión de la obtención vegetal, la cantidad de 3.780 euros, entendida ésta como el beneficio obtenido por el infractor con la infracción, sin que haya lugar a indemnizar el daño moral. Todo ello haciendo expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada. La parte demandada deberá publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia, a su costa, en un diario de ámbito nacional, en una revista especializada del sector de ámbito nacional, así como en el Boletín Oficial de la Oficina de Variedades Vegetales".

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por [REDACTED], 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. Club de Variedades Vegetales Protegidas presentó con causa en la infracción de los derechos de los que es titular derivados de la protección comunitaria de la obtención vegetal Nadorcott, demanda contra [REDACTED] solicitando: 1º) La declaración de actos de infracción acaecidos después de la fecha de efectividad de la concesión de la obtención vegetal Nadorcott; 2º) El cese en la infracción y en los actos de explotación y a eliminar y, en su caso, destruir cualquier material de la variedad Nadorcott que este en su poder, incluido el cosechado; 3º) Condena a daños y perjuicios en la cantidad de 52.440 euros como beneficio obtenido por el infractor o subsidiariamente, la cantidad de 6.440 euros dejado de obtener por el actor; 4º) Condena al demandado en concepto de daños y perjuicios morales en suma de 18.000 euros; 5º) A publicar el encabezamiento y fallo de la sentencia en una revista especializada del sector de ámbito nacional y en Boletín Oficial de la Oficina de Variedades Vegetales; 6º) Caso de quedarse acreditado que los actos de infracción acaecieron durante el período provisional que alcanza hasta 15/2/2006, la condena al demandado a una indemnización de daños y perjuicios materiales por suma de 6.440 euros y por daños morales en la cantidad de 6.000 euros.

El demandado se opuso a la pretensión deducida de contrario, asumiendo la indemnización provisional pero en cuantía inferior a la pedida y negando viabilidad a las acciones de cesación, remoción y daños y perjuicios por actos posteriores a la concesión, solicitando la desestimación de la demanda.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia estima la demanda y condena al demandado al pago de 1890 euros por la indemnización razonable correspondiente al período provisional y a cesar en la infracción, a no efectuar actos de explotación que requiera el consentimiento del titular, eliminación y destrucción de cualquier material vegetal de la variedad Nadorcoot, incluido el cosechado con indemnización por actos posteriores a la concesión en suma de 3.780 euros y publicación de la sentencia en los términos pedidos con la demanda, imponiendo las costas del proceso al demandado.

Se interpone recurso de apelación por la parte demandada quien tras denunciar ciertos errores, omisiones y defectos e incongruencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil invoca en cuanto al fondo el error de aplicación e interpretación de normas legales y la infracción legal en el pronunciamiento de costas procesales solicitando la revocación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil por otra que desestime la demanda o acoja únicamente el pago por el demandado de la cantidad que la Audiencia determine en concepto de indemnización del artículo 95 del Reglamento Comunitario 2100/1994 sin imposición de costas procesales.

SEGUNDO. Necesario es tratar de las cuestiones adjetivas que bajo el motivo "PREVIO" se indican en el recurso de apelación por los cuales en el suplico de tal pliego se insta la desestimación de la demanda y procede deslindar;

1º) Efectivamente en el antecedente Hecho Primero de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, existe un claro error de transcripción, dado que se reproduce literalmente el suplico de una demanda que no es la que da inicio al presente procedimiento, sino a otro, como se significa por la propia denominación de la parte demandada al referirse a ~~XXXXXXXXXX~~ cuando al caso es ~~XXXXXXXXXX~~. Por ello en aplicación del artículo 214-3 de la Ley Enjuiciamiento Civil, como tal error se corrige, en esta alzada, dada las funciones de este Tribunal de la alzada, debiendo entenderse en esencia y sumario que lo pretendido con la demanda inicial son los pedimentos trascritos en el fundamento precedente.

2º) Igualmente asiste razón a la parte recurrente cuando indica que no planteó como cuestión defensiva la falta de legitimación activa que se trata y resuelve en el Fundamento de Derecho Segundo, resultando improcedente pues no es cuestión deducida por los litigantes y por ende fuera del ámbito de la motivación y decisión del Juzgador conforme ala rt 209 y 218 de la Ley Enjuiciamiento Civil; no obstante ello no produce efecto alguno en la decisión del Juez y mucho menos es causa para desestimar la demanda, dado que no afecta a la misma, pues tal defecto es una incongruencia por exceso pero carente de efectos sobre la decisión fallada.

3º) Se indica que en la demanda la reclamación venia fundada en el artículo 94 del Reglamento Comunitario y que posteriormente en la vista oral se determinó el resto de acciones. Ello no es admisible porque de entrada como se ha transcrito supra en la demanda igualmente se ejercitaba la acción del artículo 95 del mentado Reglamento Comunitario para el caso de que se acreditase que la plantación y producción aconteciese durante el periodo de protección provisional y además solicitando la correspondiente indemnización, por lo que no ha concurrido variación de pretensiones o introducción extemporánea de las mismas

4º) Por último se invoca que el Juez no acordó las diligencias finales pedidas por el demandado, lo que no puede significar la infracción de norma procesal, porque ello es mera potestad conforme dicta el artículo 435.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil del Juez que solo

para el caso que las adopte debe adoptar la forma de auto, sin que debe darse una resolución explicando la razón de no acordarlas y es de hacer notar que la parte apelante instó el recibimiento a prueba en esta alzada que esta Sala denegó por Auto de 22/5/2012 no recurrido.

TERCERO.- En cuanto al fondo, la posición del recurrente, tras efectuar una exposición de la normativa comunitaria y nacional junto con determinadas opiniones doctrinales, puede resumirse en que hasta que no se concede la variedad vegetal, la mismas son de dominio público y la reproducción de los componentes de tal variedad no genera ningún derecho de propiedad a favor de nadie, no necesitando autorización para los actos realizados entre la presentación de la solicitud y la concesión del derecho y solo da lugar a una indemnización razonable, no pudiendo extenderse el derecho del obtentor sobre el producto de la cosecha y como los actos realizados por el demandado son anteriores a la concesión de la variedad sin que posteriormente a la fecha de 15/2/2006 efectuase los fijados en el artículo 13-2 del Reglamento, únicamente debería cumplir con la indemnización razonable pero en modo alguno el cese en la explotación.

Esta Sala, en cumplimiento del artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, revisado el contenido de los autos y las pruebas practicadas, debe ratificar los argumentos de fondo expuestos en la sentencia recurrida, no apreciando el error normativo que denuncia la parte apelante. Sobre las cuestiones que pone de manifiesto el demandado apelante, el Tribunal ha dictado varias resoluciones que se refieren a la misma cuestión, siendo una situación similar a la presente, la analizada en la sentencia de 22 de Diciembre de 2011 cuya argumentación no obstante no compartirla el recurrente, venimos a reiterar al no haber motivo para su modificación y por ende no se comparte la tesis del recurrente sin perjuicio de la consideración que el Tribunal tiene de las opiniones doctrinales en que se apoya. Dijimos y reproducimos:

<<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 de 27 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 gocé 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 lo 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 periodo 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>>

Respecto a la posición del recurrente de que la comercialización del fruto una vez otorgada la concesión de variedad vegetal no resulta prohibido por el Reglamento, no se comparte tal posición por los razonamientos que sobre el mismo tema esta Sala ha explicitado en la sentencia antes datada de 22/12/2011 y reiterado en la sentencia de 24/1/201, entendiendo 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 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.>>

Por idénticas razones los motivos atinentes al fondo de litigio fijados en el recurso de apelación deben ser rechazados.

CUARTO. En cuanto a la indemnización razonable conviene precisar que a la hora de contestar la demanda, el interpelado en su pliego tiene aceptado su obligación de abonarla si bien no en la cantidad de 7 euros por árbol sino que incluso propuso el 50 % de tal cantidad, que es precisamente lo fijado por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en aplicación de los

criterios ya sentados por esta Sala en esta materia y en asuntos similares. Ahora el suplico del recurso de apelación en este punto solicita que se fije “la indemnización que la Audiencia determine” que es siguiendo el criterio ya indicado el establecido por el Juzgador que procede ratificar.

QUINTO. El último motivo del recurso de apelación refiere a las costas procesales que la sentencia impone a la parte demandada y esta invoca el error en la aplicación del artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil dada la estimación parcial de las pretensiones de la actora.

En este punto el recurso de apelación debe ser estimado, pues basta leer el suplico de la demanda que contiene nueve apartados y compararlos con el contenido del fallo, para concluir sin objeción que no se han estimado todas las pretensiones de la demanda y por ende no hay un vencimiento total, siendo por tanto plenamente erróneo la dicción literal con que inicia el fallo de la sentencia al decidir que concurre una estimación íntegra de la demanda, cuando determinados conceptos que integran pretensiones independientes como es la indemnización por daño moral se ha rechazado en su totalidad o cuando los importes indemnizatorios se han reducido considerablemente. La afirmación de la sentencia de estimarse la mayor parte de las pretensiones no es significativo de una estimación sustancial, no solo por denegación de conceptos que integran pretensiones independientes y autónomas sino por la notoria, relevante e importante disminución cuantitativa de los daños y perjuicios. Por consiguiente, siendo la estimación de la demanda, parcial, en aplicación de al regla general del artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil no se efectúa pronunciamiento de las costas de la instancia.

SEXTO. En orden a las costas procesales de la alzada, estimándose en parte el recurso de apelación no se efectúa pronunciamiento de las mismas en aplicación del artículo 398 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 2 Valencia en proceso ordinario 200 /2011 revocamos en parte dicha resolución y,

1º) Se corrige el Antecedente de hecho primero de la sentencia de instancia, debiendo incluirse como peticiones de la parte demandante las fijas en el fundamento de derecho primero de esta resolución.

2º) Se estima parcialmente la demanda, ratificándose los pronunciamientos de condena a salvo el de costas procesales debiendo cada parte correr con las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

3º) No se efectúa pronunciamiento de las costas causadas en la alzada

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir,

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, 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.