



AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA

SENTENCIA: 00270/2012

RECEPCIONADO 07/05/12

Manuel Sevilla Flores

PROCURADOR

Saavedra Fajardo 7-9 1-E

Telf y fax 968 24 43 64

Rollo Apelación Civil nº: 252/12

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Juan Martínez Pérez

Don Francisco José Carrillo Vinader

Magistrados

En la ciudad de Murcia, a veinticuatro de abril de dos mil doce.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de Juicio Ordinario que con el número 79/10 se han tramitado en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia entre las partes, como actora y ahora apelante, la entidad "Club de Variedades Vegetales Protegidas" S.A., representada por el Procurador Sr. Sevilla Flores y dirigida por el Letrado Sr. González Malabía; y como parte demandada y apelante también, la sociedad "**[REDACTED]**" S.A., representada por la Procuradora Sra. Oliva Sánchez y dirigida por el Letrado Sr. Pérez Ruiz. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Moreno Millán que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 6 de mayo de 2011 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: **FALLO:** “ESTIMO parcialmente LA DEMANDA interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Sevilla Flores a instancias del Club de Variedades Vegetales Protegidas, contra la mercantil DOÑA [REDACTED], representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Oliva Sánchez, sin costas

- DECLARO resuelto el vínculo contractual entre EL CLUB DE VARIEDADES VEGETALES Y LA MERCANTIL DOÑA [REDACTED]
- CONDENO a [REDACTED] a injertar de otra variedad, 1.039 árboles, que actualmente pertenecen a la variedad nadorcott y a su costa.
- CONDENO a DOÑA [REDACTED] a abonar a la actora la cantidad de 14.546 euros, en concepto de indemnización de daños y perjuicios”

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora que basó en error en la valoración de la prueba con respecto a los efectos de la resolución contractual y en relación con la aplicación de la facultad moderadora del artº. 1154 del Código Civil. Se dio traslado a la otra parte que se opuso al recurso. La parte demandada mostró su disconformidad con dicha sentencia alegando la falta de legitimación activa “ad causam”; la nulidad del contrato por vicio del consentimiento; el carácter abusivo del artº. 9 de las Condiciones Generales del Contrato; la prescripción de la acción indemnizatoria ejercitada por la demandante y la disconformidad con la moderación de la cláusula penal, por resultar insuficiente. De dicho recurso se dio traslado a la otra parte que se opuso al mismo.



TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 252/12, señalándose para votación y fallo el día 18 de abril de 2012.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente la acción ejercitada por la mercantil actora, "Club de Variedades Vegetales Protegidas", contra la demandada, la sociedad [REDACTED], tendente a la resolución, por incumplimiento de dicha demandada, del contrato suscrito entre ambos litigantes con fecha 24 de enero de 2006 de licencia para la explotación comercial de la variedad vegetal de mandarina denominado Nadorcott, y en concreto por infracción del artículo sexto de las Condiciones Generales del Contrato al hallarse explotando un número de plantas superior en 1.039 a las licenciadas conforme a dicho contrato.

La citada sentencia declara la resolución del correspondiente vínculo contractual por incumplimiento de la entidad demandada, condenando a la misma a injertar de otra variedad ese exceso de 1.039 plantones que pertenecen a la variedad Nadorcott y a que indemnice a la actora en la cantidad de 14.546 € por los daños y perjuicios causados, moderando así el "*quantum*" indemnizatorio fijado en el contrato como cláusula penal.

Una y otra parte litigante muestran su disconformidad con la sentencia de instancia, alegando la mercantil demandante como motivos de recurso, de un lado, la existencia de error de derecho en relación con los efectos que la sentencia atribuye a la resolución del vínculo contractual, y de otra parte, la infracción de lo dispuesto en el art.º 1154 del Código Civil sobre la moderación que realiza de la cláusula penal acordada en el contrato, solicitando finalmente el dictado de una nueva sentencia que estime en su integridad la acción ejercitada.



A su vez la entidad demandada alega como motivo de recurso, la falta de legitimación activa "*ad causam*" de la actora, la nulidad del contrato por vicio de consentimiento, falta de causa y fraude de ley, improcedencia de la incorporación al contrato de las Condiciones Generales por infracción de la Ley 7/1998, el carácter abusivo del artº. 9 de las Condiciones Generales del contrato y finalmente la prescripción del derecho a obtener la indemnización pretendida, solicitando, en consecuencia la desestimación de la demanda. Subsidiariamente solicita la moderación de la cláusula penal mediante la aplicación de una pena consistente en multiplicar por 1,5 veces el precio del correspondiente royalty (7 € por planta) por las 1.039 plantas explotadas en exceso.

SEGUNDO.- Concretadas en los indicados términos las distintas cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que, en efecto, asiste razón, si bien únicamente a la sociedad actora en las dos pretensiones que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación de la sentencia de instancia en relación con esos dos citados pronunciamientos, desestimando, a su vez, como hemos manifestado, el recurso formulado por la demandada "[REDACTED]"

Así y siguiendo un orden lógico procesal, examinamos primero la falta de legitimación activa "*ad causam*" que aduce la entidad demandada, entendiendo que no procede su acogida y viabilidad.

La recurrente fundamenta dicho motivo de apelación, de una parte, en la no acreditación en los autos del contrato de licencia en exclusiva suscrito con fecha 23 de junio de 2003 entre Nadorcott Protection Sarl, titular de los derechos sobre la variedad Nadorcott y la mercantil "Carpa Dorada"; y de otro, porque tampoco consta acreditado que el titular de la licencia "Carpa Dorada" estuviera autorizado a conceder sublicencias.

Pero es lo cierto, que la prueba documental incorporada a los autos y en concreto los documentos 10 y 11, acompañados con la demanda justifican el fracaso de la cuestionada falta de legitimación activa "*ad causam*".

De un lado, la certificación emitida por la sociedad francesa Nador Cott Protection Sarl, "*obtentor*" de la variedad vegetal del mandarino con protección comunitaria, por la que hace constar que la citada sociedad suscribió un contrato de licencia en exclusiva con "Carpa Dorada" S.L., para la explotación en España y



Portugal de la citada variedad. Asimismo consta acreditado, a tenor del certificado emitido por la Oficina Española de Variedades Vegetales, documento nº 11, que la citada licencia fue inscrita en el correspondiente Libro Registro de Licencias de Explotación.

A su vez la prueba practicada en el acto de la audiencia previa y en concreto la aportación del documento nº 4 por la demandante, acredita la condición de la misma como mandatario y entidad gestora de la licenciataria "Carpa Dorada" S.L., en el marco del acuerdo de colaboración de fecha 2 de enero de 2009 suscrito entre las mismas, para todo lo referente a la gestión de los derechos de explotación comercial de la variedad vestal de mandarino denominada "Nadorcott", cuyo titular u "obtentor" es la anteriormente citada sociedad francesa.

Entendemos que los citados documentos con el contenido que mencionan, permiten justificar con éxito la legitimación activa "*ad causam*" de Club de Variedades Vegetales Protegidas en orden al planteamiento de la acción resolutoria contractual ejercitada en el marco de las funciones que, como entidad gestora de la licenciataria de la explotación "Carpa Dorada" S.L., le competen.

Pero es que, por otro lado, y como certeramente se alega por dicho recurrente, en su escrito de oposición al recurso de adverso, concurren determinados hechos, previos a la interposición de la demanda, que ponen de manifiesto y son exponentes de un reconocimiento expreso por la demandada de legitimación extraprocésal de la actora. Concretamente cabría deducir ese reconocimiento extraprocésal de la inspección realizada en la finca de la demandada, a instancia de la actora, por los técnicos de la sociedad Norma Agrícola a los efectos de comprobar el cumplimiento de los correspondientes términos contractuales. De igual manera también es posible deducir tal reconocimiento, de los actos subsiguientes a la inspección mencionada, tales como la solicitud efectuada por la demandada tendente a la ampliación de los derechos de licencia y asimismo la efectiva cumplimentación y remisión a la actora del formulario correspondiente con tal objetivo ampliatorio.

En definitiva, por tanto, y constando debidamente justificada a tenor de lo expuesto, la legitimación activa "*ad causam*", procede la desestimación de este motivo de recurso.

Se añade finalmente que tal resolución del contrato, conlleva la obligación de la licenciataria de arrancar y destruir la totalidad de las plantas puestas en producción en virtud de tal licencia, y además si dicha resolución trae causa de que el licenciatario cultivara un número de plantas mayor que las declaradas, se establece una sanción económica consistente en multiplicar por 3 el importe del royalty (7 €) establecido por la superficie realmente explotada.

En relación con dicho acuerdo contractual y en concreto con respecto al contenido de sus cláusulas, plantea la demandada los siguientes motivos de apelación, a los que atribuimos idéntica suerte desestimatoria que al precedente. Se alega así la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, que dicha parte ha ejercitado en la "litis" por vía de excepción en su escrito de contestación a la demanda, lo que contrariamente a lo afirmado en la sentencia de instancia, resulta procesalmente válido al amparo de lo dispuesto en el artº. 408.3 de la LEC, conforme al cuál el actor a los efectos de contradecir esa petición de nulidad del contrato, tiene la facultad de pedir al Tribunal la concesión de un plazo en tal sentido.

Declarada así la corrección procesal de la nulidad contractual ejercitada por vía de excepción, cabe afirmar que dicha nulidad no puede encontrar acogida por este Tribunal.

La parte recurrente fundamenta dicha pretensión en la existencia de vicio en el consentimiento por dolo, error, ausencia de causa y fraude de ley, por entender que la demandada fue inducida engañosamente por la actora a suscribir el citado contrato de licencia de explotación, a sabiendas de que no resultaba exigible, dado que los árboles de dicha variedad ya se encontraban plantados desde el año 2003 y por tanto con anterioridad a la fecha de concesión de la protección comunitaria datada en el mes de febrero de 2006. Alega que sólo los actos de plantación y explotación realizados con posterioridad a esa fecha de concesión de la variedad vegetal, requieren la correspondiente licencia del titular de la variedad vegetal debiéndose pagar los royalties pertinentes.

Pero como decimos, la prueba practicada, en modo alguno permite sustentar con éxito tal vicio en el consentimiento al no concurrir los requisitos necesarios al respecto. No consta acreditada conducta dolosa alguna con las exigencias probatorias que la jurisprudencia proclama, hasta el extremo de que la voluntad del declarante haya quedado viciada como consecuencia de esas insidias o maquinaciones desplegadas por la otra parte en la contratación de referencia.

Tampoco hubo error con las notas de esencial y excusable que la jurisprudencia requiere, dado, como examinaremos, que la licencia de explotación resultaba necesaria jurídicamente, y además imprescindible en orden a que la demandada pudiera mantener la explotación de la citada variedad vegetal plantada. Ello por tanto es determinante a su vez de la existencia de causa en el contrato suscrito con fecha 24 de enero de 2006, excluyendo cualquier fraude legal por ajustarse lo pactado a la correspondiente normativa comunitaria en tal sentido.

Y ello se afirma así por el Tribunal, porque contrariamente a lo afirmado por la parte recurrente cabe afirmar, de un lado, la perfecta compatibilidad entre las protecciones establecidas en los artículos 94 y 95 del Reglamento Comunitario.

Téngase en cuenta que la normativa Comunitaria y en concreto el Reglamento 2100/94 establece en favor del titular de la variedad vegetal dos períodos de protección diferentes, uno, el denominado provisional regulado en el artº. 95, comprendido entre la fecha de solicitud de la protección comunitaria y la correspondiente a la concesión de la misma, y el otro, denominado de protección definitiva, que comienza a partir de la citada concesión de la protección comunitaria en favor del titular de la variedad.

La interpretación de dicha normativa conlleva a afirmar que los actos de explotación de la variedad vegetal protegida efectuados durante aquel período de protección provisional, no quedan excluidos del control del titular de la citada variedad tras la concesión del título o protección comunitaria y por tanto no cabe entender legalizada dicha plantación previo pago de la "indemnización razonable" que señala el citado artº. 95. Dicha indemnización por tanto no deslegitima al "obtentor" de la licencia para el ejercicio de las acciones que le competen en aquellos casos posteriores a la concesión de la protección comunitaria, en los que pueda resultar infringido su derecho, por cuanto, en definitiva, la protección no tiene otras excepciones que las señaladas en el propio reglamento.

Este criterio jurídico-interpretativo resulta consolidado en general en las resoluciones de las distintas Audiencias Provinciales, entre ellas las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de julio de 2007, y las de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de noviembre de 2001 y 22 de diciembre de 2011, afirmando la primera, ..."*no cabe argüir que el efecto propio de los actos realizados en el período de protección provisional o limitada es el de la indemnización razonable del artº, 95, pues tal protección ha de ser entendida como una extensión de la protección y no una limitación de la conferida por la concesión*".

En definitiva, la exigencia de licencia de explotación en el caso objeto de revisión por el Tribunal resultaba necesaria e imprescindible, por lo que los términos contractuales pactados resultan válidos y eficaces y por ello ajenos a la pretendida nulidad por vicios en el consentimiento.

Procede la desestimación del presente motivo de recurso.

CUARTO.- En igual sentido desestimatorio hemos de pronunciarnos también en relación con el siguiente motivo de apelación referido a la infracción de la Ley 7/1988 de Condiciones Generales de la Contratación por la no incorporación al contrato de licencia de explotación de las correspondientes "Condiciones Generales".

En efecto, hemos de tener en cuenta que el contrato de referencia constituye un contrato de adhesión suscrito entre un predisponente, la actora, y un adherente, la demandada, cuyas cláusulas quedan sujetas a los correspondientes controles de inclusión y de contenido introducidos por la Ley 7/98 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación.

En concreto el artº. 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación regula los requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas generales predispuestas, y ello con la finalidad de garantizar el consentimiento del adherente a las mismas. Tal regulación parte del principio básico en derecho de obligaciones, de que sólo puede consentirse aquello que se conoce, de ahí que en el citado precepto se impone al predisponente de las mismas la carga de procurar la información a dicha parte. Ahora bien, en los contratos concertados por escrito, como es el analizado, el artículo 5 somete la eficacia vinculante de tales condiciones generales al cumplimiento por el predisponente de tres requisitos: El deber de hacer referencia expresa en el contrato a las condiciones generales que se pretendan incorporar, el de facilitar un ejemplar de las mismas al adherente afectado por dicha unión y por último, la necesidad de que la aceptación de las mismas la exteriorice este último con su firma. De ello deriva que no puede imputarse a la otra parte la negligencia que implica firmar un contrato sin leer sus cláusulas, una vez tiene ocasión de hacerlo, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 14 de abril de 2005.

En definitiva, por tanto, y constanding la aceptación de esas cuestionadas Condiciones Generales, al haber sido firmadas por la adherente, es lo cierto que



concurriría una aceptación expresa de las mismas, con independencia de que la firma de dichas Condiciones se hubiese efectuado en un momento posterior a la inicial firma y suscripción del contrato, máxime cuando ningún rechazo, ni objeción consta que la parte adherente hubiese realizado.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- También debe correr la misma suerte desestimatoria el siguiente motivo de apelación formulado con carácter subsidiario, relativo al carácter abusivo del artº. 9 de las Condiciones Generales del Contrato que establece la correspondiente cláusula penal para el caso de incumplimiento contractual de la parte demandada, redactada en los términos señalados en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.

En este sentido traemos a colación el contenido de la Sentencia de esta Audiencia Provincial de fecha 27 de marzo de 2012, que reiterando otras del mismo Tribunal, manifiesta que una cláusula de tal contenido no merece la calificación de abusiva.

Y ello se afirma así, toda vez que dicha cláusula no genera un desequilibrio entre las partes o una desproporción determinante de nulidad, sino el mero establecimiento por adelantado del importe de los daños que el licenciatario ha de abonar en caso de incumplimiento, máxime cuando se señala en la cláusula, que dicha pena convencional engloba la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, que, por medio de esa pena, quedan totalmente resarcidos por voluntad de las partes. Y si bien es cierto que esa cláusula no contempla un pacto semejante en favor de la otra parte y para el caso de incumplimiento de la parte actora, no es menos cierto que ello no excluye, en modo alguno que aquél pueda reclamar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de un incumplimiento del contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil.

Pero es que además en este caso y dada la condición empresarial de la demandada, la sociedad "**[REDACTED]**", no resultaría de aplicación la normativa y disposiciones relativas a consumidores y usuarios, no tratándose aquélla de un consumidor final.

Por último y como con acierto se dice por la parte demandante, cabe afirmar, en efecto, que el contenido de dicha cláusula penal no resultaría más gravosa que lo



dispuesto en los artículos 21 y 22 de la ley nacional aplicable 3/2000 de 7 de enero de Régimen Jurídico de Protección de Obtenciones Vegetales, en los casos de indemnización de daños y perjuicios por infracción de los derechos del “*obtentor*”. Nótese que esta normativa extiende además la protección al titular del derecho de explotación al producto de la cosecha o material cosechado, si bien de forma subsidiaria, como ya este Tribunal de la Sección Cuarta se pronunció en su Sentencia de 3 de marzo de 2011.

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

SEXTO.- También procede la desestimación del siguiente motivo de apelación relativo a la prescripción del derecho a obtener la actora, una indemnización en relación con los árboles o plantaciones no incluidos en el contrato de licencia.

La parte recurrente fundamenta dicha pretensión en lo dispuesto en el artº. 96 del Reglamento Comunitario cuando afirma que ...“*el derecho a emprender las acciones contempladas en los artículos 94 y 95 prescribirá transcurridos tres años a partir de la fecha en que se haya concedido finalmente la protección comunitaria de obtención vegetal y el titular haya tenido conocimiento del acto y de la identidad del infractor o a falta de dicho conocimiento, transcurridos treinta años a partir de la fecha de la última realización del acto*”.

Se añade que en este caso la mercantil actora tuvo conocimiento de los actos de plantación realizados por la demandada desde el día 7 de febrero de 2008 fecha de la primera inspección efectuada, a instancia del Club de Variedades Vegetales Protegidas, por la entidad Norma Agrícola, y por tanto dentro de los tres años siguientes a la efectividad de la protección datada el día 15 de febrero de 2006. Por tanto el planteamiento de la demanda el día 15 de marzo de 2010, se realizó vencido ya el plazo para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 94 y 95 del Reglamento Comunitario, sin que dicho plazo prescriptivo hubiese sufrido interrupción alguna.

Pero es lo cierto que tal pretensión no puede encontrar acogida por este Tribunal y ello porque la citada interpretación de la norma antes referida no es correcta jurídicamente.

Téngase en cuenta, que conforme al aludido artº. 96, la concesión de la protección comunitaria constituye el presupuesto básico y necesario para el ejercicio



de dicha acción, pero el "*dies a quo*" para ese cómputo de tres años se inicia cuando el titular de la protección haya tenido conocimiento del acto infractor y de la identidad de su autor. El precepto, como acertadamente se dice por la actora, es exponente del denominado criterio de la "*actio nata*" previsto en el artº. 1969 del Código Civil cuando señala que ..."*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse*".

Por tanto, en este caso, bien se localice ese "*dies a quo*" en la fecha de la primera inspección, 7 de febrero de 2008, o en la de la segunda, 18 de marzo de 2009, es lo cierto, que la acción ejercitada con fecha 12 de marzo de 2010 no se encontraría prescrita, y por tanto resultaría correcto procesalmente el planteamiento de la pretensión actora de resolución contractual por incumplimiento de la demandada.

Por último y con carácter subsidiario, en defecto de la no estimación de los anteriores motivos de recurso, alega la recurrente-demandada su disconformidad en relación con la moderación de la cláusula penal que se contiene en la sentencia apelada, por entender que la misma aún habría de ser moderada en mayor proporción, compensando así más equitativamente el perjuicio experimentado por la sociedad demandante. Sobre esta cuestión nos pronunciaremos más adelante al analizar el motivo de recurso formulado por la parte actora cuando muestra también su disconformidad con la moderación de la cláusula penal que se contiene en la sentencia de instancia, si bien por entenderla infractora de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil.

SÉPTIMO.- Por su parte la demandante Club de Variedades Vegetales Protegidas muestra su disconformidad con la sentencia de instancia alegando, como decíamos en el Primer Fundamento de Derecho de esta sentencia, la existencia de error en la valoración de la prueba acerca de los efectos jurídicos derivados de la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada, y de otro lado, la infracción del artº. 1154 del Código Civil en relación con la moderación de la cláusula penal incorporada al contrato.

Así y con respecto al primer motivo de recurso, coincidimos con la parte recurrente en la naturaleza de contrato de tracto sucesivo con que califica a la relación contractual suscrita entre los litigantes con fecha 24 de enero de 2006 que



tenía como objeto la licencia de explotación de la variedad vegetal protegida de mandarino "nadorcott" (nº de licencia 1740-06).

En este sentido hemos de reiterar, como señala la sentencia de instancia, que concurre en este caso, un claro y efectivo incumplimiento por el licenciatario de las obligaciones asumidas contractualmente, lo que conllevaría la resolución del correspondiente vínculo contractual y por tanto la cancelación anticipada de la licencia por causa imputable a la licenciataria. En efecto, la prueba practicada y concretamente el contenido del acta de inspección llevada a cabo, a instancia de la actora, con fecha 18 de marzo de 2009, por la empresa "Norma Agrícola", ponía de manifiesto que la demandada estaba explotando y cultivando un número mayor de plantas, concretamente 1.039, de las 1.800 autorizadas en el contrato de licencia suscrito, sin que además hubiese procedido a la regularización de ese exceso, no obstante los previos requerimientos al efecto por parte de la actora, conforme consta documentado. Nos encontramos, por tanto, en presencia de un incumplimiento voluntario imputable al licenciatario, que conforme a lo dispuesto en el artº. 1124 del Código Civil, en relación con el contenido de las citadas Condiciones Generales, y en concreto en su artº. 9 habilitaría plenamente a la entidad demandante para exigir la correspondiente resolución contractual con las consecuencias expresamente previstas en el propio contrato, consustanciales con la propia naturaleza de este convenio contractual.

Así y en relación con las consecuencias que se derivan de la resolución contractual, cabe afirmar, que la regla general aplicable en nuestro ordenamiento jurídico consiste en que, una vez producida la resolución de un contrato, la consecuencia natural es la restitución de las recíprocas prestaciones que hubiesen satisfecho las partes, como único medio para restablecer la situación inmediatamente anterior a la perfección del contrato, pues en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto. Sin embargo, este principio general encuentra su salvedad en el supuesto de prestaciones que hayan sido agotadas, en cuyo caso no es posible reestablecer la situación preexistente, como puede ser el caso de las obligaciones de tracto sucesivo, entre las que se encuentran los contratos de licencia de explotación como el que es objeto de estos autos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2006, recuerda que *... "es cierto que la regla sobre los efectos recuperatorios ex tunc (desde entonces) de la resolución del contrato no puede ser mantenida con carácter absoluto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002 declara que el*

incumplimiento frustra el fin del contrato, cosa que justifica la retroacción de la resolución, pero si éste es de tracto sucesivo, la resolución no priva de valor a las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento que satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución operará para el futuro". Lo mismo dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011 para el supuesto de un contrato de suministro y con respecto a aquellos efectos que ya se han agotado; la de 28 de febrero de 2002 para el caso de relaciones duraderas que, en todo o en parte, se han consumado, como es el caso de los contratos de arrendamiento, agencia o de comisión, supuestos en los cuales la resolución opera con efectos "*ex nunc*".

OCTAVO.- De conformidad con tal criterio jurisprudencial, entendemos que la resolución del contrato de licencia de explotación, por incumplimiento total de la obligación principal, imputable a la entidad licenciataria, ha de conllevar necesariamente y dada la naturaleza y objeto de tal acuerdo contractual, la imposibilidad de que dicha parte contratante incumplidora pueda continuar con la explotación de la variedad vegetal, para la que a través de dicho contrato, había sido autorizada por el "*obtentor*" o titular de los derechos de tal variedad vegetal protegida.

Téngase en cuenta, en efecto, que ese incumplimiento total frustra el fin esencial del acuerdo contractual pactado, conllevando como así se hacía constar en el artº. 9 de las Condiciones Generales la caducidad de la licencia de explotación, y por tanto la pérdida del título legítimo de explotación de esa concreta variedad vegetal protegida que ostentaba hasta el momento de la resolución del contrato.

En consecuencia por tanto dicha resolución operaría "*ex nunc*" produciendo los correspondientes efectos liquidatorios de la situación existente en ese momento temporal resolutorio, en los términos que ya venían acordados y pactados en el citado artº. 9 de las Condiciones Generales.

Es evidente, por tanto, que la decisión de la sentencia apelada, condenando a la sociedad demandada a arrancar o injertar con otra variedad los 1.039 plantones de más de la citada variedad vegetal protegida, que dicha licenciataria, incumpliendo los términos del contrato, mantenía en explotación en su finca, no cumpliría ni desplegaría los efectos liquidatorios antes mencionados, por cuanto conllevaría el mantenimiento en explotación de otros 1.800 plantones restantes, que requerirían



por imperativo legal para tal cometido la concesión de la oportuna licencia por su titular u "obtentor".

En consecuencia, procede la acogida de este motivo de recurso en los términos interesados por la mercantil actora-recurrente, conforme a la correspondiente cláusula penal, es decir, de un lado, mediante el arranque y destrucción o injerto de otra variedad, de la totalidad de la plantación de nadorcott de la finca, y de otro, concretando en la cantidad de 59.619 €, el correspondiente "quantum" indemnizatorio, resultado de multiplicar por tres (21 €) el precio del royalty, fijado en 7 €/ por planta, con respecto a la totalidad de la plantación de nadorcott, de acuerdo con los datos suministrados al efecto a tenor del dictamen pericial obrante en autos a los folios 364 a 375, elaborado por el perito de designación judicial Sr. Álvarez Giménez, en el que se hacen constar 2.839 plantas de la citada variedad protegida, siendo por tanto 1039 las correspondientes al exceso de explotación con respecto a las 1.800 plantas autorizadas contractualmente. El hecho de que ese número de plantas de exceso, resulte superior a las que la actora por mero error, corregido después en apelación, hacía referencia en su demanda, no determina que este pronunciamiento judicial concretando el "quantum" indemnizatorio en multiplicar la cuantía de la pena por el número de plantas de nadorcott realmente existentes en la finca, incurra en incongruencia.

Téngase en cuenta, que la incongruencia, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2010, ...*"ha de ser entendida "como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede extrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal", añadiendo más adelante que, para que sea "constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artº. 24.1 de la CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero detalle contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado*

sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”.

Y es lo cierto que en este caso, dicha decisión judicial de exceso, no daría lugar a tal vicio de incongruencia, pues ni se produce un fallo extraño a las pretensiones de las partes, ni conlleva una modificación sustancial del objeto del proceso, máxime cuando a tenor de los términos contractuales y en concreto su cláusula penal calculaba la sanción por incumplimiento en relación con la superficie realmente explotada.

NOVENO.- Abordamos seguidamente el motivo de recurso relativo a la disconformidad de ambas mercantiles litigantes con la moderación de la cláusula penal que realiza la juzgadora de instancia. La actora fundamenta su pretensión en la infracción del artículo 1154 del Código Civil y por tanto en la imposibilidad jurídica de la citada facultad moderadora por encontrarnos ante un incumplimiento total de la obligación principal asumida contractualmente. A su vez, la demandada alega que la moderación de dicha cláusula penal, llevada a cabo en la sentencia de instancia y consistente en multiplicar por dos el precio del royalty (14 €) por los 1.039 árboles, no amparados por el contrato de licencia de explotación de referencia, resultaría todavía insuficiente, máxime teniendo en cuenta que nos hallaríamos en presencia de un incumplimiento parcial e irregular, dado que la demandada habría abonado los correspondientes royalties de las plantas objeto de licencia, en concreto 14.616 €

Concretado en dichos términos el debate jurídico sobre la controvertida facultad moderadora prevista en el artº. 1154 del Código Civil, entendemos que, en efecto, asistiría razón únicamente a la mercantil demandante, Club de Variedades Vegetales Protegidas en la pretensión que plantea, desestimando, en consecuencia el motivo de recurso formulado por la demandada “**[REDACTED]**”

En este sentido hemos de tener en cuenta, reiterando la pacífica doctrina del Tribunal Supremo al respecto, que el precepto que contiene el citado artº. 1154 del Código Civil constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena, pero también y junto con tal facultad de moderación, dicha norma, en cuanto remite al concepto de equidad (artº. 3.2º del Código Civil), contiene asimismo una facultad de arbitrio en cuanto al montante de la moderación.

Dicha facultad moderadora exige sin embargo la concurrencia de un presupuesto previo consistente en que la parte deudora haya incumplido en parte o de manera defectuosa o irregular la obligación.

En este caso nos hallamos en presencia de un incumplimiento total de la obligación principal asumida en el contrato en los términos que han quedado ya expuestos, por lo que la citada facultad moderadora no resultaría viable. En tal sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012 cuando afirma ...*“que la facultad moderadora prevista en el artº. 1154 del Código Civil, como ha señalado retirada jurisprudencia, no procede cuando la obligación principal se incumple totalmente o cuando el incumplimiento defectuoso o parcial es precisamente el supuesto pactado que determina la aplicación de la pena (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2001).*

Y ello es lógico si atendemos a la finalidad del precepto que no reside en rebajar equitativamente una pena que se considere excesivamente elevada (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984), sino en que las partes, al pactar la pena, pensaron en el caso de incumplimiento total y evaluaron la pena en consideración a esta hipótesis, en modo que si el incumplimiento no fuera total resulta razonable que no se deba totalmente la pena; pero no es esto lo acontecido en el caso de autos donde expresamente se pacta una indemnización en atención a cada metro cúbico de vertido que exceda del pactado (25.000 metros cúbicos), lo que supone que, en realidad, estamos ante un incumplimiento total en cuanto a la obligación de no superar el límite de vertidos, que es al que se refiere la pena, y moderar tal pena reduciendo el importe a nadar por cada metro cúbico vertido en exceso no es sino rebajar tal importe por considerarlo excesivo, lo que no puede justificarse en base al artº. 1154 del Código Civil y resulta contrario al principio de autonomía de la voluntad (artº. 1255 del Código Civil)”.

En el caso objeto de revisión en esta alzada, sucede lo mismo, las partes acordaron y previeron en la cláusula penal, la indemnización en los términos señalados para el caso en que la licenciataria explotara, como en efecto aconteció, un número superior de plantas al autorizado por la licencia de explotación de la correspondiente variedad vegetal.

Nos encontramos por tanto ante un incumplimiento total de la licenciataria en relación con la obligación principal asumida, consistente en no superar la explotación de las plantas amparadas por la licencia, 1.800, lo que impide en definitiva, el ejercicio de la cuestionada facultad moderadora y por tanto se impone la íntegra

aplicación del contenido de la cláusula penal pactada que cumple en este caso una función liquidatoria de perjuicios, al pactarse de antemano la extensión cuantitativa de daños y perjuicios, sin necesidad de prueba al respecto.

Procede por tanto la acogida del recurso formulado por la entidad actora y recurrente, con desestimación del planteado en tal sentido por la demandada.

DÉCIMO.- La estimación del recurso formulado por Club de Variedades Vegetales Protegidas, conlleva que no se efectúe pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada derivadas de su interposición, al tiempo que como dicha estimación determinaría la acogida íntegra de la demanda, procede la imposición a la demandada de las costas de la instancia (artº. 394 de la LEC).

A su vez la desestimación del recurso planteado por la sociedad [REDACTED], determina la imposición a dicha parte recurrente de las costas derivadas de su desestimación (artº. 398 de la LEC).

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Sevilla Flores en representación de la entidad "Club de Variedades Vegetales Protegidas" contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia en el Juicio Ordinario nº 79/2010 y **DESESTIMANDO** a su vez el recurso de apelación planteado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Oliva Sánchez en representación de la sociedad [REDACTED], contra dicha sentencia, debemos **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma, en relación con los dos pronunciamientos condenatorios que contiene, que se dejan sin efecto y en su lugar acordamos:

- a) Condenar a la demandada, la sociedad "[REDACTED]" S.A., a que a su costa, arranque y destruya o injerte de otra variedad, la totalidad de la plantación de Nadorcott de su finca.



b) Condenar a dicha demandada al pago a la actora en concepto de daños y perjuicios convencionalmente pactados, la cantidad de 59.619 €, más IVA,

con imposición a dicha demandada de las costas de la instancia, así como de las costas de esta alzada derivadas de la desestimación de su recurso y sin efectuar declaración sobre las derivadas del recurso formulado por la actora dada su estimación.

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario ni extraordinario alguno y de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.