



Roj: **SAP PO 1371/2019 - ECLI: ES:APPO:2019:1371**

Id Cendoj: **36038370012019100332**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2019**

Nº de Recurso: **284/2019**

Nº de Resolución: **331/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00331/2019**

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PA

**N.I.G.** 36038 47 1 2017 0301894

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000284 /2019**

**Juzgado de procedencia:** XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

**Procedimiento de origen:** JUICIO VERBAL 0000399 /2017

Recurrente: Pablo Jesús

Procurador: MARIA ROSA MARQUINA TESOURO

Abogado: SALUSTIANO GONZALEZ-LOJO SAEZ

Recurrido: Custodia

Procurador: PAULA LIMA CASAS

Abogado: PAULA MARTINEZ LORENZO

**Rollo: 284/19**

**Asunto: Juicio Verbal**

**Número: 399/17**

**Procedencia: Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo)**

Ilmos. Magistrados

D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

D. Jacinto José Pérez Benitez

**LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE RELACIONADOS,**

**HA DICTADO****EN NOMBRE DEL REY****LA SIGUIENTE****SENTENCIA nº 331/19**

En Pontevedra, a diez de junio de dos mil diecinueve.

Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 284/19, dimanante de los autos de juicio verbal incoados con el núm. 399/17 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), siendo apelante el demandado **D. Pablo Jesús**, representado por la procuradora Sra. Marquina Tesouro y asistido por el letrado Sr. González-Lojo Saez, y apelada la **demandante DÑA. Custodia**, representada por la procuradora Sra. Lima Casas y asistida por la letrada Sra. Martínez Lorenzo. Es ponente el Ilmo. Sr. D. **Manuel Almenar Belenguer**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En fecha 11 de febrero de 2019 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), en los autos de juicio verbal de los que deriva el presente rollo de apelación, sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

*" Que estimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Lima Casas, actuando en nombre y representación de doña Custodia frente a A.D.C. VIOLETA VILA y DON Pablo Jesús , representada por el Procurador Sr. Marquina Tesouro, debo condenar y condeno al demandado a abonar la cantidad de MIL QUINIENTOS EUROS (1.500 euros), más el interés legal de la cantidad desde fecha de presentación de la demanda y de mora procesal en su caso.*

*No se hace especial pronunciamiento en costas."*

**SEGUNDO** .- Notificada la sentencia a las partes, por la representación de la demandada se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2019 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaban suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoque la de instancia y se desestime la demanda, con expresa imposición de las costas.

**TERCERO** .- Dado traslado del recurso de apelación a la parte demandante, por su representación se evacuó el trámite mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2019 y por el que interesó que desestimara el recurso interpuesto, con expresa imposición de costas al recurrente, tras lo cual con fecha 10 de abril de 2019 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó ponente al magistrado Sr. Manuel Almenar Belenguer.

**CUARTO**.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO** .- **Planteamiento de la cuestión objeto de debate** .

1.- En el presente procedimiento se ejercita por Dña. Custodia una acción en reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual ex arts. 1902 y 1903 CC, contra la entidad ADC Violeta Vila, con base en los siguientes hechos:

1º El día 11/12/2010, Dña. Custodia, que se dedica profesionalmente a la fotografía, realizó una serie de fotografías con la imagen de dos barcos en el puerto de Vigo y en las que se incluyó la marca de agua cuya propiedad tiene registrada.

2º Se trata de una fotografía HDR (alto rango dinámico, conseguido con la ejecución de diferentes imágenes -en este caso, 7-, cada una de ellas efectuada con grado de exposición diferente, de más oscuro a más claro), que introdujo en su perfil de la aplicación flickr el mismo día 11/12/2010.

3º La mencionada imagen luce, sin autorización alguna, en el local "La Tortillita", propiedad de la mercantil "La Tortillita, S.L." y sito en la calle Marqués de Valladares nº 19, Vigo, si bien la marca de agua ha sido retocada mediante el recorte de la foto y la imagen de una tortilla tapando el nombre.

4º Puestos en contacto con el responsable del local, se tuvo conocimiento de que la obra de reforma del mismo se encargó a ADC Violeta Vila, la cual colocó el mural con la imagen en una pared del establecimiento y cuyo

representante, D. Pablo Jesús , reconoció haber utilizado la fotografía y se avino al pago de una indemnización por el uso no consentido e indebido para fines comerciales.

5º Las gestiones extrajudiciales para lograr un acuerdo, incluidas unas diligencias preliminares, han resultado infructuosas, por lo que se reclaman las cantidades de 1.500 € en concepto de precio por la fotografía para fines comerciales y 2.190 € por el período en que estuvo expuesta en el mural, a razón de 2 €/día.

2.- Por la demandada ADC Violeta Vila se personó como demandado D. Pablo Jesús que, tras reconocer que en el mural instalado en el local de "La Tortillita" figuraba la fotografía de autos y señalar que la supuesta mercantil demandada ADC Violeta Vila no existe como tal, sino que es el nombre comercial bajo el que actúa en el mercado D. Pablo Jesús , se opone a la demanda con base en los siguientes argumentos:

- Prescripción de la acción, puesto que, formulada con apoyo en los arts. 1902 y 1903 CC , es de aplicación el plazo de prescripción de un año consignado en el art. 1968 CC , de manera que, dado que la obra de reforma ejecutada por D. Pablo Jesús fue finalizada y facturadas en abril de 2013, dicho plazo ha transcurrido con exceso.

- Falta de legitimación activa al no acreditarse la cualificación profesional que invoca la demandante, ni que la demandante sea titular de la marca de agua -identificada con el nombre de " Violeta "- ni del perfil de la web "Flickr" donde supuestamente se publicó la fotografía, como tampoco la titularidad de la cuenta y autoría de la fotografía, ni en última instancia que la referida fotografía hubiera sido objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, lo que impide que pueda reclamar los derechos indemnizatorios que se pretenden.

- Falta de legitimación pasiva: D. Pablo Jesús acometió la reforma del local denominado "La Tortillita" y, por tal motivo, publicó en su página web la reforma, pero no fue el autor del mural litigioso, que fue encargado, instalado y abonado por la entidad "Hijos de Rivera, S.A.", sin que el demandado obtuviera beneficio económico alguno.

- La fotografías litigiosa se ha obtenido con un simple procedimiento mecánico (sobreposición de 7 imágenes en distintos grados de exposición) sobre una situación (barcos) de por sí bastante habitual en la zona del Berbés (Vigo), por lo que carece de los requisitos de originalidad objetiva que la jurisprudencia exige para darle la categoría de obra protegida y comporta que ha de quedar fuera de la tutela de la propiedad intelectual en todas sus vertientes.

- En todo caso, existen diferencias significativas entre la fotografía cuya autoría reclama la actora y el moral litigioso existente en el local "La Tortillita", tratándose de una *performance* totalmente diferente de la supuesta obra original de la demandante.

3.- Centrado así el debate, la sentencia considera que estamos ante una acción derivada del derecho exclusivo de la demandante, como autora de una obra fotográfica, para impedir la reproducción de la misma sin autorización, y, consiguientemente, para reclamar los daños y perjuicios causados, en los términos previstos en los arts. 10.1 h), 128 y 138 y ss. LPJ. Acto seguido, pasa a analizar las diferencias entre una obra fotográfica y una simple fotografía y concluye que, en el presente caso, la discusión es estéril porque en ambos supuestos se reconoce al autor el denominado derecho de reproducción, de manera que, aunque no se haya practicado prueba acreditativa de que la fotografía revista originalidad capaz de dotar al resultado del carácter de "obra" -distinta de la mera observancia de reglas o criterios de carácter técnico más o menos consolidados en el sector de la fotografía-, la obra está protegida en lo que al derecho de reproducción del titular.

4.- De conformidad con el art. 140.3 LPI , que establece un plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de la acción, la sentencia rechaza la excepción invocada y entra a examinar los argumentos de fondo, con relación a los cuales razona:

- El hecho de que la fotografía se hubiera publicado en el perfil web "Flickr", sin que conste una divulgación anterior en otro sitio, permite presumir que la actora fue la realizadora de la misma, sin que la simple negación de la autoría que aduce el demandado pueda prevalecer sobre la declaraciones prestadas por los dos testigos.

- Respecto a la falta de legitimación pasiva, tampoco puede ser asumida porque el demandado D. Pablo Jesús fue quien acometió la reforma del local, lo que indica que es el responsable de las obras, sin perjuicios de los subcontratos que realizara.

- En cuanto al fondo, la comparación entre la fotografía y el mural revela que las diferencias no son sustanciales, se utiliza la primera tal y como es, por más que luego se introduzcan dos tortillas a modo de platillos volantes, pero la imagen es exactamente la misma, y la introducción de las tortillas no obedece a la intención de alterar sustancialmente la imagen, sino de incorporar aquello que se va a vender en el establecimiento.



5.- Con estas premisas, la sentencia entiende que se ha producido una vulneración del derecho de reproducción reconocido al titular del derecho de propiedad intelectual y fija la indemnización a abonar por el demandado en 1.500 € por el uso concreto que se dio a la fotografía con fines comerciales sin autorización, sin dar lugar a la reclamación extra por el tiempo de exposición o uso porque, en su caso, una vez fijado el precio por el uso, las posteriores peticiones únicamente podrían realizarse por la vía del daño "moral", excluido cuando no estamos ante una obra fotográfica. En consecuencia, estima parcialmente la demanda y condena a ADC Violeta Vila y a D. Pablo Jesús a indemnizar a la demandante en la cantidad de 1.500 €.

6.- Disconforme con este pronunciamiento, el demandado D. Pablo Jesús interpone recurso de apelación, que articula en torno a un único motivo, a saber, error en la valoración de la prueba, ya que, en su opinión, la practicada en autos pone de manifiesto tanto la prescripción de la acción realmente ejercitada y que no es la del art. 140 LPI sino la de responsabilidad extracontractual, como la falta de legitimación activa y pasiva, solicitando en todo caso la aplicación de la facultad moderadora en la cuantificación de la indemnización, que se tacha de excesiva.

#### **SEGUNDO.- La acción ejercitada por la parte demandante.**

7.- La demandante Dña. Custodia, según se indica en el encabezamiento de su escrito de demanda, presenta demanda de juicio verbal "sobre reclamación de daños y perjuicios producidos con ocasión del uso con fines comerciales de la fotografía". Más adelante, en el fundamento de derecho VII, invoca "los artículos 1902 y 1903 del Código Civil que establecen el deber de reparar el daño causado por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia".

8.- Ciertamente, la cita de los arts. 1902 y 1903 CC resulta imprecisa por excesivamente genérica, pero esta circunstancia no altera la naturaleza de la acción ejercitada que, como se apunta en la propia demanda, es una acción de responsabilidad por el daño causado por la infracción de un derecho de propiedad intelectual sobre la fotografía que se dice ejecutada por la demandante. Y esa acción de responsabilidad por daño no tiene encaje en el ámbito de la responsabilidad contractual, puesto que ningún negocio jurídico o contrato existe entre demandante y demandada, cuyo incumplimiento genere la obligación de indemnizar daños y perjuicios, sino que la misma surge como consecuencia de la supuesta causación de un menoscabo por el uso sin autorización de la fotografía para fines comerciales.

9.- En otras palabras, la demandante identifica la acción ejercitada como de reclamación de daños y perjuicios producidos por el uso no autorizado de la fotografía con fines comerciales, y, si bien yerra en la mención del precepto aplicable, que no es el art. 1902 CC, sino los arts. 10.1.h) y/o 128, en relación con los arts. 138 y ss., todos del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, lo cierto es que, primero, el Juzgador "a quo" no se ha apartado en ningún momento de la causa de pedir que la demandante esgrimió (reclamación del daño causado por la infracción de su derecho de autor), y, segundo, respetado ese límite, el principio *iura novit curia*, consagrado en el art. 218.1 párrafo 2º LEC, faculta al Juez para resolver "conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

10.- En este sentido, recuerda la jurisprudencia que el método más seguro para comprobar si se ha producido un cambio indebido de demanda, con correlativa incongruencia de la sentencia, consistirá en determinar si ese cambio ha alterado los términos del debate, generando en el demandado un riesgo de indefensión por haber contestado a la demanda adoptando una determinada línea de defensa; lo determinante no es la correcta identificación nominal de la acción, sino los hechos alegados por la parte demandante y que, conocidos por la parte demandada pueden ser objeto de su defensa. En el presente caso, como se ha expuesto, los hechos en los que la actora sustenta su pretensión no dejan lugar a error: reclama el daño causado por la utilización indebida de la fotografía.

11.- A mayor abundamiento, como recuerda la STJUE de 22 de enero de 2015, asunto C441/13 (sentencia dictada con ocasión de una petición presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Hejduk, con domicilio en Viena, y EnergieAgentur.NRW GmbH, con domicilio social en Düsseldorf, mediante el cual la Sra. Hejduk solicita se declare que se ha cometido una vulneración de los derechos de autor debido a la puesta a disposición en el sitio de Internet de EnergieAgentur, sin el consentimiento de la Sra. Hejduk, de fotografías realizadas por ésta), al interpretar el art. 5.3 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, dicha norma, que atribuye la competencia para conocer en materia delictual o cuasidelictual al Tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso, es de aplicación para determinar la competencia del daño causado por la exposición no consentida de una fotografía en un sitio internet:

" (...) el artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de una supuesta vulneración de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor garantizados por



*el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción, dicho órgano jurisdiccional será competente, en virtud del lugar de materialización del daño, para conocer de una acción de responsabilidad por la vulneración de esos derechos cometida al ponerse en línea fotografías protegidas en un sitio de Internet accesible desde su circunscripción territorial".*

12.- No se aprecia, pues, incongruencia alguna en la sentencia de instancia cuando sitúa la controversia en el marco de la protección de los derechos de propiedad intelectual a la vista del planteamiento fáctico y de la pretensión deducida por la demandante.

#### **TERCERO.- La prescripción de la acción ejercitada.**

13.- De conformidad con el art. 140.3 LPI, la acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo, y que, como se ha indicado, es la que realmente se formula, prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

14.- Es así que el propio demandado señala que las obras de reforma finalizaron en abril de 2013 (la factura aparece fechada el 30/04/2013 -folio 36-), luego, admitida a trámite la solicitud de diligencias preliminares por Auto de 06/04/2017 (no consta la fecha de presentación de la solicitud) y presentada la demanda de juicio verbal que nos ocupa en fecha 17/12/2017, no hay duda de que no había transcurrido el plazo de prescripción legalmente previsto.

#### **CUARTO.- La legitimación activa.**

15.- El demandado alega en que no se ha practicado prueba suficiente que permita considerar probado que la actora es la autora de la fotografía ni del perfil virtual de "Flickr", donde supuestamente se publicó.

16.- El argumento no se comparte porque, sin perjuicio de que hubieran podido proponerse otras pruebas adicionales, el testigo D. Germán, que se encontraba presente cuando se tomaron las sucesivas fotografías cuya composición se materializó en la que se dice usurpada, declaró que efectivamente Dña. Custodia fue la persona que realizó las fotografías ("tiene como nombre artístico Violeta -la demandante-, por el apellido materno; Custodia hizo la fotografía, estaba presente; esta fotografía fue una toma de siete fotografías planeadas sobre diciembre, bajamos una tarde al Náutico, pedí permiso para hacer la fotografía, estuvimos dos o tres horas esperando la luz correcta para hacer las fotografías; en la fotografía se toman siete muestras de diferente luz para llegar a una luz final; esa fotografía se registra en Flickr, una antigua plataforma donde los fotógrafos pueden subir, mostrar nuestro trabajo..."), mientras el testigo D. Justino indicó que tiene a Dña. Custodia como autora de la misma ("Custodia tiene como nombre artístico Fotografía Difusa como empresa y Violeta por la parte personal... Custodia hizo la fotografía, conoce la fotografía, no estaba presente cuando se hizo; es un HDR que es una técnica fotográfica que se adquiere a través de varias fotografías, hay que hacer una fotografía base y complementarla con otro tipo de fotografías de la misma escena en diferentes exposiciones que luego se suman y se hace una construcción a través de photoshop o cualquier otro programa profesional de fotografía, es una obra fotográfica única...")

17.- Por otra parte, si la demandante utiliza el nombre artística de " Violeta " (extremo corroborado por ambos testigos), si con esta identidad y el acrónimo " DIRECCION000 " figura abierta una cuenta en la aplicación "Flickr", si en el borde superior derecho de la fotografía aparece la expresión " Violeta ", si la comparativa entre el retrato que figura en el perfil de la cuenta y la persona que acudió al juicio se corresponden, si en dicha cuenta aparece colgada una fotografía igual a la que se aportó en el acto del juicio, si además en la vista se aportó la secuencia de siete fotografías cuya composición dio lugar a la que nos ocupa (y cuya posesión solo puede tener quien las hizo, toda vez que en la aplicación solo se cuelga el resultado final), si la repetida fotografía aparece recogida en 55 grupos siempre bajo la autoría de la demandante..., de todo ello no cabe sino concluir que Dña. Violeta es la autora de la fotografía en cuestión, y, por ende, la titular de los derechos que comporta esa autoría, entre los que se encuentra el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública ( art. 128 LPI ).

#### **QUINTO.- La legitimación pasiva.**

18.- El recurrente argumenta que la factura aportada como doc. 2 evidencia que el mural no fue contratado directa ni indirectamente por él, sino por la entidad Hijos de Rivera, S.A.

19.- Con el escrito de contestación a la demanda se aporta una factura, con el membrete de "Rótulos Eurorot", a nombre de "Hijos de Rivera, S.A.", fechada el 23/07/2013, y uno de cuyos conceptos reza: " Mural fotográfico impreso de 800x400 cm en vinilo polimérico con lámina de protección mate y colocación directo sobre pared ".

20.- No obstante, el representante legal de "Torfranest, S.L.", mercantil que regentaba la franquicia de "La Tortillita" y que encargó las obras de reforma y acondicionamiento del local, declaró en el juicio que " se hizo un proyecto de obra, que lo realmente se hizo a través de La Tortillita, a través de La Tortillita lo hizo Violeta Vila;



*esto ¿se refiere un poco al mural, no? Lo hicieron ellos, a mi me pareció muy bien, me pareció bonito, pusieron unos barcos allí como si hubieran puesto unos caballos; cuando me refiero a "ellos" me refiero a Violeta Vila; desconozco si el mural fue encargado y pagado por Hijos de Rivera, S.A., la empresa que se encargó de hacer la rotulación fue Violeta Vila, si ya después se lo pagó Estrella de Galicia lo desconozco: (preguntado si el logotipo, la forma, la elección de la fotografía que se utilizó y las modificaciones que de la misma se hicieron sabe si fueron iniciativa de Violeta Vila o de Hijos de Rivera, S.A.) me imagino que sería Violeta Vila, no lo puedo asegurar; lo que puedo asegurar es que a nosotros la empresa que nos presentó la foto de los barcos, el proyecto y el dibujo del barco, fue Violeta Vila, a nosotros nos pareció bien " .*

21.- Si la entidad que presentó el proyecto de diseño del local, en el que figuraba la fotografía realizada por la demandante y modificada mediante la sobreposición de unas tortillas, a modo de platillos volantes, una de las cuales tapaba precisamente el nombre de " Violeta ", fue A.D.C. Violeta Vila, nombre comercial bajo el que giraba D. Pablo Jesús , cabe entender que, efectivamente, el que hizo uso de la fotografía y la incorporó al proyecto fue el hoy demandado. Por otra parte, la renuncia a la testifical del legal representante de "Rótulos Eurot", que hubiera podido aclarar si la factura aportada se refería al establecimiento de autos y al concreto mural discutido (nótese que la factura, y el albarán al que se refiere, aparecen fechados tres meses después de la finalización de las obras, y el mural presenta unas dimensiones de 8 por 4 metros, es decir, una superficie aparentemente bastante mayor que la que se expone en ña fotografía del local (folio 4), impide tomar dicha factura como elemento suficiente para desvirtuar aquella conclusión o, al menos, introducir dudas sobre la verdadera autoría de la infracción del derecho de autor.

#### **SEXTO.- La moderación de la indemnización .**

22.- Finalmente, el recurrente considera que la indemnización es excesiva, sin que se haya practicado prueba suficiente que permita pensar que dicho importe es ajustado a los valores de mercado.

23.- El art. 140.2 LPI prevé que la indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

*a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.*

*En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.*

*b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.*

24.- En el presente caso, la demandante ha optado por el segundo criterio, esto es, por reclamar el precio que hubiera podido percibir en caso de cesión autorizada y que cifra en 1.500 €. Esta cantidad fue asumida por el Juzgador "a quo", sin que se hayan aportado datos objetivos que cuestionen su corrección, puesto que el legal representante de "Ferma Fotografía" se limitó a señalar que la cifra indicada en el presupuesto es lo que la empresa solía cobrar, pero aclarando que era una cuestión particular, sin que pudiera considerarse como valor de mercado aceptado o aplicado comúnmente: era el precio que ellos percibían por el uso no exclusivo de una fotografía. A falta de otros indicios, ponderando que la realización de la composición exigió la toma de fotografías a diferentes horas, el número de exposiciones, el destino que se le dio (mural en un establecimiento hostelero), la visibilidad (mural que ocupaba todo el fondo del local), la modificación efectuada (sobreposición de tres tortillas, producto que da nombre al local) y el tiempo que estuvo expuesto (más de dos años), la cantidad fijada no parece desproporcionada para indemnizar el daño causado.

#### **SÉPTIMO.- Costas procesales .**

25.- No obstante desestimarse el recurso, teniendo en cuenta tanto la imprecisión inicial sobre la acción ejercitada -determinante ab initio de dudas sobre la norma aplicable y, por tanto, el plazo de prescripción- como la ausencia de elementos objetivos para la cuantificación de la indemnización, la Sala considera adecuado no hacer expreso pronunciamiento en materia de costas ( art. 398 LEC ).

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

**LA SALA**

**F A L L A**



Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Pablo Jesús , representado por la procuradora Sra. Marquina Tesouro, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Cada parte deberá asumir las costas procesales causadas por su intervención en esta alzada.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ