

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## Obra fotográfica. Originalidad. Marco conceptual.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª

**FECHA:** 22-12-2006

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 08019370152006100515. Actualización: 20-1-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 586/2005. Sentencia 604/2006.

### SUMARIO:

*“Para que las fotografías realizadas por el actor merezcan la consideración de obra fotográfica sobre la que proyectar los derechos de autor reconocidos en la Ley, es necesario que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor. Así se desprende del art. 6.1 de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, que traspone la Directiva 93/98/CEE (relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines) y del propio art. 10.1 TRLPI, en la medida en que con carácter general se refiere a «creaciones originales» y ello debe predicarse también de las fotografías a las que se refiere en la letra h) <sup>1</sup>. De este modo cabe hablar de una doble exigencia, originalidad y suficiente altura creativa, para que la fotografía tenga la consideración de obra fotográfica”.*

[...]

*“No es tan importante que el resultado creativo de la fotografía sea enteramente nuevo, como el esfuerzo realizado en la creación y el hecho de que la misma presente la singular impronta personal del autor”.*

[...]

*“Tan solo cabe predicar esa característica de aquella fotografía que trasciende la reproducción,*

<sup>1</sup> Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. “Artículo 10. Obras y títulos originales. 1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: ... h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía” (nota del compilador).

*más o menos compleja, más o menos experta según las circunstancias concurrentes, de la imagen, y concreta un producto de la originalidad subjetiva de su autor. Y es que, como ya hemos explicado en otras ocasiones ... por sí mismo «el alarde técnico no convierte a la fotografía obtenida en una creación intelectual que refleja la personalidad del realizador, no plasma el espíritu del fotógrafo, su particular estilo, su inteligencia, el mensaje que quiere trasladar, las inquietudes que pretende comunicar, sino estrictamente su pericia» ...”.*

**COMENTARIO:** La regla jurisprudencial general a los efectos de determinar la originalidad para todos los géneros creativos considera que la obra debe llevar “*el estilo propio de su autor*”<sup>2</sup>, es decir, o la “*impronta de su personalidad*”<sup>3</sup>, que resulte “*de la combinación del talento, de la imaginación y del esfuerzo del autor*”<sup>4</sup>, pues se corresponde con “*la singularidad o individualidad que tiene la obra para reflejar la impronta de su creador, característica que permite a su vez que en cualquier momento pueda retomarse una idea o determinado asunto para plasmarle otra individualidad ...*”<sup>5</sup>. Trasladados los anteriores principios a la obra fotográfica, se ha sentenciado que “*la originalidad de una obra (incluyendo una fotografía) es una condición de los derechos de autor, pero el concepto de originalidad en el sentido de la Ley de Derecho de Autor no necesariamente tiene que ver con el mérito artístico ... en la medida en que sea original en el sentido de la ley, es decir, que sea el resultado del ejercicio del talento ...*”<sup>6</sup>, o también que “*para que la fotografía esté protegida, es necesario que la elección del tema o la forma de su ejecución, pueda ser considerada una creación artística personal del autor ... Es necesaria la incorporación de un mínimo de creación personal que le de una individualización propia, el sello personal del autor*”<sup>7</sup>. Cualquiera de las reflexiones jurisprudenciales precedentes coincide con el considerando 17 de la Directiva Europea 93/98/CEE sobre armonización de los plazos de protección, cuando precisa que “*... una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad*”. A nuestro parecer, el único factor que debe tomarse en cuenta para la apreciación de la originalidad de una obra, comprendida la fotográfica, es el sello o la marca personal del autor como reflejo de su personalidad, pues juzgarlo desde la perspectiva de una “*altura creativa*” podría entrar en conflicto con el principio, recogido expresamente en muchas legislaciones, por el cual las obras están protegidas cualquiera que sea su mérito. Por último, como sucede con las demás obras protegidas por el derecho de autor, la apreciación de la originalidad de una fotografía es una cuestión de hecho, conforme a las particularidades de cada caso en concreto. © **Ricardo Antequera Parilli, 2013.**

2 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sentencia de la Sala D (24-2-1997).

3 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 10-IP-99 (11-6-1999).

4 Corte de Apelaciones de la Provincia de Quebec (4-8-1999).

5 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal (28-5-2010).

6 Corte de Apelaciones de la Provincia de Quebec (15-10-2007).

7 Tribunal da Relação de Lisboa (2-7-2009).

## TEXTO COMPLETO:

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JORDI LLUIS FORGAS I FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a veintidós de diciembre de dos mil seis.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quince de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario, número 22/2004 seguidos ante el Juzgado mercantil número 1 de Barcelona, a instancia de Abelardo, representado por el procurador Ivo Ranera Cahis, contra UNITED BISCUITS IBERIA, S.L., representada por el procurador Ignacio López Chocarro. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso apelación interpuesto por el actor contra la sentencia dictada en dichos autos el día 2 de mayo de 2005.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: “Desestimando íntegramente la demanda de Abelardo frente a United Biscuits Iberia, S.L. a quien se absuelve de todas las pretensiones de la demanda, imponiendo las costas del juicio al demandante”.

**SEGUNDO:** La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia y, admitido a trámite en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes. Una vez comparecidas las partes, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para la votación y fallo del recurso el día 29 de noviembre de 2006.

**TERCERO:** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** En su demanda, el actor, que comparecía como autor de unas fotografías cedidas para su uso a la demandada, denunciaba que la cesionaria había hecho uso de las fotografías más allá del plazo de un año para el cual fueron cedidas y del ámbito territorial para el cual estaba autorizada, que había cedido a terceras empresas las referidas fotografías, además de haber transformado algunas de ellas y haberlas utilizado en aplicaciones/ productos distintos a los autorizados, y, finalmente, que no le han sido devueltas las fotografías. De acuerdo con estos hechos, la demanda, además de solicitar que se declarara que el actor era autor de estas obras fotográficas (y titular de los derechos explotación y morales sobre las mismas), y que los hechos denunciados constituyen una violación de sus derechos de propiedad intelectual sobre las obras fotográficas, ejercita las acciones de cesación de dichas conductas, de remoción de efectos, de indemnización de daños y perjuicios, y de reclamación de los originales de las referidas fotografías.

La sentencia dictada en primera instancia parte de la consideración de que las fotografías del actor iban destinadas al diseño del packaging, que constituía una obra colectiva, de la que es titular la demandada. No obstante, la sentencia distingue entre la obra fotográfica y la obra de diseño gráfico, advirtiendo que respecto de la segunda el actor carece de derecho alguno, que corresponden sin embargo a la demandada, por lo que en la divulgación de este diseño gráfico no ha podido existir vulneración de derecho alguno. A continuación, la sentencia analiza las dos únicas conductas que estima relevantes de acuerdo con el derecho que tiene el actor respecto de las fotografías: por una parte el que hayan sido utilizadas en packagings o envases de producto distintos de aquellos convenidos, lo que considera que no se da pues tan sólo ha existido un simple uso del envase del producto en otros soportes con la finalidad de promocionarlo, sin que ello tenga la consideración de infracción de los derechos del actor; de otra, que las fotografías hayan sido utilizadas de

*forma fragmentada en otras aplicaciones o soportes que nada tienen que ver con el envase, lo que, concluye, no ha quedado acreditado sin que a estos efectos tenga relevancia la cucharilla de plástico con una reproducción de un flan aportada como documento nº 25; y, finalmente, que no le hayan sido devueltos los originales, respecto de lo que la sentencia aprecia que no consta que le hubieran sido entregadas a la demandada, sino tan sólo los originales del diseño gráfico.*

*En el preámbulo de su recurso, el actor reitera que las pretensiones por él ejercitadas no se refieren al uso del diseño gráfico, sino de las fotografías por él creadas. En este sentido, el recurso remarca que la cuestión controvertida debe girar en torno al reconocimiento de los derechos que el Sr. Abelardo ostenta sobre sus fotografías y el alcance de la autorización que sobre ellas otorgó a la demandada para su integración o incorporación a los expresados envases. En concreto, el actor entiende que si bien los autores de las aportaciones de una obra colectiva no tienen derecho sobre el conjunto de la misma, si tienen derecho a exigir que la obra colectiva sea explotada respetando los términos en que se autorizó la utilización de su aportación.*

*El recurso insiste en que la demandada ha vulnerado las condiciones en que se cedieron las fotografías, que se fijaron en el reverso del contrato, pues se cedieron para su inclusión en un envase, por el periodo de un año, quedando ceñida la difusión al territorio nacional conforme al art. 43 TRLPI-, siendo los derechos cedidos intransferibles y existiendo la obligación de devolver los originales. Por todo lo cual, concluye la procedencia de apreciar la infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre las fotografías litigiosas y de estimar las acciones ejercitadas en la demanda.*

**SEGUNDO:** *En el fundamento jurídico tercero de la sentencia se exponen una serie de hechos sobre los que no existió controversia en la primera instancia y que no han sido impugnados por el recurrente.*

*Entre estos hechos destaca que el actor, fotógrafo*

*prestigioso, ha colaborado con la demandada, UNITED BISCUITS IBERICA, S.L. (en adelante, UBI), o antes con su antecesora, desde 1992 a 2001, en la realización de fotografías destinadas a integrarse en el diseño gráfico del packaging de los productos de la demandada.*

*La propia demandada ha aportado los diferentes packagings, a cuyo diseño gráfico ha contribuido durante estos años, como documentos núms. 7 bis, 8 bis, y 32 a 55. En ellos se puede advertir que las fotografías del postre (flan, cuajada, caramelo líquido, mousse de chocolate, tocino de cielo, gelatina, chatilly, crema catalana, tartas...) y de los ingredientes empleados se integran en un diseño del envoltorio del producto, que sirve para presentarlo y anunciarlo.*

*El actor reconoce que las fotografías fueron realizadas por encargo, en atención, en cada caso, a un diseño gráfico que se ideaba por el Sr. Hilario en relación con el departamento de marketing de UBI, siendo su resultado final (el diseño gráfico) una obra colectiva, de acuerdo con lo prescrito en el art. 8 TRLPI, tal y como lo expone la sentencia recurrida: “(a) la iniciativa correspondió siempre a la demandada, que también estuvo presente en todo el proceso de elaboración coordinando las diferentes labores que fueron precisas para obtener el resultado final pretendido; (b) la demandada ha sido quien en exclusiva ha venido divulgando bajo su nombre exclusivo la referida obra durante un largo lapso temporal, sin que ninguno de los intervinientes en ella lo haya cuestionado; (c) la obra está compuesta por la reunión de diversas aportaciones: aunque las fotografías puedan tener un papel preponderante, al menos en alguna de las obras finales alcanzadas, cuando menos la obra se hizo con la necesaria colaboración del diseñador gráfico; (d) la obra final reúne las características de única y autónoma, no sólo porque así fue en todo momento concebida sino porque las diversas aportaciones realizadas por los intervinientes no pueden ser contempladas de forma separada e independiente de las demás”. De este modo, el recurso no impugna esta calificación de obra*

*colectiva, ni que el derecho sobre la obra realizada en su conjunto corresponda a la demandada, de conformidad con el citado art. 8 TRLPI. Como no consta que se hubiera pactado a favor del actor un derecho sobre las obras colectivas en que intervino, al realizar las fotografías solicitadas y aportarlas para contribuir con ellas a los distintos diseños gráficos, carece de derecho alguno sobre las referidas obras colectivas.*

*Es cierto que estas aportaciones del actor a las distintas obras colectivas en que intervino (diseños gráficos de packagings de productos de la demandada), en principio no tenía porque privarle de los derechos que pudieran corresponderle sobre sus aportaciones (fotografías).*

*Como el actor colaboró con unas fotografías hechas por encargo, es esencial la determinación de qué naturaleza tienen estas fotografías a los efectos de su protección por la Ley de Propiedad Intelectual, esto es, si son meras fotografías, gozando de los derechos previstos en el art. 128 TRLPI, o si se trata de una creación respecto de la cual cabe reconocer derechos de autor [art. 10.1.h) TRLPI]. Una vez determinado el alcance de los derechos del actor respecto de sus fotografías, deberemos examinar en qué términos fueron cedidos; para, finalmente, advertir si la demandada ha llevado a cabo alguna infracción de dichos derechos.*

**TERCERO:** *Para que las fotografías realizadas por el actor merezcan la consideración de obra fotográfica sobre la que proyectar los derechos de autor reconocidos en la Ley, es necesario que constituyan creaciones originales, artísticas o científicas, propias del autor. Así se desprende del art. 6.1 de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, que traspone la Directiva 93/98/CEE (relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines) y del propio art. 10.1 TRLPI, en la medida en que con carácter general se refiere a “creaciones originales” y ello debe predicarse también de las fotografías a las que se refiere en la letra h). De este modo cabe hablar de una doble exigencia, originalidad*

*y suficiente altura creativa, para que la fotografía tenga la consideración de obra fotográfica.*

*Cómo recordábamos recientemente (S RA 99/2005), citando la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo y otros precedentes de este tribunal, la concurrencia de estos requisitos depende de que el autor incorpore o no a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de que se trate (SSTS de 26 de octubre de 1992 y 29 de marzo de 1996) y de que por ello la obra resulte ser “hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre”, (STS de 7 de junio de 1995). Debe por lo tanto incorporar una especificidad tal que permita considerarla como una realidad singular (SAP Barcelona Secc. 15ª AC 2000/235). No es tan importante que el resultado creativo de la fotografía sea enteramente nuevo, como el esfuerzo realizado en la creación y el hecho de que la misma presente la singular impronta personal del autor. Tal y como apunta el Considerando 17 de la citada Directiva 93/98/CEE, la fotografía debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como el mérito o la finalidad. Si bien esta originalidad, como hemos apuntado en otras ocasiones, puede resultar tanto de su captación como de su ejecución [SSAP Barcelona, 1 de febrero 2005 (RA 344/2002) y 29 de julio de 2005 (RA 70/2004)].*

*En el presente caso, sin dudar de la depurada técnica empleada para la obtención de las fotografías aportadas a los diseños gráficos en que colaboró el actor, ninguna de ellas merece la consideración de obra fotográfica, por falta de creatividad suficiente. Las fotografías resaltan los elementos y aspectos de la realidad representada que pretendían los diseñadores gráficos, que idealizan por su aspecto de perfección-, a efectos comerciales, el producto que se contiene en los distintos packaging. Pero el que ello suponga que las fotografías no se limitan a reproducir fielísimamente la realidad, tal y como se observa, y que para lograrlo se haya utilizado*

*una especial técnica, no significa que merezcan la consideración de obra creativa. Tan solo cabe predicar esa característica de aquella fotografía que trasciende la reproducción, más o menos compleja, más o menos experta según las circunstancias concurrentes, de la imagen, y concreta un producto de la originalidad subjetiva de su autor. Y es que, como ya hemos explicado en otras ocasiones y resulta de aplicación en este caso, por sí mismo “el alarde técnico no convierte a la fotografía obtenida en una creación intelectual que refleja la personalidad del realizador, no plasma el espíritu del fotógrafo, su particular estilo, su inteligencia, el mensaje que quiere trasladar, las inquietudes que pretende comunicar, sino estrictamente su pericia” [S (RA 99/2005) que cita otra anterior de 20 de diciembre de 2004 (568/2002)].*

*Las del actor son, pues, fotografías realizadas con una técnica muy precisa, pero que carecen de creatividad suficiente para merecer la consideración de obra fotográfica, por lo que debemos catalogarlas, como hace el art. 128 TRLPI, de meras fotografías, para aplicarles el régimen jurídico contenido en dicho precepto.*

*Al actor, respecto de sus fotografías, calificadas como meras fotografías, se le deben reconocer los mismos derechos de exclusiva que al autor de una obra fotográfica respecto de su reproducción (art. 18 TRLPI), distribución (art. 19 TRLPI) y comunicación pública (art. 20 TRLPI). Sin embargo carece de la facultad de transformación (art. 21 TRLPI) así como del resto de las facultades de explotación no mencionadas antes (art. 17 TRLPI). De tal modo que al no gozar propiamente de derechos morales sobre las meras fotografías y, consiguientemente, no existir las restricciones propias del derecho moral de autor, y en concreto las previstas legalmente para la transmisión y la cesión de los derechos de explotación del autor, la transmisión total o parcial del derecho de exclusiva que el art. 128 TRLPI reconoce al realizador de “meras fotografías” se rige por la autonomía privada de la voluntad del art. 1255 CC. Y en este marco, cabe una transmisión de todo o parte del derecho de exclusiva respecto de*

*fotografías realizadas por encargo, en el seno de un contrato de obra, siempre en función de lo pactado y del sentido o finalidad del encargo, lo que exige interpretar el contenido del contrato.*

**CUARTO:** *El actor aportó con su demanda la documentación relativa a la relación contractual que desde el año 1992 a 2001 mantuvo con la demandada (documentos 6 a 27). Se trata de trabajos de fotografía encargados por la demandada, en concreto por el departamento de marketing para integrar en un diseño gráfico del packaging de determinados productos comercializados por la demandada. En esta documentación encontramos la hoja de encargo y el contrato tipo o modelo, de la Associacio de fotografs professionals de publicitat i moda, que empleaba el actor para documentar el contrato, donde consta la firma de la demandada.*

*Se trata propiamente de un contrato de adhesión, que en el anverso recoge los datos específicos, en concreto las partes, la descripción del trabajo y las partidas facturadas, constando al final la firma de las partes; y en el reverso hay un pliego de condiciones generales.*

*Aunque la demandada insiste en su contestación a la demanda que ella tan sólo recibía por fax el anverso de los referidos contratos, en los que no aparecía el clausulado de condiciones generales, y para ello aporta los faxes recibidos (ff. 159 y ss.), en los contratos aportados por la actora aparece la firma, y en ocasiones el sello, de la demandada.*

*A pesar de lo cual, ello no significa que lo realmente concertado por las partes sea el contenido de las condiciones generales incluidas en el reverso del contrato tipo, por lo que en última instancia deberemos indagar cuál fue la voluntad contractual de las partes, esto es sobre qué se proyectó el acuerdo de voluntades.*

*Para ello nos guiaremos por el objeto de la prestación y la finalidad perseguida con el encargo, así como por los hechos posteriores, que constituyen un criterio esencial para juzgar sobre la intención de*

los contratantes (art. 1282 CC).

*Las partes están de acuerdo en que las fotografías se hacían por encargo, para ser integradas en una obra colectiva, que consistía en un diseño gráfico del packaging de distintos productos de la demandada.*

*Lo que es conforme con el contenido del anverso de los distintos contratos aportados por la actora. En el reverso de los contratos, la cláusula octava de las condiciones generales establecía un plazo de validez de la cesión de los derechos de reproducción de un año. De modo que, vencido el plazo de cesión y no produciéndose novación, debían devolverse los originales de las fotografías entregadas. Pero esta cláusula contractual entra en contradicción con la finalidad perseguida con el encargo realizado al actor, pues las fotografías encargadas no eran para su divulgación en un spot publicitario, que ordinariamente se ciñe a una campaña y por lo tanto está acorde con la limitación temporal de un año, sino para elaborar con ellas un diseño gráfico del packaging de los productos de la actora, que por su propia naturaleza está destinado a ser usado durante bastantes años. De hecho, resulta muy significativo que, a pesar de que el primer contrato data del año 1992, para el packaging de pasteles frescos Royal, la demandada siguiera explotando el diseño gráfico en los años posteriores al siguiente de la firma del contrato, y el actor no hubiera denunciado nada, ni conste una novación del contrato. Y lo mismo cabe decir de los contratos posteriores. Desde el año 1992 hasta el 2001, a pesar de que supuestamente, y a juicio del actor, se cedieron los derechos de reproducción de sus fotografías por un año, el diseño gráfico ha seguido siendo utilizado por más tiempo sin que exista constancia de que se hubiera renovado el contrato ni que el actor haya denunciado esta extralimitación de los derechos cedidos. Estos actos posteriores a la celebración del contrato, junto con la circunstancia de que la fotografía encargada lo fuera para ser integrada en una obra colectiva, un diseño gráfico de un producto de la demandada, resultan decisivos para interpretar que la voluntad de las partes no fue una cesión temporal del derecho de reproducción*

*de la fotografía por un año, sino que en realidad el actor cedía sus fotografías, realizadas por encargo, para que fueran incluidas en el referido diseño gráfico, sin limitación de tiempo.*

*Eso sí, la cesión alcanzaba a su empleo en el diseño gráfico del packaging, que puede ser destinado también a una finalidad publicitaria, sin que las fotografías pudieran ser empleadas o ser destinadas a otros fines. Ello significa, por una parte, que el actor no puede condicionar el uso que la demandada haga del diseño gráfico para el cual se encargaron las fotografías del actor, siendo indiferente que ese diseño de packaging se emplee para la comercialización de los productos de la demandada o de otras sociedades del grupo en España o en otros países, y que el diseño pueda variar dependiendo de la aplicación que se haga del mismo, como paquete del producto o como anuncio publicitario; y, por otra, que la cesión de los derechos respecto de la explotación de las fotografías lo era para su integración en los respectivos diseños gráficos que se mencionan en cada contrato, por lo que la demandada carece de la facultad de utilizar las referidas fotografías de forma aislada o con otra finalidad, al margen del diseño gráfico.*

*En este marco de la cesión de los derechos de exclusiva sobre las meras fotografías encargadas al actor para ser empleadas en el diseño gráfico de los packagings de productos de la demandada, que constituye una obra colectiva cuya disposición corresponde a la propia demandada, esta última no se ha extralimitado en el uso de los derechos de explotación cedidos sobre las meras fotografías, pues no consta que lo haya hecho al margen del diseño gráfico, sin perjuicio de que el mismo haya podido ser aplicado total o parcialmente a diferentes productos, en distintos formatos y en ocasiones aplicado a materiales publicitarios que acompañan al producto para promocionarlo, como es el caso de la cucharilla del Flan de huevo (documento 55 de la demanda). Todo ello lejos de suponer una extralimitación de los derechos de explotación de las fotografías, supone una explotación de los derechos que correspondían en exclusiva a*

la demandada sobre cada diseño gráfico, al que se destinaban como obras colectivas las “meras fotografías” encargadas al actor.

**QUINTO:** De acuerdo con el testimonio vertido por la Sra. Josefa, que trabajaba en el departamento de marketing de la demandada desde el año 1991, en el acta notarial de manifestaciones aportada como documento nº 11 de la contestación a la demanda y en el propio acto del juicio, la demandada recibía Don. Hilario, encargado del diseño gráfico, el diseño definitivo o artes finales y las diapositivas del diseño definitivo.

Ello queda corroborado por el documento nº 10 de la contestación, que deja constancia de la remisión por parte Don. Hilario de las diapositivas correspondientes al Pastel Fresco. Es lógico que la demandada, conforme a lo convenido, recibiera no solo las artes finales que como se desprende del testimonio del Sr. Jesús Carlos en el acto del juicio no son los originales, que ordinariamente quedan en la agencia, y sí una copia- sino diapositivas también de este diseño final, porque son las que permiten su aplicación a la finalidad perseguida. Todo ello forma parte del encargo realizado y sobre este material se proyecta el derecho de explotación adquirido, antes descrito, por lo que la demandada no está obligada a restituir estas diapositivas.

Por otra parte, no ha quedado acreditado que la demandada hubiera recibido todas las fotografías realizadas por el actor para ser utilizadas en el diseño gráfico. Por el contrario, de la descripción de la operativa de trabajo realizada por la Sra. Josefa, las fotografías habían sido empleadas por Don. Hilario, quien en última instancia era el que las habría encargado, aunque fuera por cuenta del trabajo encomendado por la demandada, y pagadas por ella. Por esta razón, en todo caso, los originales de las fotografías realizadas debían estar a disposición de un tercero, en este caso Don. Hilario, pero en cualquier caso no consta que se hubieran entregado a la demandada. En este sentido, la Sra. Josefa testimonió que nunca habían recibido los originales de las fotos del actor, sino tan

sólo las imágenes del resultado final (artes finales) para ser aplicadas a los soportes correspondientes.

Por todo lo cual, se aprecia correctamente desestimada, al igual que las anteriores, esta última pretensión del actor.

**SEXTO:** Desestimado el recurso de apelación, procede imponer a la parte apelante las costas de esta alzada, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.1 LEC.

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso interpuesto por la representación de Abelardo, contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona, de 2 de mayo de 2005, cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero; que **CONFIRMAMOS**, imponiendo a la parte apelante las costas del procedimiento.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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