

# LA INDUSTRIA DE LA MODA A LA LUZ DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

---

BRENDA SALAS PASUY\*

“La moda –me decía– es una manera de pensar, de actuar, de vivir. Tiene mucho que ver con la cultura y con la época en que vivimos”.

COVADONGA O'SHEA<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de moda inmediatamente consideramos algo cambiante y efímero. Sin embargo, en la producción de una prenda de vestir confluyen muchos factores que conducen a un resultado final atractivo para el consumidor. La moda supone no solamente la venta de una prenda de vestir, involucra la imagen y el prestigio de aquel que la crea<sup>2</sup>.

Así, el proceso de creación y producción de la misma nos conduce a valorar su importancia en el marco del comercio internacional. En efecto, se trata de un bien protegido por las reglas propias de la propiedad intelectual. En ese orden, analizaremos la importancia de la moda en el marco de esta disciplina, es decir, su régimen de protección, que se caracteriza por no ser uniforme a nivel internacional y respecto del cual solo pocas legislaciones han entrado a regular directamente esta rama de la industria.

\* Abogada, magíster en Derecho Privado de la Universidad de París II Panthéon-Assas, y candidata a doctor en Derecho de la misma Universidad. Docente-investigador del Departamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [brendasalasp@gmail.com]. Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2013. Para citar este artículo: B. SALAS PASUY. “La industria de la moda a la luz de la propiedad intelectual”, *La Propiedad Inmaterial*, N° 17, noviembre de 2013, pp. 145-161.

1 COVADONGA O'SHEA. *Así es Amancio Ortega, el hombre que creó Zara: lo que me contó de su vida y de su empresa*, Kindle Edition, 2011.

2. G. BISSON, citado por JEANNE BELHUMEUR. “Droit International de la Mode”, Caenova, Treviso, Paris, 2000: “*On ne vend plus un simple vêtement, mais un image et par l'entremise de celle-ci, c'est tout le prestige de la réputation qui fait son œuvre*”.

## I. UN POCO DE HISTORIA

La moda es un concepto que se desarrolló en Europa. En un comienzo, la Revolución Industrial en Inglaterra trajo, en 1733, la invención del telar mecánico de Watts, máquina que revolucionaría y marcaría el crecimiento y la expansión de la industria textil. De la misma manera, en 1765 se desarrolló la máquina de coser algodón y posteriormente, en 1779, este procedimiento se empezó a realizar de manera automática. Con la llegada de la máquina a vapor se facilitó la tarea que culminó con el desarrollo de la máquina de coser, agilizando la producción respectiva.

El origen moderno de esta industria se atribuye a CHARLES FREDERICH WORTH, cuyo deseo fue “vestir a las mujeres”<sup>3</sup>. WORTH se caracterizó por ser un creador e innovador en esta materia. Él reunió en uno dos aspectos: novedad y estilo. En el año de 1858, en la *rue de Paix* de París, creó su *maison*. “A la manera de un retratista, WORTH nunca elegía sus temas. Sin embargo, imponía una manera de hacer”. Su trabajo, explicaba el mismo, no consistía en “ejecutar solamente, sino, sobre todo, en inventar”<sup>4</sup>. WORTH vistió a mujeres de la alta sociedad de su época como la emperatriz EUGENIA o ELIZABETH DE AUSTRIA, inmortalizando así sus creaciones.

Siendo reconocido WORTH como el precursor de la industria de la moda, cabe rescatar la presencia de otros personajes, entre ellos PAUL POIRET y GABRIELLE CHANEL. POIRET, discípulo de WORTH, fue el primero en entablar la relación existente entre el arte y la moda<sup>5</sup>, al paso que Chanel percibió el fin de lo formal para apoderarse “de la modernidad de formas depuradas”<sup>6</sup>.

En esta industria es importante destacar el rol que ha desplegado la mujer. Justamente, con ocasión de las dos guerras mundiales, eran las mujeres las que trabajaban

... en la fábricas y el campo y se acostumbraron a utilizar uniformes. Al finalizar la guerra, mal alimentadas pero resistentes, estaban poco dispuestas a regresar al antiguo rol de amas de casa-diosas; además muchas de ellas habían perdido a sus maridos y sus novios en la contienda. Ésta fue también la era del automóvil, que dio lugar a un enfoque más práctico de la vida: pelo corto, faldas por encima de la rodilla y abrigos de tweed para ir en coche. Las mujeres se volvieron menos femeninas a ojos vista; CHANEL y otros modistos, como por ejemplo, JEAN PATOU, abrazaron y realzaron el estilo andrógino<sup>7</sup>.

Este período resulta de particular importancia para Francia, pues es París la cuna de la moda, donde comienzan a surgir las casas de alta costura, imponiendo las

3. GUILLAUME ERNER. *Víctimas de la moda. Cómo se crea, por qué la seguimos*, Barcelona, Gustavo Gili, 2005.

4. *Ibíd.*

5. *Ibíd.*

6. *Ibíd.*, p. 30.

7. MARK TUNGATE. *Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara*, Barcelona, Gustavo Gili, 2008, p. 14.

nuevas tendencias en materia de vestido al presentar cada año las colecciones de los diseñadores<sup>8</sup>.

No obstante, debido a las consecuencias de las guerras y al cambio generalizado en las corrientes de pensamiento, la moda se desplazó pronto hacia Estados Unidos, en particular a Nueva York. Inicialmente las mujeres norteamericanas compraban trajes costosos importados de París, y ya antes de las guerras, en Nueva York, comenzaron “a experimentar con tejidos sintéticos, con técnicas de producción más rápidas y con prendas ligeras e intercambiables. Este proceso se aceleró durante la década de los cuarenta, y Nueva York se convirtió en la cuna del *prêt-à-porter*”<sup>9</sup>.

A lo largo de la década de los setenta se concibió un nuevo concepto alrededor de la moda: su democratización. En efecto, a nivel mundial surgió el deseo de reivindicar un estilo propio, es decir, crear con la moda la propia identidad. A título de ejemplo podemos citar a MARY QUANT, quien al ser interrogada respecto de los orígenes de la minifalda señaló que “fue la calle quien la inventó”<sup>10</sup>.

De otro lado, Francia, con su antiguo régimen, se enfrentaba al desafío impuesto por los italianos, quienes se destacaban por su industria textil y marroquinera. Sin embargo, fue en el año de 1980 que Francia recuperó su estatus al ser considerada nuevamente como icono de la moda con la llegada de BERNARD ARNAULT<sup>11</sup> a LVMH: Moët Hennessy • Louis Vuitton S.A. Pese a este esfuerzo, fenómenos de orden social como la revolución femenina, la prosperidad económica y la aparición del SIDA cambiaron la concepción en relación con la moda, al punto de que se empezó a considerar su decadencia<sup>12</sup>.

Nuevamente, en la década de los noventa, el comercio impacta a la moda al punto y se viene a considerar que es el mercado el que determina las necesidades de la misma. En ese sentido, el director de MACCARTHY, declaró:

Durante muchos años hemos definido la moda como la que presentaban los diseñadores. El gran vuelco empezó hace un tiempo y poco a poco: es moda lo que presenta el mercado en estas grandes cadenas comerciales. Ropa clásica, joven, sencilla de llevar, atractiva, que logra que las gentes más modernas presuman de vestirse en cadenas tipo GAP, H&M O ZARA. Toda una generación empezó a considerar como lo más chic el

8. Al respecto, MORAND PAUL. *L'allure de Chanel*, Hernan, Paris, 1996. Igualmente podemos destacar diseñadores como Jacques Fath, Nina Ricci, etc.

9. TUNGATE. *Marcas de moda*, cit.

10. *Ibíd.*

11. “BERNARD ARNAULT is Chairman and CEO of LVMH Moët Hennessy - Louis Vuitton, the world's leading luxury products group”, disponible en: [<http://www.lvmh.com/investor-relations/lvmh-at-a-glance/executive-committee/bernard-arnault>].

12. Al respecto Teri Agins, en su obra *The End of Fashion*, señaló: “las mujeres perdieron interés por la moda porque estaban más preocupadas por su profesión: [las mujeres] comenzaron a comportarse como hombres y adoptaron su propio uniforme: faldas pantalones y americanas que les conferían un aspecto autoritario, pulcro y poderoso”. Además, las pasarelas parisinas perdieron relevancia frente a la cultura de MTV y el street wear: Levi's, Nike y GAP parecían estar más conectadas con la realidad cotidiana que cualquier visión etérea sobre una pasarela”: citado por Tungate. *Marcas de moda*, cit.

usar ropa casual y no gastar cifras astronómicas en vestirse. Aparecían otros intereses, después de los terribles años ochentas, dominados por la ostentación<sup>13</sup>.

En consecuencia, “pasamos del contexto de una industria manufacturera que basaba su oferta en distribuidores independientes atomizados, a un modelo que se basa en clientes/distribuidores cuyas redes estratégicas se apoyan sobre un crecimiento de volumen y disminución de costos”<sup>14</sup>.

En ese contexto, la moda nuevamente mutó gracias al advenimiento y llegada de las nuevas tecnologías como el software<sup>15</sup> y el internet<sup>16</sup>. En efecto, los talleres y casas de moda buscan acoplarse a esta realidad cambiante para desarrollar sus dibujos, modelos y diseños a la hora de crear una nueva confección o prenda de vestir.

Actualmente, la moda ha sufrido toda una transformación: la de la visión del consumidor. Justamente, “el futuro de la moda se reduce al propio estilo, no a los dictados de un diseñador”<sup>17</sup>. Vemos entonces que el consumidor juega un rol muy importante en este panorama<sup>18</sup>.

La industria de la moda es llamada a extender su poder, más allá del solo vestido. La moda se ajusta a aspiraciones individuales del consumidor, ya sea que ellas sean estrictamente personales o que conecte a los valores de las comunidades (reales o virtuales) a las que pertenece. Ella se extiende a otros territorios, para ir más allá del placer estético renovado. Esa realidad favorece un fuerte aumento del contenido inmaterial en los productos, el reforzamiento de la personalización y multiplicación de mercados<sup>19</sup>.

13. O'SHEA. Ob. cit.

14. “*La filière est passée d'une industrie de manufacture qui poussait son offre vers des distributeurs indépendants atomisés, à un modèle tiré par les clients/distributeurs indépendants dont les ressorts stratégiques s'appuient sur une croissance des volumes et une diminution des coûts. Ce renversement n'a été possible que par les potentiels offerts par l'informatique et internet : sans ceux-ci, la production dans les pays à bas coûts de main d'œuvre n'aurait pas pu s'imposer avec une telle force*”: CLARISSE PEROTTI-REILLE « L'industrie textile et d'habillement ».

15. Entendemos por software o programa de ordenador a la “expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador --un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones--, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”: Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

16. “*As with all other consumer industries, the fashion industry has been affected by the arrival of the Internet and digital technologies*”: GUILLERMO C. JIMÉNEZ et al. *Fashion Law. A guide for designers, fashion executives and Attorneys*, New York, Fairchild Books. 2010.

17. O'SHEA. Ob. cit.

18. “La forma de presentación de un producto, el diseño original y diferente que lo singulariza, se revela como una herramienta de primer orden para otorgar al producto un valor añadido y seducir a los potenciales consumidores”: Manuel Marhuenda. “La protección de los diseños industriales en la Unión Europea. Principales rasgos y ventajas del diseño comunitario”, en *Revista La Propiedad Inmaterial* N° 9, Universidad Externado de Colombia, 2007.

19. “*La mode inscrit le produit dans une époque déterminée, un contexte de culture et de valeurs partagés. Dans un tel contexte, la mode apparaît comme l'expression de nouvelles aspirations et du coup elle devient une valeur transversale dominante. L'industrie de la*

En ese panorama, no debemos olvidar que para que la industria de la moda funcione esta debe insertarse en un contexto de comercio justo. Los recientes hechos sucedidos en Bangladesh y relacionados con la producción de la moda rápida en condiciones inhumanas, con el fallecimiento de numerosos operarios (lo que permite concluir que aún existen vestigios de esclavitud), muestran la necesidad de regular esta esfera del comercio<sup>20</sup> respecto de las condiciones laborales<sup>21</sup>.

A continuación procederemos a analizar el concepto de moda, para posteriormente estudiar su régimen de protección.

## II. MODA. DEFINICIÓN

La moda ha sido entendida como “*une manière d’être ou de faire, passagère mais largement adoptée et valorisée dans un groupe*”<sup>22</sup>. Es decir, una manera de ser o de hacer, pasajera, pero largamente adoptada y valorizada en un grupo, con un alcance cultural. Es un concepto transversal que se aplica no solamente al textil y al vestido, sino que se extiende incluso a las maneras de pensar de una sociedad<sup>23</sup>. Esta noción involucra una serie de conceptos como el de creación, creatividad y novedad que se traducen en una palabra: innovación. No obstante, y para los efectos del presente artículo, nos centraremos en el área del textil y del vestido.

Ahora bien, ¿por qué resulta importante analizar la industria de la moda? Pues bien, en materia de comercio de bienes y servicios, la industria de la moda se ha convertido en uno de los renglones más importantes de la economía global. Por ejemplo, en la economía norteamericana representa casi el 4% del PIB, es decir, una suma equivalente a 1 trillón de dólares por año<sup>24</sup>. De otro lado, para la Unión Europea este es uno de los sectores más importantes de la economía pues el mercado del vestido en este territorio es el primer mercado destinatario, con una inversión de 306 millares de euros en el año 2010<sup>[25]</sup>. En Colombia, las exportaciones de esta industria arrojaron un total de 1.465,5 millones de dólares para el año 2012<sup>[26]</sup>.

*mode est appelée à considérablement étendre son pouvoir, bien au-delà du seul habillement. La mode s’ajuste aux aspirations individuelles du consommateur, qu’elles soient strictement personnelles ou connectées aux valeurs des communautés (réelles ou virtuels) auxquelles il appartient. Elle débordera sur d’autres territoires, pour aller au-delà du plaisir esthétique renouvelé. Cette réalité va favoriser une très forte augmentation du contenu immatériel dans les produits, le renforcement de la personnalisation et donc la multiplication des marchés”*: PEROTTI-REILLE. Ob. cit.

20. [[http://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-12807733.html](http://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12807733.html)].

21. LINA OCHOA. “Moda Justa”, en *Revista Fucsia*, INEXMODA 25 años 2013.

22. E. SOURIAU. Vocabulaire d’Esthétique, p. 1014, citado por BELHUMEUR. Ob. cit.

23. “*Indeed, fashion has become an increasingly important cultural reference point, as well as a source of entertainment*”: JIMÉNEZ et al., “Fashion Law”, cit.

24. “*The fashion and apparel sector has become one of the largest and most dynamic in the global economy, accounting for nearly 4 percent of total global G.D.P., a sum now in excess of \$1 trillion per year*”: ibíd.

25. EVELYNE CHABALLIER, GILDAS MINVIELLE, HÉLÈNE FOURNEAU, FRANCK DELPAL, NATHALIE GENNÉRAT. *Perspectives internationales mode & textile*, Paris, Institut Français de la Mode, 2013.

26. Cifras de Proexport. “Creando Oportunidades”, en *Revista Fucsia con la Colaboración de la Revista Dinero*, INEXMODA, 2013, p. 41.

En ese contexto, numerosos sujetos intervienen en la producción de esta industria. En efecto, en la cadena diseño, moda, textil y confección podemos identificar a los diseñadores, las creaciones artesanales, las casas de alta costura, y aquellos sujetos que intervienen en la producción de la moda rápida. Entre las casas de alta costura tenemos a LVMH, dirigida por el CEO BERNARD ARNAULT, o la *maison* CHANEL, entre otras. De otro lado, tenemos a los *retailers* o grupos de moda rápida, como el grupo INDITEX, liderado por AMANCIO ORTEGA y cuya máxima representación es ZARA; en el mismo orden se destaca la presencia del grupo sueco H&M y de la multinacional española Mango. En esa misma dirección, también resalta la presencia de grupos dirigidos a consumidores masivos, tal es el caso de Wal-Mart en Estados Unidos. En cualquiera de estas direcciones podemos destacar que la moda ha penetrado la mente del consumidor, por lo que se habla de un consumidor consciente e inteligente que busca satisfacer e insertarse en este campo como una muestra o un reflejo de su propia identidad.

La industria de la moda juega con dos elementos que mutan constantemente: las tendencias y el estilo. Las primeras hacen referencia a “las orientaciones colectivas de una época, de un país, de un grupo o de un creador que se afirman vigorosamente en el mercado”<sup>27</sup>. Por su parte, el segundo “es la manera particular de tratar la materia y las formas en miras de la realización de una obra (de arte), el estilo es el conjunto de características de una obra que permiten clasificarla con otras en un conjunto que constituye un tipo estético. Ese término se emplea en la moda por ejemplo, en faldas de estilo del Segundo Imperio”<sup>28</sup>.

Una vez tienen presentes estos dos elementos, los diseñadores y creadores pueden comenzar su labor de producir la moda. Hablamos en consecuencia de un creador artista, que debe ser creativo, ingenioso, innovador. Cuando hablamos de innovación, no hacemos referencia al concepto previsto en materia de patentes, es decir, a la invención: solución a un problema no resuelto en el estado de la técnica. Hablamos de innovación desde el punto de vista estético, la cual deberá expresar ... las fantasías e innovaciones estéticas en materia de indumentaria. El vocablo de creación de forma estética u ornamental corresponde a ese fenómeno. Algunas veces, una creación de la moda presenta innovaciones técnicas. En ese caso, el carácter estético se conjuga o da lugar a otra dinámica, la de la invención. Según que la creación de la moda sea calificada de innovación técnica, de creación ornamental o de creación artística, ella responde a un régimen de protección diferente<sup>29</sup>.

27. «Tendance désigne des orientations collectives d'une époque, d'un pays, d'un groupe ou d'un créateur qui s'affirment vigoureusement dans le marché»: Dictionnaire de la Mode au xxe siècle, cit., p. 529.

28. El estilo es «la manière particulière de traiter la matière et les formes en vue de la réalisation d'une œuvre (d'art); (le style) est l'ensemble des caractères d'une œuvre qui permettent de la classer avec d'autres dans un ensemble constituant un type esthétique. Ce terme s'emploie pour la mode, par exemple, des robes dans le style du Second Empire»: Le petit Robert, citado por Belhumeur. *Droit International de la Mode*, cit.

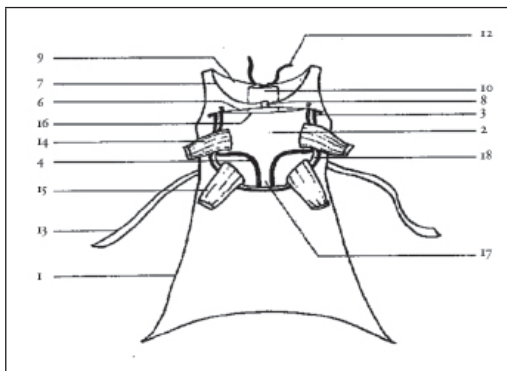
29. «La création de la mode exprime des fantaisies et innovations esthétiques en matière vestimentaire. Le vocable de création de forme esthétique ou ornementale correspond à ce

Justamente, en ese estadio hacemos referencia a aquella disciplina que regula las creaciones del espíritu, del intelecto humano: la propiedad intelectual. En ese orden, se hace necesario analizar el régimen de protección en el cual se enmarca esta industria creativa, toda vez que ella se orienta hacia dos ángulos: el de lo estético y el de lo funcional, como a continuación se analizará.

### III. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN

La labor del creador de moda se centra en “elaborar modelos inéditos, en lanzar regularmente líneas de vestido que idealmente son reveladoras de un talento singular, reconocido, irreprochable”<sup>30</sup>. En ese sentido, la propiedad intelectual juega un rol determinante a la hora de conceder o de otorgar un monopolio exclusivo de explotación y de protección. De hecho, uno de los problemas centrales que gira en torno a la industria de la moda es identificar la protección que reconoce la propiedad intelectual a cada elemento o instrumento propio de dicha industria<sup>31</sup>; así por ejemplo, la línea de la colección será identificada bajo un signo distintivo, el impreso de la tela deberá ser registrado a través de un diseño industrial, o el proceso de transformación de un material textil será protegido por una patente.

Para efectos de ilustrar la importancia de la protección de esta industria, procederemos a exponer algunos ejemplos en los que estas creaciones pueden verse involucradas y ser objeto de protección de un derecho de propiedad intelectual.



Se trata del vestido que permite a un adulto cargar a un recién nacido contra su torso, pecho contra pecho. Solicitud de patente presentada por Fandi Julie bajo el número de publicación 2986952, con solicitud de registro nacional n.º 1200503<sup>[32]</sup>.

*phénomène. Parfois, une création de la mode présente des innovations techniques. Dans ce cas, le souci esthétique se conjugue ou fait place à une autre dynamique, celle de l'invention. Selon que la création de la mode est qualifiée d'innovation technique, de création ornementale ou de création artistique, elle répond à un régime de protection différent»: BELHUMEUR. Droit International de la Mode, cit.*

30. “La mission du créateur de mode consiste à élaborer des modèles inédites à lancer régulièrement de nouvelles lignes vestimentaires qui, idéalement, sont révélatrices d'un talent singulier, reconnaissable, incontestable»: *ibid.*

31. “One of the key issues in this text and in the whole fashion law is that determining the intellectual property (IP) protection available for any given garment”: *ob. cit.*, p. 8.

32. [[http://fr.espacenet.com/publicationDetails/originalDocument?CC=FR&NR=2986952A1&KC=A1&FT=D&date=20130823&DB=fr.espacenet.com&locale=fr\\_FR](http://fr.espacenet.com/publicationDetails/originalDocument?CC=FR&NR=2986952A1&KC=A1&FT=D&date=20130823&DB=fr.espacenet.com&locale=fr_FR)]

En materia de diseños industriales encontramos el siguiente ejemplo:



Este diseño industrial busca reconocer la protección a una bufanda. Esta solicitud fue presentada ante la Oficina de Armonización del mercado interior y registrada bajo el n.º 002237941-0070 de 15 de mayo de 2013.

Finalmente, en lo que concierne a los signos distintivos tenemos el siguiente caso:



Ahora bien, al analizar la moda en el campo de la propiedad intelectual, dos ramas llaman la atención: el derecho de autor y la propiedad industrial. El primero entendido como “la disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y de ésta con la sociedad”<sup>33</sup>. Mientras que la segunda “trata principalmente de la protección de las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los diseños industriales, los modelos de utilidad, el nombre comercial, la enseña y la represión de la competencia desleal”<sup>34</sup>.

Así, al entrar en el terreno de lo estético, en el campo del derecho de autor y de la propiedad industrial identificamos, de una parte, la obra de arte y las de arte aplicado (a), y de otra, los diseños industriales (b), los cuales serán objeto de estudio a continuación.

#### A. LAS OBRAS DE ARTE APLICADO

Las obras de arte pueden ser definidas como: « *Les productions de l'esprit, faisant essentiellement appel aux formes et à l'esthétique: l'on y comprendra les œuvres d'art pur,*

33. ERNESTO RENGIFO GARCÍA. *Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

34. *Ibíd.*



*les arts appliqués et les photographies*»<sup>35</sup>. Es decir que comprenden las producciones del espíritu que llaman esencialmente la atención hacia las formas y la estética: comprenden las obras de arte puro, las artes aplicadas y las fotografías. Para efectos de este artículo, únicamente estudiaremos las obras de arte aplicado.

El Convenio de Berna de 1886 no consagra una definición de lo que debemos comprender por obra de arte aplicado, sin embargo la incluye dentro de su objeto de protección. En efecto, el artículo 2 de dicha norma consagra los términos respectivos como objeto de protección de la siguiente manera:

1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; *las obras de artes aplicadas*; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. (Resaltado fuera de texto).

En sentido amplio, las obras de arte aplicado, al igual que las otras clases de obras, requieren de originalidad, es decir que no han de constituir una reproducción similar o idéntica a una creación preexistente. Igualmente, para este tipo de obras no interesa ni el mérito ni el destino<sup>36</sup>, y justamente una de las características de la obra de arte aplicado es que ella (la obra) está ligada a una función utilitaria. En ese orden, podemos encontrar por ejemplo creaciones “de dos dimensiones (dibujos) o en relieve (modelos) destinados a la ornamentación de objetos de utilidad”<sup>37</sup>. En consecuencia, “todos los objetos utilitarios se ven concernidos, desde el vestido hasta las piezas de moneda”<sup>38</sup>.

Como lo señalamos anteriormente, la condición material para que esta obra sea objeto de protección es la originalidad. La originalidad puede apreciarse desde un punto de vista subjetivo y objetivo. Desde una perspectiva subjetiva, la originalidad marca el lazo existente entre el autor y su obra, en donde generalmente ese carácter puede verse apreciado en obras de arte: pinturas, música, literatura<sup>39</sup>. Sin embargo, ya se ha discutido respecto de la dificultad que engendra determinar la personali-

35. PIERRE-YVES GAUTIER. *Propriété littéraire et artistique*, 7.<sup>a</sup> ed., Paris, PUF, 2010.

36. “El derecho de autor no protege la idea o el concepto contenido en un trabajo sino simplemente la forma o expresión de la idea o el concepto”: RENGIFO GARCÍA. Ob. cit.

37. « ... *les créations à deux dimensions (dessins) ou en relief (modèles) destinés à l'ornementation d'objet d'utilité* »: Gautier. Ob. cit.

38. « *Tous les objets utilitaires sont concernés, de la robe à la pièce de monnaie* »: ibíd.

39. RENGIFO GARCÍA. *La propiedad intelectual y el moderno derecho de autor*: “De acuerdo con la tesis subjetiva –civil law–, un trabajo literario o artístico es un espejo de la personalidad de su creador. El trabajo es protegido en la medida que incorpore o refleje la personalidad de su autor”.

dad del autor en todos los tipos de obras<sup>40</sup>, de ahí que nos refiramos al concepto de originalidad objetiva. Esta última hace referencia “a que el trabajo sea único”<sup>41</sup>.

Actualmente, los tribunales se han inclinado por la búsqueda de un “*choix créatifs*”, es decir, que contenga un carácter creativo para determinar si hay lugar a la protección por parte del derecho de autor en lo que concierne a las obras de arte aplicadas. La escogencia creativa dependerá del “uso de la libertad que existe en la escogencia de la expresión”<sup>42</sup>. En consecuencia, es el carácter creativo el que ha permitido determinar el carácter individual de la obra de arte aplicado. Justamente esta definición flexible de originalidad es la que mejor se adaptaría a la industria de la moda<sup>43</sup>; no obstante, algunos tribunales europeos, en particular los franceses, al estudiar la protección de esta industria señalan que basta que la creación de la moda refleje la personalidad del creador<sup>44</sup>.

De igual manera, debemos rescatar que legislaciones como la francesa reconocen expresamente este tipo de protección al señalar en su Código de Propiedad Intelectual:

Son obras del espíritu: [...] 14º Las creaciones de las industrias de temporada de la confección y de la fabricación de joyas y aderezos personales. Se considerarán industrias de temporada de la confección y de la fabricación de aderezos personales, las industrias que por exigencias de la moda renuevan con frecuencia la forma de sus productos y, especialmente, la fabricación de prendas de vestir, la peletería, la lencería, el bordado, la moda, el calzado, la guantería, la marroquinería, la fabricación de tejidos de gran novedad o especiales para la alta costura, la producción de joyas y calzado a medida, así como las fabricaciones de tejidos para la decoración de interiores<sup>45</sup>.

Ahora bien, el régimen de protección se vuelve complejo cuando es la misma legislación la que faculta a los Estados a establecer otro tipo de protección, como en el caso de la prevista en el marco de los diseños industriales. Precisamente, el artículo 2 numeral 7 del Convenio de Berna establece:

7) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos

40. “Esta teoría ha sido objeto de críticas por cuanto se ha afirmado que el origen de un trabajo, en muchas ocasiones, no es un reflejo de la personalidad de su creador: ¿podría un mapa geográfico reflejar la personalidad de su creador? ¿es un programa de computador una manifestación de la personalidad de su autor? Además, se ha sostenido que un trabajo es interpretado de manera diferente por cada persona cuando es puesta en contacto con la creación y que la percepción depende de las circunstancias bajo las cuales tal contacto tiene lugar”: *ibíd.*

41. *Ibíd.*

42. “*Le choix créatif se fonde sur l’usage de la liberté existant dans le choix de l’expression*»: PERRET FRANCOIS, citado por BELHUMEUR. *Ob. cit.*

43. “*Nous sommes de l’opinion que le développement jurisprudentiel du concept de ‘choix créatif’ pour déterminer le caractère individuel d’une œuvre est une évolution positive qui correspond à la réalité des faits. L’application de ce concept nous semble adapter aux dessins et modèles de modes*”: *ibíd.*

44. Al respecto cfr. el fallo de la Corte de Apelación de París de 11 de enero de 1990 y el fallo de la Corte de Apelación de París de 20 de marzo de 1996.

45. [www.legifrance.gouv.fr].

industriales, así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras, dibujos y modelos, teniendo en cuenta las disposiciones del Artículo 7.4 del presente Convenio. Para las obras protegidas únicamente como dibujos y modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este país a los dibujos y modelos; sin embargo, si tal protección especial no se concede en este país, las obras serán protegidas como obras artísticas.

## B. LOS DISEÑOS INDUSTRIALES

Los diseños industriales se caracterizan por conjugar al mismo tiempo las artes estéticas y los aspectos industriales, siendo realmente difícil dissociar en ellos un elemento del otro. A diferencia de la obra de arte aplicado, el diseño industrial supone la creación de algo novedoso, y al estar en el campo de la propiedad industrial se requiere de su registro para la adquisición del derecho. Así, se presume creador intelectual el primero que registre el diseño.

El objeto de protección del diseño gira en torno a la apariencia de un producto. La apariencia es entendida como “todos los elementos del aspecto exterior de un producto o de una parte de un producto, como da testimonio el carácter simplemente indicativo de la enumeración de elementos susceptibles de caracterizar esa apariencia [...] que se incorporen al producto mismo o que se superponen”<sup>46</sup>.

Para que la protección que surge de la propiedad intelectual emane se requiere la concurrencia de dos condiciones: de fondo (i) y de forma (ii).

### 1. Condiciones de fondo

– *La novedad*: según el Acuerdo de los ADPIC, la novedad en materia de diseños industriales es definida por vía de exclusión; en ese sentido, el artículo 25, numeral 1 señala: “Los Miembros podrán establecer que los dibujos y modelos no son nuevos u originales si no difieren en medida significativa de dibujos o modelos conocidos o de combinaciones de características de dibujos o modelos conocidos”.

La definición expuesta engendra dificultades, esto debido a que confunde dos conceptos, a saber, el de novedad y el de originalidad. De ahí que en el marco doctrinal se busque esclarecer este concepto y se proceda a la distinción de dos clases de novedades: la absoluta y la relativa.

La novedad absoluta será analizada en consideración “a todas las divulgaciones haciendo abstracción de consideraciones como el sitio o el momento en que ellas ocurrieron”<sup>47</sup>. De otro lado, la novedad será relativa si se “limita territorialmente o

46. « Elle englobe tous les éléments de l'aspect extérieur d'un produit ou d'une partie de produit, comme en témoigne le caractère simplement indicatif de l'énumération des éléments susceptibles de caractériser cette apparence [...] qu'ils s'incorporent au produit lui-même ou s'y surajoutent »: Jérôme Passa. *Droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, t. 1, Paris, LGDJ, 2006, p. 912.

47. JUAN DAVID CASTRO. *La propiedad industrial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

geográficamente el alcance de la divulgación o si se admiten, bajo protección legal, objetos que han sido inspirados en otros objetos (usualmente encontrados en el dominio público) o que sean el resultado de la unión de diversos elementos ya conocidos, pero de manera separada y que una vez unidos resultan en un objeto nuevo<sup>48</sup>.

De la misma manera, la novedad también ha sido clasificada desde el ámbito subjetivo y objetivo. Cuando hacemos referencia al aspecto objetivo estamos indicando “la ausencia de anterioridad, como para todo derecho de propiedad industrial”<sup>49</sup>. Contrariamente, el carácter subjetivo hace alusión a una condición de originalidad, es decir que represente la personalidad del autor en la expresión de la obra<sup>50</sup>.

La dificultad en la identificación de este concepto llevó a una serie de confusiones en los tribunales europeos, particularmente en los franceses, quienes consideraron que para que los dibujos y modelos industriales tuvieran protección se requería que este reflejara la personalidad del autor. Al respecto puede consultarse un fallo de la Corte de Apelación de París, Sala Cuarta, de 11 de septiembre de 1996, que señaló:

*Si aucune des antériorités ne reproduit intégralement, c'est-à-dire “de toutes pièces”, la combinaison revendiquée, il convient de rappeler qu'il ne suffit pas pour qu'un modèle soit nouveau au regard de la loi que sa forme n'ait pas été préalablement divulguée. Il lui faut en outre constituer une création c'est-à-dire présenter un caractère original, décoratif ou ornemental, témoignant de l'effort personnel ou de l'interprétation individuelle de son auteur*<sup>51</sup>.

No obstante, a partir de 2001 la posición ha sido la de establecer un claro límite de distinción entre novedad y originalidad. En efecto, la Directiva europea 98/71 CE y el Reglamento n.º 6/2002, con el ánimo de armonizar el derecho comunitario, acogieron dicha distinción al señalar en su artículo 5:

Se considerará que un dibujo o modelo es nuevo cuando no se haya hecho público ningún dibujo o modelo idéntico: a) si se trata de un dibujo o modelo comunitario no registrado, antes del día en que el dibujo o modelo cuya protección se solicita haya sido hecho público por primera vez; b) si se trata de un dibujo o modelo comunitario

48. *Ibíd.*

49. « *La condition de nouveauté, entendue de manière strictement objective, au sens d'absence d'antériorité, comme pour tout droit de propriété industrielle* »: M.A. Pérot Morel. *Les dessins et modèles en question, le droit et la pratique*, Paris, Libraires Techniques, 1986.

50. « *Le concept d'originalité est beaucoup plus déroutant que celui de nouveauté lorsqu'on aborde les droits étrangers. Le droit français, pour sa part, l'envisage généralement sous l'angle du droit d'auteur, comme une simple manifestation de la personnalité dans l'exécution d'une œuvre, de telle sorte qu'une création 'originale' n'est pas nécessairement nouvelle au sens de la loi de 1909* »: *ibíd.*

51. “Si ninguna de las anterioridades no reproduce íntegramente, es decir, de todas las piezas, la combinación reivindicada, conviene recordar que no es suficiente para que un modelo sea nuevo en consideración de la ley que su forma no haya sido previamente divulgada. Además, es necesario constituir una creación, es decir presentar un carácter original, decorativo u ornamental que dé testimonio del esfuerzo personal o de la interpretación individual de su autor”.

registrado, antes del día de presentación de la solicitud de registro del dibujo o modelo cuya protección se solicita, o, si se hubiere reivindicado prioridad, antes de la fecha de prioridad. 2. Se considerará que los dibujos y modelos son idénticos cuando sus características difieran tan solo en detalles insignificantes.

De lo anterior puede observarse que el criterio acogido es el de la novedad objetiva y absoluta en esta materia.

Así mismo, es importante señalar que el reglamento creó otra figura conocida como el diseño comunitario no registrado. Este instrumento surgió como una herramienta para proteger a aquellas creaciones que tuviesen ciclos de vida comerciales cortos, como es el caso de la industria de la moda<sup>52</sup>. De la jurisprudencia analizada puede observarse cómo los tribunales franceses lo han incorporado en su derecho interno; al respecto, la Corte de Casación francesa, en un fallo de 8 de febrero de 2013, reconoció este tipo de protección a la Sociedad Dior respecto de un modelo de zapatos que fue comercializado durante la estación primavera-verano de 2006 bajo la expresión “Extreme - Dior”.

## *II. Condiciones de forma*

– *El registro*: acorde con lo previsto con el artículo 4 del Convenio de París, se requiere del registro del diseño ante la autoridad competente a efectos de obtener la protección concedida por la propiedad intelectual. En ese sentido, la norma en mención dispone: “1) Quien hubiere depositado regularmente una solicitud de patente de invención, de modelo de utilidad, de dibujo o modelo industrial, de marca de fábrica o de comercio, en alguno de los países de la Unión, o su causahabiente, gozará, para efectuar el depósito en los otros países, de un derecho de prioridad, durante los plazos fijados más adelante...”. Reunidas esas dos condiciones se obtiene la protección para un diseño industrial.

Ahora bien, la industria de la moda ha recurrido a este instrumento jurídico a efectos de obtener protección por parte de la propiedad intelectual. Sin embargo, el Acuerdo de los ADPIC en su artículo, 25 numeral 2, vio la necesidad de posibilitar una protección dual a esta industria en los siguientes términos:

2. Cada Miembro se asegurará de que las prescripciones que hayan de cumplirse para conseguir la protección de los dibujos o modelos textiles –particularmente en lo que se refiere a costo, examen y publicación– no dificulten injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección. Los Miembros tendrán libertad para cumplir esta obligación mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor.

52. Al respecto, el considerando 25 del Reglamento Comunitario señaló: “El dibujo o modelo comunitario no registrado sería muy ventajoso para aquellos sectores en los que se crean numerosos dibujos y modelos, casi siempre de vida efímera, en períodos breves de tiempo y, de los cuales, tan sólo una parte se comercializan en su momento”.

Justamente, es esta disposición, junto con la expuesta con anterioridad en el artículo 7 del Convenio de Berna, la que conduce a reflexionar y a identificar a la moda como una de las zonas grises de la propiedad intelectual, toda vez que admite la simultaneidad de la protección vía derechos de autor (obra de arte aplicado) y vía propiedad industrial (diseños industriales), tal como se analiza a continuación.

### C. EL CÚMULO DE PROTECCIÓN

El Convenio de Berna, así como el Acuerdo de los ADPIC, faculta a los países miembros para establecer un cúmulo de protección para las creaciones de indumentaria y moda. Esta solución ha sido identificada doctrinalmente como la *teoría de la unidad de arte*. Es decir que el titular de un dibujo o de un modelo de aplicación industrial en la moda, por ejemplo, puede verse beneficiado de la protección que emana en el campo de los diseños industriales y a su vez de la que proviene de la obra de arte aplicada. Así, países como Francia y Colombia aceptan en su totalidad la posibilidad de acumular esa protección.

De otro lado, encontramos aquellas legislaciones reacias a aceptar la posibilidad de dicho cúmulo. En ese sentido, la *teoría de la disociación* expone claramente la separación rígida entre el derecho de autor y la propiedad industrial, de manera que el régimen es alternativo. Inicialmente, la legislación alemana y la italiana eran renuentes a aceptar dicho cúmulo, inclinándose por una figura u otra; no obstante, con ocasión de la expedición del Reglamento Comunitario 6 de 2001 se facultó a los Estados miembros para establecer la posibilidad de conceder a los dibujos y modelos la protección vía derechos de autor y diseños industriales, a condición de que las legislaciones nacionales determinen el alcance y las condiciones de dicha protección<sup>53</sup>.

Por último, están quienes asumen una posición ecléctica, es decir que admiten la posibilidad de un *cúmulo parcial*. Esta última quiere significar que el régimen de la propiedad industrial y el del derecho de autor pueden subsistir mientras que se demuestre una originalidad suficientemente marcada.

Las bondades del cúmulo de protección se apreciarán dependiendo del extremo en que las partes se encuentren. En efecto, si nos encontramos en el marco de una acción por infracción de derechos, al creador le corresponde demostrar la infracción y a la parte pasiva, es decir, al demandado, le corresponde acreditar la falta de originalidad o la falta de novedad del objeto en disputa; como se puede observar, la carga de la prueba para este último es bastante ardua. Ahora, en lo que concierne a la industria de la moda y del vestido podemos concluir que esta encuentra su

53. "Artículo 96. *Relaciones con otros mecanismos de protección previstos en la legislación nacional*. Los dibujos y modelos protegidos por un dibujo o modelo comunitario podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de los Estados miembros a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Los Estados miembros determinarán el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido".

fuente de protección en el derecho de autor y en los diseños industriales. Ello no quiere decir que estas sean las únicas formas de protección. En efecto, encontramos, de un lado, los signos distintivos, como las marcas o incluso las patentes de invención, cuando por ejemplo solucionan un problema no resuelto en el estado de la técnica, como lo señalamos anteriormente.

Como puede observarse, la identificación de la protección de la industria de la moda entraña una serie de dificultades, pues cada uno de los derechos mencionados obedece a naturalezas y regímenes diferentes. Ahora, a esta industria se le suma otra dificultad: en efecto, nos hallamos frente a una industria que está destinada a ser copiada o imitada. Es justamente esa frontera la que ha generado un gran contencioso en diferentes países a la hora de determinar cuándo se está frente a algo novedoso y original, respecto de aquello que es simplemente copiado o imitado. La moda se encuentra dentro del ojo del huracán a la hora de analizar el fenómeno de la anterioridad, pues es un fenómeno que obedece a las tendencias del momento y cuyo ciclo de duración es relativamente corto en el tiempo.

De la misma manera, la inserción de las nuevas tecnologías de información y comunicación, en especial de internet, la red de redes, si bien facilita el intercambio de bienes y servicios, pues la moda no escapa a las ventas a distancia, dificulta la labor creativa.

Pareciera posible resolver el problema mediante la propiedad intelectual, pero, sin menospreciar su rol, el cual es determinante cuando de señalar el régimen de protección que le corresponde a cada artículo o prenda de vestir se trata, la solución que ofrece no es definitiva. En efecto, al no existir un régimen internacional unificado en esta área, cada país ha optado por establecer la posibilidad de un cúmulo de protección, o bien de ser alternativo y excluyente, generando para esta industria creativa contradicciones e inseguridad jurídica. Igualmente, otras ramas del derecho surgen como instrumentos idóneos para reconocerle una protección efectiva a esta industria, y en ese sentido la disciplina del derecho de la competencia ofrece otra alternativa de solución que permite salvaguardar los intereses de esta industria. A este panorama se agrega la incursión de tratados de libre comercio que buscan facilitar el intercambio de bienes y servicios con la reducción de barreras arancelarias estableciendo reglas específicas para esta área.

Pese a estas dificultades, el punto neurálgico reside en determinar cuándo estamos en presencia de algo realmente novedoso y original que amerite protección y que no conduzca a incurrir en abusos. El reto para los creadores y diseñadores de la industria de la moda se encuentra en la innovación, es decir, en crear algo diferente que les permita imprimir su huella personal. De ahí que, como lo afirmó PAUL POIRET, “[l]a moda necesita actualmente un nuevo maestro. Necesita un tirano que la fustigue y que la libere de sus escrúpulos. El que le haga este favor, será rico y admirado. [...] El primer año no será imitado, pero el segundo será copiado”<sup>54</sup>.

54. PAUL POIRET. *En habillant l'époque*, Paris, Grasset, 1986, p. 47, citado por Guillaume. Ob. cit.

REFERENCIAS

- BELHUMEUR, JEANNE. *Droit International de la Mode*, Paris, Canova, Treviso, 2000.
- CASTRO, JUAN DAVID. *La propiedad industrial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- CHABALLIER, EVELYNE; GILDAS MINVIELLE, HÉLÈNE FOURNEAU, FRANCK DELPAL, NATHALIE GENNÉRAT. *Perspectives internationales mode & textile*, Paris, Institut Français de la Mode, 2013.
- COVADONGA O'SHEA. *Así es Amancio Ortega, el hombre que creó Zara: lo que me contó de su vida y de su empresa*, Kindle Edition, 2011.
- ERNER, GUILLAUME. *Víctimas de la moda. Cómo se crea, por qué la seguimos*, Barcelona, Gustavo Gili, 2005.
- GAUTIER, PIERRE-YVES. *Propriété littéraire et artistique*, 7.ª ed., Paris, PUF, 2010.
- JIMÉNEZ, GUILLERMO C. et al. *Fashion Law. A guide for designers, fashion executives and Attorneys*, New York, Fairchild Books, 2010.
- MARHUENDA, MANUEL. "La protección de los diseños industriales en la Unión Europea. Principales rasgos y ventajas del diseño comunitario", en *Revista La Propiedad Inmaterial* N° 9, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- OCHOA, LINA. "Moda justa", *Revista Fucsia INEXMODA* 25 años 2013.
- PASSA, JÉRÔME. *Droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles*, t. 1, Paris, LGDJ, 2006.
- PÉROT MOREL, M.A. *Les dessins et modèles en question, le droit et la pratique*, Paris, Libraires Techniques, 1986.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- TUNGATE, MARK. *Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara*, Barcelona, Gustavo Gili, 2008.
- [[http://fr.espacenet.com/publicationDetails/originalDocument?CC=FR&NR=2986952A1&KC=A1&FT=D&date=20130823&DB=fr.espacenet.com&locale=fr\\_FR](http://fr.espacenet.com/publicationDetails/originalDocument?CC=FR&NR=2986952A1&KC=A1&FT=D&date=20130823&DB=fr.espacenet.com&locale=fr_FR)].
- [<http://oami.europa.eu>].
- [[http://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-12807733.html](http://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12807733.html)].
- [<http://www.lvmh.com/investor-relations/lvmh-at-a-glance/executive-committee/bernard-arnault>].
- [[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)].
- [[www.wipo.net](http://www.wipo.net)].
- PEROTTI-REILLE, CLARISSE. «L'industrie textile et d'habillement ». [<http://www.ladocumentationfrançaise.fr/var/storage/rappports-publics/084000121/0000.pdf>].



Acuerdo relativos a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio.

Código de Propiedad Intelectual francés.

Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1887.

Corte de Apelación de París de 11 de enero de 1990.

Corte de Apelación de París de 20 de marzo de 1996.

Corte de Casación francesa 8 de febrero de 2013.

Decisión Andina 351 de 1993.

Directiva Europea 98/71 CE.

Reglamento Comunitario N° 6/2002.