

La industria de la moda a la luz de la Propiedad Intelectual.

Por Brenda Salas Pasuy¹

“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”².

Introducción:

Cuando hablamos de moda inmediatamente consideramos algo cambiante y efímero. Sin embargo, tras 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 crea³.

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 el cual se caracteriza por no ser uniforme a nivel internacional y respecto del cual sólo pocas legislaciones han entrado a regular directamente esta rama de la industria.

1. Un poco de historia

La moda es un concepto que se desarrolló en Europa. Inicialmente, la revolución industrial del año de 1733 en Inglaterra, introdujo la invención del telar mecánico de Watts, así, esta máquina revolucionaria y marcaría el crecimiento y la expansión de la industria textil. De la misma manera, en el año de 1765 se desarrolló la máquina de coser algodón y posteriormente en el año de 1779 este procedimiento se realizó de manera automática. Con la llegada

¹ 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, Nº 17, noviembre de 2013, pp. 145-161.

² 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.

³ G. Bisson citado por Jeanne Belhumeur. « Droit International de la Mode ». Canova. Treviso. Paris.2000 Op. cit “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 »

de la máquina a vapor se facilitó la tarea que culminó con el desarrollo de la máquina de coser facilitando su proceso de producción.

El origen moderno de esta industria se atribuye a Charles Frederick Worth cuyo deseo fue “vestir a las mujeres”⁴. Worth se caracterizó por ser creador e innovador en esta materia. Él, reunió en un único lugar dos aspectos: novedad y estilo. En el año de 1858 en la *rue de paix* de París creó su *maison*, “quien 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”⁵. Worth, vistió a mujeres de la alta sociedad de su época como la emperatriz Eugenia o Elizabeth de Austria, inmortalizando así sus creaciones.

Pese a ser reconocido como el precursor de la industria de la moda, podemos rescatar la presencia de otros personajes entre ellos: Paul Poiret y Gabrielle Chanel. El primero, discípulo de Worth, fue el primero en entablar la relación existente entre el arte y la moda⁶. La segunda, percibió el fin de lo formal para apoderarse “de la modernidad de formas depuradas”⁷.

En esta industria, es importante destacar el rol que ha desplegado la mujer. Justamente, con ocasión de la primera y segunda guerra mundial 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-diosa; 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 realizaron el estilo andrógino”⁸.

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 nuevas tendencias en materia de vestido presentando cada año las colecciones de diseñadores⁹.

No obstante, debido a las consecuencias de las guerras y al cambio generalizado en las corrientes de pensamiento, la moda se desplazó hacia los Estados Unidos de Norteamérica: Nueva York. Inicialmente las mujeres norteamericanas compraban trajes costosos importados desde París, incluso,

⁴Erner Guillaume “Victimas de la moda. Cómo se crea, por qué la seguimos. GG”. Editorial Gustavo Gili. 2005.op. cit

⁵Erner Guillaume “Victimas de la moda. Cómo se crea, por qué la seguimos. GG”. Editorial Gustavo Gili. 2005. Op. cit

⁶Erner Guillaume “Victimas de la moda. Cómo se crea, por qué la seguimos. GG”. Editorial Gustavo Gili. 2005. Op. cit

⁷ Op cit . Pag. 30

⁸Mark Tungate. “Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara” Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2008 Pag 14

⁹ Al respecto, Morand Paul. “L ‘allure de Chanel”, Hernan, París 1996. Igualmente podemos destacar diseñadores como Jacques Fath, Nina Ricci etc.

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”¹⁰.

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 su propia identidad. A título de ejemplo podemos citar a Mary Quant, quién al ser interrogada respecto de los orígenes de la minifalda señaló: “que fue la calle quien la inventó”¹¹.

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 status al ser considerada nuevamente como icono de la moda con la llegada de Bernard Arnault¹² 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 considerar su decadencia¹³.

Nuevamente, en la década de los noventa, el comercio impacta a la moda al punto de 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 usar ropa casual y no gastar cifras astronómicas en vestirse. Aparecían otros intereses, después de los terribles años ochentas, dominados por la ostentación”¹⁴. En consecuencia, “pasamos del contexto de una industria manufacturera que basaba su oferta en distribuidores independientes atomizados, a un modelo que se basa en

¹⁰ Mark Tungate. “Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara” Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2008. Op cit.

¹¹ Mark Tungate. “Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara” Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2008. Op cit.

¹² “Bernard Arnault is Chairman and CEO of LVMH Moët Hennessy - Louis Vuitton, the world’s leading luxury products group” .<http://www.lvmh.com/investor-relations/lvmh-at-a-glance/executive-committee/bernard-arnault>

¹³ Al respecto Teri Agins en su obra “The end of Fashion” señaló: “que 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 Mark Tungate. “Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara” Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 2008. Op cit.

¹⁴ Covadonga O’Shea. Op- cit.

clientes/distribuidores cuyas redes estratégicas se apoyan sobre un crecimiento de volumen y disminución de costos”¹⁵.

En ese contexto, la moda nuevamente mutó gracias al advenimiento y llegada de las nuevas tecnologías como el software¹⁶ y el Internet¹⁷. 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 una transformación: la visión del consumidor. Justamente, “el futuro de la moda se reduce al propio estilo, no a los dictados de un diseñador”¹⁸. Vemos entonces, que el consumidor juega un rol muy importante en este panorama¹⁹. “La industria de la moda es llamada a extender su poder, más allá del sólo vestido. La moda se ajusta a aspiraciones individuales del consumidor, que ellas sean estrictamente personales o conecta 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”²⁰.

En ese panorama, no debemos olvidar que para que la industria de la moda funcione, ésta debe insertarse en un contexto de comercio justo. En efecto, los recientes hechos sucedidos en Bangladesh respecto de la producción de la moda rápida en condiciones inhumanas en donde fallecieron varios operarios, muestran la necesidad de regular esta esfera del comercio²¹ respecto de las

¹⁵ “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 ».

¹⁶ 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

¹⁷ “As with all other consumer industries, the fashion industry has been affected by the arrival of the Internet and digital technologies”. Guillermo C. Jimenez y otros. “Fashion Law. A guide for designers, fashion executives and Attorneys”. Fairchild Books. New York. 2010. Op. Cit. .

¹⁸ Covadonga O’Shea. Op- cit.

¹⁹ “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” Revista La Propiedad Inmaterial N° 9. Universidad Externado de Colombia. 2007

²⁰ “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 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 virtuelles) 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 ». Clarisse PEROTTI-REILLE « L’industrie textile et d’habillement ».

²¹ http://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12807733.html

condiciones laborales en las que trabajan miles de funcionarios y que permiten concluir que aún existen vestigios de esclavitud²².

Así, procederemos a analizar el concepto de la moda, para que posteriormente estudiemos su régimen de protección.

2. Moda. Definición.

La moda ha sido entendida como “une manière d’être ou de faire, passagère mais largement adoptée et valorisée dans un groupe”²³. 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 sociedad²⁴. 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 el comercio de bienes y servicios, la industria de la moda se ha convertido en uno de los renglones más importantes en la economía global. Por ejemplo, en la economía Norteamericana representa casi el 4% del total del producto interno bruto de éste país, es decir, una suma equivalente a 1 trillón de dólares por año²⁵. De otro lado, para la Unión Europea éste es uno de los sectores más importantes de la economía pues el mercado del vestido en éste territorio es el primer mercado destinatario con una inversión de 306 millares de Euros en el año 2010²⁶. En Colombia, las exportaciones de esta industria arrojaron un total de 1.465,5 millones de dólares para el año 2012²⁷.

En este 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, a 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 a través del CEO Bernard Arnault, o la *maison* CHANEL entre otros. De otro lado, tenemos a los *retailers* o grupos de moda rápida como el grupo INDITEX, liderado por

²² Lina Ochoa. “Moda Justa” Revista Fucsia- INEXMODA 25 años 2013.

²³ Souriau, E. Vocabulaire d’Esthétique, op cit., supra, note 36, pag. 1014. Citado por Jeanne Belhumeur. « Droit International de la Mode ». Op. cit

²⁴ « Indeed, fashion has become an increasingly important cultural reference point, as well as a source of entertainment » Guillermo C. Jimenez y otros. “Fashion Law. A guide for designers, fashion executives and Attorneys” Op. cit.

²⁵ « 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” Guillermo C. Jimenez Op. cit.

²⁶ Evelyne Chaballier, Gildas Minvielle, Hélène Fourneau, Franck Delpal, Nathalie Gennérat “Perspectives internationales mode & textile”. Institut Français de la Mode — Paris. 2013

²⁷ Cifras de Proexport. “Creando Oportunidades” en Revista Fucsia con la Colaboración de la Revista Dinero. INEXMODA. 2013 Pág. 41

Amancio Ortega cuya máxima representación la presenta ZARA, en el mismo orden destacamos la presencia del grupo sueco H&M y de la multinacional española Mango. En esa misma dirección, también se 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, hablamos de un consumidor consiente 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”²⁸. 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 clasificarlas 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”²⁹.

Al tener presente estos dos elementos los diseñadores y creadores comienzan su labor de producir la moda. Hablamos en consecuencia de un creador artista que en su percepción 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”³⁰. 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

²⁸ « 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, op cit, supra, note 9. Pag. 529.

²⁹ Le style est « 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 Jeanne Belhumeur. « Droit International de la Mode ». Op. cit.

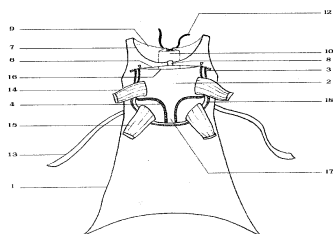
³⁰ « La création de la mode exprime des fantaisies et innovations esthétiques en matière vestimentaire. Le vocable de création de forme esthétique ou ornementale correspond à ce phénomène. Parfois, une création de la mode présente des innovations techniques. Dans ce cas, le souci esthétique se conjugue 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 » Jeanne Belhumeur. « Droit International de la Mode ». Op. cit.

enmarca esta industria creativa, toda vez que ésta se orienta hacia dos ángulos: el de lo estético y el de lo funcional como a continuación se analizará.

3. Régimen de Protección.

La labor del creador de moda se centra en “elaborar modelos inéditos, a lanzar regularmente líneas de vestido que idealmente son reveladoras de un talento singular, reconocido, irreprochable”³¹. En ese orden, 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 industria³², 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 a pecho. Solicitud presentada por Fandi Julie bajo el Número de publicación 2986952 con solicitud de registro nacional No. 1200503³³.

En materia de diseños industriales encontramos el siguiente ejemplo:

³¹ “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 ». Jeanne Belhumeur. « Droit International de la Mode ». Op. cit.

³² “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” Op. cit. Pag. 8

³³

http://fr.espacenet.com/publicationDetails/originalDocument?CC=FR&NR=2986952A1&KC=A1&FT=D&date=20130823&DB=fr.espacenet.com&locale=fr_FR



Este diseño industrial busca reconocer la protección a una bufanda. Esta solicitud fue presentada ante la Oficina de Armonización del mercado interior registrado bajo el No 002237941-0070 de 15 de mayo de 2013.

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



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”³⁴. 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”³⁵.

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 otro lado 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, les arts appliqués et les photographies »³⁶. Es decir, que comprenden las producciones del espíritu

³⁴Rengifo García Ernesto. « Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor ». Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.

³⁵Rengifo García Ernesto. « Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor ». Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.

³⁶Pierre-Yves Gautier “Propriété littéraire et artistique” 7 édition. PUF. Paris. 2010

que llaman esencialmente la atención a las formas y a 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 establece una definición de lo que debemos comprender por obra de arte aplicado, sin embargo la comprende dentro de su objeto de protección. En efecto, el artículo 2 de dicha norma los consagra como objeto de protección en los siguientes términos: “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” (Subrayas 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 constituyan una reproducción similar o idéntica a una creación preexistente. Igualmente, para este tipo de obras no interesa ni el mérito ni el destino³⁷, justamente una de las características de la obra de arte aplicado es que ésta (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”³⁸. En consecuencia, “todos los objetos utilitarios son concernidos, desde el vestido hasta las piezas de moneda”³⁹.

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 un marco subjetivo, la originalidad marca el lazo existente entre el autor y su obra, generalmente ese carácter puede verse apreciado en obras de arte: pinturas, música,

³⁷ “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 Ernesto. Op. Cit

³⁸ « ... les créations à deux dimensions (dessins) ou en relief (modèles) « destinés à l’ornementation d’objet d’utilité » Gautier, Pierre-Yves Gautier. Op. cit.

³⁹ « Tous les objets utilitaires sont concernés, de la robe à la pièce de monnaie » Pierre-Yves Gautier “propriété littéraire et artistique” Pierre-Yves Gautier. Op. cit

literatura⁴⁰. Sin embargo, ya se ha discutido respecto de la dificultad que engendra determinar la personalidad del autor en todos los tipos de obras⁴¹, de ahí que nos refiramos al concepto de originalidad objetiva. Está última hace referencia “a que el trabajo sea único”⁴².

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”⁴³. 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 moda⁴⁴, 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 creador⁴⁵.

De igual manera, debemos rescatar que legislaciones como la francesa reconocen expresamente este tipo de protección al señalar en su código de propiedad intelectual lo siguiente: “Son obras del espíritu: 14° 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”⁴⁶.

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 es la prevista en el marco de los diseños industriales.

⁴⁰ Rengifo García Ernesto. La propiedad intelectual 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. Op. Cit.

⁴¹ “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. Rengifo García Ernesto Op. Cit.

⁴² Rengifo Ernesto Op cit.

⁴³ “Le choix créatif se fonde sur l’usage de la liberté existant dans le choix de l’expression » Perret Francois. Citado por Jeanne Belhumeur. Op cit.

⁴⁴ “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 mode. Jeanne Belhumeur. Op cit.

⁴⁵ Al respecto puede observarse 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.

⁴⁶ www.legifrance.gouv.fr

Precisamente, el artículo 2 numeral 7 del Convenio de Berna establece lo siguiente: “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 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 porque conjugan al mismo tiempo las artes estéticas y los aspectos industriales en los que es realmente difícil disociar un elemento del otro. A diferencia de la obra de arte aplicado, el diseño industrial supone la creación del 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 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 sobreponen”⁴⁷.

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).

i. Condiciones de fondo:

- **La novedad:** Acorde con 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 lo siguiente: “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 como lo son el de novedad y originalidad. De ahí que en el

⁴⁷

« 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 Pag. 912

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”⁴⁸. De otro lado, la novedad será relativa si se “limita territorialmente o 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”⁴⁹.

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”⁵⁰. Contrariamente, el carácter subjetivo hace alusión a una condición de originalidad, es decir que represente la personalidad del autor en la expresión de la obra⁵¹.

La dificultad en la identificación de este concepto llevo 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 éste reflejará 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”⁵².

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 No 6/2002 con el ánimo de armonizar el derecho comunitario acogieron dicha distinción al señalar en su artículo 5 lo

⁴⁸ Castro Juan David. “La propiedad industrial”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009 .

⁴⁹ Castro Juan David. “La propiedad industrial”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009 .

⁵⁰ « 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 », Libraires Techniques. Paris. 1986

⁵¹ « 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 » M. A. Pérot Morel. « Les dessins et modèles en question, le droit et la pratique ». Libraires Techniques. Paris. 1986

⁵² “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 será 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 de testimonio del esfuerzo personal o de la interpretación individual de su autor”

siguiente: “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 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 sólo en detalles insignificantes”. De lo anterior, puede observarse que el criterio acogido es el de la novedad objetiva y absoluta en esta materia.

Igualmente, es importante señalar que el reglamento creó otra figura conocida como el diseño comunitario no registrado. Este instrumentó 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 moda⁵³. De la jurisprudencia analizada puede observarse como 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 a un modelo de zapatos que fue comercializado durante la estación de primavera verano 2006 bajo la expresión “Extreme – Dior”.

ii. Condiciones de forma:

- **El depósito:** 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 en el presente”. 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

⁵³ Al respecto el considerando 25 del Reglamento Comunitario señaló lo siguiente: “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”.

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”.

Justamente, es esta disposición junto con la expuesta precedentemente en el artículo 7 del Convenio de Berna las que nos conducen 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 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, facultan a los países miembros la posibilidad de 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 obra de arte aplicada. Así, países como Francia y Colombia aceptan en su totalidad la posibilidad de acumular esa protección.

De otro lado, encontramos a 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, es decir, 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 de establecer la posibilidad de conceder a los dibujos y modelos la protección vía derechos de autor y diseños industriales a condición que las legislaciones nacionales determinen el alcance y las condiciones de dicha protección⁵⁴

Finalmente, están quienes asumen una posición ecléctica es decir, quienes 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

⁵⁴ 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.

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 está encuentra su fuente de protección en el derecho de autor y en los diseños industriales. Ello no quiere decir, que éstas 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, estamos 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 cuando estamos frente a algo novedoso y original de aquello que es simplemente copiado o imitado. La moda se encuentra dentro del ojo del huracán al analizar el fenómeno de la anterioridad, pues es un fenómeno que obedece a las tendencias del momento y que su ciclo de duración es relativamente corto en el tiempo.

De la misma manera, la inserción de las nuevas tecnologías de información y comunicación, 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 que la solución fuese resuelta con la propiedad intelectual, sin menospreciar su rol, el cual es determinante a la hora de señalar el régimen de protección que le corresponde a cada artículo o prenda de vestir, la solución 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 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, 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 se centra en determinar cuando estamos en presencia de algo realmente novedoso y original que amerite protección y que no conlleve 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 afirmo Paul Poiret: “La 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”⁵⁵

Bibliografía.

- Jeanne Belhumeur. « Droit International de la Mode ». Canova. Treviso. Paris.2000
- Castro Juan David. “La propiedad industrial”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009.
- 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.
- Evelyne Chaballier, Gildas Minvielle, Hélène Fourneau, Franck Delpal, Nathalie Gennérat “Perspectives internationales mode & textile”. Institut Français de la Mode — Paris. 2013.
- Erner Guillaume “Victimas de la moda. Cómo se crea, por qué la seguimos. GG”. Editorial Gustavo Gili. 2005
- Guillermo C. Jimenez y otros. “Fashion Law. A guide for designers, fashion executives and Attorneys”. Fairchild Books. New York. 2010
- Manuel Marhuenda. “La protección de los diseños industriales en la Unión Europea. Principales rasgos y ventajas del diseño comunitario” Revista La Propiedad Inmaterial N° 9. Universidad Externado de Colombia. 2007.
- M. A. Pérot Morel. « Les dessins et modèles en question, le droit et la pratique ». Libraires Techniques. Paris. 1986.
- Lina Ochoa. “Moda Justa” Revista Fucsia INEXMODA 25 años 2013.
- Pierre-Yves Gautier “Propriété littéraire et artistique” 7 édition. PUF. Paris. 2010

⁵⁵ En Paul Poiret “En habillant l'époque” Grasset, Paris, 1986. Pag. 47. Citado por Erner Guillaume. Op. Cit

- Passa Jerome “Droit de la propriété industrielle. Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles” Tome 1. L.G.D.J. Paris. 2006.
- Rengifo García Ernesto. « Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor ». Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.
- Revista Fucsia con la Colaboración de la Revista Dinero. INEXMODA. 2013
- Mark Tungate. “Marcas de moda. Marcas estilo desde Armani a Zara” Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 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://www.eltiempo.com/mundo/asia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12807733.html
- www.legifrance.gouv.fr
- Clarisse PEROTTI-REILLE « L’industrie textile et d’habillement ». <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000121/0000.pdf>
- www.wipo.net
- <http://oami.europa.eu>
- <http://www.lvmh.com/investor-relations/lvmh-at-a-glance/executive-committee/bernard-arnault>
- Acuerdo relativos a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio.
- Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886
- Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial de 1887
- Decisión Andina 351 de 1993
- Directiva europea 98/71 CE
- Reglamento Comunitario No 6/2002
- Código de Propiedad Intelectual Francés.

- Corte de Apelación de Paris de 11 de enero de 1990
- Corte de Apelación de Paris de 20 de marzo de 1996.
- Corte de Casación Francesa 8 de Febrero de 2013