

MODA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Natalia Tobón

“La moda no es un tema trivial. Usted no usa ropa, utiliza una identidad”¹.

La moda (del latín, *modus* ó modo) es una costumbre, es decir, un uso repetido en una colectividad con cierta conciencia de obligatoriedad. Se habla de moda en el vestir, en el hablar, en la decoración, en los modales, en el idioma, en la arquitectura, en la forma de preparar alimentos, en los cánones de belleza y así sucesivamente.

Para algunos la moda la inicia siempre una minoría poderosa que otros desean imitar, como sucedió, por ejemplo, con las modas que impusieron los monarcas y los nobles en los siglos pasados. Se dice que en el siglo XVII, Luis XIII, rey de Francia, decidió ocultar su calvicie con una peluca y al poco tiempo, los nobles europeos comenzaron a afeitarse la cabeza y seguir su ejemplo, imponiendo un estilo que duró siglos. Los tacones, por su parte, aunque son una prenda masculina originaria de oriente, se pusieron de moda en occidente con Luis XIV, quien molesto por su baja estatura los impuso en Versalles.

Para otros, al contrario, la moda nace en la calle, pues los grandes diseñadores se inspiran en ella. Por ejemplo, el minimalismo (menos es mas) es un concepto que implantó Chanel, por la época entre guerras en que vivió.

En todo caso la moda es un lenguaje:

“Mucho antes de que yo me acerque a usted por la calle lo suficientemente para que podamos hablar, usted ya me está comunicando su sexo, su edad y la clase social a la que pertenece por medio de lo que lleva puesto; y muy probablemente me está dando importante información sobre su profesión, su procedencia, su personalidad, sus opiniones, gustos, deseos sexuales y estado de humor en ese momento. Cuando nos encontramos y entablamos conversación, ya nos hemos hablado en la lengua más antigua y universal”².

Este documento está referido únicamente a la protección que tienen los diseños de ropa, zapatos y accesorios de la moda occidental a la luz de las normas sobre propiedad intelectual.

2. La industria de la moda

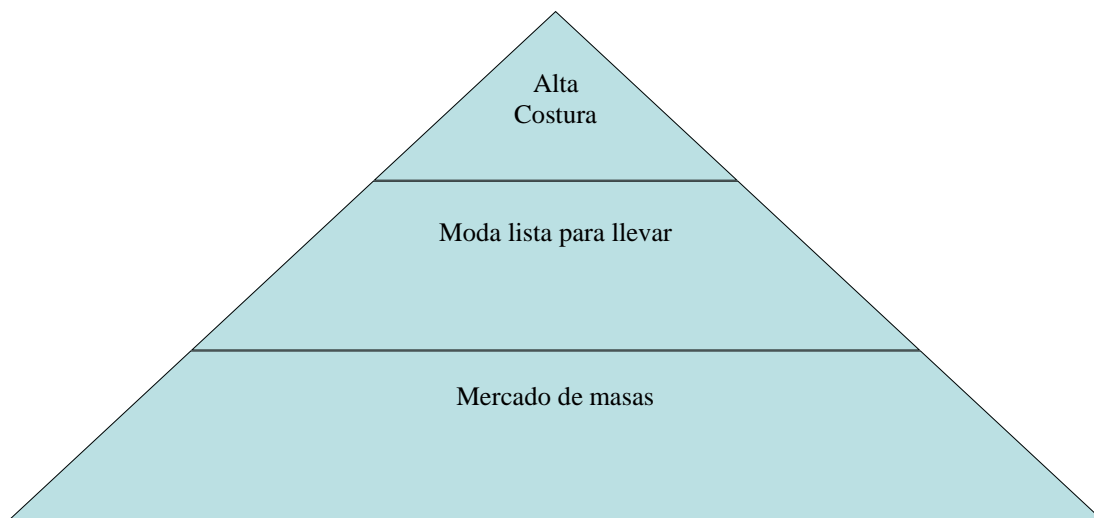
¹ “Los vestidos y los accesorios expresan como nos sentimos, cómo nos vemos y cómo deseamos ser tratados por otros”. Tungate, Mark. Fashion Brands: *Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan, 2005, p. 2.

² Lurie, Alison. El lenguaje de la moda, una interpretación de las formas de vestir. 2º Edición. Paidós Básica Contextos, 1992, p.26.

La industria de la moda vende más de 750 billones de prendas al año³. Sus principales mercados son Europa, Estados Unidos y Japón. Paris, Milán, Londres, Nueva York, Los Angeles y Tokio son las ciudades donde se concentran más diseñadores y las más grandes casas de moda como *Gucci*, *Prada*, *Armani*, *Ralph Lauren* y *Chanel*⁴.

Aunque las casas de moda producen diseños continuamente, solo los lanzan a través de colecciones de temporada.

En general, los productos de la industria de la moda están segmentados por categorías como lo ilustra la siguiente pirámide:



- Alta costura: Del francés, *haute couture*, se usa para referirse a cualquier prenda que sea creada para un cliente en particular. En Francia solamente pueden crear prendas de alta costura compañías que cumplen ciertos estándares definidos por la *Chambre Syndicale de la Couture*, como Giorgio Armani, Dolce & Gabbana, Calvin Klein.
- Moda lista para usar o *prêt-à-porter* es un punto medio entre alta costura y mercado de masa. Aunque no está diseñada para clientes individuales, si existe gran cuidado en los materiales, el corte y el diseño. La ropa está confeccionada en pequeñas cantidades para asegurar la exclusividad, por lo cual es más bien costosa. Las colecciones de prendas listas para usar

³ Cox Christine, Jenkins Jennifer, *Between the Seams, A Fertile Commons: An Overview of the Relationship Between Fashion and Intellectual Property*. By Ready to share. *A Norman Leare Center Conference Annenberg Auditorium USC*, January 29, 2005. <http://learcenter.org/pdf/RTSJenkinsCox.pdf>. Recuperado el 20 de julio de 2011.

⁴ Se prevé que el mercado de artículos de lujo moverá más 450 billones de dólares en el año 2012, de los cuáles la ropa y los artículos de cuero tienen la mayor proporción, seguidos de perfumes y cosméticos. Los relojes y la joyería están en un porcentaje menor.

son usualmente presentadas por casas de modas en cada temporada: *Ann Klein, Banana Republic y Ann Taylor*.

- Mercado de masa: La moda que usa el público en general. Los diseñadores de modas populares generalmente esperan una temporada para asegurarse de que un determinado estilo tendrá éxito antes de producir sus propias versiones: *Old Navy, WalMart y Target*.

Sin embargo, para algunos, como el periodista de moda inglés Mark Tungate, en su obra "*Fashion Brands, Branding style from Armani to Zara*" esta pirámide está revaluada:

"Hubo un tiempo en que la industria de la moda parecía articularse en forma de pirámide. En la cúspide se encontraba la alta costura, en el centro, las grandes marcas y en la base, una enorme cantidad de distribuidores de ropa para las masas. Pero este ya no es el caso. La aparición de nuevos actores como las empresas de ropa deportiva, ropa urbana o las casas de semi-alta costura. Además, los consumidores, lejos de unirse a un concepto en particular, no dudan en mezclar un bolso de Louis Vuitton con una chaqueta de Zara, o vestir una camiseta de Topshop con unos jeans de Gap bajo un abrigo de Chanel. Todos estos artículos, cuando se combinan, reafirman al consumidor, que parece querer lanzar el mensaje de que es una persona inteligente a quien las campañas de marketing no pueden embaucar fácilmente. En definitiva, hoy en día cada persona es su propio estilista"⁵.

Otro factor que distorsiona la pirámide es el hecho de que los grandes diseñadores están creando líneas de moda masivas. Por ejemplo, en el año 2004 el conocido diseñador de Chanel, Karl Lagerfeld, ofreció sus creaciones a través de las tiendas de H&M en todo el mundo. "En cuestión de horas, todo el género se agotó. La histeria colectiva pareció apoderarse de unas masas enloquecidas que querían conseguir una pieza de lujo a un precio asequible. El lanzamiento de la colección de Lagerfeld para H&M era la consumación de un flirteo continuado entre la alta costura y el gran público"⁶.

II. MODA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

1. ¿Qué es la propiedad intelectual?

⁵ Tungate, Mark. *Fashion Brands: Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan, 2005, p. 2.

⁶ Tungate, Mark. *Fashion Brands: Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan, 2005, p. 2.

El derecho de propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa. Si se trata de la propiedad intelectual, es el derecho de usar, gozar y disponer de un intangible como una obra artística, científica o literaria (derecho de autor) ó de un signo distintivo o una nueva creación (propiedad industrial)⁷.

El Derecho de la Propiedad Intelectual (DPI) se divide en dos categorías:

Derecho de autor	Propiedad industrial
------------------	----------------------

- El derecho de autor es el conjunto de normas que protegen los derechos del creador de la obra, entendida ésta como la manifestación personal y original de la inteligencia, expresada de forma tal que pueda ser perceptible y reproducida⁸.
- El derecho de la propiedad industrial es el conjunto de normas que regulan los signos distintivos de los comerciantes y las nuevas creaciones de los inventores. Son signos distintivos las marcas, los nombres comerciales, las enseñas comerciales; y son nuevas creaciones todos aquellos inventos que el Estado certifica a través de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos empresariales, trazados de circuitos integrados y derechos de los obtentores vegetales.

2. ¿Por qué se protege la propiedad intelectual –PI-?

El legislador de la mayoría de los países protege las creaciones artísticas y las innovaciones científicas con base en los siguientes principios:

- El principio del incentivo: El derecho que se le reconoce al artista o al inventor es una recompensa por el esfuerzo que ha realizado en la creación de su obra o en la investigación para llegar a una invención.
- El principio de la recuperación: Se busca que el artista ó inventor recupere lo que invirtió para desarrollar el invento o crear la obra.
- El principio del conocimiento público difundido: La protección que otorga la PI es temporal y al cabo de un tiempo su titular pierde los derechos de exclusiva en beneficio de la humanidad (dominio público). En el caso de los signos distintivos, las marcas y los nombres, se busca proteger a los consumidores de una posible confusión sobre el origen de los bienes y servicios que pueda redundar en su calidad.

3. Propiedad intelectual y moda: una relación difícil

⁷ Definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual-OMPI-. www.wipo.int/about-ip/es/

⁸ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2-2007-6021 24-05-2007 y 2-2007-2427 01-03-2007

En teoría a los diseños de prendas de vestir y a los accesorios se les puede aplicar cualquiera de las figuras de la propiedad intelectual –derecho de autor ó propiedad industrial- si cumplen con los requisitos legales establecidos en la ley para cada una de ellas.

Sin embargo, en la práctica, esta situación es más complicada por varias razones:

- a. La moda es cambiante por naturaleza y una prenda de vestir que resulta valiosa para su diseñador y para sus competidores en una temporada específica, puede resultar despreciable y perder su valor en la siguiente temporada (precisamente porque “*ha pasado de moda*”)⁹.
- b. No es fácil ser original, creativo, novedoso o innovador en el mundo de la moda por varias razones:
 - El tener que ajustarse a la ergonomía del cuerpo humano genera modelos de ropa necesariamente estandarizados y es difícil encontrar creatividad, originalidad o novedad cuando toda blusa tiene dos mangas y todo pantalón dos botas.
 - En la era de las tecnologías de la información es difícil no estar influenciado por la cantidad de información que fluye constantemente. Existen blogs (*El diablo viste de Zara, Fashionisima, El blog de la moda*) y páginas web especializadas donde se muestran fotos y comentan las últimas tendencias y su impacto en la gente común. Esta mayor información permite que algunas empresas, como la española Zara, implementen sistemas de información que llegan a reducir en un mes el ciclo de producción de sus prendas. Además, Zara recibe diariamente información de sus tiendas, a partir de la cual los diseñadores pueden preparar sus nuevos diseños.
- c. No hay uniformidad en el tratamiento legal que se ofrece a la moda en los diversos países, lo que hace difícil su protección.

A continuación se analizará la forma cómo ciertas prendas pueden protegerse desde la perspectiva de las diversas figuras de la propiedad intelectual, a saber: los diseños industriales, los modelos de utilidad, los derechos de autor, las patentes de invención, las marcas y el *trade dress*.

⁹ Hay modas que no caducan y algunos objetos se convierten en piezas clásicas. En la casa francesa de moda *Hermès* hay una lista de espera de un año para obtener el clásico bolso *Kelly*, que se hizo famoso en 1956 cuando la Princesa *Grace* de Mónaco apareció con él en la portada de la revista *LIFE*. El clásico traje de *Chanel* –diseñado por Coco Chanel en el decenio de 1930- se sigue vendiendo actualmente a 5.000 dólares de los EE.UU.

4. Diseños Industriales

La apariencia particular de un producto que se obtiene a partir de una reunión original, especial y visible de líneas, colores, texturas, materiales, contornos, ornamentaciones y/o matices es lo que se conoce como un diseño industrial.

Una prenda de vestir obtendrá reconocimiento como diseño industrial si cumple los siguientes requisitos:

- a. Novedad: La apariencia de un producto es novedosa cuando es diferente de la que tienen los demás productos de su clase. El legislador colombiano considera que no hay novedad en un diseño en los siguientes casos:
 - o Cuando el diseño sólo presenta diferencias secundarias con respecto a otras realizaciones anteriores,
 - o Cuando el público ha tenido acceso a él, en cualquier lugar del mundo y por cualquier medio, antes de la fecha de solicitud de reconocimiento como diseño industrial.

En la práctica la exigencia de la novedad en la moda puede ser un requisito difícil de cumplir ya que en ese ambiente constantemente se hacen ferias y desfiles, se publican fotografías de los diseños en revistas especializadas y existen sitios de Internet que difunden constantemente las nuevas tendencias.

- b. Especialidad: Un producto, que puede ser una prenda de vestir, tendrá un diseño especial cuando su apariencia no está determinada por la función que cumple¹⁰. En el caso de la moda resulta complejo cumplir este requisito si se piensa, por ejemplo, en que casi todos los sombreros tienen la forma de la cabeza, todo zapato la forma de un pie, etc.
- c. Visibilidad: El diseño debe ser visible durante el uso normal del producto.

Si una prenda de vestir cumple los requisitos anteriores entonces su diseñador podrá presentar la solicitud de reconocimiento de diseño industrial directamente, en Colombia por ejemplo, ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Si la solicitud es aceptada, el diseñador tendrá el derecho de excluir a terceras

¹⁰ Como ejemplo de un producto cuya apariencia está determinada por la función que cumple, Felipe Rubio cita los tubos de agua, ya que su apariencia cilíndrica y hueca es indispensable para transportar agua — véase Rubio Torres, Felipe. *Propiedad intelectual para la MIPYME*, USAID, Bogotá, 2008, p. 72—.

personas de la explotación del correspondiente diseño y podrá perseguir judicialmente a quien produzca o comercialice un diseño que sea idéntico o presente diferencias secundarias por un término de diez (10) años contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud¹¹. Además, el diseño industrial otorgará a su titular el derecho exclusivo a “realizar, importar, vender, alquilar u ofrecer en venta artículos a los que se aplique el diseño o en el que esté incorporado el mismo”¹².

A pesar de lo anterior, la protección ofrecida por el diseño industrial no es la más recomendada. “Incluso si los diseñadores de moda desarrollan un diseño que cumple las normas de la novedad y la no obviedad (nivel inventivo), el proceso de obtención de un diseño industrial en la mayoría de los casos es demasiado largo y costoso para hacer del diseño industrial una alternativa práctica. Para la fecha en que el diseñador obtenga el registro del diseño, será inútil porque la vida comercial del diseño ha caducado”¹³.

Sin embargo, lo anterior no ha sido obstáculo alguno para que los diseñadores registren en Europa sus diseños como industriales. La compañía Oakley Inc., por ejemplo, tiene allí más de 100 diseños registrados para sus gafas de sol. La empresa Croc Inc., por su parte, es titular de un diseño particular sobre zapatos con huecos en sus costados.

Y es que en la Unión Europea, la moda se protege a través del diseño comunitario registrado y diseño comunitario no registrado. El registro otorga una protección por espacio de cinco años, renovable por plazos adicionales de cinco años hasta un máximo de veinticinco.

El diseño comunitario no registrado consistente en una protección por un período de tres años sobre los diseños a partir de su primera divulgación. A diferencia de los derechos de propiedad intelectual tradicionales, este sistema no concede a los diseñadores un monopolio, sino constituye exclusivamente un derecho contra la copia.

Sin embargo, pareciera que este sistema no se ha generalizado. Por ejemplo, en el año 2007, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) tramitó

¹¹ En la Unión Europea existe el diseño comunitario no registrado. “Esta protección se obtiene sin ningún trámite, simplemente poniendo el diseño a disposición del público, y dura tres años. Habida cuenta de que la mayoría de los diseñadores empiezan a preocuparse por la protección cuando han sido víctimas de la falsificación, el diseño comunitario no registrado ofrece una buena alternativa al registro” —Fischer, Fridolin. *Legislación relativa a los diseños en el sector europeo de la moda*, en *Revista de la OMPI*, n.º 1, 2008, pp. 12-14—.

¹² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Principios básicos de la propiedad industrial*, OMPI, Ginebra, publicación 895, p. 12.

¹³ Cox & Jenkins, ob. cit., p. 12. Véase, por ejemplo, las dificultades encontradas en *Jack Adelman, Inc. v. Sonners & Gordon*, 112 F. Supp. 187, 190 (S.D.N.Y. 1934); y *Cheney Bros. v. Doris Silk*, 35 F.2d 279 (2nd Cir. 1929), cert. denied, 281 U.S. 788 (1930).

sólo 29 solicitudes de registro internacional de diseños en la clase 2° de la Clasificación de Locarno mediante el Sistema de La Haya, mientras que la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) de la Unión Europea atendió 7.421 solicitudes en general lo que significa que sólo el 0.3% de solicitudes presentadas ese año estuvieron relacionadas con la moda. Inclusive, la mayor parte de los registros correspondían a accesorios como relojes, carteras o lentes y no a prendas de ropa.

Uno de los factores que podría incidir en la escasa importancia que se le da al registro de los diseños de moda es su vocación efímera. Las casas de moda no encuentran eficaz proceder al registro de sus creaciones puesto que sólo van a estar unos meses en el mercado. Resulta curioso entonces que se exija una legislación más restrictiva cuando la protección existente es apenas utilizada.

5. Modelos de utilidad

El modelo de utilidad es toda nueva forma, configuración o disposición de elementos de algún objeto, artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo o parte de los mismos que mejora una utilidad o le otorga una nueva función que antes no tenía. Los modelos de utilidad se protegen a través de las patentes de modelo de utilidad¹⁴, cuando cumplen ciertos requisitos:

(i) Que no sea una creación puramente estética. La prenda de vestir debe incluir una “pequeña invención” que sirva bien sea para mejorar la utilidad del producto ó para darle una nueva función;

(ii) Que sea una creación nueva. La legislación colombiana exige, para otorgar el reconocimiento de modelo de utilidad, que la creación sea nueva —no puede haber sido dada a conocer en ninguna parte del mundo con anterioridad a la solicitud—;

En consecuencia, los diseñadores solamente podrán obtener protección por vía del modelo de utilidad sobre prendas de vestir que, por ejemplo, además de cubrir el cuerpo de quien las lleva, protejan su vida ante un atentado terrorista, como sería el caso de las prendas antibalas. También podrían aplicarse al caso de un *brassier* que por su especial configuración aumente notablemente el busto de una mujer.

¹⁴ Sin embargo, “...las condiciones de las características de modelos de utilidad son menos estrictas que para las patentes, ya que el requisito de “altura inventiva” es menos estricto o no se aplica” —Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Inventar el futuro. Introducción a las patentes dirigidas a las pequeñas y medianas empresas*, OMPI, Ginebra, publicación 917, p. 10—. Por estas características, Baldo Kresalja denomina a las patentes de modelos de utilidad como *petty patents* o *short-term patents* —Kresalja Rosselló, Baldo. *La política en materia de propiedad industrial en la comunidad andina*, en *Derecho Comunitario Andino*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 238—.

Si la solicitud de protección se presenta en Colombia y es aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio, el creador del modelo de utilidad tendrá el derecho de excluir a terceros de la explotación de su nueva creación y podrá perseguir, judicialmente y durante 10 años, a quien produzca o comercialice un producto que incluya un modelo idéntico o que presente diferencias secundarias.

La *licra*, el *kevlar* y el *velcro* son ejemplos de invenciones relacionadas con la moda y protegidas mediante modelos de utilidad¹⁵.

6. Derecho de autor

Los diseños de prendas de vestir y los accesorios son lo que en materia del derecho de autor se denomina “obras de arte aplicado”, es decir, creaciones artísticas elaboradas no solo para ser contempladas sino también para cumplir funciones utilitarias¹⁶.

Los requisitos para que una obra pueda ser protegida como “obra de arte aplicado” son¹⁷:

(i) Debe tratarse de una creación original que apele al sentido estético, al gusto artístico, de la persona que la contempla¹⁸,

(ii) Debe cumplir con una función utilitaria. “Si bien, uno de los principios del derecho de autor es la omisión a la evaluación del destino de la obra, en este caso, sí requiere que la creación tenga funciones utilitarias o que esté incorporada en un artículo útil. La definición del artículo 3° de la Decisión 351 de 1993 plantea dos situaciones, una en que la misma creación tenga una función utilitaria, como por ejemplo una escultura que adicionalmente presta un servicio de iluminación, como una lámpara; y otra relacionada con la incorporación de una obra artística a un objeto utilitario, como un dibujo que es incorporado en un reloj”¹⁹;

¹⁵ Scafidi, Susan. *Intellectual property and fashion design*, en *Intellectual Property and Information Wealth*, Greenwood Publishing Group, 2007, p. 122. Específicamente el Kevlar es una fibra que se usa para elaborar cascos, ropa resistente y chalecos antibalas.

¹⁶ La Decisión Andina 351 de 1993 define la obra de arte aplicado así: “Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial”.

¹⁷ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicado 2-2005-5951 del 29 de junio de 2005.

¹⁸ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicado 1-2006-25764 del 15 de diciembre de 2006. “De hecho, algunos autores consideran que los diseñadores de moda pasan por un proceso creativo similar al de los artistas plásticos tradicionales, sólo que se expresan dando forma y color a telas y no a lienzos o arcilla. Es más, los historiadores han observado que la moda pasa por movimientos artísticos similares a lo que existen en el “arte tradicional”: moda barroca, minimalista y pop. No es raro encontrar exposiciones sobre tendencias de la moda en los grandes museos de arte del mundo”.

¹⁹ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicado 2-2005-5951, cit. supra.

(iii) Debe permitir su reproducción, ya sea de forma artesanal (elaboración de ejemplares manualmente) o industrial (producciones mecánicas en serie)²⁰.

Sin embargo, en la práctica, no es fácil lograr que objetos útiles obtengan la protección de obra de arte aplicado por varias razones:

- a. No hay uniformidad en el tratamiento legal de las obras de arte aplicado. Algunas legislaciones sostienen que los derechos de autor no deben hacer discriminación entre obras de arte aplicado y obras de arte propiamente dichas (teoría de la unidad del arte)²¹.

Otros países aplican la teoría de la separabilidad, según la cual sólo tendrán protección como obras de arte aplicado aquellas obras donde sea posible separar —ya sea en forma física o conceptual— el aspecto estético de la función utilitaria²². Es el caso colombiano²³ donde se sostiene que el derecho de autor concede un reconocimiento a la obra artística incorporada en el elemento utilitario, y no a éste en sí mismo considerado²⁴.

En consecuencia, en Colombia será posible encontrar que confluyen la protección del diseño industrial y la de obra de arte aplicado si la obra cumple con los requisitos de cada una de tales figuras.

De cualquier forma esta falta de uniformidad en las diversas legislaciones encuentra su fuente en el Acuerdo para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC; TRIPS en inglés), el cual dispone que los países miembros son libres de proteger o no a las obras de arte aplicado mediante derechos de autor y/o figuras de la propiedad industrial, y que en el caso de la protección de los modelos textiles, dado que tienen una vida efímera pues dependen de las tendencias de la moda, los países deberán procurar establecer procedimientos simples, económicos y expeditos.

- b. En las obras de arte aplicado es difícil encontrar la originalidad. La originalidad es condición necesaria para la existencia de los derechos de autor. “La originalidad, no puede confundirse con la novedad de la obra, la

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Chaves, Antonio. *Protection of distinctive signs not complemented in the industrial property*, en *RIDA*, vol. 9.º, n. 130, 1986, p. 84.

²² Estados Unidos, 17 U.S.C. 101,102.

²³ “Las obras de arte aplicadas a la industria sólo son protegidas en la medida en que su valor artístico pueda ser separado del carácter industrial del objeto u objetos en las que ellas puedan ser aplicadas” —Art. 6, inc. 3º, L. 23/82—.

²⁴ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Circular 10 del 5 de diciembre de 2003.

originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única²⁵. En otras palabras, la originalidad es aquel requisito que apunta a la "individualidad" que el autor imprime en la obra y que permite distinguirla de cualquier otra del mismo género²⁶.

En Colombia no existe mucho desarrollo legislativo ó jurisprudencial sobre el tema de la originalidad pero en otros países, que también son parte de la Convención de Berna, sí. La legislación²⁷ y la jurisprudencia estadounidense establecen los siguientes lineamientos para determinar cuándo un trabajo es original²⁸:

- Un trabajo es original cuando no es copiado de otro.
- Una obra es original cuando tiene, al menos, una chispa de creatividad.
- La originalidad no es sinónimo de belleza ni de estética
- La originalidad no depende ni del tiempo invertido ni de la exhaustiva investigación.

En el caso de las obras de arte aplicado resulta difícil cumplir con este requisito pues el objeto del derecho normalmente tendrá una forma determinada por la función que cumple.

No obstante lo anterior, hay que anotar que los moldes, dibujos y las figuras que crean los diseñadores antes de elaborar las prendas, e incluso, los retratos que toman los fotógrafos de las modelos exhibiendo las prendas de vestir, en realidad no son obras de arte aplicado sino obras de arte propiamente dichas, que en caso de cumplir los requisitos pertinentes, serán susceptibles de protección a través del derecho de autor²⁹. Las prendas de vestir *per se*, sin embargo, no podrán protegerse por vía del derecho de autor³⁰.

7. Patentes de Invención

Las patentes son un reconocimiento que otorga el Estado a las invenciones que cumplen ciertos requisitos. En Colombia se otorgan patentes para las

²⁵ Colombia, Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto 2-2005-9839, oct. 13/05.

²⁶ Colombia, Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto 2-2005-5951, jun. 29/05

²⁷ Bajo el actual U.S. Copyright Act, los derechos de autor protegen los "*original works of authorship fixed in a tangible medium of expression*".

²⁸ Atari Games Corp. v. Oman, 888 F.2d 878 (D.C. Cir. 1989)

²⁹ Esta tesis fue argumentada por primera vez en el caso Mazer v. Stein (347 U.S. 201 (1954)), donde la Corte Suprema de los Estados Unidos protegió unas estatuillas utilizadas como base para una lámpara, como quiera que, en su concepto, se trataba de una obra estética separable de la obra de arte aplicado.

³⁰ Véase una explicación detallada de esta tesis en el caso Whimsicality v. Rubie's Costume Co., 891 F.2d 452, 455 (2d Cir. 1989).

invenciones, sean de producto o de procedimiento³¹, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial³².

Una invención se considera nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica, es decir, no ha sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o por cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente³³.

Una invención tiene nivel inventivo, cuando no resulta obvia ni se ha derivado de manera evidente del estado de la técnica para una persona versada en el oficio.³⁴

Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria ó actividad productiva, incluidos los servicios³⁵.

El legislador de la mayoría de los países, incluido el colombiano, ha estimado que en 20 años se logra cumplir con todas las teorías que justifican la existencia de la propiedad industrial.

Aunque resulta algo extraño hablar de patentes de invención y moda, lo cierto es que varias empresas del mundo han patentado procedimientos para hacer tratamiento a las telas con las cuáles se elaboran las prendas de vestir.

Es el caso de *Novozymes*, una empresa danesa de biotecnología especializada en el estudio de enzimas y microorganismos (www.novozymes.com) utilizadas en el tratamiento de tejidos. Esta compañía ha patentado una tecnología para desteñir ó “deslavar” la tela de los jeans. “(...) (la tecnología) se basa en una enzima denominada celulasa, que elimina parte del tinte de color índigo de la tela de los vaqueros dando la impresión de que está desgastada”³⁶. Al cabo de tres años, la mayor parte de las empresas dedicadas al acabado de los vaqueros utiliza la tecnología de la celulasa cedida en licencia por Novozymes.

³¹ Invención de producto es la invención de un cuerpo cierto o determinado y la invención de procedimiento es la invención del “conjunto de operaciones o actividades técnicas que representan el ciclo que debe cumplirse para obtener el resultado planeado. De acuerdo con lo anterior, tratándose de patentes de procedimientos no se protege el resultado obtenido sino el conjunto de operaciones o actividades que se realizan para su obtención”. Superintendencia de Industria y Comercio. Cpto. 02116505 Jun. 16/ 03

³² Decisión 486 de 2000 art. 14.

³³ Decisión 486 de 2000 art. 16.

³⁴ Decisión 486 de 2000 art. 17.

³⁵ Decisión 486 de 2000 art. 18.

³⁶ Revista de la OMPI. *La propiedad intelectual en la industria de la moda*. mayo-junio 2005, p. 17, http://www.wipo.int/sme/es/documents/wipo_magazine/5_2005.pdf <visitado el 20 de enero de 2009>.

Otra empresa que ha incursionado en ésta área con éxito es la italiana *Grindi Srl*. Ellos han patentado en varios países una tela de corcho denominada Suberis, que a diferencia de otras telas, es suave, ligera, no se rasga, no se mancha, es impermeable y, además, es resistente al fuego³⁷.

8. Marcas

La Corte Suprema de Justicia de Colombia³⁸, en el sonado caso del Louis Vuitton colombiano, explicó que las marcas son palabras, gráficos, sonidos, olores o una combinación de ellos que sirven para identificar un producto o un servicio de otro, para indicar el origen empresarial de los productos o servicios garantizando a los consumidores que adquieren el producto auténtico que desean y para servir de instrumento de publicidad de los bienes dado el *sales appeal* o *selling power* que posee para atraer la clientela.

Pearson, Estrin y Zhong³⁹ afirman que las marcas son más provechosas para los diseños de moda que el derecho de autor, las patentes y los diseños industriales porque el registro de una marca se puede renovar indefinidamente mientras que todas las otras figuras tienen una existencia temporal.

Esta afirmación es cierta también en Colombia, dado que el derecho de autor en el país tiene una duración de hasta 80 años después de la vida del autor (50 años si es una persona jurídica); los diseños industriales y los modelos de utilidad se protegen por 10 años y una patente de invención estará vigente hasta por 20 años. En cambio una marca, aunque en principio obtiene un registro por 10 años, podría renovarse indefinidamente por periodos sucesivos de otros 10 años.

En los países en los que se adopta el sistema declarativo de protección de las marcas, es decir aquel en el que se protege a la marca desde su primer uso sin necesidad de registro, la ventaja es aun más clara.

Los ejemplos más claros de protección de diseños de moda mediante marcas son el chulito de Nike y las '3 bandas' de Adidas. A pesar de no proteger en forma directa los diseños de sus empresarios, el público en general reconoce que estos elementos gráficos identifican un producto Nike y Adidas, y otorgan garantía de calidad⁴⁰.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Expediente 5950. Febrero 8 de 2002.

³⁹ Pearson, Lisa; Estrin, Lauren; & Zhong, Ling. *In vogue. IP protection for IP design*, en *Copyright World*, n.º 169, 2007, p. 23.

⁴⁰ A la fecha, Adidas ha demandado a 36 empresas que según la compañía infringían los derechos sobre la marca de las '3 bandas'. Sobre estas cifras y los casos de Adidas, Véase

9. Trade Dress

El *trade dress* es una figura de la propiedad industrial que se usa para proteger el diseño visual externo de un producto, servicio y especialmente de un establecimiento de comercio⁴¹. Específicamente en éste último el *trade dress* cubre el ambiente y/o la decoración, la disposición de los anaqueles, los menús, la vestimenta de los empleados, la iluminación, los letreros del lugar y su arquitectura⁴².

En el caso de la moda son pocos los casos en los que un diseñador ha ganado un proceso por plagio de su *trade dress* y tal vez el más llamativo fue el de Balenciaga contra Steve Madden en diciembre de 2009. Balenciaga diseño unos zapatos, llamados LEGO por sus colores, que fueron usados por Beyoncé en la entrega de los premios American Music Awards en 2007. Cada par de zapatos costaba \$ 4.000 dólares. Steve Maiden sacó al mercado unos muy parecidos por \$ 100 dólares. Balenciaga demandó a Madden por violación al derecho de autor, infracción del *trade dress* y competencia desleal y ganó en todos los cargos⁴³. Básicamente Balenciaga probó que el público mentalmente asociaba ese modelo de zapatos con su marca.



El *trade dress* no está contemplado en la legislación de la Comunidad Andin pero la Superintendencia de Industria y Comercio en casos específicos ha señalado que algunos de los elementos que forman la presentación externa de un establecimiento comercial (*trade dress*) podrían protegerse como una marca

<http://nwaonline.net/articles/2008/06/21/business/062208adidaslawsuit.txt> <visitado el 15 de marzo de 2009>.

⁴¹ Véase Roulo v. Russ Berrie & Co., Inc., 886 F.2d (7th Cir. 1989); y Two Pesos v. Taco Cabana, 505 U.S. 763, 765 n.1 (1992).

⁴² Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 06007139 del 9 de marzo de 2006.

⁴³ Balenciaga Corporation v. Steve Madden, LTD, 1:09-cv-05458-MDG, U.S. District Court, Eastern District of New York (Manhattan).

tridimensional, y otros, podrían protegerse a través de la figura del diseño industrial⁴⁴.

10. Plagio en las prendas de vestir

En cada edición de la revista femenina Marie Claire se dedican algunas páginas al tema de las imitaciones de la moda. Se trata de un capítulo denominado "Splurge vs. Steal"⁴⁵ que traduce algo así como "Derroche vs robo". Por ejemplo, allí se muestra que por \$195 dólares Lilly Pulitzer vende una camiseta sin mangas mientras que Newport News vende una muy parecida por 15,00 dólares, Theory vende unos shorts por \$175 dólares mientras que Gap vende unos similares por \$ 39 dólares. Aunque la versión de diseño por lo general se ve más elegante y mejor terminada, muchos compradores se sienten satisfechos con obtener el "look" mientras se ahorran varios cientos de dólares. Lo cierto es que Newport News y The Gap pueden adaptar legalmente los diseños más caros pues no hay una figura de la propiedad intelectual concreta que proteja los diseños de moda⁴⁶.

En la práctica es común encontrar diseñadores de ropa y accesorios que acusan a otros de plagio pero son pocos los procesos que llegan a los estrados judiciales. El caso siguiente ilustra esta afirmación:

En la semana de la moda llevada a cabo en Milán en enero de 2009, Giorgio Armani acusó públicamente a Dolce & Gabbana de exhibir el diseño de pantalón para hombre en seda acolchada que había sido presentado por su compañía en las pasarelas de la moda del año 2008. Armani declaró que "han robado mis modelos, pero espero que mañana aprendan de ellos". Dolce & Gabbana, por su parte, contestaron: "Seguramente nos queda aún mucho por aprender, pero no de él" y agregaron: "El estilo Armani no ha sido nunca para nosotros fuente de inspiración estilística y desde hace años no miramos ya sus desfiles"⁴⁷.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ "Splurge vs. Steal," Marie Claire, July 2005, 154.

⁴⁶ Cox Christine and Jenkins Jennifer, *Between the Seams, A Fertile Commons: An Overview of the Relationship Between Fashion and Intellectual Property*. By Ready to share A Norman Leare Center Conference Annenberg Auditorium USC, January 29, 2005. <http://learcenter.org/pdf/RTSJenkinsCox.pdf>. Recuperado el 20 de julio de 2011.

⁴⁷ <http://www.guardian.co.uk/lifeandstyle/2009/jan/20/dolce-gabbana-armani> <visitado el 20 de enero de 2009>

Las declaraciones de cada una de las partes muestran que en este caso lo más sobresaliente fueron los celos profesionales y que la intención de las partes nunca fue acudir a las instancias judiciales, sino más bien llamar la atención del público.

Para no ir más lejos, Donatella Versace, otra famosa diseñadora, resumió el conflicto de Armani con D&G de la siguiente manera: “en el mundo de la moda ser copiado es un honor”. “Versace ha sido muy copiado y continúan aún copiándonos, pero Versace seguirá siendo Versace”⁴⁸.

Sin embargo, algunos diseñadores famosos sí han llevado su caso a los estrados judiciales. En Francia, por ejemplo, el Tribunal de Comercio de París condenó en 1994 a Ralph Lauren a pagar millones de francos a Yves Saint-Laurent por copiarle un esmoquin negro con grandes solapas para mujer que este último probó haber diseñado en 1970 y lanzado en dos ocasiones (1970 y 1992). Saint-Laurent demostró que Ralph Lauren había vendido 123 vestidos iguales en sus «boutiques», a pesar de que el traje nunca había sido mostrado en sus desfiles⁴⁹. Cuando se presentó este caso algunos autores estuvieron de acuerdo con la sentencia pues consideraron que se trataba de una “cuestión de principios” pero otros, no obstante, estimaron que se trataba de una exageración y citaron el caso del corsé de la diseñadora británica Vivienne Westwood, quien se abstuvo de demandar a Chanel por lanzar un modelo similar al suyo, debido a que “al fin y al cabo, el hallazgo de los corsés no era de ella, sino de Madame de Pompadour”⁵⁰.

Pero si se trata del plagio del diseño y no de la marca las cortes americanas han dicho que no hay plagio cuando el producto del demandado simplemente recuerda el producto del demandante. Esto sucedió con las carteras *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 454 F.3d 108 (2d. Cir. 2006). *Dooney y Bouke* sacó unas carteras similares pero con sus iniciales DB y no LV⁵¹.



⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Tribunal de Comercio de París. *Société Yves Saint Laurent Couture S.A. v. Société Louis Dreyfus Retail Mgmt. S.A.* (1994).

⁵⁰ <http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/05/19/sociedad/715353.html> <visitado el 24 de enero de 2009>.

⁵¹ *Louis Vuitton Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 340 F. Supp. 2d 415 (S.D.N.Y. 2004). There was no infringement of Vuitton’s marks because Dooney & Bourke used its own "DB" mark, making it obvious to consumers that the Dooney & Bourke bags were not Vuitton bags. *Id.* at 440.

11. La “paradoja de la piratería” en los diseños de moda

Arriba se expresaron los argumentos que justifican la protección de la propiedad intelectual (recompensa, incentivo y conocimiento público difundido). En efecto, a menudo se dice que la protección de la propiedad intelectual es necesaria para estimular la creatividad y la innovación ya que sus creadores pueden, durante un tiempo, controlar el acceso a sus obras y exigir un pago por ellas. Sin estos incentivos – dice el argumento - la gente no sería capaz de sacar provecho de sus obras y dejaría de crear.

Sin embargo, en el campo de la moda observamos que a pesar de la falta de protección de la propiedad intelectual, las casas de moda siguen produciendo dinero y los diseñadores continúan desarrollando nuevas tendencias cada temporada. Parece que en este campo la creatividad se desarrolla en ausencia de protección de la propiedad intelectual.

Eso es lo que se ha llamado la “paradoja de la piratería” en los diseños de moda. Se trata de una teoría creada por Kal Raustiala y Christopher Sprigman según la cual imitar una prenda de vestir no impide la innovación en la industria textil, pues una imitación, contrario a lo que se piensa, no será perjudicial para los diseñadores sino que fomentará la innovación y aumentará los beneficios de la industria⁵².

Según estos autores los diseños de la moda son bienes que “posicionan” a los diseñadores frente al público consumidor. En la medida en que un diseño crezca en popularidad, aumentará su demanda. Sin embargo, siempre llega un punto en que el mercado comienza a ver el diseño como “obsoleto” y por ende, se comienza a buscar un diseño nuevo que, de alguna manera, reemplace al anterior. La imitación de la moda, por tanto, acelera este proceso y logra que el público en general desee comprar la nueva colección de prendas disponibles y ofertadas por los diseñadores.

Esta es la razón por la que la ley contra la piratería del diseño propuesta en Estados Unidos desde el año 2006 —*Design Piracy Prohibition Act*—⁵³ lleva

⁵² Raustiala, Kal & Sprigman, Christopher. *The piracy paradox. Innovation and intellectual property in fashion design*, en *Virginia Law Review*, vol. 92, n.º 8, 2006, pp. 1717-1775.

⁵³ El texto completo de esta ley está en <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.5055>. <visitado el 20 de enero de 2009>.

varias legislaturas sin pasar. Esa ley propone que se cree una figura *sui generis* para proteger los diseños de prendas de vestir para hombres, mujeres y niños, ropa interior, sombreros, guantes, zapatos, carteras, bolsos, cinturones y monturas de gafas durante un período de tres años, a partir del día de su producción⁵⁴.

El Congreso ha sido reacio a aceptar este proyecto pues teme que una ley así cree monopolios en la industria de la moda que acabarían con la competencia pues los consumidores no podrían adquirir los productos por su alto precio. Como explicó un juez norteamericano, "el Congreso y la Corte Suprema de Justicia han respondido a favor del comercio y las masas en lugar de los artistas y los diseñadores."⁵⁵

12. Competencia desleal

El término competencia desleal está compuesto por dos nociones: competencia y deslealtad. Por consiguiente, debe quedar claro que las normas sobre competencia desleal no castigan la competencia *per se* sino las prácticas competitivas desleales como los actos o hechos que resulten contrarios a las sanas costumbres mercantiles, usos honestos y buena fe.

Lo censurable entonces, según la ley mencionada, no es que un comerciante intente quitarle a otro la clientela pues ése es un fin legítimo en el mercado. Lo que se reprocha es que lo haga utilizando medios indebidos tales como actos de desorganización, actos de confusión, actos de engaño, actos de descrédito, actos de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual y violación de normas y pactos de exclusividad, entre otros. Así lo explicó la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia⁵⁶:

“El hecho de que un proveedor participe en el mercado ofreciendo precios, condiciones comerciales y productos (bienes y servicios) de mejor calidad y/o en mejores condiciones que aquellos

⁵⁴ Varios autores defienden esta tesis, entre ellos Anne Theodore Briggs, Hung Out to Dry: Clothing Design Protection Pitfalls in United States Law, 24 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 169 (2002); Safia A. Nurbhai, Style Piracy Revisited, 10 J.L. & POL'Y 489 (2002); Jennifer Mencken, A Design for the Copyright of Fashion, 1997 B.C. INTELL. PROP. & TECH. F. 121201 (1997); Peter K. Schalestock, Forms of Redress for Design Piracy: How Victims Can Use Existing Copyright Law, 21 SEATTLE U. L. REV. 113 (1997); Rocky Schmidt, Designer Law: Fashioning a Remedy for Design Piracy, 30 UCLA L. REV. 861 (1983).

⁵⁵ Safia A. Nurbhai, Style Piracy Revisited, 10 J.L. & Pol'y 489, 489 (2002).

⁵⁶ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

suministrados por sus competidores, es beneficioso para el desarrollo de la economía, por cuanto permite que los consumidores tengan mejores opciones a elegir para satisfacer sus necesidades, lo que también sirve de estímulo a los diferentes proveedores para que mejoren las condiciones y la calidad de los productos y servicios con los cuales concurren al mercado”⁵⁷.

En general y específicamente en Colombia quien desee iniciar un proceso por competencia desleal debe verificar la presencia de las siguientes situaciones:

- a. Una conducta que sea desleal: El concepto de lealtad fue definido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia de la siguiente manera:

“Obrar lealmente es actuar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles”⁵⁸.

La doctrina ha dispuesto que se compite lealmente cuando existe *“claridad y diferenciación de las ofertas; actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo; respeto de la legalidad; prohibición de la arbitrariedad, y libertad de decisión de los consumidores”⁵⁹.*

- b. Que la conducta haya sido realizada en el mercado. La conducta desleal debe haber sido realizada en el mercado con fines concurrenciales. La jurisprudencia colombiana, por ejemplo, ha definido el mercado como el escenario en que tanto oferentes como consumidores buscan satisfacer necesidades propias y ajenas.⁶⁰
- c. Que la conducta haya sido realizada por cualquier persona, independientemente de su calidad de comerciante. Según la doctrina, en el mercado *participa* todo aquél cuya actividad tiene que ver con el intercambio comercial de productos o servicios⁶¹.
- d. Que la conducta tenga una finalidad concurrencial.

⁵⁷Perú, INDECOPI. Resolución 001-2001-LIN-CCD. *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Citado en Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

⁵⁸ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 005, abril 3/06

⁵⁹ Bercovitz, Alberto. *Competencia desleal*, Código de Comercio, evaluación y perspectivas, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.

⁶⁰ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

⁶¹ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03

La expresión “que tenga una finalidad concurrencial” quiere decir que la conducta haya sido realizada con el fin de mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero⁶².

- e. Que la conducta produzca o esté llamada a producir efectos en el mercado colombiano⁶³, independientemente del lugar donde haya sido desarrollada⁶⁴.

Para algunos historiadores primero estuvo el concepto de competencia desleal y luego el de propiedad intelectual. De hecho, sugieren que fueron los casos de competencia desleal los que dieron lugar a la protección de la propiedad intelectual. Hoy, sin embargo, estas figuras operan de manera diferente, aunque se puede proteger la propiedad intelectual a través de las normas de competencia desleal (violación de secretos, atracción de clientela mediante engaños, etc.).

III. CONCLUSIONES

De todo lo dicho a lo largo de este trabajo podemos sostener dos tipos de conclusiones, unas prácticas, para el abogado que tiene un cliente que es diseñador de moda y otras de fondo, sobre el tema de la propiedad intelectual y la moda.

A. Las conclusiones prácticas

Los mejores consejos que se le pueden dar a un diseñador de ropa y accesorios desde el punto de vista de la protección a través de la propiedad intelectual, son:

1. Tratar de escoger y posicionar una marca que no solo distinga sus productos de los demás sino que constituya una garantía de calidad para el consumidor, como *sales appeal*, para el nicho de consumidores —jóvenes, ricas y adineradas, clase media, etc.— al cual va dirigida.

“Las marcas facilitan a los diseñadores la tarea de detectar imitaciones y ayudan a los consumidores a identificar sus artículos preferidos.(...) Así, los grandes diseñadores (de moda) usan hilo tratado especialmente u otros elementos de seguridad en etiquetas para poder distinguir los originales de las imitaciones”⁶⁵.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Colombia, Ley 256 de 1996, artículo 4º: “Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”

⁶⁴ Revista La propiedad inmaterial (2001, primer semestre), Bogotá. Velandia, Mauricio. *Competencia desleal por uso de signos distintivos*. Universidad Externado de Colombia.

⁶⁵ Fridolin, ob. cit., p. 14.

2. Seleccionar como marcas nombres inusuales o de fantasía. Evitar nombre simples como “Supremo” o “Buen gusto” pues son difíciles de proteger.
3. Haga búsquedas de marcas similares antes de usar y registrar su marca para evitar conflictos con propietarios de marcas confundibles ya registradas.
4. Defienda las marcas. Impida que terceros no autorizados utilicen sus signos distintivos o falsifiquen sus productos. Es cierto que a veces cuesta más defender una marca que lo que se obtiene por la venta de un producto en un determinado mercado o país, pero tenga en cuenta que el uso no autorizado pero reiterado y pacífico de marcas sin autorización puede llegar a debilitar su posición y acarrear la pérdida de argumentos legales al momento de reivindicar sus marcas. Por ello se aconseja utilizar el símbolo de marca registrada -®-, aunque no sea obligatorio según la legislación del país donde la use pues sirve como advertencia de sus derechos.
5. Si va a utilizar marcas que consisten en el nombre de un diseñador que ha sido contratado en una empresa de modas (por ejemplo, diseños de Esteban Cortázar para Ungaro) es indispensable que se haga un acuerdo claro sobre el uso que se hará a esa marca en caso de que el diseñador se retire de la compañía.
6. Escoger bien ese diseñador es clave. “Chanel tuvo suerte al encontrar a Karl Lagerfeld, tanto como Dior resucitó con Galliano pues un diseñador puede acabar con una marca”.⁶⁶
7. Menos es más. Optimice sus registros. No caiga en la tentación de registrarlo todo. Mida el impacto, el tiempo de uso, la importancia y lo estratégico de los signos distintivos que desee registrar. Esto es particularmente útil en el caso de los lemas comerciales promocionales, los cuales son con frecuencia utilizados por un tiempo determinado y luego olvidados. Es mejor un portafolio marcario reducido y bien protegido a uno amplio y vulnerable. Además, recuerde que en la mayoría de los países existe un procedimiento de cancelación de la marca por no uso.
8. Sólo se aconseja adelantar el trámite para el reconocimiento de un diseño industrial cuando se trate de diseños con rasgos excepcionales o de diseños que pueden convertirse en iconos duraderos.
9. Proteger información, conocimiento, *know how* y secretos a través de la figura de los secretos empresariales. Los secretos empresariales cubren no sólo la información relativa a la naturaleza, características y modo de fabricación de sus diseños de moda y accesorios. Mediante los secretos empresariales también

⁶⁶ Tungate, Mark. Fashion Brands: *Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan, 2005, p. 26.

se pueden amparar los planes de desarrollo, las estrategias de comercialización e, inclusive, la lista de clientes.

Para el efecto se recomienda una política de protección de secretos en el taller de moda, firmar acuerdos de confidencialidad con empleados y con todo aquel a quien se le muestren los diseños, adoptar medidas físicas como impedir el acceso de extraños a la planta, implementar medidas tecnológicas como claves en los computadores para impedir la divulgación no autorizada de los diseños y, sobretodo, educar a creativos, costureras y en general a todos aquellos que participan en el ciclo de producción de las prendas para que no revelen, incluso a veces de manera inconsciente, el *know how* y las ideas de futuros diseños⁶⁷.

10. No obstante lo anterior, no hay que exagerar. No todo conocimiento que se trasmite en un taller de diseño, moda o costura será protegido como secreto empresarial. Únicamente podrá serlo aquello que sea secreto, tenga un valor agregado por ser secreto y haya sido objeto de medidas razonables para ser mantenido en secreto.

En otras palabras, si el diseñador le enseña a un trabajador a hacer dobladillos comunes, no podrá luego prohibirle que los repita para otro diseñador, pues esa labor no es un secreto. Por el contrario, si el diseñador ha descubierto una fórmula química para que un suéter no se llene de motas, entonces sería bueno que estudiara la posibilidad de patentar el procedimiento o, por lo menos, que tome las medidas pertinentes para proteger tal invención como un secreto empresarial, pues se trata de una forma novedosa de tratar un material que no es generalmente conocida ni fácilmente obtenible y que seguramente sus competidores no conocen.

11. Se puede intentar protección múltiple ya que una sola prenda puede estar protegida por diferentes figuras de la PI. Por ejemplo, una chaqueta que tenga la impresión de una foto en el frente, su logo y la marca en la marquilla. El logo estará protegido por la marca, la fotografía por el derecho de autor y si la tela está hecha en una microfibra especial, se puede intentar una patente o un modelo de utilidad. Encontramos así marcas, derecho de autor, patentes⁶⁸. Los diseños de las telas pueden estar protegidos por el derecho de autor pero también pueden ser en sí mismos una marca, como en el caso del estampado de *Burberry*.

⁶⁷ "...tanto las cláusulas como los acuerdos deben ser claros, cortos e incluir de manera detallada la información que será entregada. Específicamente el receptor de la información se debe comprometer a no divulgarla, a menos que medie el consentimiento expreso y escrito de quien la entrega" —Tobón Franco, Natalia. *Secretos industriales, comerciales y know how*, Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, 2008, p. 102—.

⁶⁸ Gottlieb George & Marc Misthal with Barbara Kolsun. An introduction to intellectual Property Protection in fashion. An excerpt from Fashion law: A Guide for designers, fashion executives and attorneys, published by Fairchild Books. Contact: Gottlieb, Rackman & Reisman, P.C. www.grr.com

12. Cree un *look* propio y coherente. Un estilo, como el de los grandes diseñadores del siglo XX. Por ejemplo, Coco Chanel tenía un estilo influenciado por la ropa masculina, creó blazers para las mujeres con botones dorados y modificó con gracia los trajes sastre masculinos.

Christian Dior (1905- 1957) creó el “New Look”, que consiste en figuras híper femeninas, con cinturas muy ceñidas, busto resaltado, faldas con mucho vuelo y hombros redondeados.

13. Utilice las nuevas tecnologías para reducir sus ciclos de producción y para conocer los gustos de los consumidores. ZARA, la cadena española de venta de ropa al por menor, utiliza un sistema de tecnologías de la información que reduce a unos 30 días el ciclo de producción de los productos, es decir, el tiempo que transcurre desde que se identifica una nueva tendencia al momento en que se suministra el producto terminado. La mayoría de las empresas competidoras necesitan de 4 a 12 meses para realizar esa labor mientras que ZARA recibe diariamente montones de mensajes de correo electrónico de los encargados de sus tiendas en los que éstos informan a la compañía sobre nuevas tendencias, tejidos y cortes, a partir de los cuáles sus diseñadores preparan rápidamente nuevos estilos.

Otro de las casas que aplica las nuevas tecnologías es Prada, que creó unos dispositivos de radiofrecuencia que se pegan en todas las prendas. Su función es controlar el stock para ir reponiendo la mercancía conforme se va vendiendo. Pero tienen muchas más utilidades. Cuando se pasan por un escáner situado junto a las pantallas de plasma, se lanza un video clip que muestra la prenda en la pasarela de un desfile de moda para que el cliente pueda comprobar cómo sienta la prenda. Además, en los probadores, utilizando el mismo sistema de acercar el dispositivo a un escáner, se puede saber si están disponibles otras tallas o colores u obtener información acerca del tejido que se ha utilizado para fabricar la prenda. Cuando el cliente pasa por caja para pagar, y si es poseedor de la tarjeta de fidelización de Prada, el personal de la tienda verá en una pantalla todo el historial de compra del cliente, pudiéndole ofrecer artículos adicionales basándose en esos datos⁶⁹.

14. Diseños por correo: Otras casas de moda se valen de las tecnologías de la información para fabricar productos diseñados específicamente atendiendo a las peticiones de los clientes. Por ejemplo, la empresa *Shirtsdotnet* (www.shirtsdotnet.com) trata de remodelar el panorama tradicional de la industria de la moda invirtiendo proceso de toma de decisiones y aplicando una estrategia empresarial basada en los pedidos de los clientes. Los clientes diseñan y encargan directamente las prendas de vestir en la tienda virtual.

⁶⁹ Tungate, Mark. *Fashion Brands: Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan Page, 2005, p. 2.

15. La ropa inteligente. Los consumidores de hoy quieren ropa fácil de lavar, que no necesiten planchado y que sean tan ligeras que puedan llevarse de viaje sin que aparezca una sola arruga al deshacer el equipaje. “En definitiva, triunfarán las marcas que desarrollen tejidos "inteligentes" y que basen su estrategia no únicamente en el diseño visual”⁷⁰.

16. Sea creativo: “Para ser irremplazable hay que ser diferente”, como dice Coco Chanel.

B. Conclusión de fondo

Se puede llegar a dos conclusiones: una, la típica, según la cual existe un vacío legal y es necesario legislar para crear una figura nueva de la propiedad intelectual dirigida a proteger las creaciones de la moda, con todas sus particularidades. Otra, más compleja, según la cual esa tesis según la cual sin la protección de la propiedad intelectual los artistas carecerían de incentivos para crear y las industrias creativas se marchitarían está equivocada, por lo menos, en lo que atañe al mundo de la moda.

En realidad, creemos que esta segunda tesis debe ser la dominante, al menos para el caso de la moda, pues aquí se observa que a pesar de la falta de protección de la propiedad intelectual, los diseñadores siguen creando y la industria sigue creciendo. De hecho, se puede decir que la copia patrocina la innovación: esto es lo que se denomina la paradoja de la moda.

En este sentido se puede decir que la moda desafía la idea según la cual cuando existen "más derechos", se asegura "más creatividad" pues en esta industria parece ser que la ausencia de derechos alimenta el proceso creativo toda vez que los diseñadores de moda son libres de pedir prestado, imitar, revivir, recombinar, transformar y compartir todo tipo de elementos de diseño sin tener que pagar regalías o preocuparse por infringir derechos de propiedad intelectual⁷¹.

Además, en el caso de la moda la paradoja mencionada no perjudica a los diseñadores de alto nivel pues estos recuperan la inversión con la marca y la calidad del original -que claramente está dirigido a un *target* de personas

⁷⁰ Tungate, Mark. Fashion Brands: *Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan Page, 2005, p. 2.

⁷¹ Cox Christine y Jenkins Jennifer, *Between the Seams, A Fertile Commons: An Overview of the Relationship Between Fashion and Intellectual Property*. By Ready to share A Norman Leare Center Conference Annenberg Auditorium USC, January 29, 2005.
<http://learcenter.org/pdf/RTSJenkinsCox.pdf>. Recuperado el 20 de julio de 2011.

específico-, mientras que los bienes de imitación sirven a aquellos que no podrían comprar los originales de todos modos.

¿Es la moda o la excepción debería ser la regla en las industrias creativas? Esta pregunta es crucial pues su respuesta nos indica si estamos exagerando ó no en la protección de las obras del intelecto. Otros casos donde ocurren situaciones similares a las que se presentan en el mundo de la moda son los de la culinaria, la industria del mobiliario y el *open source software*, en los cuáles aunque no existe protección específica a través de las figuras tradicionales de la propiedad intelectual, innovan constantemente....pero eso ya es tema de otro trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Balenciaga Corporation v. Steve Madden, LTD, 1:09-cv-05458-MDG, U.S. District Court, Eastern District of New York (Manhattan).

Bercovitz, Alberto. *Competencia desleal*, Código de Comercio, evaluación y perspectivas, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.

Chaves, Antonio. *Protection of distinctive signs not complemented in the industrial property*, en *RIDA*, vol. 9.º, n. 130, 1986, p. 84.

Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2-2007-6021 24-05-2007 y 2-2007-2427 01-03-2007

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03

Cox Christine, Jenkins Jennifer, *Between the Seams, A Fertile Commons: An Overview of the Relationship Between Fashion and Intellectual Property*. By Ready to share. *A Norman Leare Center Conference Annenberg Auditorium USC*, January 29, 2005.

Estados Unidos, 17 U.S.C. 101,102.

Fischer, Fridolin. *Legislación relativa a los diseños en el sector europeo de la moda*, en *Revista de la OMPI*, n.º 1, 2008, pp. 12-14—.

Gottlieb George & Marc Misthal with Barbara Kolsun. *An introduction to intellectual Property Protection in fashion*. An excerpt from *Fashion law: A Guide or designers, fashion executives and attorneys*, published by Fairchild Books, 2010.

Lurie, Alison. *El lenguaje de la moda, una interpretación de las formas de vestir*. 2º Edición. Paidós Básica Contextos, 1992.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Inventar el futuro. Introducción a las patentes dirigidas a las pequeñas y medianas empresas*, OMPI, Ginebra, publicación 917.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). *Principios básicos de la propiedad industrial*, OMPI, Ginebra, publicación 895, p. 12.

Pearson, Lisa; Estrin, Lauren; & Zhong, Ling. *In vogue. IP protection for IP design*, en *Copyright World*, n.º 169, 2007, p. 23.

Perú, INDECOPI. Resolución 001-2001-LIN-CCD. *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Citado en Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

Rubio Torres, Felipe. *Propiedad intelectual para la MIPYME*, USAID, Bogotá, 2008.

Safia A. Nurbhai, *Style Piracy Revisited*, 10 J.L. & Pol'y 489, 489 (2002).

Scafidi, Susan. *Intellectual property and fashion design*, en *Intellectual Property and Information Wealth*, Greenwood Publishing Group, 2007.

Tungate, Mark. *Fashion Brands: Branding style from Armani to Zara*. Editorial Kogan, 2005.