

**ESTUDIO SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA NECESIDAD DE EXPEDIR
UNA LEY DE DISEÑO EN COLOMBIA
(PROPIEDAD INTELECTUAL Y MODA)**

ANA MARIA LÓPEZ BARRIOS

Monografía de grado para obtener el título de abogado(a).

DIRECTOR: Dr. JUAN CAMILO CONTRERAS

Departamento de Derecho Comercial.

Facultad de Ciencias Jurídicas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

Bogotá, mayo de 2015

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| ABREVIATURAS | 6 |
| CAPITULO I | 7 |
| 1.1 Recuento histórico..... | 7 |
| 1.2 Concepto de diseño de moda. | 11 |
| 1.3 Tipología recogida en la legislación de propiedad intelectual..... | 12 |
| 1.4 Requisitos para la protección por la propiedad industrial con relación a los diseños de moda..... | 24 |
| 1.5 Requisitos para la protección por el derecho de autor requisitos para la protección por el derecho de autor con relación a los diseños de moda. | 30 |
| 1.6 Marcas | 38 |
| CAPÍTULO II | 45 |
| 1.1 Antecedentes históricos | 45 |
| 1.2 Normatividad Vigente | 45 |
| CAPÍTULO III | 53 |
| 1.1 Dificultad con la originalidad, creatividad, novedad en la industria de la moda. | 54 |
| 1.2 La temporalidad de los diseños de moda. | 56 |
| 1.3 La piratería y la copia como aliados de la industria de la moda..... | 58 |
| CAPÍTULO IV | 61 |
| 1.1 Estados Unidos | 61 |
| 1.2 Unión Europea..... | 62 |
| 1.3 Reino Unido | 66 |
| CONCLUSIONES | 68 |
| Bibliografía | 72 |

INTRODUCCIÓN

“En 1996, Carolyn Bessette fue fotografiada en su boda con John F. Kennedy, Jr. en un vestido de corte al sesgo de seda blanca, diseñado por su amigo Narciso Rodríguez. Narciso estaba empezando su propia firma de diseño de modas. Él había estado trabajando en el específico patrón de costura en ese vestido durante años, desde la escuela de diseño. Ocho millones de copias del vestido se vendieron después de que la foto apareció. Narciso Rodríguez vendió cuarenta y cinco.”

(PAUL, Johana, 2009 p. 2)

Para el creador de un diseño de moda la imitación, la suplantación o el hurto de sus creaciones, son hechos inaceptables que implican, el desconocimiento de la ardua labor de creatividad al que se enfrenta todo aquel que desea crear una pieza de confección única e innovadora. Para otros, sin embargo, la copia de diseños de moda es considerada como una actividad plenamente legítima que se justifica en el hecho de impulsar una constante innovación en la industria y en el mercado de la moda. Teniendo en cuenta que la copia permite que los nuevos diseños pasen de los pequeños círculos en los cuales tienen su origen a los mercados globales, es decir, “traduce los diseños desde la experimentación abstracta sobre la pasarela, a la posibilidad concreta de lucirlos sobre la acera.”(LÓPEZ, 2010)

Hoy en día podemos decir que el mundo del diseño de modas se sitúa en la frontera entre el arte y la industria, el diseño de prendas de confección textil ha

entrado en una nueva era y a consecuencia de ello, el mismo consumidor se ve enfrentado a cambios de diverso tipo, se trata de una nueva fase en que la oferta de artículos se masifica cada vez más. A diferencia de la dinámica a la que estaba acostumbrado el consumidor en otras épocas, cuando la industria tradicional ofrecía alrededor de dos colecciones al año, el mercado actual del diseño textil se caracteriza por su constante y acelerada oferta de prendas de vestir sin autor conocido en muchas ocasiones.

La industria de la moda en su desarrollo actual, se enfrenta a dos fenómenos que le competen al derecho, por un lado, el gran crecimiento del mercado de la moda que ha dado lugar a un mayor nivel de competencia entre oferentes, y que se traduce en la necesidad de crear marcas distintivas, formas de comercialización innovadoras y estrategias de autoprotección de diseños, entre otros. Por otro lado, la desprotección de los derechos de autor de los creadores de diseños de confección textil, debido a la copia y la imitación de los diseños, los diseñadores pierden la oportunidad no sólo de recibir el debido reconocimiento por su trabajo sino también de disfrutar a plenitud de los beneficios patrimoniales y morales a que dan lugar las dichas creaciones.

Son estas razones por las cuales hoy en día la Propiedad Intelectual tiene un papel fundamental en la industria y la comercialización de la moda. Así mismo, se han generado discusiones en materia de propiedad intelectual respecto a la protección de índole jurídica de los diseños de moda. Sin dejar a un lado la

importancia que se le ha otorgado a dicha industria, tanto a nivel mundial, como a nivel nacional, puesto que se ha reconocido, al sector de la moda como un generador de empleo, cultura y un sector importante para la economía de un país.

El derecho de la industria de la moda “Fashion Law” es un concepto que recientemente surge en los Estados Unidos, el cual tiene como fin abarcar y regular todos los aspectos legales con relación a la industria de la moda. El “Fashion Law” comprende áreas de propiedad intelectual, derecho societario, derecho tributario, derecho laboral, derechos humanos entre otras. Este escrito tiene como objetivo el estudio y análisis jurídico de la propiedad intelectual con relación a la industria del diseño textil.

Con base en lo anterior, surge la necesidad de investigar si es prudente regular el tema y en concreto analizar si existe la necesidad de expedir una ley para la protección del diseño en Colombia, teniendo en cuenta las necesidades del país, el desarrollo de la industria de la moda y el fortalecimiento de las herramientas jurídicas, a miras de que estas tengan mayor eficacia.

ABREVIATURAS

ADPIC. Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

CAN. Comunidad Andina de Naciones

CECOLDA. Centro Colombiano de derecho de autor.

DNDA. Dirección Nacional del derecho de Autor (Colombia)

INDECOPI. Instituto Nacional De Defensa De La Competencia Y De La Protección De La Propiedad Intelectual

OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO)

WCT. Tratado OMPI sobre derecho de autor (TODA)

CAPITULO I

EL NEGOCIO JURIDICO DE LA MODA EN COLOMBIA

1.1 Recuento histórico

“A lo largo del siglo xx la moda se ha democratizado y se ha convertido en testigo de los principales cambios que se han producido: de la alta costura al consumo de masas”

(RIVIÈRE, Margarita 2014 P. 352)

En un principio surge la necesidad de vestirse porque el ser humano buscaba protegerse del clima y del ambiente, al verse expuesto a extremos cambios climáticos de los cuales necesitaba protegerse, surge la necesidad de cazar animales con el fin de quitarles la piel, utilizarla para cubrirse y finalmente sobrevivir, son estas las principales razones que dan origen a las prendas de vestir.

El vestido va evolucionando y cambiando a medida que pasa el tiempo teniendo en cuenta la costumbre y la cultura de cada sociedad, así mismo se ve influenciado por la diferencia de clases sociales, principalmente el vestido de la mujer es el que ha tenido mayores cambios a través de la historia.

La primera guerra mundial desmanteló de forma rápida y completa los antiguos sistemas y valores sociales que habían empezado a resquebrajarse ya a finales del siglo XIX. La sociedad cambio y por consiguiente también lo hizo su visión global. El surgimiento de una

pujante clase media dio pie a un nuevo estilo de vida y a medida que las mujeres salían del hogar para participar más plenamente en el mundo en general, rechazaron el corsé y buscaron prendas más funcionales. Los diseñadores de moda, así como los artistas, pusieron un gran empeño en crear nuevos tipos de indumentaria aunque es importante comprender el impacto que las dos guerras mundiales tuvieron sobre el tema de la moda, también es indudablemente cierto que la alta costura fue la principal encargada de dirigir el mundo de la moda durante la primera mitad del siglo XX. Así mismo durante este periodo se establecieron varios sistemas cruciales de comunicación gracias a los cuales la moda de alta costura parisina llegaron a todo el mundo. (Fuukai; Suoh e Iwagami , 2003, p. 326).

Antes del año 1907 la producción textil en Colombia no era muy eficiente y tampoco se caracterizaba por su buena calidad, sobresalían telas artesanales, sin embargo muchas personas preferían importar las telas, en Colombia utilizaban como base formatos de origen europeos, la calidad como se dijo anteriormente, no era la mejor y la tecnología que se utilizaba en el sector era escasa.

En esa época quien gobernaba el país era el ex presidente Rafael Reyes Prieto, quien se interesó mucho por el desarrollo en materia textil de Colombia.

Colombia, comienza con la industrialización de la moda en el año 1907, en esa época surge Coltejer, liderada por el señor Alejandro Echavarría, esta es una empresa que fue considerada como la primera textilera del país, “Coltejer señala el comienzo de una época propicia para la incursión de la industria textil en el país. Desde entonces, el crecimiento y el afán por diversificarse en la producción de

nuevas referencias en telas e hilazas, se constituye en un reto, que años más tarde la lleva a posicionarse como la empresa textil líder en Colombia y la primera de América Latina” (Coltejer, 2014). Así fue como a través del tiempo surgen nuevas empresas nacionales tales como Fabricato, la Fabrica de Hilados y Tejidos el Hato en el año 1920 por Carlos Mejía, Antonio Navarro y Alberto Echavarría, pero sólo hasta 1923 inició labores, posteriormente Gónima en 1937, Everfit en 1940 y Lafayette, una empresa fabricante de textiles la cual es fundada a principios de los años cuarentas, en el año 1942.

“Como resultado de la creciente necesidad de productos hechos en Colombia, en los años cincuenta se impulsó una política textil que cerraría las importaciones que se habían posicionado en el mercado colombiano hasta entonces. Con el nuevo aliento, se incrementó la producción dentro del país a la vez que surgieron figuras como Toby Setton, reconocido como el primer diseñador colombiano.” (Marca Colombia, 2013)

En los años sesenta, Colombia cuenta con un gran crecimiento de la industria en tema de confección, a raíz de este crecimiento se realizan las primeras producciones de moda en el país para los medios de comunicación como los periódicos, las revistas, entre otros.

Llegaron los años ochentas, con ellos el florecimiento del diseño de modas y la industrial textil en el país, es así como surgen nuevos diseñadores colombianos

con visión y talla internacional, así mismo surge en el año 1987 la fundación del Instituto para la Exportación y la Moda (Inexmoda).

En los noventa se creó Colombiamoda, feria que se realiza en Medellín, asisten varias empresas e invitados tanto nacionales como internacionales, su objetivo principal es impulsar la industria textil en Colombia.

En la actualidad, según Inexmoda, el sector representa cerca del 1,6 % del PIB nacional y más del 12 % del PIB manufacturero del país. Además, el sector capta un aproximado del 5 % del total de las **exportaciones colombianas**.

INEXMODA, 25 años Fundada en 1987 y constituida en 1988, Inexmoda fue creada para activar la **industria de la moda colombiana**. Desde entonces ha sido una vitrina para compradores internacionales, que cada vez más se interesan en el **mercado colombiano**. Colombiamoda, una de sus mayores plataformas, atrae anualmente a más de mil compradores extranjeros.
(Marca Colombia, 2013)

Actualmente, Colombia es un país muy reconocido por sus pasarelas y ferias de moda, tales como Colombiamoda, Cali Exposhow, el Círculo de la moda en Bogotá, Colombiatex, entre otras.

1.2 Concepto de diseño de moda.

Teniendo en cuenta el objetivo de este trabajo, resulta importante aclarar el concepto de “diseño de moda”, un elemento inherente en la industria de la moda es el diseño.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, (Real Academia Española, 2001). considera la *moda* como “una disciplina , es un uso o costumbre que está en boga durante algún tiempo, o en determinado país, con especialidad en los trajes, telas y adornos, principalmente los recién introducidos. Así mismo, El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define tanto el diseño de modas, como el diseño gráfico y el diseño industrial, como la “concepción original de un objeto u obra destinados a la producción en serie.”

En búsqueda de una definición más concreta de diseño de modas, la autora Larissa Lando, en su libro “Diseño de Modas, conceptos básicos” define que moda, en sentido general:

Un concepto aplicable a diferentes fenómenos de la actividad humana, que reflejan cambios constantes en cuanto a criterios. El término “moda” procede de *modus* que en latín, significa “elección” y se refiere a las costumbres, el modo de proceder y la forma de vestir y peinarse propias de cada etapa de la humanidad. En el caso del vestuario moda significa la forma particular de vestirse en cada temporada. (LANDO, Larissa 2009, p. 15).

“El diseño de modas se encarga del diseño de ropa y accesorios creados dentro de las influencias culturales y sociales de un periodo específico. Representa el estilo e idea del diseñador según según su talento y conocimientos. No debe confundirse con el corte y confección o la sastrería, pues aunque el diseño de modas este muy ligado a estos, en realidad es una tarea distinta.” (MUÑOZ, N.)

1.3 Tipología recogida en la legislación de propiedad intelectual

Como primera medida resulta importante definir qué significa Propiedad Intelectual, la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI) considera que dicho término, se refiere a las creaciones de la mente: invenciones obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres, e imágenes utilizadas en el comercio.

La propiedad intelectual es el genero y a su vez se divide en dos especies:

- Propiedad Industrial.
- Derechos de Autor.

a) Propiedad industrial:

Consiste en una protección de índole jurídica que recae sobre las ideas que tienen aplicación en actividades relacionadas con sectores como, el sector productivo o de servicios. En Colombia la autoridad competente es la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual ha dicho que la propiedad industrial “es toda forma externa o apariencia estética de elementos funcionales o decorativos que sirven de patrón para su producción en la industria, manufactura o artesanía; con características especiales de forma que le dan valor agregado al producto y generan diferenciación y variedad en el mercado.” (Superintendencia de industria y comercio, 2008)

Con base en lo anterior, la propiedad industrial abarca las marcas, los diseños industriales, las indicaciones geográficas y las patentes de invención, siendo estas formas de propiedad industrial y objeto de protección de la misma.

“La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas de todos los productos fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, granos, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, aguas minerales, cervezas, flores, harinas”. (Convenio de Paris, 1883)

A su vez, la propiedad Industrial abarca los siguientes tipos de protección:

❖ **Nuevas Creaciones:**

- Patentes.
- Modelos de utilidad.
- Diseños Industriales.
- Esquemas de trazado de circuitos integrados.

❖ **Signos Distintivos:**

- Marcas.
- Nombres, Enseñas y Lemas Comerciales.
- Indicaciones Geográficas: (Denominación de origen e Indicaciones de Procedencia)

En Colombia la Propiedad Industrial, requiere un registro formal ante la autoridad competente, como se dijo anteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que quien lo efectuó tenga asegurado ser el titular del derecho y así mismo tener la facultad legal de explotar económicamente el mismo, salvo que otorgue autorización a un tercero. En el caso de las variedades vegetales, la autoridad competente es el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), el cual es el encargado de realizar el control de carácter técnico-científico, con tal

finalidad de reconocer, así como garantizar el amparo de los derechos de los sujetos que pretendan adquirir nuevas variedades vegetales.

b) Derechos de autor:

El derecho de autor surge de la mano con la invención de la imprenta, al generarse una gran producción de libros también surgió la necesidad de proteger a los autores de la producción de copias que no eran autorizadas, con base en lo anterior se comienzan a expedir las primeras normas con relación a los derechos de autor.

Cuando se habla de Derechos de Autor se está haciendo referencia una protección de índole jurídica la cual recae sobre las diversas formas en las que el ser humano puede expresar las ideas, lo anterior

Incluye obras literarias, tales como novelas, poemas y obras de teatro, películas, obras musicales, obras artísticas, tales como dibujos, pinturas, fotografías, esculturas, y diseños arquitectónicos. Los derechos conexos al derecho de autor incluyen los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión. (OMPI)

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra que:

1. Toda persona tiene derecho a tomar libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el proceso científico y en los beneficios que dé el resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Es así, como los derechos de autor son considerados como uno de los derechos del hombre, lo cual ratifica la importancia que ha tenido y que tiene el derecho de autor para la humanidad.

El Convenio de Berna es el primer Acuerdo Internacional de Protección de los Derechos de Autor, adoptado el 9 de septiembre de 1886 en Berna Suiza, nace por la necesidad de unificación internacional de un sistema de protección.

En Colombia, el derecho de autor no requiere registro y la protección perdura durante toda la vida del autor, más 80 años después de su muerte, una vez se cumple dicho termino la obra pasa a ser de dominio público. Tal protección genera beneficios al autor de la obra, tales como, derechos morales y derechos de explotación económica.

Derechos derivados de la protección del Derecho de Autor:

“El derecho de autor es la disciplina jurídica encargada de proteger a los creadores de obras literarias o artísticas, a través del reconocimiento de una serie de prerrogativas de orden moral y patrimonial. Estas prerrogativas se denominan legalmente “derechos morales y derechos patrimoniales”. (Olarte Collazos Jorge y Rojas Chavarro Miguel, “Manual de Derecho de Autor Para Alcaldías y Gobernaciones” Pág. 10 DNDA., 2011)

En el marco del derecho de autor existen dos tipos de derechos:

- *Derechos patrimoniales*, permiten al titular de los derechos obtener una retribución financiera por el uso de sus obras por terceros, pero en concreto se otorga el derecho a la reproducción, transformación comunicación pública, distribución y seguimiento.(Tobón y Varela, 2010)
- *Derechos morales*, “facultan a reivindicar la autoría de una obra y oponerse a que esta se modifique de un modo que pueda perjudicar a la reputación del creador.” (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1986)

El artículo 6º de la Convención de Berna consagra los derechos morales derivados de la protección del derecho de autor:

1. *Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma;*
2. *Después de la muerte del autor;*
3. *Medios procesales.*

Así mismo, la ley de derecho de autor contenida en la Decisión Andina 351 de 1993 y Ley 23 de 1982 es precisa al establecer que todo autor, dispone de unos derechos patrimoniales desde el momento de la creación, la Decisión Andina en la cual se consagra el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, estipula en su artículo 11 del Capítulo IV que el derecho moral derivado de dicha protección le permite al autor el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. (Decisión Andina 351, 1993)

A su vez el mismo artículo continua exponiendo a las consecuencias jurídicas derivadas de los derechos morales una vez el autor fallece:

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra. (Decisión Andina 351, 1993)

Así mismo, acorde con la sección segunda de ley 23 de 1982 se establece sobre los derechos morales lo siguiente:

“Artículo 30º.- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- A. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.
- B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;
- C. A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;
- D. A modificarla, antes o después de su publicación;

E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada.

Parágrafo 1º.- Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir o autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo.

Parágrafo 2º.- A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.

Parágrafo 3º.- La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

Parágrafo 4º.- Los derechos mencionados en los numerales d) y e) solo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.”

Registro

En el derecho de autor la obra se encuentra protegida sin necesidad de que se encuentre registrada, el derecho del autor surge desde el momento en que la obra se encuentra materializada, sin embargo el registro tiene importancia desde el punto de vista probatorio.

“El derecho de autor es un conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador de la obra, es decir, la manifestación personal, original de la inteligencia expresada de forma tal que pueda ser perceptible. La protección se concede al autor desde el momento mismo de la creación sin que para ello requiera formalidad jurídica alguna. (DNDA., Concepto Jurídico No. 2-2006-13249, del 18/12/2006.)

Con base en lo anterior, por ejemplo: Si un autor quiere defender la autoría de su obra, queda a discreción del mismo el poder utilizar el registro como prueba de dicha autoría y así defender su creación. De acuerdo con el Convenio de Berna, el derecho de autor no necesita registro alguno para que sea protegido.

Obras

Como se dijo anteriormente, el derecho de autor protege las obras literarias y

artísticas, así las cosas, existen varias clases de obras específicas dignas de protección del derecho de autor.

A su vez, en el convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, tiene enumerado en su artículo segundo las clases de obras dignas de protección por el derecho de autor:

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. (Convenio de Berna, 1986)

Por otro lado, en la Decisión Andina 351 de 1993, en la cual se consagra el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, se establece la lista de obras objeto de protección por el derecho de autor en su capítulo II, artículo 4:

Artículo 4.-La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier otro tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales; b) Las conferencias,

alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; c) Las composiciones musicales con letra o sin ella; d) Las obras dramáticas y dramático-musicales; e) las obras coreográficas y las pantomimas; f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; g) Las obras de bellas artes, incluidos los dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías; h) Las obras de arquitectura; i) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; j) Las obras de arte aplicado; k) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y las obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias; l) Los programas de ordenador; ll) Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales. (DECISIÓN ANDINA 351, 1993)

Que no protege el derecho de autor:

Se considera que así como se expuso anteriormente las obras que son susceptibles de protección por el derecho de autor, es importante mencionar que no protege el derecho de autor.

La Organización Mundial de la Propiedad intelectual ha consagrado en su glosario, al momento de definir el significado de obra que no son consideradas obras aquellas reproducciones mentales que no hayan sido elaboradas en una forma específica de expresión, a modo de ejemplo se enuncian: las meras ideas o métodos.

La Corte suprema de Justicia en Colombia ha dicho al respecto:

La protección que otorga el derecho de autor no abarca, por sentido lógico, las ideas, porque éstas son fuente de creación, que propician el desarrollo del conocimiento y como tales, circulan libremente en la sociedad, sirviendo de motor para el desarrollo de las naciones. El autor de una obra no puede, entonces, monopolizar un tema literario, o una idea artística, política o publicitaria, o un conocimiento científico o histórico. (Corte Suprema de justicia)

1.4 Requisitos para la protección por la propiedad industrial con relación a los diseños de moda.

“Uno de los problemas centrales que gira en torno a la industria de la moda es identificar la protección que reconoce la propiedad intelectual a cada elemento o instrumento propio de dicha industria; así por ejemplo, la línea de la colección será identificada bajo un signo distintivo, el impreso de la tela deberá ser registrado a través de un diseño industrial, o el proceso de transformación de un material textil será protegido por una patente.”(Salas, 2013).

Con base en lo anterior, se pretende analizar las distintas herramientas que ofrece actualmente la propiedad intelectual para proteger los diseños de moda, en el presente apartado se hará referencia específicamente a los mecanismos de protección por parte de la propiedad industrial para el diseño de modas.

Como se dijo anteriormente en el presente trabajo, la propiedad industrial se encuentra dividida en dos categorías:

a) Nuevas Creaciones: La cual abarca medios de protección Patentes, Modelos de utilidad, Diseños Industriales, Variedades Vegetales, Esquemas de trazado de circuitos integrados.

b) Signos Distintivos: Los cuales incluye, Marcas, Nombres, Enseñas y Lemas Comerciales e Indicaciones Geográficas que a su vez se dividen en: Denominaciones de origen e Indicaciones de Procedencia.

En cuanto a los diseños de moda, se analizara como primer mecanismo de protección de la propiedad industrial al “diseño industrial”, siendo este uno de los principales medios que podría ser utilizado para esta clase de creaciones.

DISEÑO INDUSTRIAL

Un diseño industrial “es la apariencia particular de un producto que resulta de cualquier reunión de líneas o combinación de colores o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional” (Superintendencia de Industria y comercio, 2012)

En Colombia se cuenta con 10 años de protección contados a partir de la fecha de presentación, sin prórroga alguna.

Los requisitos especiales que exige la legislación vigente para que un diseño industrial sea digno de registro son: que tenga novedad, un aspecto o apariencia especial y que sea visible.

Esta forma de la propiedad industrial se encarga de proteger a los elementos teniendo en cuenta su apariencia. Así mismo la Organización Mundial de Propiedad Intelectual ha dicho:

Se entiende por diseño industrial el aspecto ornamental y estético de los artículos de utilidad. Ese aspecto puede ser tanto la forma, como el modelo o el color del artículo. El diseño debe ser atractivo y desempeñar eficazmente la función para la cual fue concebido. Además, debe poder ser reproducido por medios industriales, finalidad esencial del diseño, y por la que recibe el calificativo de <<industrial>>.” (OMPI, 2014)

Novedad: Con base en lo anterior una de las características más importantes para que un diseño de modas pueda ser registrado como diseño industrial, es que cumpla con el requisito de novedad, surge entonces la importancia de descifrar en que consiste dicha característica.

“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.”(Tobón y Varela, 2010)

Según el artículo 115 de la decisión 486, la cual se refiere al Régimen Común Sobre la propiedad Industrial, “un diseño industrial no es nuevo si antes de la fecha de la solicitud o de la fecha de prioridad válidamente invocada, se hubiere hecho accesible al público, en cualquier lugar o momento, mediante su descripción, utilización, comercialización o por cualquier otro medio.

Un diseño industrial no es nuevo por el mero hecho que presente diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o porque se refiera a otra clase de productos distintos a dichas realizaciones.

Hoy en día la industria de la moda va de la mano con el internet, los medios de comunicación, las redes sociales, lo cual genera que el público tenga un mayor y más rápido acceso a los diseños que resulten de ella, teniendo en cuenta lo anterior, un diseño deja de ser novedoso o nuevo una vez el público haya tenido acceso a él con anterioridad de la solicitud del registro.

“De ello se desprende que la exigencia de novedad puede ser un requisito difícil de cumplir en el mundo de la moda, en donde constantemente se hacen ferias y desfiles, se publican fotografías de los diseños en revistas especializadas y existen sitios de internet que difunden constantemente nuevas tendencias” (Tobón y Varela, 2010).

Y teniendo en cuenta que la moda es común y los diseños novedosos no son la regla general, es sumamente difícil que se logre cumplir con el requisito de

novedad para que dicho diseño de moda sea objeto de protección de la propiedad industrial.

Por otro lado, este es un mecanismo de protección jurídica al cual se le ha realizado hasta el momento, varias críticas que se refieren a la poca utilidad práctica que puede generar para los diseñadores, registrar un diseño de modas, como se sabe la moda es una de las industrias más efímeras, así las cosas, generalmente un diseño de modas puede estar en vigencia pocos meses o máximo un año.

Lo anterior lo han afirmado varios autores en Colombia:

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 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. (Tobón, 2010, p. 219)

Así mismo, lo ha dicho Isabella Gaitán Riascos, en su artículo Propiedad intelectual y moda en Colombia:

La crítica más importante al uso de los Diseños Industriales para proteger los diseños de moda radica en extensa duración del trámite de registro, pues como vimos éste puede extenderse hasta por 3 años, momento para el cual el diseño ya ha perdido su valor comercial y probablemente ya ha sido replicado por otros. Teniendo en cuenta la temporalidad de los diseños la protección debe ser instantánea y debe poderse materializar

bien sea desde que el diseño se crea o desde que se da a conocer al público, pues de lo contrario dicha protección será inocua. (Gaitán, 2011, p. 13)

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que a raíz de la firma de tratados de libre comercio, actualmente en Colombia, se ha requerido que dichos trámites tengan mayor agilidad, es por esto que los registros de Diseño Industrial hoy en día se demoran más o menos 6 meses para su concesión sin que haya oposiciones.

El registro de un diseño industrial en Colombia puede tardar hasta tres (3) años, teniendo en cuenta esta situación en la práctica una vez se haya logrado registrar el diseño industrial, la prenda o el diseño de modas ya habrá perdido vigencia.

“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 invención de un diseño industrial en la mayoría de los casos es demasiado largo y costoso para hacer del diseño industrial una alternativa práctica.” (Tobón, 2013)

El diseño industrial puede ser un mecanismo idóneo de protección jurídica en la industria de la moda siempre y cuando sea un diseño que perdure en el tiempo, pero teniendo en cuenta que por regla general en la industria de la moda los diseños tienen una corta vigencia, el diseño industrial no sería un mecanismo idóneo ya que el trámite supera el tiempo que se encuentra en vigencia un diseño.

1.5 Requisitos para la protección por el derecho de autor requisitos para la protección por el derecho de autor con relación a los diseños de moda.

“En la terminología jurídica la expresión derecho de autor se utiliza para describir los derechos de los creadores sobre sus obras literarias y artísticas las obras que abarcan el derecho de autor van desde los libros la música la pintura la escultura y las películas hasta los programas informáticos, las bases de datos, las publicidades, los mapas y los dibujos técnicos.”¹ (WIPO)

Para comenzar el presente apartado es importante tener en cuenta que el objeto del derecho de autor es la obra, de ahí se deriva la siguiente pregunta:

¿Es un diseño de modas una obra digna de protección por el derecho de autor?

Para responder la anterior pregunta es importante tener en cuenta los requisitos o criterios que exige el derecho de autor:

- La Originalidad.

“La originalidad de la obra, desde el punto de vista del derecho de autor apunta a su individualidad. La obra protegida debe tener suficientes características propias

¹ WIPO “¿Qué es la propiedad Intelectual?”

como para distinguirla de cualquiera del mismo género” (Pontificia Universidad Católica de Perú, 2013)

El derecho de autor abarca dos tipos de concepciones de originalidad:

- a) Subjetiva
- b) Objetiva

Originalidad subjetiva: Hace referencia a la obra creada por el autor, esto quiere decir que lleva la impronta, la esencia o el reflejo del autor, hace referencia a esa relación entre la personalidad del autor y la obra.

Originalidad objetiva: Esta clasificación, deja a un lado la personalidad del autor y se enfoca más en la obra misma, la originalidad objetiva se refiere a que la obra debe distinguirse de todas las demás.

La dirección nacional de derechos de autor ha dicho acerca de la originalidad de una obra que “es aquel requisito que apunta a la “Individualidad” que el autor imprime en la obra (y no a la novedad stricto sensu) es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, ha de tener suficientes características propias como para distinguirlo de cualquiera del mismo género.”²

² Óp. cit. Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Auto, Ricardo Ballesteros Valencia Jefe Oficina de Registro.

La anterior definición, incluye las dos acepciones contempladas por la doctrina, en primer lugar la originalidad subjetiva en cuanto habla de la “individualidad” que el autor imprime a la obra, así entonces tiene en cuenta la relación del autor con su creación y en segundo lugar hace referencia a la individualidad objetiva, una vez concluye que la obra ha de tener suficientes características para que la misma sea distinguida de otras.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante determinar si un diseño de moda cumple con el requisito de originalidad. Un diseñador de moda por lo general se inspira en diversos elementos, incluso en elementos cotidianos y de ellos puede llegar a sacar una colección completa, de allí surge la primera discusión al respecto, ya que se debe mirar hasta qué punto dicha inspiración menoscaba la originalidad.

Los diseños de moda para que sean protegidos por medio del Derecho de Autor deberán ser (i) creaciones intelectuales, (ii) originales y (iii) obras reproducibles o que se puedan divulgar por cualquier medio conocido o por conocer. En cuanto al primer y último requisito no existe problema alguno en tanto los diseños siempre son creaciones intelectuales y reproducibles. Sin embargo, es difícil establecer si todos los diseños cumplen con el requisito de la originalidad. (Gaitán Riascos, I. 2011)

OBRAS DE ARTE APLICADAS

Teniendo en cuenta que los diseños de modas se materializan generalmente en prendas de vestir o accesorios, resulta necesario destacar las obras de arte aplicado, ya que estas cuentan con funciones utilitarias, es importante comenzar por tener claridad sobre lo que significa en el campo del derecho de propiedad intelectual una *obra de arte*, en el glosario de la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual) el significado de la *obra artística* es “una creación cuya finalidad es apelar el sentido estético de la persona que la contempla (pinturas, dibujos, esculturas, grabados y para algunas legislaciones, las obras de arquitectura, fotografías, las obras musicales y las de arte aplicado)”. En esta definición, se puede destacar el concepto de “*obra de arte aplicado*”, siendo esta una categoría de obra artística.

El derecho de autor otorga protección al diseño industrial, una vez se encuentra frente a una *obra de arte aplicada*, siendo esta una creación artística que adicionalmente cuenta con funciones utilitarias.

Ahora bien, en varias y reiteradas legislaciones latinoamericanas, la obra de arte aplicado ha sido considerada como “una creación artística con funciones utilitarias o incorporadas en un artículo útil, ya sea de artesanía o producida a escala industrial siendo ejemplos de esta categoría los modelos en joyería, orfebrería, bisutería, mueblería, cerámica, vidriería, vestidos y decoración” (ANTEQUERA PARILLI, R. 2009)

Existen diversas teorías con relación a la aplicación de esta figura jurídica en diversas legislaciones:

La doble naturaleza de los diseños industriales, como creaciones funcionales a la vez que estéticas, plantea como mínimo dos formas de protección, a saber, la protección por derecho de autor y la protección mediante un sistema *sui generis*. En función de que uno o ambos sistemas de protección sean aplicables de forma alternativa o simultánea pueden contemplarse tres opciones, a saber, protección acumulativa o doble, separación de los sistemas de protección y superposición parcial de los sistemas de protección. (OMPI, 2002)

- **Teoría de la separabilidad:**

En esta teoría se considera que las creaciones que cumplan los requisitos de diseños industriales no podrían estar protegidas a la vez ni independientemente por parte del derecho de autor, dejando dicha protección exclusivamente a la propiedad industrial por parte del diseño industrial.

En contraposición al sistema de protección acumulativa está la opción de separar el sistema de protección de los diseños industriales del sistema de protección de las obras de arte. Con arreglo a este enfoque, los diseños industriales (es decir, los diseños de objetos funcionales) sólo son susceptibles de protección como tales en virtud de un sistema especial relativo a los diseños industriales. Se parte de la base de la no asimilación de los diseños industriales a las obras de arte protegidas por derecho de autor. (OMPI, 2002)

- **La teoría de la protección acumulativa:**

La presente teoría su fundamento en la unidad del arte, lo que significa que un diseño es un diseño aplicado, con base en lo anterior, “un diseño industrial (análogamente a las obras de arte) queda protegido por derecho de autor desde el momento de su creación o fijación en formato tangible, en función de lo que disponga la legislación.” (OMPI) Lo que significa que se encuentra protegido por medio del derecho de autor una vez se haya materializado la obra, sin necesidad de registro alguno. A su vez “ese mismo diseño puede beneficiarse de protección en virtud de una ley especial sobre los diseños a partir de la fecha de registro o de depósito del diseño o de la primera distribución comercial del producto en cuestión si la legislación así lo dispone.” En algunos países como Francia se utiliza esta teoría.

- **Superposición parcial de los sistemas de protección**

En la presente teoría se tienen en cuenta en principio un artículo utilitario el cual podrá ser objeto de protección del derecho de la propiedad industrial, por parte del diseño industrial, adicionalmente si el mismo objeto utilitario tiene características que lo concreten en una obra de arte, podrá ser objeto de protección por el derecho de autor, por medio de la figura obra de arte aplicada.

“Un enfoque de protección de los diseños industriales, concretamente, de la forma o el aspecto exterior de todo producto utilitario, industrial, o de consumo, autorizándose la protección por derecho de autor en caso de que el diseño pudiera considerarse una obra de arte (o de arte aplicada).” (OMPI, 2002)

Anteriormente en Colombia se utilizaba la teoría de la separabilidad, en la cual se debía probar que la obra de arte se podía independizar del artículo utilitario o industrial. Hoy en día la teoría en la actualidad en nuestro país, se tiene en cuenta lo siguiente:

Colombia sostiene una teoría mixta, según la cual una obra puede estar protegida al mismo tiempo por el derecho de autor y por el diseño de los diseños industriales, si cumple con los requisitos de cada una de estas figuras y, además, para el caso del además, para el caso del derecho de autor, si su valor artístico es separable física o conceptualmente de su carácter industrial. Lo anterior, por cuanto el derecho de autor concede un reconocimiento a la obra artística incorporada en elemento utilitario, y no a éste en sí mismo considerado. (Tobón y Varela, 2010, p. 222)

En un plano nacional, el Centro Colombiano de derecho de autor (CECOLDA), el cual es una asociación sin ánimo de lucro, constituida en el año de 1990, dedicada a promover desde entonces el estudio y la investigación tendientes a lograr un mejor conocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos (CECOLDA, 2015), ha dicho al respecto:

Nuestra legislación comunitaria en materia de derecho de autor y derechos conexos considera como obra de arte aplicado a la industria, las obras artísticas incorporadas en un artículo útil, ya sea en una obra de artesanía o producida a escala industrial. (...) Así las cosas, en la categoría de obra de arte aplicado se encuentra la gran mayoría de las creaciones que producen los artesanos como son los diseños o modelos de bisutería, joyería, orfebrería, fabricación de muebles, papeles pintados, ornamentos, prendas de vestir, etc.. Sin embargo, es oportuno mencionar que el derecho de autor concede un reconocimiento a la obra incorporada en el elemento utilitario, y no a este en sí mismo considerado. (2002)

En consecuencia y teniendo en cuenta lo anterior, en principio se puede utilizar al derecho de autor como un mecanismo idóneo para tal protección, siempre y cuando el artículo o prenda de vestir cumpla con tener una obra artística incorporada, sin embargo se concluye que una de las dificultades que tiene que enfrentar un creador de un diseño de modas que quiera que su prenda se encuentre protegida por el derecho de autor, por medio de una obra de arte aplicada, consiste en que dicha protección solo será otorgada en la obra de arte pero no a la prenda de vestir o accesorio.



Look SS14 de Jean Charles de Castelbajac inspirado en el trabajo del pintor Ellsworth Kelly y el escultor Constantin Brâncuși³

1.6 Marcas

Una marca es un **signo distintivo** que indica que ciertos bienes o servicios han sido producidos o proporcionados por una persona o empresa determinada. Su origen se remonta a la antigüedad, cuando los artesanos reproducían sus firmas o "marcas" en sus productos utilitarios o artísticos. A lo largo de los años, estas marcas han evolucionado hasta configurar el actual sistema de registro y protección de marcas. El sistema ayuda a los consumidores a identificar y comprar un producto o servicio que, por su carácter y calidad, indicados por su marca única, se adecua a sus necesidades. (OMPI, 2015)

³ Vogue Mexico, 28-01-2014

Una marca es un signo que tiene como finalidad que los consumidores puedan diferenciar un producto o un servicio de otros de su misma especie.

Una marca puede estar constituida por varios elementos tales como:

Números, palabras, símbolos, un diseño en especial, un sonido característico, un olor diferenciador, una textura o a su vez la marca podría estar constituida por una combinación de todos los anteriores elementos.

Registrar una marca conlleva una gran utilidad práctica, el registro confiere derechos al titular que generan ciertos beneficios para el mismo, esto significa que una vez se registra la marca, el titular tendrá el derecho exclusivo a utilizarla, o tendrá a su disposición la facultad de escoger si quiere otorgarla por medio de una licencia a un tercero.

Ahora bien, al relacionar la protección jurídica de un diseño de modas con la marca como medio de protección legal que hace parte de la propiedad industrial, se debe tener en cuenta la importancia que juega la marca en el negocio de la moda, como se dijo anteriormente, el hecho de permitir que los consumidores puedan diferenciar e identificar un producto en una industria en la cual la imagen es sumamente relevante, los agentes y diseñadores de dicha industria deberán velar por posicionar la marca con el objetivo de llevar una imagen distintiva de su producto al público en general.

Pearson, Estrin y Zhong 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. (Tobón, 2013).

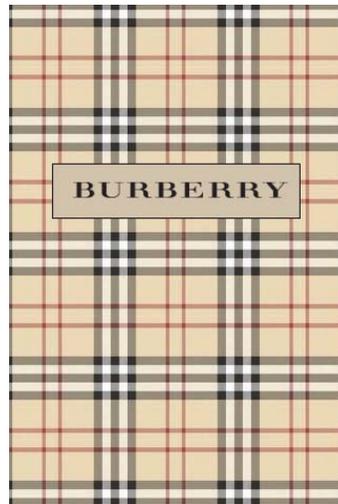
Con base en lo anterior se puede llegar a la siguiente conclusión, los autores de diseños de moda tienen la posibilidad de proteger los mismos por medio del registro de marca, siempre y cuando sus diseños incluyan la misma. En Colombia se llevan a cabo los registros de marca en la Superintendencia de Industria y Comercio.

En lugar de proteger los diseños, la mayor parte de los diseñadores de moda prefieren confiar en sus marcas, aplicadas directamente a sus productos y que suelen estar amparadas por la legislación relativa a las marcas. Las marcas facilitan a los diseñadores la tarea de detectar imitaciones y ayudan a los consumidores a identificar sus artículos preferidos. Las casas de moda invierten mucho dinero en publicidad para promocionar las

propiedades de sus marcas y atraer así a los consumidores. Por lo tanto, no es de extrañar que los falsificadores traten también de aprovecharse del “tirón” de las marcas copiando tanto los diseños como las etiquetas correspondientes. Así, los grandes diseñadores usan hilo tratado especialmente u otros elementos de seguridad en sus etiquetas para poder distinguir los originales de las imitaciones. (OMPI, 2008)

Así las cosas, la marca es un mecanismo de protección idóneo en el sentido que facilita al consumidor identificar el producto, es importante tener en cuenta que el titular tendrá la posibilidad utilizar marcas tridimensionales o marcas figurativas con el fin de proteger sus modelos, sin embargo no es suficiente, pues también resulta de gran importancia la protección al diseño creado, el cual no queda amparado con la protección por medio de la marca.

La marca registrada protege ciertas características del diseño de moda como las marcas, los logotipos, y los atributos únicos que los consumidores utilizan para identificar los diseños con una marca en particular. El jugador de polo cosido en las camisas de Ralph Lauren está protegido, pero el diseño general de la camisa no. El estampado escocés que se hizo famoso en los forros interiores de los abrigos Burberry se encuentra protegido; las formas de sus tapados no. En cuanto a las patentes, el proceso es demasiado lento y sus estándares de novedad demasiado estrictos para la moda. (LÓPEZ, E.J., 2010)



Estampado Escoces, Burberry (estampado llamado Novachek)

TRADE DRESS

El *trade dress* pertenece a la propiedad intelectual, es una figura que en la actualidad no se encuentra contemplada en la normatividad colombiana pero si en legislaciones internacionales, principalmente se encarga de proteger el diseño, las características diferenciadoras tales como la decoración, la combinación de los colores, el ambiente, elementos propios de un producto que generalmente son aspectos pueden recaer en un establecimiento de comercio, un servicio o algún producto, como se puede notar dichos elementos son de gran utilidad en el mundo mercantil y se ve constantemente en la industria de la moda:

La doctrina Estadounidense (Contreras, 2011) (McCarthy, 1992) ha definido el *trade dress* como “el conjunto total de elementos que integran un producto o servicio, de modo tal que su

combinación genera un aspecto visual que es captado por los consumidores”. En otras palabras, se ha entendido por este concepto, como el aspecto que reviste un determinado producto, un establecimiento, un servicio, incluyendo entre otros, características tales como “su empaque, forma, diseño, colores, texturas, etc., que generan una impresión visual integral del producto o servicio.” (Márquez Acosta, 2013)

Como se dijo anteriormente, no es posible utilizar este medio de protección en Colombia, ya que no se encuentra contemplado en la legislación o normatividad actual, sin embargo la Superintendencia de Industria Comercio, se ha pronunciado al respecto y ha expuesto que existen otros mecanismos en el país por los cuales se pueden proteger elementos que abarcan el *trade dress*:, así mismo lo explica Natalia Tobón y Eduardo Varela en su libro derechos de autor para creativos (Tobón 2010, p. 227) no está contemplado ni en la comunidad Andina ni en la legislación nacional pero la Superintendencia de Industria y Comercio en casos específicos ha señalado algunos de los elementos que conforman la presentación externa de un establecimiento comercial (*trade dress*) podrían protegerse como una marca tridimensional, y otros, podrían protegerse a través de diseño industrial.

Es así como la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto 06007139 de 2006 ha consagrado que es posible que algunos de los elementos propios del *trade dress* puedan ser susceptibles de registro por nuestra legislación a través de otros medios de protección que tienen relación la actividad mercantil como son los signos distintivos o las nuevas creaciones, a su vez la dicho

comportamiento anticompetitivo puede ser contrarrestado en Colombia a través de la competencia desleal.

La Superintendencia, citando al doctrinante Mauricio Jalife Daher, resalta: “Debe agregarse que las consideraciones plasmadas hasta este punto son también aplicables a lo casos en los que se trate de la reproducción del *“trade dress”* de determinado producto, esto es, “la suma de elementos decorativos y de presentación que identifican un producto o establecimiento, que en su conjunto generan la existencia de una percepción por parte del consumidor al confrontarlos (...) tales como el tamaño y la forma de los empaques y los envases, los colores usados, el tipo de letras, las leyendas genéricas, y en general, la combinación de elementos que visualmente identifican al producto”. En efecto, en estos eventos la tarea del juez no se concreta en establecer si se presentó la reproducción en cuestión, sino en determinar si esa circunstancia constituye, efectiva o potencialmente, el acto desleal de confusión.” (“Un acercamiento a la protección jurídica del *trade dress* en Colombia. Una mirada a la luz del derecho comparado”, 2014).

Con base en lo anterior, se concluye en el presente apartado que el *trade dress* es una figura de índole jurídica, la cual pertenece al área de propiedad intelectual y que a su vez tiene una gran utilidad práctica en el mundo mercantil, no obstante, en la actualidad se puede notar el vacío existente en la legislación colombiana, en materia de registro y de marcas, ya que solo existen mecanismos de protección generales y no muy claros, para proteger elementos propios del *trade dress* .

CAPÍTULO II

DESARROLLO NORMATIVO

Con el fin de determinar si la propiedad intelectual en Colombia es una herramienta útil y practica de protección jurídica de las ideas y creaciones de un diseñador o un agente en la industria de la moda, resulta importante analizar la normatividad nacional referente a la propiedad industrial:

1.1 Antecedentes históricos

La legislación colombiana, vigente durante el siglo XIX, tiene sus raíces normativas y filosóficas en un modelo ingles que proviene directamente del sistema del Estatuto de la Reina Ana de 1710; Colombia mantuvo durante el siglo XIX un modelo de privilegios de 15 años de duración que sería sustituido hasta 1886, en ese sentido, Colombia parece ser el país del mundo que mantuvo hasta una época más reciente el modelo de protección de privilegios propios del *ancien régime*. (Pabón, 2010, p. 41).

1.2 Normatividad Vigente

Constitución Política de Colombia

En artículo 61, de la Carta Política de 1991 expresa: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

“Se concluye de los textos constitucionales de 1991 que hay una filosofía humanista, cultural e integracionista en la que se inscribe la protección de la propiedad intelectual: no se trata de una forma *sui generis* de propiedad sino de un mecanismo para proteger el patrimonio cultural de las personas y de la nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural colombiana, en el marco del respeto recíproco de la comunidad internacional.

En la práctica la violación de los derechos intelectuales de las industrias culturales es desmesurada. En efecto, según el Director de la División de Países en Desarrollo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "alrededor del 45 por ciento de los productos fonográficos que se comercializan en los países latinoamericanos fueron reproducidos ilegalmente".⁴ Por su parte el Secretario General del Instituto Interamericano del Derecho de Autor afirmó que "si no protegemos los derechos intelectuales cada vez habrá menos creatividad local y más importación cultural, lo que impedirá el necesario equilibrio entre lo nacional y lo extranjero". (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-334 de 1993)

La Corte Constitucional colombiana, como guardiana de la Constitución Política de 1991 se ha pronunciado al respecto en la sentencia C-282 de 1997:

Las creaciones del intelecto humano y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los

⁴Cfr. Fernández Ballesteros, Carlos. División de Países en Desarrollo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-. Paraguay, abril de 1993.

denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales a su vez comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad intelectual del individuo. (Corte Constitucional, 1997)

Así mismo, a través del tiempo Colombia ha firmado tratados de libre comercio en aras de proteger la propiedad intelectual y contribuir a la unificación de dicha área en el derecho internacional.

Convención de Berna

El Convenio de Berna nació en el año 1886, su finalidad consiste en la Protección de la Obras Literarias y artísticas, dicho convenio fue incorporado a la legislación colombiana por medio de la ley nacional 33 de 1987.

Con base en lo anterior un autor colombiano o que haya publicado su obra en el país puede obtener la protección derivada del Convenio de Berna, la cual genera que su obra sea protegida durante la vida de del autor y además por 80 años después de su fallecimiento, este tiempo puede variar dependiendo la legislación de cada país, una vez transcurra el tiempo estipulado la obra pasara a dominio público.

A su vez en el artículo segundo (2°) del convenio de Berna la definición de las obras literarias y artísticas, las cuales son objeto de su protección:

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.(Convenio de Berna, 1986)

Convenio de Paris

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, fue adherido por la Legislación colombiana 178 del año 1994. En Colombia el Convenio de Paris fue aprobado mediante la ley 178 del 30 de Agosto de 1995, a su vez, entra a regir en el país a partir del 3 de septiembre del año 1996.

El Convenio de París tiene como finalidad mecanismos de protección relacionados con la propiedad industrial, así mismo lo establece en su primer artículo:

“La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal” (Convenio de Paris, 1883)

Es por esto que de los artículos y definiciones anteriores, se puede por pronto, concluir que ni el convenio de Berna, ni en el convenio de Paris establece alguna consagración expresa relacionada con los diseños textiles o con relación las creaciones generadas por un diseñador en la industria de la moda. Teniendo en cuenta lo anterior en Colombia se tendría que demostrar que un diseño textil es una obra artística para que sea amparada de la protección derivada del derecho de autor o tendrá que probar la suficiente novedad para que pueda utilizar otras herramientas de protección jurídica tales como el diseño industrial.

Así las cosas es importante tener en cuenta la falta de claridad que existe acerca del tema en la legislación actual, Keaton y Goolsby, (citados en Zuluaga, 2013) expresan que “la ambigüedad que compone la falta de claridad sobre cuáles son las creaciones que pueden protegerse por medio de las Convenciones de propiedad intelectual, permite el abuso de ciertos sectores; mientras que un lienzo pintado de un solo color montado en un marco es calificado como obra por la Convención de Berna, las creaciones generadas en la industria de la moda no son previstas por dicha normativa.”

Decisión 486 Decisión 486. Régimen Común de Propiedad

Industrial/Comisión de la Comunidad Andina:

Para comenzar a hablar de acerca de la decisión 486 y de la decisión 351 de 1993 es importante mencionar previamente a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de la cual es parte Colombia, “es un mecanismo de integración subregional, creado mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo 1969, con el propósito de mejorar el nivel de vida y desarrollo equilibrado de los habitantes de los Países Miembros mediante la integración y la cooperación económica y social.” (Cancillería, 2014)

Para la protección mediante derechos de propiedad industrial, en el caso colombiano, debe tenerse en cuenta que existe una regulación comunitaria incorporada al derecho nacional; se trata de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina. Para que un diseño industrial sea registrado y por ende protegido debe contar con el carácter de novedoso; y de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de la Decisión 486, para que un diseño sea considerado novedoso debe: no ser encontrado en los diseños previos del creador del diseño; no encontrarse incluido dentro del estado de la técnica a nivel mundial y no ser conocido por un círculo especializado en el área del diseño. (Esper Silebi, M. y Marín Villarreal, M.J. (2012)

Decisión 351 de 1993 Régimen común sobre Derecho de Autor y derechos conexos de la Comunidad Andina:

La decisión 351 de 1993, es el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, su aplicación en Colombia es directa y debe ser preferente a las leyes internas de cada país miembro del grupo andino.

Así mismo lo ha expresado la Corte Constitucional Colombiana a través de su jurisprudencia:

“El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, en tanto creaciones originarias o primigenias (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también en los últimos tiempos los programas de computador), o creaciones derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, arreglos musicales etc.). En la legislación colombiana, se incorporó la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuyo artículo 4 contiene una enumeración ejemplificativa, no taxativa, de la obras protegidas (...)” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-276 de 1996)

“La Decisión 351 de 1993 por la cual se adopta el Régimen Común sobre Derecho de Autor y derechos conexos para los países miembros de la can, expedida en desarrollo del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), prevé la protección por medio del Derecho de Autor de obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, dentro de las cuales se pueden encontrar las obras de arte aplicado como las que provienen del sector de la moda.”

Con base en lo anterior, una vez más se concluye que en la legislación nacional colombiana ni en la legislación internacional vinculante en el país, se encuentra una protección de forma expresa de los diseños de moda, lo que podría llegar a generar incertidumbre para los creadores de diseños textiles o un vacío jurídico en la legislación de la propiedad intelectual.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS DERIVADOS DE LA PROTECCIÓN OTORGADA EN COLOMBIA PARA LOS DISEÑOS DE MODA

Tal como lo acabamos de observar, la protección de la industria de la moda en general enfrenta distintos conflictos, sería ideal combatir las copias o la piratería una vez este fenómeno atenta contra los titulares de los derechos y sus derechos conexos, sin embargo en este caso en particular, “nos hallamos frente a una industria que está destinada a ser copiada o imitada. Es justamente esa frontera la que ha generado un gran contencioso en diferentes países a la hora de determinar cuándo se está frente a algo novedoso y original, respecto de aquello que es simplemente copiado o imitado.” (Salas Paussy, 2013).

Ahora bien, cabe preguntarse si una protección más estricta podría acarrear problemas con el derecho del consumidor, como por ejemplo, tener que asumir elevados costos, ya que una excesiva protección genera la disminución de competidores oferentes de un mismo producto, como consecuencia de ello se puede facilitar el surgimiento de monopolios los cuales pueden manejar de forma potestativa los costos y perjudicar a los consumidores.

Por otro lado, la industria de la moda tiene que afrontar otros fenómenos como lo son las nuevas tecnologías de información y comunicación de la actualidad, en cuanto las mismas obstaculizan la originalidad, la creatividad y facilitan la copia.

1.1 Dificultad con la originalidad, creatividad, novedad en la industria de la moda.

Como se dijo anteriormente, en Colombia una prenda de vestir podría ser objeto de protección por parte del derecho de autor siempre y cuando cumpla ciertos requisitos, teniendo en cuenta que el objeto de la protección por parte del derecho de autor son las obras, a su vez para que una prenda de vestir sea catalogada como obra debe cumplir con el requisito de la originalidad, siendo este un requisito que difícilmente puede demostrar en la práctica un creador de diseños textiles.

Sinnreich y Gluck (citados en Zuluaga, 2012) consideran que el proceso creativo de hoy es casi totalmente dependiente de las formas de reutilización, y es quizá el mundo de la moda el más cíclico de todos los sectores de diseño; por tanto, es usual ver en las pasarelas de moda varios diseños similares a los que se usaron tiempo atrás. Evidentemente, los diseñadores reinventan algún elemento, pero en su conjunto son tendencias traídas del pasado.

Una vez se habla de “originalidad”, por lo tanto se debe recordar los dos criterios de originalidad explicados en el primer capítulo del presente trabajo, en primer

lugar la originalidad objetiva, enfocada lo que hace una obra diferente a otra y en segundo lugar la originalidad subjetiva, la cual se relaciona con que la obra refleje la personalidad del autor.

En el caso de las creaciones textiles vinculadas al mundo de la moda, la originalidad desde su criterio objetivo afronta grandes dificultades ya que se debe comprobar ese factor diferenciador con respecto a otras creaciones.

En otras legislaciones como por ejemplo en la legislación francesa se considera que el criterio subjetivo debe ser prioritario, lo que quiere decir que basta con que en la obra se refleje la personalidad del autor para que sea objeto de protección.

Así, estima que ha quedado probado que en la Ley francesa y su jurisprudencia el criterio pertinente para la protección por el Derecho de autor es que se trate de obra del intelecto, cualquiera que sea su clase, forma de expresión o destino (artículo L. 112-1 del CPI) 30. Basta que sea, por lo tanto, el resultado de una actividad creativa que revele la personalidad de su autor. Basta con que la obra sea una obra del intelecto ("oeuvre de l'esprit") y tenga suficiente originalidad como para reflejar la "personalidad de su autor". Y por supuesto, el hecho de que el producto pueda ser fabricado mediante procesos industriales no es criterio, legal o jurisprudencial, para atribuir o denegar la protección.

Con base en lo anterior en la legislación francesa se permite la protección a creaciones textiles, adicionalmente, como se verá más adelante, dicha protección

se encuentra consagrada textualmente en el Código de Propiedad Intelectual Francés.

1.2 La temporalidad de los diseños de moda.

Cuando se habla de temporalidad se hace referencia a la cantidad de tiempo o a una duración limitada de algún suceso, en el caso de los diseños de moda, se sabe que una de sus características es precisamente que tienen una vigencia limitada y que se por razones climáticos, necesidades propias del negocio o por costumbre de las sociedades occidentales, es un mercado que constantemente se debe estar renovando, sin embargo, por más mutante que pueda ser la industria de la moda, a través del tiempo se ha demostrado que algunos elementos precisamente “no pasan de moda”, a pesar de transcurrir el tiempo de su creación, mantienen su vigencia por distintas razones pero especialmente por su aporte cultural.

“Aunque algunas modas vienen y van en un abrir y cerrar de ojos, hay modas que no caducan, y algunos objetos se convierten en piezas clásicas. En la casa de moda francesa Hermès hay una lista de espera de un año para obtener el clásico bolso “Kelly”, que se hizo famoso en 1956 cuando la Princesa Gracia 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. Muchas casas de moda se esfuerzan por crear diseños clásicos; sin embargo, aun en caso de que lo logren, si no han obtenido a su debido tiempo la protección que les ofrece el sistema de P.I., sus imitadores podrán aprovechar libremente esa labor creativa.”(Revista de la OMPI, 2005)



La princesa Grace Kelly , con la cartera Kelly de Hermès (1956).



La cartera Kelly de Hermès en la actualidad.

Al respecto Johanna Blakley, experta en medios, actualmente, Directora Adjunta del Centro Norman Lear (citada en Zuluaga, 2013) ha expuesto que:

Dentro de las características del negocio se encuentra la agilidad en la innovación, si se tiene en cuenta que las tendencias van cambiando de temporada a temporada, es necesario que los creativos de la industria vayan a este ritmo, pues de lo contrario sus diseños podrían ser catalogados como obsoletos. Esta velocidad es marcada por la rapidez del mercado y de la economía, la existencia de un sistema capitalista en el que cada vez las personas adquieren bienes y servicios con mayor celeridad, genera la necesidad de agilizar el cambio.

1.3 La piratería y la copia como aliados de la industria de la moda.

En una entrevista se le pregunto a Coco Chanel que si sentía satisfecha por la imitación de sus diseños en gran parte del mundo, se le dijo que en muchos países los confeccionadores habían reproducido sus diseños y que ahora el estilo chanel estaba en las calles, Coco Chanel respondió:

“Estoy muy contenta, obviamente era lo que quería, esa era mi meta: crear un estilo. (...) Existe un estilo cuando la gente en las calles se viste como uno y creo que lo he logrado. Pero yo no creo en la copia, creo en la imitación, (...) Me parece estúpido que haya personas que defiendan una moda, no se puede defender una moda ¿Por qué defenderla? No es moda si nadie la ve (...)” y finalmente termino diciendo “En cambio para mí la copia significa el éxito. No hay éxito sin copias y sin imitaciones”.

Analizar la anterior entrevista al plano de la propiedad intelectual, resulta de gran importancia, ya que se supone que lo que busca la propiedad intelectual es proteger las ideas del ser humano pero si volvemos a la entrevista anterior para unos diseñadores y agentes de la industria de la moda no sería necesaria dicha protección ya que para ellos la copia significa el éxito.

“La “paradoja de la piratería” en los diseños de moda es una teoría creada por Kal Raustiala y Christopher Sprogan según la cual imitar una prenda de vestir no impedirá imitación, contrario a lo que se piensa, no será perjudicial para los diseñadores sino que fomentara la innovación y aumentara los beneficios de la industria” (Tobon y Varela. 2010, p. 229)

Así mismo, el sociólogo Aleman George Simmel define a la moda como “la imitación de un modelo dado que proporciona así satisfacción a la necesidad de apoyo social; conduce al individuo al mismo camino por el que todos transitan y facilita una pauta general que hace de la conducta de cada uno un mero ejemplo de ella. Pero no menos satisfacción da a la necesidad de distinguirse, a la tendencia a la diferenciación, a contrastar y destacarse” (Simmel, 1988: 28) . Así entonces se habla de estrategias de imitación, los imitadores irán siempre un paso atrás de los vanguardistas pero serán ellos los que provoquen el movimiento de las modas, este proceso se llama “hicked down” teorías más conocidas de las moda y cuando la nueva moda es bastante conocida es cuando se crean nuevas modas.

Picker piensa que la imitación de los diseños de moda se produce de forma vertical y no horizontal. Entiende por imitación horizontal, cuando Dior copia aquellas prendas que copió de Gucci o de Target. Por la imitación vertical que Target copia de Dior. El trabajo de Raustiala y Sprigman parecen advertir la existencia de un régimen de apropiación libre y ubicuo, en el que es más plausible que los diseñadores sean más copistas que copiados. Esta afirmación parece incorrecta, pues no parece lógico que Dior imite un diseño de Target, lo normal es que suceda lo contrario. La legislación para proteger los diseños de moda se forjaría sólo si los diseñadores de moda tuvieran más fuerza política que los copistas, pero en los EE.UU. parecen ser más influyentes Wal-Mart y Target que la industria de la moda. (Rodríguez Lobatón, A. 2008)

Con base en lo anterior se puede concluir que independiente de la paradoja de la piratería, al carecer de protección de índole jurídica los diseños de moda se está

generando un incentivo en cierta forma a los copistas, esto genera que las cadenas de grandes almacenes puedan replicar fácilmente diseños textiles creados previamente por diseñadores de moda, aprovechándose de manera gratuita del intelecto y creatividad de otras personas. Por otro lado esta falta de protección genera que en muchos casos se vendan diseños que dicen ser “originales” pero que en realidad son réplicas de diseños previos, en este caso no solamente se ven perjudicados los diseñadores originales sino que además el consumidor se enfrenta a cierto engaño.

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

1.1 Estados Unidos.

Recientemente se han visto en la necesidad en los Estados Unidos, de estudiar y discutir acerca de la protección legal que puede otorgarse a los diseños de moda.

“El New York Times fue la plataforma para que la catedrática y fundadora del Fashion Law Institute Susan Scafidi y Narciso Rodríguez, afamado diseñador y miembro del Council of Fashion Designers of America, reflexionaran sobre la necesidad de ampliar las protecciones legales provistas a diseñadores de ropa.” (Microjuris, 2014)

“La Ley de protección del diseño innovador, más conocida como “Proyecto de ley de la moda”, se presentó en el Congreso por primera vez en 2006, pero en 2012 volvió a rechazarse su aprobación, por sexta y, probablemente, última vez, lo que significa que es improbable que en un futuro próximo haya un cambio de legislación en los Estados Unidos.” (Silverman, 2014).

Hasta el momento, en los Estados Unidos no se ha logrado que los diseños textiles, se encuentren amparados por el derecho de autor, generalmente en

el derecho anglosajón se utiliza la noción de **copyright** para referirse a los derechos que se derivan de dicha protección.

“El derecho de autor no alcanza el diseño de moda, porque los tribunales Oficina de Copyright de los Estados Unidos y han sostenido que la ropa es un elemento funcional y que los elementos de diseño de prendas de vestir no son conceptualmente separables de su función subyacente.” (Paul, 2009) Así mismo se demostró en el caso *Whimsicality v. Rubie’s costume Co.* (Tobón y Varela, 2010, p. 410) En el año 1989, en el cual se discutió la protección de un disfraz por el derecho de autor, a su vez el dictamen fue que las prendas de vestir no *per se* no podían ser protegidas por el derecho de autor.

1.2 Unión Europea.

La Unión Europea con el objetivo de proteger y promover la creatividad e innovación consagra un sistema el cual ampara los derechos de propiedad intelectual, que a su vez se encuentran divididos en propiedad industrial, derechos de autor y los derechos afines. Se busca la uniformidad del sistema de propiedad intelectual en Europa, por lo cual en la actualidad dicha protección se encuentra respaldada por diversos convenios internacionales, generalmente los convenios son auspiciados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y teniendo en cuenta que la propiedad intelectual va de la mano con el

derecho mercantil, los convenios también son promovidos por la Organización Mundial del Comercio (OMC).

A continuación se mencionan entidades que tienen como fin promover la propiedad intelectual y cumplir con los objetivos mencionados anteriormente:

La Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI): Esta entidad se encarga de registrar las marcas comunitarias, los dibujos y modelos comunitarios.

La Oficina Europea de Patentes (OEP): La Comisión defiende y protege por la instauración de un sistema de patente comunitaria.

Con base en lo anterior se busca que la protección de estos derechos protección frente también a la piratería, sin embargo hoy en día se ven enfrentados con conflictos tales como la falsificación e intercambios que no son legítimos.

La elaboración de la legislación europea relativa a los diseños está estrechamente relacionada con la historia de la industria textil. En el siglo XV, el Rey de Francia garantizó derechos exclusivos, o privilegios, para la fabricación de productos textiles. La primera vez que se penalizó por decreto la falsificación de patrones de tejido fue en 1711 en Lyon. En Inglaterra y Escocia, la primera ley relativa a la protección de diseños fue propuesta por productores textiles en 1787. En 1876, se promulgó una ley en Alemania relativa a los derechos de autor sobre patrones y modelos, una vez más, en respuesta principalmente a una demanda del sector textil. Más recientemente, la iniciativa de armonizar las legislaciones

sobre diseños vigentes en Europa llevó a elaborar el Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios, que entró en vigor en 2002. (Fisher, 2008)

En la Unión Europea, existe la figura del Diseño Comunitario no registrado, la cual genera una gran utilidad en la práctica “esta protección se obtiene sin ningún trámite, simplemente poniendo el diseño a disposición del público y dura tres años” (Fisher, 2008)

FRANCIA

En la actualidad el Código de Propiedad Intelectual francés del 1 de julio de 1992, consagra que todas las obras del intelecto humano serán objeto protección por parte del derecho de autor, posteriormente expone que son consideradas en Francia, obras del intelecto humano en los siguientes artículos:

“Artículo L112-1.

Las disposiciones del presente Código protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del intelecto humano, cualesquiera que sean su género, forma de expresión, mérito o destino.” (Subrayado fuera del texto).⁵

“Artículo L112-2.

⁵ *Code de la Propriété Intellectuelle, article L112-1 : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »*

Se consideran especialmente obras del intelecto humano en el sentido del presente Código:

(...)

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” (subrayado fuera del texto)⁶

Con base en los anteriores artículos, la legislación francesa permite la protección de creaciones textiles por parte de la Propiedad Intelectual en especial por parte del derecho de autor, al consagrar que dichas creaciones son consideradas obras del intelecto humano.

⁶ Article L112-2 CPI :14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement »,

A su vez a través del tiempo se han presentado casos en los cuales se demuestra la aplicación la legislación francesa en materia de propiedad intelectual y diseño de moda, así como la importancia práctica de la misma, a continuación se encuentra expuesto el caso Ralph Lauren vs Saint Lauren:

En Francia, por ejemplo, el tribunal de Comercio de Paris condeno en 1994 a Ralph Lauren a pagar millones de francos a Yves Saint Lauren por copiarle un esmoquin negro con grandes solapas para mujer que este último probo haber diseñado en 1970 y lanzado en dos ocasiones (1970 y 1992). Saint Lauren había vendido 123 vestidos iguales en sus <<boutiques>>, a pesar de que el traje nunca había sido mostrado en sus desfiles. (Tobón, 2010, p. 228).

1.3 Reino Unido

En el Reino Unido han surgido varios casos o procesos judiciales con relación a la propiedad intelectual y la industrial de la moda en los cuales el concepto “artístico”, ha tenido que ser evaluado y analizado por los jueces:

Para que una obra pueda estar protegida por derecho de autor en el Reino Unido, esta debe pertenecer a una de las 8 categorías enumeradas en el capítulo 3 de la Ley de Derecho de Autor, Dibujos y Modelos y Patentes de 1988. Como es lógico, un artículo de moda debería ser una obra artística original. Sin embargo, la jurisprudencia no se muestra favorable a esta argumentación, habida cuenta de que las prendas de vestir y otros artículos de moda no entran claramente dentro de ninguna de las subcategorías de obras artísticas enumeradas.

La categoría más adecuada, la de obras de artesanía artística, exige que la obra sea, al mismo tiempo, artística y una obra de artesanía. (Silverman, 2014)

Teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, un artículo de moda debe cumplir con los requisitos de obra de arte y así mismo debe ser original. Sin embargo hasta el momento los jueces en el Reino Unido no han aceptado que un artículo de moda cumpla con dichas características.

Así las cosas, los diseños de moda carecen de protección por medio del derecho de autor en el Reino Unido.

CONCLUSIONES

En la actualidad existen argumentos en pro y en contra de la protección de los diseños textiles, las dos son posturas con razones válidas, sin embargo en el presente trabajo se tiene en cuenta la utilidad o el perjuicio en la práctica de la legislación actual con relación a la protección de los diseños textiles particularmente en Colombia.

Teniendo en cuenta lo anterior, se llega a las siguientes conclusiones:

- Independientemente de que existan mecanismos en la legislación colombiana para que un diseño de modas sea protegido, por ejemplo, por medio de un diseño industrial, o por medio de una obra de arte aplicado por parte del derecho de autor, se considera que estas protecciones representan una solución parcial, teniendo en cuenta que la duración del trámite de registro de un diseño industrial, generalmente supera el tiempo de vigencia de un diseño de moda lo que implica que una vez se logre registrar, la creación pierda su valor comercial o ya halla sido replicada por terceros, lo que implica una protección ineficaz en la practica. A su vez, la propiedad industrial actual limita a los diseños de moda al no poderse cumplir generalmente el requisito de novedad en ellos. Por otro lado los aspectos que protegen son reducidos por ejemplo, en materia de marcas se protegen aspectos que dejan por fuera la protección de los diseños. Se

puede utilizar al derecho de autor como un mecanismo idóneo para tal protección, en casos excepcionales como cuando el artículo o prenda de vestir tenga una obra artística incorporada, por medio de una obra de arte aplicada, no obstante una vez más esta protección se encuentra limitada en tal sentido que solo será otorgada en la obra de arte, no a la prenda de vestir o accesorio.

- Uno de los problemas fundamentales es la falta de información para diseñadores, artesanos, entre otros, quienes son los sujetos activos de esta industria y quienes deberían conocer los mecanismos que la ley les otorga para proteger sus creaciones.
- En el último apartado del primer capítulo, se hace referencia a los mecanismos de la propiedad industrial con relación a los diseños de moda, así mismo se menciona el *“trade dress”* como una figura que pertenece a la propiedad intelectual. *“El “trade dress” es la suma de elementos decorativos y de presentación que identifican un producto o establecimiento y que por su presentación generan una percepción distintiva en la mente del consumidor”* (Tobón, N. 2013). La Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado que sus elementos pueden ser protegidos mediante las siguientes figuras: marca comercial tridimensional, diseño industrial o por medio de interponer acciones por competencia desleal. Con base en lo

anterior, se considera que se debe contemplar la posibilidad de implementar la figura de propiedad industrial “*trade dress*” en la legislación colombiana, figura que permite proteger elementos que hacen únicos a un objeto o de un establecimiento de comercio, siendo así los agentes que conforman la industria textil y de la moda podrían utilizar esta figura para proteger la esencia de sus creaciones incluyendo desde la decoración, el ambiente entre otros elementos hacen que sus productos se diferencien de los demás.

- **Propuesta de regulación legal:**

La ausencia de una regulación legislativa con relación a la clase de protección por parte de la propiedad intelectual hacia las creaciones textiles que hacen parte de la industria de la moda puede considerarse un vacío legal en la legislación colombiana, esto genera efectos negativos en la práctica, por ejemplo, desincentivar a los diseñadores a crear y a su vez incentivar la copia.

Por lo tanto una ley sobre diseño, en la cual se aclare criterios como el de la originalidad, podría generar valor al sector textil del país e incentivar la creatividad de los agentes en la industria de la moda nacional.

Con base en lo anterior, se considera que resultaría oportuno expedir una ley por medio de la cual se genere mayor seguridad jurídica y se disminuya la incertidumbre que hoy en día se tiene acerca de la protección por parte de la legislación nacional para los diseños textiles. Una nueva ley en materia de propiedad intelectual, deberá reducir tiempos de registro con el fin de solucionar los problemas prácticos derivados de la duración de dichos tramites, así mismo establecer mecanismos de información, contemplar la teoría de “crear una figura nueva de la propiedad intelectual dirigida a proteger las creaciones de la moda” (Tobon, 2013) por medio de la cual el diseño pueda ser objeto de una protección eficaz y adecuada, para ello dicha protección debería ser adquirida de forma eficaz, a partir de la fecha de registro o de depósito del diseño o a partir de la primera distribución comercial del diseño. Por otro lado una nueva ley deberá mirar la posibilidad de incluir nuevos mecanismos de protección como la figura del *trade dress*, herramientas útiles para este tipo de industrias y para el comercio en general.

Bibliografía

Antequera Parilli, R. (2009). Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Bogotá, D.C. Temis.

Blakely, J. (2010, abril), "Lessons from fashion's free culture" [videoconferencia], en http://www.ted.com/talks/johanna_blakley_lessons_from_fashion_s_free_culture CECOLDA (definición) (s.f.). Recuperado el 14 de mayo de 2015, en <http://www.cecolda.org.co/>

Centro Colombiano de Derecho de Autor (2013), *Circular Nro. 10 sobre las artesanías y el derecho de autor* [En línea], disponible en <http://www.cecolda.org.co/index.php/derecho-de-autor/normas-y-jurisprudencia/direccion-nacional-de-derecho-de-autor/101-circular-nro-10-sobre-las-artesantias-y-el-derecho-de-autor>, recuperado en: diciembre 10 de 2014.

Colombia (1991), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2010, mayo), "Sentencia del veintiocho de mayo de dos mil diez" M.P: Espinosa Pérez, S., Bogotá, D.C.

Colombia, Corte Constitucional, (1993) "Sentencia C- 334 de 1993" M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, D.C.

Colombia, Corte Constitucional Colombiana, (1996) "Sentencia C-276 de 1996"

M.P. JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ

Comunidad Andina de Naciones. (17 de 12 de 1993). *Decisión 351*. Lima, Perú.

Comunidad Andina de Naciones. (14 de 09 de 2000). *Decisión 486*. Lima, Perú.

Convenio de Paris para la protección de la Propiedad Industrial (1883)

Corredora, A. (2012), *La protección del talento: Propiedad intelectual de autores, artistas y productores con especial atención a internet y obras digitales*. Valencia.

Tiran lo Blanch.

Dirección Nacional del derecho de Autor (2006) Colombia, Concepto Jurídico No. 2-2006-13249, del 18/12/2006.

Esper Silebi, M. y Marín Villarreal, M.J. (2012), *Aproximación jurídica a la industria de la moda: los principales temas del fashion law*, [trabajo de grado], Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Ciencias Jurídicas.

Fernández Ballesteros, Carlos. *División de Países en Desarrollo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelctual -OMPI-*. Paraguay, abril de 1993.

France, (1992), *Code de la Propriété Intellectuelle*, (Version consolidée au 1er janvier 2014)

Fukai, A.; Suoh, T. y Iwagami M. (2003) *Moda. una historia entre el siglo XIII al siglo XX*. Köln, Taschen.

Gaitan Riascos, I. (2011) “*Propiedad intelectual y moda en Colombia: El árido camino de la protección*”, en *Revista de derecho comunicaciones y nuevas tecnologías* [en línea], Revista No. 5, disponible en https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics53.pdf, recuperado: 9 de septiembre de 2014.

Lando, L. (2009) *Diseño de Modas, Conceptos Básicos*, United States, CBH. Books.

López, E. J. (2010, 1 de diciembre), “El diseño de modas y los derechos de autor”, El instituto independiente, [en línea], disponible en <http://www.elindependent.org/articulos/article.asp?id=2929>

Marca Colombia “*La industria de la moda en Colombia, un sector de hechos de éxito*” [en línea], disponible en <http://www.colombia.co/exportaciones/la-industria-de-la-moda-en-colombia-un-sector-de-hechos-de-exito.html> recuperado: 28 de agosto de 2014.

Marquez Robledo, S. (2004), *Principios generales del derecho de autor*, [trabajo de grado] Bogota, Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Ciencias Juridicas.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (9 de 09 de 1986). Convenio de Berna. Berna, Suiza.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (20 de 03 de 1883). Convenio de París. París, Francia.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2005, mayo-junio) “*La propiedad intelectual en la industria de la moda*”. En *revista de la OMPI*, disponible en

http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/documents/wipo_magazine/5_2005.pdf, recuperado: 9 de septiembre de 2014.

Olarte Collazos J. y Rojas Chavarro M. “*Manual de Derecho de Autor Para Alcaldías y Gobernaciones*” Pág. 10 DNDA., 2011

Organización Mundial de Propiedad Intelectual (2014), “*Principios básicos de la propiedad industrial*”. Publicación de la OMPI N° 895(S), disponible en http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/895/wipo_pub_895.pdf.,

recuperado: 10 de noviembre de 2014.

Pabón Cadavid, J. A. (2010). *De los privilegios a la propiedad intelectual*, Bogotá. D.C. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Paul, J. (2009) “*The “Piracy Paradox” Is So Last Year: Why the Design Piracy Prohibition Act is the New Black*”. [en línea], disponible en <http://www.kentlaw.iit.edu/Documents/Academic%20Programs/Honors%20Scholars/2009/Joanna-Paul-paper.pdf>, recuperado: 30 de agosto de 2014

Pontificia Universidad Católica del Perú, (2003) *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.ªed.). Madrid, España.

Ríos, W. (2011) . *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá D.C. Universidad de Los Andes.

RIVIÈRE, M. (2014). *Diccionario de la moda* Editor: Penguin Random House.

Rodriguez Lobatón, A. (2008) *Prêt-à-porter y la paradoja de la piraateria*, [En línea], disponible en:

<http://www.blawyer.org/2008/08/03/pret-a-porter-y-laparadoja.de-la-piratera/>
recuperado: 15 de diciembre de 2014.

Salas Paussy, B. (2013) “*La industria de la moda a la luz de la propiedad intelectual*”, en revista *La propiedad inmaterial*, No. 17 [en línea], disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=propin&page=article&op=view&path%5B%5D=3583&path%5B%5D=3664>, recuperado: 30 de agosto de 2014.

Silverman, I. (2014, junio), “*El derecho de autor y la moda: una perspectiva británica*” en *Revista de la OMPI*. núm. 3 pp. 30-34.

Superintendencia de industria y comercio (2008), *Diseños Industriales: Esquemas de Trazado de Circuitos Integrados Secretos Empresariales*.

Tobón Franco, N. y Varela Pezzano, E. (2010). *Derechos de autor para creativos*, Bogotá, D.C. Ibañez.

Vogue, (2014) “*Moda y arte de pies a cabeza*”, Mexico, [En línea] disponible en: <http://m.vogue.mx/moda/tendencias/articulo/tendencia-moda-inspirada.en-arte-primavera-2014/3282>, recuperado: 15 de diciembre de 2014.