



**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DISEÑOS DE MODA CONTRA LA IMITACIÓN
Y LA REPRODUCCIÓN EN COLOMBIA**

LAURA VIVIANA DELGADO OTALVARO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

2021



**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DISEÑOS DE MODA CONTRA LA IMITACIÓN
Y LA REPRODUCCIÓN EN COLOMBIA**

TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

LAURA VIVIANA DELGADO OTALVARO

DIRECTORA

INGA HAKSPIEL CABAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

2021

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de 1946 la Pontificia Universidad Javeriana

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

DEDICATORIA

A mi madre, quien con su incansable esfuerzo me ha ayudado a llegar hasta donde estoy ahora, sin ella nada hubiese sido posible.

A mi padre, que se convirtió en mi ángel y desde el cielo me acompaña en cada etapa de mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Dios por haberme permitido cumplir un sueño más. A todos los profesores que me enseñaron durante toda mi carrera universitaria, en especial a la Doctora Inga Hakspiel por su valioso apoyo, por la dedicación y los conocimientos que me brindó para lograr culminar este trabajo

RESUMEN

Los diseños de moda en Colombia pueden ser protegidos a la luz de la propiedad intelectual contra la imitación y la reproducción, en principio, mediante los diseños industriales, el derecho de autor (obra de arte aplicado) y las marcas. No obstante, el dinamismo y las particularidades de la moda evidencian que el sistema jurídico colombiano es inadecuado para amparar las creaciones de moda debido a que, para los diseñadores, es difícil acceder a la protección por el rigor de los requisitos que se deben cumplir en cada figura. Por lo tanto, se necesita una reforma del ordenamiento jurídico que se base en legislaciones internacionales que tengan un mayor avance en la materia con el fin de proteger adecuadamente las creaciones de la industria de la moda colombiana.

Palabras clave: Moda, diseñadores, diseños de moda, imitación, reproducción.

ABSTRACT

Fashion designs in Colombia can be protected by the intellectual property law against imitation and reproduction; through industrial designs, copyright (applied work of art) and trademarks. However, the particularities and dynamism of fashion industry show that the Colombian legal system is inadequate to protect fashion creations because it is difficult for designers to access to this protection due to the rigor of the requirements that must be met in each figure. Therefore, a reform of the legal system is needed on the basis of international legislation that has a greater advance in the matter, in order to adequately protect the creations of the Colombian fashion industry.

Key words: Fashion, designers, fashion designs, imitation, reproduction.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
ESTADO DEL ARTE	5
MARCO TEÓRICO	8
OBJETIVOS	11
Objetivo general	11
Objetivos específicos	11
METODOLOGÍA	12
CAPÍTULO 1.	14
INDUSTRIA DE LA MODA EN COLOMBIA	
1.1 Concepto de moda.....	14
1.1 Concepto de diseño de moda.....	15
1.2 Recuento histórico y actualidad de la industria de la moda en Colombia	18
CAPÍTULO 2.	22
MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DISEÑOS DE MODA	
2.1 Diseño industrial.....	22
2.2 Marcas	26
2.3 Derecho de autor	31
2.3.1 Obras de arte aplicado	34
CAPÍTULO 3.	36
LA IMITACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN DE LOS DISEÑOS DE MODA EN COLOMBIA	
CAPÍTULO 4.	42
DERECHO COMPARADO	
4.1 Estados Unidos	42
4.2 La Unión Europea	43

CONCLUSIONES	48
REFERENCIAS	50
BIBLIOGRAFÍA	57

INTRODUCCIÓN

La moda es un concepto que involucra todas las esferas de la sociedad. A través de ella se reflejan los cambios sociales, políticos y económicos de una cultura en una determinada época. Este término se extiende a varias categorías, entre ellas, el vestido, maquillaje, peinados, calzado y accesorios. Su auge se debe gracias a la revolución industrial y a la invención de la máquina de coser en Europa, específicamente en Francia con la alta costura.

Desde tiempos inmemoriales, la vestimenta se ha consolidado como una necesidad fundamental al igual que la alimentación y la vivienda. En sus inicios, aquella se utilizaba para protegerse del clima, pero cuando surgieron los tejidos sintéticos, la fabricación en escala y los diseñadores, se dio inicio a la creación de prendas de vestir más elaboradas ya no solo con el fin de protegerse de las condiciones climáticas, sino que se empezó a considerar como una manera de expresión de las personas sobre su identidad y sus creencias culturales. Es así como la indumentaria se relación con la moda.

Gracias a diseñadores tan importantes para la historia de la moda como Paul Poiret, Coco Chanel, Yves Saint-Laurent, Cristóbal Balenciaga, Giorgio Armani, Carolina Herrera, entre otros, se dio la revolución de la moda en el sentido de posicionarla como un arte.

La moda está estrechamente relacionada con la industria textil, la cual es la encargada de fabricar las telas que se utilizan para la elaboración de las vestimentas. Esta industria ha crecido exponencialmente hasta llegar a la producción masiva de prendas de vestir, de las cuales, en muchas ocasiones, se desconoce su autor. Al existir tanta producción de indumentaria, se da paso a que muchas personas puedan copiar los diseños de otras, es por ello que en muchas tiendas de ropa se encuentran prendas y accesorios similares, haciendo que

surja el cuestionamiento sobre ¿hasta dónde llega la novedad y dónde empieza la imitación en los diseños de moda?

Actualmente, la industria de la moda afronta un fenómeno que es objeto de estudio del derecho: Los diseños de moda en nuestro país se encuentran prácticamente desprotegidos por el ordenamiento jurídico, facilitando la copia o imitación de estos. “Indiscutiblemente, la piratería y el contrabando son las problemáticas que ocurren con mayor frecuencia” (Salas, 2019, p. 29).

Para los diseñadores de moda resulta inadmisibles que sus diseños sean copiados o imitados, porque esto implica que se les desconozca su proceso creativo y el esfuerzo intelectual que existe al momento de crear un pieza única e innovadora. Esto genera que los diseñadores pierdan la motivación de hacer su mayor esfuerzo para crear, debido a que cualquier idea que deseen plasmar en un objeto, bien sea en una prenda de vestir o un accesorio, será inevitablemente copiada por otra persona.

Sin embargo, algunos autores argumentan que la imitación resulta beneficiosa porque incrementa la innovación, puesto que los diseñadores al ver que sus creaciones fueron imitadas y se están vendiendo como réplicas, van a lanzar una nueva colección diferente a la anterior lo más pronto posible. Por lo tanto, existirán más artículos novedosos que al final se traducirán en una ventaja para el consumidor. A esta teoría se le ha denominado la “paradoja de la imitación”.¹

Por otro lado, se evidencia que en la industria de la moda existe una cantidad significativa de réplicas de accesorios y prendas de vestir. Muchas empresas se dedican a vender réplicas de marcas reconocidas, como, por ejemplo, zapatillas de Adidas o bolsos de Louis Vuitton, entre otros. Esto se debe, a la dificultad de saber si se está ante una réplica o un producto original porque estos son demasiado similares, en la mayoría de los casos, son idénticos. Entonces, para

¹ Raustiala, k., y Sprigman, C. (2006). The piracy Paradox. Inovation and intellectual property in fashion desing. *Virginia Law Review*, 92(8), p. 117.

el consumidor sería difícil diferenciarlos, por ello termina comprando un producto que no es original.

Igualmente, hay otros escenarios en los que personas o empresas llevan a cabo actos de infracción marcaria al reproducir ilícitamente o imitar fraudulentamente marcas reconocidas dentro del mercado cuando buscan vender sus productos usando de manera idéntica una marca que no es suya o imitando una a tal punto que el consumidor no distinga entre la procedencia del producto y piense que está comprando un producto original de la marca. Es decir, se aprovechan de la reputación de las marcas generando confusión entre los consumidores, lo cual es considerado un delito dentro del ordenamiento jurídico.

Lo anterior demuestra que las normas jurídicas actuales de propiedad intelectual resultan ineficaces para proteger los diseños de moda en nuestro país, los cuales son el resultado de un proceso creativo desarrollado por una persona llamada diseñador, que es el encargado de plasmar su conocimiento y sus habilidades creativas para lograr una pieza única y que sí se diferencie de sus competidores. Al diseñador, por su labor, se le debe brindar las garantías necesarias para reconocerle los derechos frente a su diseño y así motivarlo para que continúe innovando. Son estas razones por las cuales la propiedad intelectual tiene un papel fundamental en la industria de la moda.

Por ser la moda un tema de interés general que está presente en la cultura y en la vida de las personas, se hace necesario analizar las normas que existen a la luz de la propiedad intelectual en Colombia, relativas a la protección de los diseños de moda. La industria de la moda hace un gran aporte a la economía del país, por lo cual, se le debe dar relevancia a este sector, para que así los diseñadores colombianos tengan seguridad jurídica y se puedan resolver problemas como la copia o imitación, ya que las normas vigentes no son suficientes para garantizar la protección adecuada a los diseñadores y sus creaciones, contrario a Europa y Estados Unidos que sí han logrado implementar otras formas más versátiles para la protección

de los diseños de moda a través de sus regulaciones. Esto debería servir de ejemplo para Colombia.

Dicho lo anterior, en este trabajo se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: **¿Los diseños de moda se pueden proteger contra la imitación o la reproducción en Colombia?**

ESTADO DEL ARTE

Para abordar el tema de la presente investigación, es pertinente recordar la pregunta mencionada, que es la siguiente: **¿Los diseños de moda se pueden proteger contra la imitación o la reproducción en Colombia?**

El estudio de la relación entre la moda y la propiedad intelectual es relativamente novedoso. Hace una década que se viene hablando por parte de la academia (no se ha dado un debate profundo), sobre las problemáticas que enfrenta la industria de la moda en cuanto a la protección de los diseñadores y las posibles soluciones, como la necesidad de crear una figura jurídica para proteger los diseños de moda con todas sus particularidades. Cabe resaltar que son muy pocos los autores que se han atrevido a investigar sobre el asunto y hasta la fecha, el legislador ni el sistema judicial colombiano no se han pronunciado al respecto.

La información que se va a exponer en este trabajo está basada principalmente en la normatividad que regula las marcas diseños industriales y el derecho de autor y conexos, a saber, la Decisión Andina 486 de 2000 que consagra el régimen de la propiedad industrial y la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 23 de 1982 (y sus reformas) sobre derechos de autor y derechos conexos, así como obras de autores colombianos como Brenda Salas Pasuy, Natalia Tobón, Eduardo Secondo Varela e Isabella Gaitán Riascos. Igualmente, se va a compartir conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, además de Jurisprudencia del Tribunal Andino de Justicia.

Dentro de la corriente doctrinal, se ha generado una controversia sobre la moda y la propiedad intelectual, pues existe una división de opiniones. La tesis más común es que existe un vacío legal y debe legislarse para crear una figura que proteja los diseños de moda apoyándose en ordenamientos jurídicos internacionales. Una de las más destacadas autoras, quien ha profundizado mucho más sobre el tema en el país, es Brenda Salas, quien en su libro

“La Moda y la Propiedad Intelectual” presenta las dificultades que existen en relación a la moda y las soluciones que otros ordenamientos prevén para brindarle una protección adecuada.

De acuerdo con Salas (2019), la legislación actual es inadecuada por el dinamismo de la moda, pues para ella:

La estructura del régimen colombiano y su pertenencia a la Comunidad Andina de Naciones permitirán identificar las dificultades que la rodean. De su estudio se advierte que la normatividad propia de los dibujos y modelos industriales no es completa y que, en efecto, existen vacíos que dificultan su aplicación práctica. (p. 29)

Por otro lado, se encuentra la autora Isabella Gaitán quien hace un estudio acerca de los mecanismos que existen en Colombia para proteger los diseños industriales, entre los que se encuentran: el derecho de autor, marcas y diseños industriales. Pero su tesis se orienta hacia que la protección debe ser objeto del régimen del derecho de autor, ya que resulta más beneficioso registrar el diseño de moda como una obra de arte porque se obtiene desde el momento de la creación de la obra, pero la Dirección Nacional de Derecho de Autor no acepta las prendas de vestir como una obra. Esta autora también plantea que:

La protección establecida por la normatividad andina en materia de Diseños Industriales, si bien en ocasiones se adecúa a la protección de diseños de moda, no se ajusta de manera perfecta a la naturaleza del negocio de la moda ni a sus productos. (Gaitán, 2018, p.13)

Existe una segunda tesis en torno a este tema. Se argumenta por parte de algunos autores que debido a que la propiedad intelectual no está tan presente en la industria de la moda, esta última no requiere de protección jurídica para incentivar a la innovación o el reconocimiento de los diseñadores y como demostración de ello es que la industria sigue creciendo y los diseñadores realizando sus creaciones sin necesidad de la protección jurídica que brinda el

régimen de la propiedad intelectual. “Pese a la falta de una adecuada protección por parte de la propiedad intelectual en la industria, los diseñadores y las casas de moda continúan desarrollando nuevas colecciones y diseños sin dejar de percibir beneficios económicos” (Varela, 2010, p. 9).

Es una tesis que plantea que la imitación conlleva a la innovación, y que la falta de derechos aumenta la creatividad. Esto es lo que se llama teoría de “la paradoja de la piratería”, creada por Kal Raustiala y Christopher Sprigman, la cual establece que imitar una prenda de vestir no afectará a los diseñadores, sino que aportará a la innovación y contribuirá a la industria textil. Asimismo, como lo afirma la autora Natalia Tobón (2018):

La copia y la imitación pueden ser beneficiosos para los diseñadores, pues fomentan la innovación y la aparición de nuevos diseños. Al fin y al cabo, en la medida en que un diseño crece en popularidad, aumenta su demanda, satura el mercado y se vuelve obsoleto: es allí cuando el público busca un nuevo diseño de moda y más diseñadores tienen opciones de surgir. (párr. 1)

Realmente esto se convierte en un abuso del esfuerzo y a la creatividad de los diseñadores, pues no resulta razonable que se ponga todo el empeño y el talento para realizar una prenda de vestir o accesorios que contengan el carácter de originalidad para que posteriormente alguien copie el diseño sin autorización de su creador, y que éste no cuente con los mecanismos idóneos para defenderse. Por lo tanto, es menester que la propiedad intelectual intervenga de manera eficaz para así evitar la imitación de los diseños de moda.

MARCO TEÓRICO

Para dar respuesta a la pregunta de investigación planteada sobre la protección jurídica de los diseños de moda en Colombia contra la imitación, se definirán los siguientes conceptos: moda, diseñador, diseños de moda, imitación, reproducción, propiedad intelectual, propiedad industrial, derecho de autor y conexos y marcas.

Para efectos del presente trabajo se entenderá el concepto de **moda** como, el “uso, modo o costumbre que está en boga durante algún tiempo, o en determinado país.” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). La moda es una manifestación de la personalidad influenciada por una tendencia actual, “no es sólo lo que nos ponemos encima, siguiendo las últimas tendencias, sino todo lo que nos rodea con un punto de innovación y vanguardia” (O’Shea, 2001, p. 139). La moda cambia frecuentemente, según las necesidades de los consumidores y las corrientes culturales. Para este trabajo, se hará uso de este término en relación con la ropa, los accesorios, los zapatos y los peinados que las personas usan en las diferentes culturas y países.

Para Brenda Salas (2019) la moda es el resultado de un proceso de creación intelectual, donde se involucra el esfuerzo del diseñador, quien se inspira para elaborar sus diseños de diferentes fuentes como sus creencias, los lugares a los cuales ha viajado y las nuevas tendencias.

Un **diseñador de moda** es una persona que se dedica a crear **diseños de moda**, los cuales son, según la Real Academia de la Lengua Española, la “concepción original de un objeto u obra destinados a la producción en serie. Diseño gráfico, de modas, industrial.” Cuando se habla de diseños de moda se hace referencia al aspecto estético de una prenda de vestir o un accesorio elaborado de acuerdo con las tendencia sociales y culturales de una época determinada.

El diseñador debe tener creatividad, ser capaz de imponer tendencias. Su propósito principal es innovar para así generar diferenciación entre sus competidores, utilizando materias primas o tecnología novedosa.

Sin embargo, ese esfuerzo se ve amenazado por personas inescrupulosas que buscan su beneficio propio a costa del trabajo de los demás; imitando las creaciones de los diseñadores y apropiándose las como suyas.

En el derecho de moda existen dos problemáticas: Las reproducciones y la imitación. La **reproducción** es la copia exacta de una prenda de vestir, accesorios, zapatos o maquillaje, etc., que se hacen pasar por originales, pero no lo son. Esto causa confusión en el consumidor, lo cual es reprochado por la propiedad intelectual y la competencia desleal

La **imitación** según el Diccionario de la Real Academia Española, es la acción de “hacer o esforzarse por hacer algo lo mismo que otro o según el estilo de otro”. La imitación consiste en copiar casi el mismo estilo, textura, líneas, colores de un producto que ya se encuentra en el mercado y tiene autor propio, pero con una marca diferente a la original, mostrándose ante los consumidores como si esa persona hubiera sido la creadora cuando en realidad, lo creó otra.

La **propiedad intelectual** es “una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo, o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. De tal calidad participan las obras literarias y artísticas, los inventos y los signos distintivos mercantiles” (Rengifo, 1996, p. 25).

Esta disciplina se puede dividir en dos ramas: la **propiedad industrial** y el **derecho de autor y conexos**. La primera se puede definir como un régimen de protección de las nuevas creaciones y los signos distintivos. El derecho de autor y conexos protege las obras literarias y artísticas, también protege a los artistas, los intérpretes, los ejecutantes y los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Una **marca** según el artículo 134 de la Decisión Andina 486 de 2000 es todo aquel signo que tenga la capacidad de diferenciar productos o servicios en el mercado. Dentro de esta figura se encuentran las marcas, tridimensionales, figurativas, nominativas, de olor, notoria, de certificación, etc.

Los **diseños industriales** son el mecanismo jurídico por medio del cual se protegen, entre otros, los diseños de moda en Colombia. De acuerdo con el artículo 113 de la Decisión Andina 486 de 2000 consagra la definición de diseño industrial:

Se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto.

Así, las creaciones de moda son el resultado de unir líneas, combinar colores y formas que dan origen a productos atractivos para los consumidores, los cuales encajan en la protección del diseño industrial. Pero para que el diseñador pueda proteger sus creaciones por medio del mencionado instrumento jurídico, debe reunir una serie de requisitos que son difíciles de cumplir por el tiempo que se demora el proceso de registro y por todas las demás exigencias que más adelante se estudiarán.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

El propósito de este proyecto de investigación es analizar si es posible que un diseñador de modas en Colombia pueda proteger sus diseños contra la imitación o la reproducción.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Profundizar en los conceptos de moda y diseños de moda, desde sus inicios hasta llegar a la situación actual de la industria de la moda en Colombia.
- Explicar los requisitos para proteger los diseños de moda a través del diseño industrial de acuerdo con la Decisión Andina 486 de 2000, y otras posibles formas de protección como las marcas y el derecho de autor.
- Determinar si el régimen jurídico sobre los diseños de moda resulta eficaz para proteger a los diseñadores contra la imitación o la reproducción y la necesidad de crear una figura más flexible para que los diseñadores pueden acceder a la protección sin ningún obstáculo.
- Exponer los regímenes jurídicos de la Unión Europea y Estados Unidos con respecto a las creaciones de moda, con el fin de analizar, desde el derecho comparado, qué mecanismos de protección podrían aplicarse en Colombia.

METODOLOGÍA

Para desarrollar la presente investigación, que busca dar respuesta al problema sobre si es posible que un diseñador de modas pueda proteger sus diseños de moda contra la imitación o la reproducción en Colombia, se parte del método deductivo y el método analítico para así exponer una situación que a diario viven los diseñadores: la copia de sus creaciones por parte de los competidores en el sector de la industria de la moda, con el fin establecer si las normas vigentes en materia de propiedad intelectual, especialmente las normas de los diseños industriales, derechos de autor y marcas, son suficientes para proteger las creaciones de los diseñadores de moda contra dicha problemática.

El método deductivo como categoría de los métodos lógicos, según Ponce de León (1996) se realiza partiendo de conocimientos generales para inferir conclusiones particulares. Es decir, se va de lo general a lo particular. “El método deductivo aspira a demostrar en forma interpretativa, mediante la lógica pura, la conclusión en su totalidad a partir de unas premisas, de manera que se garantiza la veracidad de las conclusiones, si no se invalida la lógica aplicada” (Cáceres et al, 2014, p. 22).

Se pretende tomar este método para todos los capítulos que integran el presente trabajo de investigación, partiendo del análisis de la industria de la moda en Colombia y del problema latente que afecta aquella y a los diseñadores de moda, para luego definir si estos pueden ser protegidos contra la imitación por el régimen actual de protección de diseños industriales. Por lo tanto, se acudirá a las normas vigentes sobre diseños industriales, derechos de autor, marcas, se usarán textos, libros y artículos de investigación sobre la moda, imitación y la propiedad intelectual, normas y jurisprudencia del Tribunal Andino.

Por otro lado, se utilizará el método analítico para el capítulo 3, este método consiste en descomponer de un todo, los elementos para encontrar las causas. Se basa en observar y

evaluar un hecho en particular. Lopera et al (2010) afirma que, “el método analítico es un camino para llegar a un resultado mediante la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos” (párr.58). Con este método se intentará descomponer el problema de la imitación que enfrenta la moda, para determinar las causas y problemáticas que éste genera, y así llegar a la conclusión de que es indispensable una regulación por medio de una figura jurídica que acoja todas las particularidades de los diseños de moda. De igual forma se utilizarán textos, libros y artículos sobre este tema.

CAPÍTULO 1.

INDUSTRIA DE LA MODA EN COLOMBIA

1.1 Concepto de moda

La moda refleja la forma de pensar y de actuar de los individuos. Ésta tiene relación con las creencias y la cultura de una determinada época en la que se vive. Lariss Lando (2009) señala que la moda hace referencia a las costumbres, el modo de vestirse y peinarse en cada etapa de la sociedad, está inmersa en lo efímero al igual que el ser humano, cambia a medida que éste lo hace. Adicionalmente, Gilles Lipovetsky (1990) afirma que:

La moda ya no es un placer estético, un accesorio decorativo de la vida colectiva, es su piedra angular. Estructuralmente, la moda ha acabado su carrera histórica, ha llegado a la cima de su poder, ha conseguido remodelar la sociedad entera a su imagen: era periférica y ahora es hegemónica. (p. 13)

La moda no solo es vestir ropa, zapatos, accesorios, maquillaje o peinados que están en boga, sino que también se considera como una manera de comunicación entre los seres humanos. La indumentaria es un lenguaje de signos no verbales que transmite a primera vista la personalidad de un individuo, sus gustos, la clase social, en qué trabaja, etc. (Lurie,1994).

La moda juega un papel importante en la comunicación entre los seres humanos, con ella se muestra la forma de ser de cada uno. Es una expresión de las preferencias y la personalidad de cada ser humano. Así como cuando se va a una tienda de ropa y se elige entre una prenda u otra, lo que para una persona es bonito, para la otra no será de su agrado. Es decir, la moda es subjetiva, pues tiene relación con juicios de valoración que haga cada quien.

Por otro lado, la moda es desarrollada por una gran industria que se divide en dos categorías a saber: la Alta Costura y el “listo para llevar” o *Prêt-à-porter*.

Según Torres (2018), “el diseño de alta costura es la confección de ropa a medida de un cliente, de forma exclusiva y con técnicas definidas, de forma manual. También implica el uso de telas extravagantes, inusuales y caras” (párr. 1). La alta costura se asocia con el arte, puesto que se busca que una creación sea original como si fuera una obra de arte y solo es usada por pocas personas en el mundo. El proceso de elaboración de las prendas de vestir y los accesorios es mucho más lento y los materiales utilizados son muy costosos por lo que portar un diseño de esta clase, es casi inalcanzable para la mayoría de las personas.

Por el contrario, el *prêt-à-porter* produce vestimentas a escala industrial. Es decir, se fabrican grandes cantidades de ropa utilizando modelos estandarizados. El tiempo de producción es más rápido y los costos son menores, lo que se traduce en ventajas para el consumidor, el cual puede adquirir prendas de vestir a un precio económico y durante todo el año.

Se puede decir que dentro de esta categoría se incluye el término *Fast Fashion*, el cual hace referencia a la creación de numerosas colecciones al año que siguen las últimas tendencias, son fabricadas rápidamente a un bajo costo por marcas como H&M, Zara, Pull and Bear, Koaj. Este fenómeno le permite al consumidor adquirir prendas a un precio económico y de manera continua. Esto ha ocasionado un consumo masivo de ropa cada año.

1.1 Concepto de diseño de moda.

Teniendo en cuenta el objetivo del presente trabajo, se hablará especialmente de los diseños de moda, como un elemento inherente al sector de la moda.

Según el autor Guillermo González (1986) el “diseño no es la expresión final de una forma visible, sino el proceso de creación y elaboración por medio del cual el diseñador traduce un propósito en una forma”. (p.30). Se puede decir que el diseño es un plan o estrategia que da resultado a las formas existentes.

Para este mismo autor, el diseño de indumentaria responde, mediante formas, a las necesidades del hombre de usar objetos (González,1986). En efecto, el diseño de moda es el proceso de creación intelectual que da como resultado la combinación de líneas, colores, figuras o texturas que pueden estar contenidas en formas bidimensionales o tridimensionales.

El diseño de moda o indumentaria es esencialmente un rediseño del cuerpo; aquello que se proyecta en la ropa afecta directamente en la calidad y vida de las personas: la noción y percepción de su cuerpo, sensaciones, etc.; la vestimenta modela el cuerpo. Se crea un nuevo espacio y hábito para el usuario, por ello, una de las exigencias del diseño de indumentaria es crear y elaborar desde el punto de vista de la innovación, creatividad y críticas, aspectos que conviven con la vida cotidiana. (Pardo, 2008, p. 13)

Adicionalmente, se puede decir que el diseño de moda se encarga de crear prendas de vestir o accesorios que reflejan características sociales y culturales en un periodo de tiempo específico. En él se plasma la creatividad, el esfuerzo y el talento del diseñador. Es importante señalar que el diseño de moda no debe confundirse con la sastrería o la confección, pues difieren totalmente de aquel.

Un diseño de modas pasa por varias etapas. Primero, surgen las ideas a partir de las tendencias actuales para ser plasmadas en un producto bien sea una prenda de vestir o un accesorio. Las figuras públicas o los modelos empiezan a usarlos. De inmediato, los medios de comunicación divulgan los diseños. Posteriormente, las personas compran los productos, pero al poco tiempo pierde el interés por estos y las ventas de las tiendas empiezan a caer, para lo

cual recurren a las rebajas con el fin de hacer circular toda la mercancía para que no se acumule y así poder traer nuevas colecciones con una moda más actualizada. Así es como la moda se convierte en un ciclo.

La creación de la moda en nuestra época cuenta con la intuición de los grandes modistos, pero, al mismo tiempo, reposa sobre los estudios en la materia. Se toman en consideración los factores sociales, económicos y hasta políticos. Los diseñadores procuran refrescar sistemáticamente la gama de colores para no repetir los mismos matices, al igual que las líneas y los detalles de las prendas. Los creadores de la moda viven investigando sobre nuevos materiales y técnicas de confección. (Lando, 2019, p. 17)

Al ser el proceso de creación de un diseño de moda el resultado del intelecto del diseñador, éste es quien debe tener creatividad para inspirarse. Algunas de las fuentes de inspiración son la experiencia o creencias, o también los elementos de las tendencias actuales. El diseñador debe innovar en sus diseños para que se genere un efecto de diferenciación entre los demás, pues sin este elemento, no podrían concebirse como nuevos, para ello, puede hacer uso de las nuevas tecnologías como las impresiones 3D o incluso materiales ecológicos. (Salas, 2019)

La innovación hace que la creación sea atractiva para los consumidores. Por lo tanto, la creatividad del diseñador constituye un valor agregado a la prenda de vestir. En ese sentido, se permite reafirmar que los diseños de moda involucran el esfuerzo intelectual del diseñador, por lo tanto, debe estar protegido por la propiedad intelectual en contra de las imitaciones.

1.2 Recuento histórico y actualidad de la industria de la moda en Colombia

La industria de la moda se encarga de fabricar ropa, sus complementos y accesorios. Está constituida por el subsector de textiles, son los que fabrican las telas, y el subsector de confecciones, el encargado de producir prendas con valor agregado; es en este dónde se encuentran los diseñadores con sus creaciones. Por otro lado, se encuentran los comerciantes, los distribuidores, modelos y los consumidores.

En nuestro país, esta industria surge en 1907 con la creación de COLTEJER. Esta fue la primera empresa textilera en Colombia y en América Latina que incursionó en este sector dando lugar a la producción de nuevas fibras sintéticas y creaciones en materia textil. Antes en el país, la producción de ropa estaba liderada por los departamentos de Santander, Boyacá y Cundinamarca, los cuales se dedicaban a producir ropa con telas artesanales imitando tendencias europeas y utilizando poca tecnología; realmente en ese tiempo era muy ineficiente la producción textil. Después, con la Guerra de los Mil Días se deterioró el auge de esta industria en dichos departamentos. Ante esta situación, Antioquia aprovechó la oportunidad para continuar con la industrialización de la moda hasta convertirse en pionero.

Paralelo al desarrollo de Coltejer durante 1900 se crearon varias textileras ubicadas en Antioquia: como La Compañía Antioqueña de Tejidos, la Compañía de Tejidos e Hilados de Rosellón y el Taller de Tejidos de Jesús María Montoya. Todas estas empresas participaron en el proceso de desarrollo de la industria, pero ninguna tuvo tanto peso como precursora en innovación, industrialización y capacidad de producción como COLTEJER y posteriormente FABRICATO. (Ruíz y Díaz, 2006, p.32)

En los años cincuenta, aparece la necesidad de comprar productos hechos en Colombia, pues anteriormente las personas preferían importar las telas de otros países y no apoyaban el talento local. Entonces el gobierno de aquella época decidió implementar una política para aumentar la

producción a nivel nacional. Esta política consistía en cerrar las importaciones para que así las textiles fabricaran a gran escala y las personas compraran solo en Colombia. A su vez, surgieron diseñadores como Toby Setton, considerado como el primer diseñador colombiano. Este diseñador en lugar de copiar las colecciones de otros diseñadores, viajaba al exterior para así estudiar las próximas tendencias. Así fue como revolucionó esta industria y creó una tienda de ropa donde aquella se vendía bajo el concepto de *prêt-à-porter* e incluía la marquilla con su nombre, es decir, creó su propia marca.

En la década del sesenta y setenta se logra un avance importante para la industria de moda en relación con el diseño textil, pues se empiezan a fabricar en el país productos a gran escala y se da la oportunidad de exportar a otros países. La moda no se escapa de esta tendencia y se cambia la idea de que la moda era solo para las clases altas y se mostraba en las pasarelas o revistas, haciendo que las personas pudieran acceder a ella y la vieran como un elemento útil del diario vivir (Ruíz y Díaz, 2006). Por lo tanto, se empezó a producir masivamente la ropa y sus complementos, al mismo tiempo la industria textil se orientó a crear diseños con valor agregado.

En los años ochenta surgen grandes diseñadores colombianos tales como: Agustín Sánchez, Jorge Esguerra, Gloria Restrepo, María Elvira Pardo, entre otros. En 1987 nació Inexmoda con el fin de promover el crecimiento de la industria, así como también para posicionar a los empresarios y diseñadores de moda en el mercado nacional e internacional. Por ello, este grupo creó Colombiamoda en 1990, la cual es una feria donde se presentan colecciones de distintos diseñadores locales y de talla internacional. Años después surgieron las ferias de moda por la que Colombia es reconocida actualmente, como, por ejemplo: Bogotá FashionWeek, Cali Exposhow, Expoartesánías, Colombiatex, entre otras.

Colombia es uno de los principales referentes de moda en Latinoamérica, el talento de los diseñadores locales es de exportación y cada vez más se abren mercado a nivel global. El Sistema Moda es un engranaje rico en experiencias y diversidad, la mezcla de

diferentes disciplinas de Industrias Creativas como el diseño de moda, el diseño gráfico, la arquitectura, la producción audiovisual, la comunicación, entre otras, convergen para darle vida a las colecciones de pensantes que utilizan la indumentaria como vehículo para expresar sus ideas y emociones. (Inexmoda, 2018, párr.2)

En la actualidad, la industria de la moda en Colombia aporta significativamente a la economía nacional. Según estadísticas del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE, 2021), esta industria en el año 2020 representó el 0,8% sobre el producto interno bruto (PIB). En ese mismo año, se vendieron en Colombia 18.619.5 billones de pesos entre ropa y zapatos, y se espera que el año 2021 cierre con ventas de 20,552.4 billones de pesos (Euromonitor, 2021).

A parte de generar estas cifras, este sector contribuye a generar empleo, ya que “las 6.500 empresas de la industria textil y de la moda dan empleo a casi un millón de personas en un mercado nacional estimado en más de 28.400 millones de pesos” (Portafolio, 2021, párr. 6).

Sin embargo, con la pandemia causada por el COVID-19, se perdieron miles de empleos y la industria decreció. Según afirma la Cámara de Comercio de Bogotá (2021), esta industria tardaría al menos dos años en llegar a los niveles del 2019, pero el progreso ha sido más rápido de lo que se pronosticó, pues el consumo no ha parado a pesar de la situación.

“De esta forma el gasto acumulado en moda de **enero a julio** de 2021 ascendió a **15,6 billones de pesos**, un **27%** más que el mismo periodo acumulado de 2020 y un **5%** más que el mismo periodo de 2019” (Inexmoda, 2021, párr.5).

Por otro lado, esta industria se ve afectada por la imitación y la reproducción de productos y marcas relacionadas con la moda. Esta situación resulta siendo en una actividad ilegal, en donde se venden réplicas o se imitan productos ya creados por otros. En Colombia se han presentado diversos casos que deja en evidencia la trascendencia del problema, como, por

ejemplo: En el año 2017 la diseñadora Mercedes Salazar acusó a través de la red social Instagram a Silvia Tcherassi por una supuesta imitación de su cartera “Maipure”. La cartera de la primera diseñadora tiene forma de piña y fue elaborada con palma de iraca. La cartera de la otra diseñadora tiene una forma similar a la cartera de Salazar y también se diseñó con el mismo material (Calero, 2017).

Otro caso que se presentó en el año 2018 fue la confiscación de un millón de artículos deportivos de contrabando, la mayoría eran importados de China con el fin de ser comercializados en locales de San Andresito y en plataformas virtuales. Gran parte de estos artículos eran camisetas de la Selección Colombia idénticas a la original de la marca Adidas (Torres, 2018).

Además, uno de los medios que ha facilitado a los vendedores de contrabando ha sido el internet, como MercadoLibre y las redes sociales como Instagram, donde no hay ningún tipo de control para los comercios virtuales; allí los vendedores pueden ofrecer replicas o imitaciones a millones de compradores.

En suma, la industria de la moda lleva más de cien años contribuyendo al desarrollo de la economía nacional y generando empleo a miles de familias, pero tal como se demostró anteriormente, es un sector que está desprotegido jurídicamente contra la imitación y la reproducción, pues más que concederle derechos a los diseñadores para que estos puedan defender sus creaciones, se otorgan incentivos para que los mercados ilegales continúen con la reproducción y distribución de ropa falsificada.

CAPÍTULO 2.

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DISEÑOS DE MODA

2.1 Diseño industrial

El diseño industrial es definido por el artículo 113 de la Decisión 486 de 2000 como “la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto”.

El diseño industrial protege únicamente la apariencia externa de un producto excluyendo los elementos funcionales o técnicos de éste. Si esta apariencia tiene una función técnica y se puede separar del efecto técnico producido, aquella se puede proteger mediante el diseño industrial; por el contrario, si la apariencia no se puede separar de la función técnica del producto, la protección más conveniente sería la patente de modelo de utilidad. (Tribunal de Justicia la Comunidad Andina, 2015).

Dentro del concepto de los diseños industriales se destacan cuatro elementos establecidos por la OMP (2002):

- **Visibilidad:** Esta condición consiste en que el diseño debe ser perceptible visualmente y durante su uso normal, su apariencia debe estar a la vista todo el tiempo.
- **Apariencia especial:** El diseño le aporta al producto una apariencia particular, lo cual hace que se más atractivo para el consumidor.
- **Aspectos no técnicos:** Hace referencia a que solo se protegen las características estéticas del artículo que no correspondan a aspectos funcionales o técnicos.

- Incorporación en un artículo utilitario: Para acceder a la protección, el diseño debe estar contenido en un artículo con una finalidad útil.

En Colombia se acogió esta figura para proteger las creaciones producto del intelecto de los diseñadores. Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio (s.f.), ha dicho que, “el diseño de indumentaria o sus accesorios son productos cuya forma cambia constantemente y son susceptibles de protegerse mediante el registro del Diseño Industrial” (párr. 3).

En ese contexto, para proteger los diseños de moda, aparte de los elementos anteriores, los diseñadores deben crear artículos nuevos que no se encuentren en el estado del arte y deben reflejar el aporte arbitrario de su creador. Es decir, que el diseño tenga una apariencia estética. La novedad² consiste en la creación de una prenda de vestir o accesorio nueva que no exista dentro del estado del arte, el cual comprende “todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud” (Decisión 486, 2000, art.16).

Es importante mencionar que suele confundirse la noción de novedad con la originalidad en el derecho de autor, pero son nociones totalmente diferentes. La primera tiene por objeto que el diseño industrial no exista en el estado del arte mientras que la originalidad se relaciona con la personalidad del autor plasmada en la obra.

La novedad puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva cuando se estudia en relación con el estado del arte. Es decir, se debe comparar un artículo de la moda como una chaqueta con otras que tengan una forma similar con el fin de determinar si la primera aporta algo novedoso. Será subjetiva con respecto al interés de una persona, lo que significa que se analiza la novedad teniendo en cuenta el esfuerzo del diseñador y no del producto. (Salas, 2019) Cabe resaltar que

² Este término es semejante a la novedad en las patentes.

en Colombia se acude a la novedad objetiva para establecer si un objeto de la moda es diferente a los otros de su misma clase.

No obstante, la novedad objetiva resulta compleja aplicarla en la industria de la moda, en razón a que, aquella implica que un diseño de moda será nuevo cuando no se parezca a ninguno ya existente, pues es difícil que esto suceda porque la moda es el fruto de estilos y tendencias actuales que inspiran a los diseñadores a crear.

Por otro lado, el párrafo 2 del artículo 115 de la Decisión 486 de 2000 consagra lo siguiente:

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.

De acuerdo con lo anterior, la novedad se analiza teniendo en cuenta las creaciones anteriores o ya existentes, lo que significa que el diseño industrial fue conocido por el público antes de la presentación de la solicitud de registro. Esto traerá como consecuencia la destrucción de la novedad de un artículo de la moda. Se debe probar la anterioridad para establecer la falta de novedad. Para ello, se pueden aportar catálogos, revistas, páginas en internet u otras publicaciones por cualquier medio siempre y cuando tenga la fecha exacta de la divulgación y que ésta sea anterior a la solicitud del registro.

El legislador fue consciente de que, en la industria de la moda, los diseñadores divulgan sus creaciones constantemente; entonces decidió que ciertas divulgaciones están permitidas y no afectan la novedad. Dentro de esas divulgaciones se encuentra las denominadas autodivulgaciones, las cuales son realizadas por el mismo diseñador sobre su creación. “El legislador guardó silencio sobre el particular. Sin embargo, con el fin de completar el régimen de

los diseños industriales, existe una remisión al artículo 17 de la Decisión Andina 486 sobre las patentes” (Salas, 2019, p. 53). Este artículo consagra lo siguiente:

Para efectos de determinar la patentabilidad, no se tomará en consideración la divulgación ocurrida dentro del año precedente a la fecha de la presentación de la solicitud en el País Miembro o dentro del año precedente a la fecha de prioridad, si ésta hubiese sido invocada, siempre que tal divulgación hubiese provenido de:

a) el inventor o su causahabiente;

b) una oficina nacional competente que, en contravención de la norma que rige la materia, publique el contenido de la solicitud de patente presentada por el inventor o su causahabiente; o,

c) un tercero que hubiese obtenido la información directa o indirectamente del inventor o su causahabiente

Con relación a los diseños industriales, se puede decir que la autodivulgación realizada por el mismo diseñador sobre su creación dentro del año anterior a la fecha de solicitud del registro no afectará la novedad. De igual manera, si la divulgación se hace por parte del causahabiente del diseñador o si la entidad encargada del registro por equivocación publica un diseño sin antes haber estudiado correctamente los requisitos exigidos tampoco se destruye la novedad. Respecto a los terceros que divulguen información obtenida directa o indirectamente del diseñador, pueden ser personas cercanas como los empleados, quienes en virtud del contrato de trabajo tienen el deber de confidencialidad. Caso ante el cual, cualquier divulgación que realicen no destruirá la novedad del diseño.

Por otra parte, el párrafo 3 del artículo 115 de la mencionada Decisión, prevé que no es nuevo un diseño que presente diferencias secundarias sobre creaciones existentes o porque sea un producto diferente. Esto quiere decir que, aparte de analizar la novedad desde el estado

del arte, se tendrán en cuenta las diferencias secundarias, las cuales se consideran como similitudes que pueden llegar a afectar la novedad, con el fin de determinar si una prenda de vestir o un accesorio son realmente innovadores o se trata de una copia o imitación de un diseño anterior.

Cumplidas las anteriores condiciones, se puede solicitar el registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, quien evaluará si se cumplen los requisitos de forma para conceder el registro. De ser así, con este último surgen los derechos para el titular de explotar el diseño industrial como dar licencias o transferirlo a cambio de una remuneración, y de oponerse a que terceros copien y comercialicen el diseño sin su autorización. El registro del diseño industrial se otorga por 10 años, no renovables. Es decir, después de este tiempo se pierde el derecho a la titularidad del diseño.

En Colombia se ha utilizado esta figura para proteger creaciones de la industria de la moda; por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2013 le concedió a la marca Adidas la titularidad del diseño industrial de la camiseta de la selección Colombia, y también a la Fuerza Aérea que tiene registrado un diseño de una chaqueta militar femenina.

2.2 Marcas

La marca es cualquier signo idóneo para diferenciar productos y servicios de otros en el mercado (Decisión 486, 2000, art. 134). Debe transmitirles a los consumidores a los que se dirige, la idea de que los productos o servicios pertenecen a una determinada empresa. En consecuencia, la marca viene siendo un identificador comercial que sirve para distinguir las empresas dentro del comercio. La marca hace posible que los consumidores elijan los productos o servicios según su preferencia. (OMPI, 2002).

Los signos que pueden constituir marcas según el artículo 134 de la Decisión 486 de 2000 son los siguientes:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores.

Para que la marca sea registrada debe cumplir con los siguientes requisitos: Deber ser distintiva, susceptible de representación gráfica y perceptible por los consumidores. Una marca es distintiva cuando tiene la capacidad de diferenciar productos o servicios, y es susceptible de representación gráfica cuando el signo que se pretende registrar como marca es representado por colores, figuras, imágenes, etc.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2019), señaló que a pesar de que la decisión 486 de 2000 no mencione el elemento de la perceptibilidad, es importante resaltar que es una característica esencial que la marca debe contener para poder ser registrada. La perceptibilidad consiste en que el signo es apreciado por los consumidores por medio de los sentidos, especialmente la vista, para que así pueda quedarse en la mente de aquellos.

Entonces, para que proceda el registro de un signo como marca, debe ser distintivo, susceptible de representación gráfica y a su vez, perceptible, de lo contrario, sería un signo irregistrable, el cual nunca llegará a ser una marca.

La marca se ajusta al principio de especialidad, el cual determina que la marca queda protegida en la clase dentro de la cual fue registrada, es decir, se protege únicamente solo los productos o servicios indicados al momento de la solicitud del registro. A su vez, la marca está

delimitada por el principio de territorialidad. Éste consiste en que el derecho sobre la marca solo se ejerce en el territorio donde se encuentra registrada, solo tiene efectos legales en éste³.

El registro le otorga el derecho al titular de la marca la facultad de usarla exclusivamente por él o conceder una licencia a un tercero a cambio de una remuneración. En Colombia, estos derechos se obtienen registrando la marca ante la Superintendencia de Industria y Comercio, esto significa que el registro es constitutivo del derecho. Es decir, sin éste no se puede ser titular de una marca. Después de que se otorgue el registro, la protección de la marca será de 10 años, renovables por el mismo tiempo.

La SIC debe establecer si la marca puede ser registrada o no teniendo en cuenta los requisitos anteriores y que el registro no afecte a terceros, por ejemplo, según el artículo 136 de la Decisión 486 de 2000, no se pueden registrar signos que se asimilen a una marca solicitada anteriormente o haya sido registrada por otra persona para los mismos productos o servicios.

Con respecto a la industria de la moda, las marcas son una herramienta muy útil para proteger los diseños o colecciones de moda, hasta se han convertido en uno de los activos más importantes para las empresas. Las marcas más utilizadas para proteger las empresas de moda son: la marca nominativa, figurativa y mixta, dentro de las cuales, a su vez, podemos destacar la marca de fantasía, como una forma de clasificar estos signos distintivos y que ha sido creada por la Doctrina.

- Marca nominativa: Es la conjugación de palabras, letras y números.
- Marca figurativa: Está compuesta por logos, símbolo, figuras, escudos o gráficos.
- Marca mixta: Es la unión de las dos marcas anteriores.

³ Estos dos principios se exceptúan cuando se trate de una marca notoria, pues el titular puede oponerse a que se registre el mismo signo para cualquier producto o servicio diferente al de la marca notoria, y además los efectos de la marca van más allá de las fronteras del país donde se registró inicialmente.

- Marca de fantasía: Corresponde a un término creado por el solicitante, no tiene ningún significado, por ejemplo, las marcas Nike o Tutto.

Dentro de las marcas más reconocidas en el país, se encuentran: Arturo Calle, Bosi, Agua Bendita, Studio F, Vélez, etc. Estas compañías de moda buscan cuidar la imagen de la propia marca porque con ésta se logra fidelizar al consumidor tanto con el producto como con el fabricante.

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. (OMPI, 2008, párr. 12)

Ahora bien, el mecanismo más apropiado para un diseñador que desee proteger la parte externa de un diseño, es la marca tridimensional. Esta clase de marca permite diferenciar un producto de otro por su forma o envase. Para que un signo tridimensional sea considerado como marca, también debe satisfacer los mismos requisitos de las marcas en general.

Además, es importante resaltar que las marcas tridimensionales no protegen el carácter funcional de un producto, solo su forma, pero ésta, según la Decisión 486 de 2000, no debe consistir en una forma usual de los productos que se buscan diferenciar, es decir, no se protegen los productos que por su naturaleza o función tengan una forma establecida.

Cabe señalar que, la marca tridimensional puede confundirse con los diseños industriales, pero su diferencia radica en que la función de la primera es permitir a los consumidores diferenciar el producto de otro equivalente, por su apariencia, sin necesidad de que contenga la marca en el producto. En los diseños industriales el producto será destacado por su parte estética sin importar la marca. En ese sentido la OMPI (2002) ha dicho que la función principal de los

diseños industriales es ofrecerles a los consumidores un aspecto estético y a la vez funcional de un determinado producto.

En Colombia se han registrado varias marcas tridimensionales como los chocolates Toblerone, los envases de los esmaltes de Masglo, los zapatos Crocs.

A propósito de este último ejemplo, esta marca en el año 2016 demandó ante la Superintendencia de Industria y Comercio, a la empresa EVACOL S.A.S, por el uso no autorizado de la marca tridimensional anteriormente registrada por CROCS INC, puesto que EVACOL estaba comercializando zuecos similares al diseño de CROCS.

Ante esta demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio argumentó que las referencias ZUECO 084, ZUECO 078, ZECO 078-07 que comercializaba EVACOL S.A.S eran parecidas a la marca tridimensional protegida. A su vez, EVACOL comercializaba los zuecos de la misma forma en que lo hacía CROCS, lo que causaba confusión entre los consumidores. Por ello decidió declarar que el uso que hace EVACOL de las referencias mencionadas infringen el derecho sobre la marca tridimensional que posee CROCS. (Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, Radicación 16-230917, 2019). Posteriormente, la SIC prohibió la comercialización y fabricación de dichas referencias por parte de Evacol y le ordenó que le pagara a Crocs 74.000.000 de pesos por perjuicios.

De todo lo anterior se puede concluir que, si una colección o artículo de la industria de la moda se pretenden proteger por medio de una marca figurativa, denominativa o mixta, no sería suficiente la protección en contra de la imitación de aquellos porque éstas no protegen el diseño incluido en el artículo ni su forma. En ese sentido, el autor López (2010) afirma lo siguiente:

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. (párr.4)

Por otro lado, se puede decir que la marca tridimensional resulta idónea para proteger los diseños de moda siempre y cuando sean distintivos y no presenten una forma usual de los diseños que se buscan diferenciar. Entonces, la mayoría de los artículos de la industria de la moda no pueden protegerse por la marca tridimensional por tener esa forma tan común como un jean o una blusa. Además, con la marca tridimensional “sólo puede impedir el uso no autorizado de la marca en relación con los productos en cuestión, pero no puede impedir la fabricación y distribución de esos productos si la marca no se utiliza” (OMPI, 2002, p. 19), vemos cómo ésta se queda corta para la protección que se busca en cuanto a los diseños de moda.

2.3 Derecho de autor

Para la OMPI, (2016) el derecho de autor son los derechos que tienen los autores sobre sus obras literarias y artísticas. Dentro de esas obras se incluyen los libros, pinturas, esculturas, música, películas, fotografías, mapas, dibujos técnicos, bases de datos y programas informáticos. De igual manera esta organización ha dicho que el derecho de autor busca proteger al titular de la obra contra los terceros que intenten plagiar la forma de las ideas contenidas en la obra original.

El derecho de autor a su vez otorga derechos morales y derechos patrimoniales al respectivo titular de la obra. Los primeros protegen los intereses no patrimoniales como la reivindicación de la paternidad y la facultad de oponerse a cualquier modificación que perjudique la reputación del autor. (OMPI, s.f) En cambio, los derechos patrimoniales son los que permiten que el autor reciba una remuneración por la reproducción o cualquier otro uso de su obra por parte de un tercero.

Para continuar con el estudio de este mecanismo jurídico, resulta importante traer a colación el concepto de obra, la cual es el objeto de protección de este régimen. El artículo 3 de la Decisión 351 de 1993, consagra que la obra es “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.”

Del artículo anteriormente citado se puede destacar tres características que permiten que una obra sea considerada como tal: 1) La obra es una creación del intelecto humano, 2) debe ser materializada y susceptible de ser reproducida o divulgada de cualquier forma y 3) la obra debe ser original.

Con respecto a esta última característica, se puede decir que “la originalidad implica que la creación, por su forma de expresión, contiene características propias que permiten distinguirla de cualquiera otra obra del mismo género” (Vega, 2010, pág.16). No se requiere que la obra sea novedosa, lo que se busca es que ésta no sea copiada de las demás obras ya existentes.

La originalidad se divide en dos categorías: la objetiva y subjetiva. La originalidad objetiva, es el concepto que tiene relación con la novedad; la obra no debe ser una copia de otra y la originalidad subjetiva hace referencia a que la obra plasme el sello personal del autor.

Sin que esto deba suponer que, solo en aquellos casos en los que se pueda determinar el autor estamos ante una obra protegible, lo importante es que se plasme la personalidad del autor, no que a través de la obra se pueda determinar quién es el autor o a qué escuela pertenece. (Real Márquez, 2001, pág.5)

Asimismo, la originalidad implica que no se protegen las ideas plasmadas en la obra, por el contrario, aquellas no son susceptibles de protección, pues según el artículo 7 de la Decisión 351 de 1993, establece que:

Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

Lo dicho en el artículo anterior; implica que las ideas que se encuentran en la mente del autor no son protegibles, pues éstas anteceden el proceso creativo; basta con que las ideas se exterioricen en el plano físico, pero no se puede llegar a confundir el soporte físico de la obra con la obra como tal, pues lo que realmente protege el derecho de autor es el resultado intangible.

Cabe señalar que, para obtener la protección del derecho de autor, no se requiere ningún tipo de formalidad, así como lo establece el artículo 52 de la Decisión 351 de 1993:

La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión.

Lo anterior significa que el registro no es un requisito para la existencia de la obra y la protección de la misma, pues ésta, desde que es creada, queda automáticamente protegida siempre y cuando se cumpla con las condiciones para ser considerada una obra. Sin embargo, siempre va a ser óptimo hacer el registro ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNA) con fines declarativos o probatorios. En Colombia la protección dura toda la vida del autor y 80 años más después del fallecimiento del mismo, posteriormente, la obra pasa al dominio público. Es decir, las personas pueden usar la obra sin la autorización del titular, pues éste ya no tiene derechos patrimoniales sobre la misma por la expiración del plazo de protección concedido por el derecho de autor.

2.3.1 Obras de arte aplicado

Dentro del derecho de autor se encuentran protegidas las obras de arte aplicado, las cuales se podrían considerar como las encargadas de proteger la parte artística de los vestidos y los accesorios en la industria de la moda. Según la definición recogida en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, “son creaciones artísticas con funciones utilitarias o incorporadas en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida a escala industrial”. En otras palabras, las obras de arte aplicado, son una creación proveniente del intelecto contenida en un producto utilitario, así, por ejemplo, una obra de arte del artista brasilero Romero Britto incorporada en una maleta que sirve para llevar ropa al momento de viajar. Es así como la moda cumple con la función de agregarle una vestimenta o adornar a las personas.

Además, en la Guía de la Convención de Berna (1978), se afirma que el término “obras aplicadas” se utiliza de manera general para referirse a las creaciones artísticas de autores de joyerías, prendas de vestir e incluso la fabricación de muebles.

Ahora bien, la obra de arte aplicado está catalogada como una obra artística, siempre y cuando, de acuerdo con la OMPI, ésta apele al carácter estético de quien la contempla. Por ello los diseños de moda deben demostrar el carácter artístico que introduce el diseñador en un producto utilitario, bien sea en una prenda de vestir o un accesorio.

El Tribunal Andino de Justicia (2021) agrega que para establecer si se está frente a una obra de arte aplicada, aparte de que se debe cumplir con los requisitos de las obras, como, por ejemplo, que la obra sea original, se debe tratar de una obra artística que cumpla una función utilitaria o esté contenida en un artículo útil y que su producción sea a escala artesanal o industrial.

En ese orden de ideas, para que un diseño de moda sea beneficiado por el derecho de autor, debe tener un carácter artístico que cumpla una función determinada y, además debe cumplir especialmente con el requisito de originalidad, también llamado individualidad, el cual se concreta cuando en la obra se plasma o se refleja la personalidad del autor, lo que sirve para diferenciarla de las otras obras.

Sin embargo, cumplir con la originalidad que se exige para las obras de arte aplicado es complejo, pues una prenda de vestir, la cual será objeto de protección, tiene una forma determinada por su función. (Tobón, 2018). Es decir, las prendas de vestir, calzado o carteras tienen una forma establecida, como por ejemplo un jean, el cual tiene dos botas o una camisa que tiene un cuello y dos mangas. Además, debido a que el mundo de la moda está cambiando todo el tiempo, podemos decir que a medida que un producto se vende va perdiendo originalidad, lo cual causa que el diseño de moda no pueda ser protegido por el derecho de autor. La autora Isabella Riascos (2011) manifiesta lo siguiente:

En primera instancia, es muy difícil que los diseños de moda cumplan con el requisito de la originalidad pues estos deben adecuarse al cuerpo humano y por ende deben tomar formas usuales. Asimismo, los diseños deben ajustarse a las tendencias de cada temporada, lo cual limita en cierta forma el nivel de creatividad que se le puede imprimir a cada diseño. (2011, p.19)

En conclusión, los artículos que conforman la industria de la moda pueden llegar a ser beneficiados por la protección diseño industrial, el derecho de autor (dentro de este encuentran las obras de arte aplicadas a las creaciones de moda; como la bisutería, prendas de vestir, calzado y carteras), y las marcas; siempre y cuando el diseño de moda se ajuste a la normatividad para cada una estos mecanismos. No obstante, estas figuras jurídicas no son suficientes para proteger los diseños de moda por la dureza de los requisitos que se exigen para cada una y porque no se tienen en cuenta las particularidades de la moda.

CAPÍTULO 3.

LA IMITACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN DE LOS DISEÑOS DE MODA EN COLOMBIA

La imitación y la reproducción de las creaciones de la industria de la moda son problema derivado de la protección jurídica de la propiedad intelectual en Colombia, que afecta a miles de diseñadores en nuestro país, quienes constantemente denuncian públicamente que son copiados por otros diseñadores o que terceros están utilizando su marca y sus productos sin autorización, puesto que para ellos esta situación resulta siendo un desconocimiento a su esfuerzo creativo. Además, la imitación y la reproducción conlleva a que surjan mercados ilegales de contrabando.

En primer lugar, la **imitación** consiste en copiar los elementos sustanciales de un diseño de moda, variándolos o modificándolos, a tal punto que puede llegar a ser similar, pero se lanza al mercado con una marca diferente al diseño imitado y puede tener un menor valor económico o ser igual de costoso que el original.

Se puede dar desde el punto de vista marcario, cuando se pone un signo semejante sobre un producto similar o relacionado protegido previamente por la marca registrada, lo cual puede generar confusión en el consumidor. Esto es lo que se conoce como imitación fraudulenta, pues más que copiar una marca, se tiene la intención de causar confusión.

Si un artículo de moda es registrado como diseño industrial, la Decisión Andina 486 de 2000 no define la imitación, pero establece que el titular del diseño puede impedir que terceros comercialicen productos que presenten diferencias secundarias con respecto al diseño registrado.

Así, por ejemplo, el cambio de colores entre prendas de vestir, las variaciones geométricas, la disposición y la proporción de las medidas como el largo o el ancho constituyen diferencias secundarias a las que el *designer* de moda puede oponerse por constituir una reproducción infractora por diferencias secundarias (Salas, 2019, p. 125).

Por el contrario, la **reproducción** de los diseños de moda consiste en realizar copias exactas de otro diseño que ya existe en el mercado, haciéndole creer a los consumidores que el artículo es original, cuando no lo es. Por ejemplo, la reproducción de unos zapatos Nike, que suelen ser a un precio mucho menor que el producto original. Esto es una de las características para diferenciar una réplica de un artículo original.

Esta situación aparentemente puede ser una ventaja para los consumidores que no pueden pagar una marca original costosa, pero significa desconocer el trabajo y el esfuerzo de construir una marca o crear un diseño de moda, que no es para nada fácil porque se requiere creatividad, innovación y una inversión significativa de recursos económicos.

Desde el régimen jurídico de marcas, se puede presentar la reproducción cuando se realiza una copia idéntica de una marca registrada, que generalmente va acompañada de una copia del producto que comercializa la marca. Esto es se denomina reproducción ilícita, la cual constituye una infracción marcaría que puede ser demandada por el respectivo titular de la marca.

En cuanto a los diseños industriales, se entiende que existe una reproducción de un diseño industrial cuando “un tercero copie servilmente el dibujo o modelo industrial protegido” (Salas, 2019, p.123). En ese sentido, el artículo 129 de la Decisión 486 de 2000 establece que el diseño industrial le confiere al titular el derecho de excluir a cualquier tercero que comercialice o utilice productos que tengan el diseño industrial o lo reproduzcan. Entonces, puede afirmar en sentido amplio que la reproducción es la copia exacta de un diseño industrial registrado. La

reproducción puede ser total o parcial: Es total si se copia exactamente todo el modelo o dibujo, y es parcial si se copia una parte de este, por ejemplo, las mangas de una chaqueta.

Si se estudiare la reproducción de los diseños de moda desde el derecho de autor, podríamos enmarcarlo dentro del delito de plagio, el cual implica la copia de las obras o ideas de otro autor apropiándose las como suya. Este acto transgrede el derecho de los diseñadores a ser reconocidos como autores de sus obras (derecho moral de paternidad) y a explotar sus derechos patrimoniales, pues están dejando de percibir las ganancias que les corresponden por licenciar o ceder la explotación de los diseños.

Por otro lado, se encuentra la paradoja de la piratería, la cual fue planteada por Kal Raustiala y Christopher Sprigman (2006), en su trabajo titulado *The piracy paradox. Innovation and intellectual property in fashion design*. De acuerdo con los autores, la imitación de las prendas de vestir o cualquier otro artículo de la moda permite la innovación y la creación en la industria, pues los diseñadores crearán rápidamente colecciones más novedosas que les guste a los consumidores, pero también les debe dejar de gustar en el menor tiempo posible para que lo vean como algo obsoleto y puedan comprar las próximas colecciones. Es decir, la imitación hace que los consumidores compren más y la industria continúe creciendo.

Esta paradoja explicaría la pasividad de la industria de la moda respecto de los plagios de prendas de temporadas pasadas. Lo que hay detrás de este concepto es la obsolescencia inducida: las modas son pasajeras y los diseñadores se obligan continuamente a crear diferentes piezas y competir con el resto de sus rivales. Además, la imitación de los diseños hace que estos sean rápidamente adoptados por las masas (Almazán, 2019, párr. 9).

Independientemente de la paradoja de la piratería, con la imitación y la reproducción se están generando incentivos para que los copistas imiten o realicen réplicas de diseños creados

previamente, haciéndolos pasar por originales, aprovechándose de las ideas de otra persona sin hacer ningún esfuerzo intelectual. Esto no solo afecta a los diseñadores, sino que se convierte en un engaño para el consumidor.

En Colombia la imitación y la reproducción de diseños de moda, se pueden evitar con los mecanismos jurídicos mencionados en el capítulo anterior, como los diseños industriales, las marcas y las obras de arte aplicado (derecho de autor), pues desde hace muchos años, los diseños de moda han encontrado protección jurídica por medio de la propiedad intelectual. Sin embargo, el acceso a dicha protección es complejo debido a que los mecanismos jurídicos previstos para protegerlos no son suficientes por las siguientes razones:

1. En el régimen del diseño industrial, las creaciones de moda deben ser novedosas para que sean beneficiadas por esta protección. En razón a la novedad objetiva y absoluta que estableció el legislador, es compleja su aplicación práctica, en cuanto a que las creaciones provienen de otras existentes, entonces, como la moda es tan dinámica y se basa en tendencias, la mayoría de creaciones como prendas de vestir, accesorios o peinados no pueden ser protegidas.

Adicionalmente, esta figura no es muy conveniente así el diseñador desarrolle un diseño con carácter novedoso porque el proceso para obtener un diseño industrial es muy largo (puede durar más de cuatro meses) y en ese lapso de tiempo la prenda de vestir, calzado o accesorio ya habrán pasado de moda, entonces no tendrá sentido registrarlo. Sin embargo, puede ser útil para creaciones de moda que tengan la característica de permanencia en el tiempo.

2. Con respecto a las obras de arte aplicado, la originalidad como condición necesaria para adquirir los derechos de autor no se puede cumplir fácilmente, debido a que las tendencias suelen ser similares, se van a crear diseños de moda muy parecidos. “En el caso de las obras de arte aplicado resulta difícil cumplir con este requisito pues el objeto del derecho normalmente

tendrá una forma determinada por la función que cumple” (Tobón, 2018, párr.67). Otra desventaja de este régimen es que solo cubre la obra de arte como tal y no los artículos de la industria de la moda. Por lo tanto, es difícil que los diseños sean objeto de protección de este régimen.

En cuanto a las marcas, éstas solo protegen los signos aptos para identificar los productos o servicios de una empresa, como la combinación de palabras, imágenes, lemas, escudos, logos, etc., pero no alcanza a proteger la obra ni el artículo de moda específico donde se encuentra visible la marca, sino que únicamente buscan diferenciar los productos de una empresa de los de otra. La OMPI (2002) ha dicho que si llegado el caso, un tercero produzca o comercialice los mismos productos de la marca registrada, el titular no podrá oponerse puesto que se protege solo la marca si es utilizada. Entonces, las marcas también resultan siendo un mecanismo inadecuado si se pretende beneficiar las creaciones de moda por esta figura jurídica.

En conclusión, el sistema jurídico que protegen los diseños de moda exige requisitos casi imposibles de cumplir por lo que la protección actual se convierte en ineficiente e imposible de aplicar porque no tiene en cuenta las particularidades de la industria de la moda.

A pesar de que se considere que la imitación genera grandes beneficios para la industria de la moda; los diseños de moda al carecer de un sistema jurídico que proteja eficazmente todos los elementos que los componen, incentiva a los copistas a crear réplicas o imitaciones aprovechándose de la creatividad y el esfuerzo intelectual de los diseñadores. Asimismo, los diseños quedan desprotegidos por la complejidad de acceder a la protección jurídica, puesto que la moda tiene características particulares que no se ajustan a las condiciones de las figuras jurídicas actuales. Además, la falta de protección de los diseños de moda, permite que se vendan diseños originales sin serlo, lo cual afecta no solo a los diseñadores, sino que los consumidores resultan engañados.

De acuerdo a lo anterior, se hace necesario estudiar el derecho comparado para así lograr identificar una figura más flexible y que tenga en cuenta las necesidades de la industria de la moda, en especial los diseños de moda, que pueda ser aplicada al ordenamiento jurídico colombiano para proteger aquellos.

CAPÍTULO 4.

DERECHO COMPARADO

4.1 Estados Unidos

En Estados Unidos, la protección de los diseños de moda a la luz de la propiedad intelectual, se basa principalmente en el derecho de autor, el cual es denominado por el derecho anglosajón como *Copyright*, cuyo sistema guarda similitudes, pero también diferencias con el sistema del Derecho de Autor que rige en nuestro país.

No obstante, el *Copyright* no alcanza a proteger todos los elementos de un diseño de moda. Los Tribunales de este país han dicho que, para que una prenda de vestir o accesorio se beneficie de la protección del *Copyright*, debe separarse la obra o el diseño de la parte utilitaria del objeto, es decir, solo se protege el diseño estampado en un producto que pueda ser separado del mismo o de su parte útil.

Dado que las leyes de derecho de autor no pretenden proteger ni crear un monopolio sobre artículos útiles, y dado que las prendas de vestir, los vestidos, los zapatos, los bolsos, etcétera, se consideran artículos útiles, no reúnen los requisitos para la protección del derecho de autor en su integralidad. (Zaracostas, 2018, párr. 4)

Por lo tanto, la industria de la moda estadounidense ha reclamado una mayor protección para que también se protejan los elementos y las formas de las prendas de vestir, calzado o accesorios de la industria de la moda. Entonces, se han hecho varios intentos legislativos para lograr una ampliación de la protección prevista para los diseños de moda, pero no han prosperado.

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, párr.15)

Actualmente, en Estados Unidos no se ha logrado proteger completamente los diseños de moda. Por ello, lo que han hecho los diseñadores para evitar la imitación y la reproducción es acudir a las patentes de diseño, aunque la obtención resulte más costosa y demorada que en el Copyright, pero les otorga a los diseños de moda la protección de su aspecto estético contenido en un objeto útil, que no podría protegerse de otro modo. Igualmente, las grandes empresas optan por registrar sus marcas para así proteger su nombre e imagen comercial.

4.2 La Unión Europea

A diferencia de Estados Unidos, esta comunidad contempla dentro de su sistema jurídico la protección de los dibujos y modelos comunitarios con el fin de salvaguardar las creaciones de moda. Esto es una ventaja que tienen los diseñadores europeos frente a los demás diseñadores de todo el mundo debido a que Europa tiene un mayor avance en torno a la legislación de la propiedad intelectual para la protección de la industria de la moda teniendo en cuenta que ésta surgió primero en este continente antes que en otros y en la actualidad es uno de los principales exponentes de dicha industria. Por lo tanto, Europa cuenta con una legislación más amplia para otorgar privilegios a sus diseñadores y proteger la exclusividad de sus diseños contra la imitación y la copia.

Dentro de la Unión Europea, uno de los primeros países en implementar los dibujos y modelos industriales fue Francia por ser el lugar donde más auge ha tenido la industria de la moda. El legislador francés se inclinó hacia a esta clase de protección mediante la creación del Código Francés de la Propiedad Intelectual donde se estableció un cúmulo de protección,

específicamente con los dibujos o modelos industriales y el derecho de autor. Entonces, en este país, las creaciones de moda gozan de doble protección por ambos regímenes siempre que cumplan con las condiciones previstas para cada uno. Es tanta la importancia de la industria de la moda para Europa que países como Alemania, Italia y España también adoptaron dentro de sus ordenamientos los dibujos y modelos industriales para protegerla.

La Unión Europea reguló los dibujos y modelos industriales mediante la Directiva 98/ 71/ CE de 13 de octubre de 1998 y el Reglamento Europeo 6 de 2002 (modificado por el reglamento (CE) Nº 1891/2006 del Consejo de la Unión Europea), con el propósito de tener una protección uniforme en todo el territorio de la Comunidad. Los dibujos y modelos son definidos según el literal a) del artículo 3 del Reglamento como: “la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las características especiales de, en particular, línea, configuración, color, forma, textura o material del producto en sí o de su ornamentación”.

Para beneficiarse de la protección de dicha figura, el diseño debe ser nuevo, lo que implica que no se haya conocido por el público otro diseño idéntico. La novedad acogida por la Unión Europea es la objetiva y relativa. Esta última característica consiste en que para definir si un diseño es novedoso no se analizarán todos los diseños existentes dentro de todo el estado del arte, sino que se limitará a un determinada época y territorio.

El diseño también debe tener un carácter singular. Es decir, que “la impresión general que produzca en los usuarios informados difiera de la impresión general producida por cualquier otro dibujo o modelo que haya sido hecho público” (Reglamento 6, 2002, art. 6). Además, una vez incorporado el dibujo o modelo en un producto, aquel debe ser visible durante su uso normal.

La Comunidad Europea estableció dos formas para proteger los dibujos y modelos comunitarios: uno registrado y uno no registrado.

El dibujo o modelo comunitario registrado (DMC), tiene por objeto amparar las creaciones que tengan la capacidad de permanecer en el tiempo. Este sistema se utiliza generalmente para las industrias que necesiten tener una mayor protección para los productos con una larga vida dentro del mercado.

El registro se solicita ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea antes de que el producto sea comercializado. La duración de la protección, según el artículo 12 del mencionado Reglamento es de cinco años contados a partir de la fecha la solicitud del registro, el cual podrá ser renovado por el mismo tiempo hasta completar veinticinco años.

Con dicho registro se adquiere la titularidad, lo cual constituye una ventaja ya que es más fácil demostrar quién es el verdadero propietario del dibujo o modelo que en el sistema no registral. La finalidad de este sistema es proteger el dibujo o modelo contra otros similares incluso si la copia se realizó de buena fe. Es decir, si se hizo sin conocer la existencia del producto registrado.

Por el contrario, el dibujo o modelo comunitario no registrado (DMCNR), se caracteriza por tener una protección más corta que el sistema registral, en razón a que protege aquellas creaciones cuya duración es efímera. En ese sentido, el considerando 25 del Reglamento 6 de 2002 establece que:

El dibujo o modelo comunitario no registrado sería muy ventajoso para aquellos sectores en los que se crean numerosos dibujos y modelos, casi siempre de vida efímera, en períodos breves de tiempo y, de los cuales, tan sólo una parte se comercializan en su momento.

Con esta forma de protección se puede comercializar el dibujo o modelo directamente sin necesidad de registro apenas se divulgue por primera vez en el territorio de la Comunidad, pues a partir de ese momento se genera la protección. Sin embargo, su divulgación debe ser conocida

razonablemente por los medios especializados de la Unión Europea como los fabricantes y comercializadores.

Su protección se otorga por un plazo de tres años no renovables desde la fecha de la divulgación. Justo en ese momento nace el derecho, el cual se presume válido cuando el diseño se conozca dentro de la Unión Europea. La validez del derecho se podrá desvirtuar por medio de una solicitud de declaración de nulidad o a través de una acción por infracción, donde el diseñador deberá indicar (no probar) los elementos que conforman el carácter singular, de no indicarlos, no puede beneficiarse de la protección. “La ausencia del deber de probar el carácter singular facilita su protección, especialmente en el marco de una acción por infracción” (Salas, 2019, p. 259).

Ambos sistemas ofrecen protección contra la producción y la comercialización sin autorización del titular, de un producto que incorpore el dibujo o modelo protegido previamente. Sin embargo, las personas o empresas que deseen proteger sus dibujos o modelos, pueden escoger entre estas dos formas de acuerdo a sus necesidades, estrategias de mercadeo y la vida prevista para cada producto dentro del mercado.

Aunque en el Reglamento no se contemple expresamente que la protección también cubra los productos de la industria de la moda; en realidad esta industria al producir millones de dibujos y modelos, si pueden ser beneficiados por estos mecanismos, especialmente por el dibujo o modelo comunitario no registrado, el cual es el más utilizado por los diseñadores europeos porque se ajusta mejor a las necesidades de la industria.

Así, los diseñadores europeos cuentan con una herramienta para luchar contra la copia y el comercio no autorizado de sus obras. Ésta abarca un espectro más amplio del que se da en otros países, pero no se inscribe propiamente en el campo del Derecho de autor, sino que adopta una figura sui generis (Tovar, 2017, párr.19).

En suma, como sucede en Colombia y en Estados Unidos, existe un rezago en cuanto a la legislación concerniente a la propiedad intelectual para la protección de las creaciones de moda. No obstante, la Unión Europea por ser la mayor exponente en la industria de la moda, ha logrado grandes avances en la materia, creando herramientas prácticas y flexibles como los dibujos o modelos comunitarios registrados y no registrados, que tienen muchas bondades, aunque también tiene dificultades para su aplicación porque no todo puede ser perfecto. Entonces es allí donde el legislador colombiano puede apropiarse de estas herramientas para mejorar el ordenamiento jurídico actual, en especial creando una figura similar al dibujo o modelo comunitario no registrado en razón a que resulta más conveniente para la industria de la moda por ser tan efímera que se pueda acceder a la protección sin ningún costo y sin esperar a la obtención de un registro para adquirir el derecho.

Las bondades del DMCNR son evidentes para la industria de la moda. En efecto, el hecho de que el dibujo o modelo nazca por la divulgación en el territorio europeo y la ausencia del registro facilitan para el *designer* de moda el acceso a la protección (Salas, 2019, p.259).

Esta herramienta puede enriquecer el sistema jurídico colombiano si se redefinen los requisitos que se exigen para obtener su protección de acuerdo con las particularidades de la industria de la moda colombiana, debido a que ésta difiere en muchos aspectos con el desarrollo de la industria de la moda de Europa; entonces no sería útil aplicar la figura tal cual se concibe en dicho continente. El legislador colombiano debe propender por mejorar el sistema jurídico acogiendo toda la experiencia de la legislación europea, con el fin de brindar seguridad jurídica a los diseñadores de moda en el acceso a la protección para así estimular la innovación en este sector.

CONCLUSIONES

1. La industria de la moda en Colombia corresponde a un sector importante para la economía del país. Implica la participación de miles de personas, dentro de las que se encuentran los diseñadores quienes aportan a esta industria su esfuerzo creativo para crear productos con valor agregado y merecen ser protegidos en virtud de la propiedad intelectual. A pesar de que esta industria sea tan próspera, enfrenta problemas como las imitaciones y la reproducción, los cuales no han sido solucionados.
2. El régimen jurídico colombiano adoptó los diseños industriales para proteger las creaciones de la industria de la moda. Sin embargo, se podrá acceder a otras formas de protección como las marcas y obras de arte aplicado (derecho de autor) si se reúnen las condiciones para cada una, las cuales son complejas de cumplir.

Así para beneficiarse de la protección del diseño industrial se exige la novedad o para que sea considerado una obra de arte aplicado, debe ser original, lo cual es difícil demostrar en razón a que la moda se crea a partir de las tendencias, que pueden llegar a ser similares. Asimismo, los diseños de moda resultan siendo creaciones basadas en otros diseños preexistentes. Es decir, son muy pocas las veces en las que un diseño de moda es completamente original o novedoso, porque las prendas de vestir, calzado o carteras tienen una forma establecida por su función. En cuanto a las marcas, éstas no protegen los diseños de moda, sino que su función es diferenciar los productos de una empresa con los de otra.

Adicionalmente, el largo tiempo que deben esperar los diseñadores para que el gobierno otorgue el registro de un diseño industrial, genera que los diseñadores pierdan el interés en solicitar un registro para proteger sus creaciones y prefieran sacar nuevas colecciones.

3. A pesar de que existen mecanismos jurídicos dentro de la propiedad intelectual para proteger las creaciones de moda, estos no son suficientes para proteger a los

diseñadores contra la imitación o a reproducción debido a los vacíos normativos que existen en el ordenamiento jurídico colombiano y la dureza de las condiciones para acceder a la protección, lo cual facilita estas problemáticas. Así para muchos autores la imitación o la copia generen beneficios para la industria de la moda incentivando la innovación, en realidad vulnera el derecho de los diseñadores a ser reconocidos por sus propias creaciones intelectuales.

4. Lo anterior se podría solucionar tomando como ejemplo el régimen jurídico europeo que presenta grandes aportes en cuanto a la protección de las creaciones de moda que pueden contribuir al redefinir del ordenamiento jurídico del país. El derecho europeo implementó la figura de los dibujos o modelos comunitarios para proteger la apariencia estética de un producto, que también puede aplicarse a la industria de la moda. Se optó por tener dos formas de protección: el dibujo o modelo comunitario registrado y no registrado. Ambas formas son beneficiosas para los diseñadores por su practicidad y flexibilidad al momento de proteger una creación de moda.

Teniendo en cuenta que en Colombia el sistema jurídico es demasiado exigente para otorgar una efectiva protección para diseños de moda, es importante que se mejore dicho sistema adoptando las formas de protección previstas en el derecho europeo, en especial los dibujos o modelos comunitarios no registrados porque resulta más conveniente para los diseñadores debido a que la protección se obtiene a partir de la divulgación del diseño y no es necesario solicitar el registro, lo que permite ahorrar tiempo y costos para los diseñadores, a los cuales se les deben brindar incentivos para que continúen innovando.

REFERENCIAS

- Acta de audiencia 201. (2019, 21 de febrero). Superintendencia de Industria y Comercio (José Fernando Sandoval, Asesor Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales). <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/ACTA.pdf>
- Cáceres, D., Moreno, D. y Meza, D. (2014). *Método, Metodología y Técnicas de la Investigación Aplicada al Derecho*. Grupo Editorial Ibañez. http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08_2017_7b9061_60327073.pdf
- Calero, A. (2017). *Mercedes Salazar Vs Silvia Tcherassi: de plagios y tendencias en la moda*. Cerosetenta. <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/mercedes-salazar-vs-silvia-tcherassi-de-plagios-y-tendencias-en-la-moda/>
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2021). El sistema moda en Colombia se recuperará en 2022. <https://www.ccb.org.co/Clusters/Cluster-de-Prendas-de-Vestir/Noticias/2020/Diciembre-2020/El-sistema-moda-en-Colombia-se-recuperara-en-2022>
- Decisión 351 de 1993. (1993, 17 de diciembre). Comisión de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial No 155. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec351s.asp>
- Decisión 486 de 2000. (2000, 14 de septiembre). Comisión de la Comunidad Andina. Gaceta Oficial No 20. https://propiedadintelectual.unal.edu.co/fileadmin/recursos/innovacion/docs/normatividad_pi/decision486_2000.pdf

- Directiva 98/71/CE. (1998, 13 de octubre). Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas N° 289/28. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31998L0071>
- Gaitán, Riascos, I. (2011). Propiedad intelectual y moda en Colombia: el árido camino de la protección. *Revista de Derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, (5), 2-22. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7507224>
- González Ruíz, G. (1986). *Estudio de Diseño*. Emece. <https://tallerunoprause.files.wordpress.com/2013/06/gonzalez-ruiz-guillermo-estudio-de-diseno.pdf>
- Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, marzo de 1978. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf
- Inexmoda. (2018). ¿Cómo está Colombia en materia de Moda? Sala de prensa. <http://www.saladeprensainexmoda.com/como-esta-colombia-en-materia-de-moda/>
- Inexmoda. (2021). Informe julio-2021. Sala de prensa. <http://www.saladeprensainexmoda.com/informe-julio-2021/>
- Interpretación judicial proceso 208-IP-2015. (2015, 7 de diciembre). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Cecilia Luisa Ayllón Quinteros, M.P). http://intranet.comunidadandina.org/documentos/Procesos/I_841_208_IP_2015.pdf
- Interpretación prejudicial proceso 317-IP-2019 (2021, 21 de junio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Hernán Rodrigo Romero Zambrano, M.P). <https://www.tribunalandino.org.ec/decisiones/IP/317-IP-2019.pdf>

- Interpretación prejudicial proceso 369-IP-2018. (2019, 28 de junio). Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Luis Rafael Vergara, M.P). http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/369_IP_2018.pdf
- Lando, L. (2009). *Diseño de Modas. Conceptos Básicos*. Cambridge BrickHouse, Inc. <https://es.scribd.com/doc/17907759/Diseno-de-modas-Conceptos-basicos-libro-de-Larissa->
- Lipovetsky, G. (1990). El Imperio de lo Efímero. La moda y su destino en las sociedades modernas (F. Hernández y C. López, Trad.). Anagrama. (Obra original publicada en 1987). <https://paradigmasdelpensamiento.files.wordpress.com/2014/12/lipovetsky-gilles-el-imperio-de-lo-efimero-la-moda-y-su-destino-en-las-sociedades-modernas.pdf>
- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M. y Vanegas, J. El Método Analítico como método natural. *Nómadas*, (25), 1-27. <file:///C:/Users/User/Downloads/27128-Texto%20del%20art%C3%ADculo-27147-1-10-20110607.PDF>
- López, E. (2010). El diseño de modas y los derechos de autor. *El instituto independiente*. <https://independent.typepad.com/elindependent/2020/11/el-dise%C3%B1o-de-modas-y-los-derechos-de-autor.html>
- Lurie, L. (1994). El Lenguaje de la Moda. Una interpretación de las formas de vestir. (F. Inglés, Trad.). Paidós Ibérica. (Obra original publicada en 1992). https://books.google.com.co/books?id=Nw4666NXXbgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- O'Shea, C. (2011). *Así es Amancio Ortega, el hombre que creó Zara: lo que me contó de su vida y de su empresa*. Kindle Edition. <https://pdfcookie.com/download/asi-es-amancio-ortega-el-hombre-que-creo-zara-lde-su-empresa-spanish-edition-covadonga-oshea-j267k4x494l4>

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2008). Legislación relativa a los diseños en el sector europeo de la moda. *OMPI Revista*, (1), 12-14. https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2008/wipo_pub_121_2008_01.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2002). Los diseños industriales y su relación con las obras de artes aplicadas y las marcas tridimensionales. *Comité Permanente sobre el derecho de marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas*. https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_9/sct_9_6.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. WIPO. <https://tind.wipo.int/record/35229>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f). Derecho de autor. *WIPO*. <https://www.wipo.int/copyright/es/>
- Pardo Navarro, B. (2008). *La moda. Arte e influencia artística* [Tesis de pregrado, Universidad Politécnica de Valencia]. Archivo digital. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/13635/La%20moda.%20Arte%20e%20influen%20artistica.pdf?sequence=1>
- Passport. (2021). *Apparel and Footwear in Colombia*. Euromonitor international. <https://www.euromonitor.com/apparel-and-footwear-in-colombia/report>
- Patarroyo, Tovar, N. (2018). *La Propiedad Intelectual viste a la moda: Formas de proteger los diseños*. Cerlalc. <https://cerlalc.org/la-propiedad-intelectual-tambien-viste-a-la-moda-formas-de-proteccion-de-los-disenos/>

- Ponce de León, L. (1996). Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XLVI, número 205-206. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28239/25507>
- Portafolio. (2021). *La importancia del sector de la moda en economías colombiana y mundial*. Revista Portafolio. <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/sector-de-la-moda-y-su-importancia-a-las-economias-de-clombia-y-el-mundo-552670>
- Raustiala, k., y Sprigman, C. (2006). The piracy Paradox. Inovation and intellectual property in fashion desing. *Virginia Law Review*, 92(8), 1688-1720. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=878401
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea] <https://dle.rae.es>
- Real Márquez, M. (2001) El requisito de la originalidad en los derechos de autor. *Portal Internacional de la Universidad Alicante sobre propiedad industrial e intelectual y sociedad de la información*. https://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf
- Reglamento (CE) N° 6/2002. (2002, 12 de diciembre) Consejo de Estado de la Unión Europea. https://euipo.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_an_practice/cdr_legal_basis/62002_cv_es.pdf
- Rengifo, E. (1996). *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia

Ruíz, A. y Díaz, C. (2006). *El desarrollo de la industria de la moda en Colombia: El papel de Inexmoda en el marco de las industrias culturales*. [Tesis de pregrado, Universidad de los Andes]. Archivo digital.

<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/22932/u276462.pdf?sequen>

Salas, Pasuy, B. (2019). *La moda y la propiedad intelectual. Una mirada desde la perspectiva de los diseños industriales en Colombia, Francia y la Unión Europea*. Universidad Externado de Colombia.

Salazar, E. A. (2019). *LA PARADOJA DE LA PIRATERÍA EN LA INDUSTRIA DE LA MODA*. Universidad Autónoma de Madrid. <https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/en/blog-propiedad-intelectual/item/125-la-paradoja-de-la-pirateria-en-la-industria-de-la-moda>

Silverman, L. (2014). El derecho de autor y la moda. Una perspectiva británica. *OMPI Revista*, (3), 34.

https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2014/wipo_pub_121_2014_03.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f). ¿Qué se puede registrar como diseño industrial? <https://www.sic.gov.co/node/29>

Tobón, N. (2018). *La paradoja de la moda y la propiedad intelectual*. Revista N° 60 de Foro de Derecho Mercantil.

https://bdbib.javerianacali.edu.co:3876/visor/rmercantil/rmercantil_12238b2bbc68492ba1573eb493199039/revista-foro-de-derecho-mercantil/la-paradoja-de-la-moda-y-la-propiedad-intelectual

Torres, A. (2018). ¿Qué es la alta costura y qué la hace especial? Es Design.
<https://www.esdesignbarcelona.com/actualidad/disenomoda/disenodealta-costura-que-es-la-alta-costura-y-que-la-hace-especial>

Torres, Tangarife, C. (2021). ¿Comprar ropa pirata es un acto de corrupción? El Espectador.
<https://www.elespectador.com/cromos/comprar-ropa-pirata-es-un-acto-de-corrupcion/>

Varela, E. (2010). *En boga: Diseño, moda y propiedad intelectual*. Revista Foro de Derecho Mercantil, 26.

https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_81493e79d6a8502ae0430a010151502a/revisa-foro-de-derecho-mercantil/en-boga%3a-diseno%2c-moda-y-propiedad-intelectual

Vega, Jaramillo A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor.
<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>

Zaracostas, J. (2018). Los derechos de PI y la industria de la moda: una perspectiva estadounidense. *OMPI Revista*, (4), 33-38.

https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2018/wipo_pub_121_2018_04.pdf

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Amézquita, D. F., (2015). Derecho de autor y diseño industrial, ¿cómo dibujar una línea? La protección en Colombia de las obras de arte aplicado a la industria. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(2), 199-232. <https://cerlalc.org/publicaciones/derecho-de-autor-y-diseno-industrial-como-dibujar-una-linea-la-proteccion-en-colombia-de-las-obras-de-arte-aplicado-a-la-industria/>
- Doria, P. (2012). Consideraciones sobre moda, estilo y tendencias. *Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, 42, 101-106. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263480>
- González, Litman, T. (2016). Industria textil en Colombia: 150 años de historia. Fashion Network. <https://pe.fashionnetwork.com/news/Industria-textil-en-colombia-150-anos-de-historia,685234.html>
- Jiménez, A. (2019). *La moda como arte*. Coolhuntermx. <https://coolhuntermx.com/la-moda-como-arte/>
- López, N. (2015). Imitación, el aliado misterioso de la moda. *Itfashion.com*. <https://www.itfashion.com/cultura/opinion/imitacion-el-aliado-misterioso-de-la-moda/>
- Marca Colombia. La industria de la moda en Colombia, un sector de hechos de éxito. <https://www.colombia.co/extranjeros/negocios-en-colombia/la-industria-de-la-moda-en-colombia-un-sector-de-hechos-de-exito/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2005). *La P.I. y las empresas - La propiedad intelectual en la industria de la moda*. OMPI Revista, 3, 16-17. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2005/03/article_0009.html

Salas Pasuy, B. (2013). La industria de la moda a la luz de la propiedad intelectual. Revista La Propiedad Inmaterial, (17), 145–161.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3583>

Salas. Pasuy, B. (s.f.). La moda y la propiedad intelectual: especial referencia al Diseño Industrial.

Superintendencia de Industria y Comercio. <https://www.sic.gov.co/ruta-pi/julio-2021/proteccion-a-la-propiedad-industrial/la-moda-y-la-propiedad-intelectual-especial-referencia-al-dise%C3%B1o-industrial>