



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

**PROPIEDAD INTELECTUAL Y MODA EN COLOMBIA:
EL ÁRIDO CAMINO DE LA PROTECCIÓN**

ISABELLA GAITÁN RIASCOS

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho - GECTI

Revista N.º 5, Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7786

Propiedad intelectual y moda en Colombia: el árido camino de la protección

Isabella Gaitán Riascos*

RESUMEN

La moda ha sido objeto de análisis desde el Derecho por medio de la Propiedad Intelectual a nivel mundial. Sin embargo, en Colombia no se ha dado hasta el momento un debate profundo acerca la protección de los diseños de moda por medio de la Propiedad Intelectual. Por medio de este artículo se examinan los mecanismos de protección previstos por la legislación colombiana para los diseños de moda, a saber, el Derecho de Autor y el Diseño Industrial. De igual forma, se verifica el uso real de dichos mecanismos y su eficiencia. Todo lo anterior para encontrarnos con que falta un largo recorrido para obtener una verdadera protección.

PALABRAS CLAVE: moda, Colombia, diseño industrial, derecho de autor y obra de arte aplicado

ABSTRACT

Internationally, fashion has been a subject of study through Intellectual Property; however, in Colombia fashion protection has not been subject of deep debate. Through this article, the forms of fashion protection under Colombian Law, namely copyright and Industrial Designs are examined. Moreover, the real use and efficiency of the protection through copyright and/or Industrial Design. As a conclusion, you may find fashion designers are facing a long path before obtaining a real protection for their designs.

KEYWORDS: fashion, Colombia, industrial designs, copyright and works of applied art.

* Abogada de la Universidad de los Andes. Asociada en la Firma Prieto & Carrizosa. Email: igaitan@prietocarrizosa.com o isabellagaitan@gmail.com

SUMARIO

Introducción - I. LA MODA EN COLOMBIA - II. NORMATIVIDAD APLICABLE Y FORMAS DE PROTECCIÓN - A. *Decisión 486* - B. *Decisión 351* - C. *Acumulación de Protecciones* - III. DISEÑO INDUSTRIAL - A. *El Diseño Industrial y la Moda* - B. *Crítica* - IV. DERECHO DE AUTOR - A. *El derecho de autor y la moda* - B. *Críticas* - V. CONCLUSIÓN - Bibliografía

Introducción

“De la desnudez al vestido. En un principio, tal vez, sólo para protegerse del frío o del sol; pero luego para adornarse, para añadir seducción a los atributos del cuerpo.”¹ La moda, tal y como la percibimos hoy, es una de las industrias globalizadas más prominentes a nivel mundial, probablemente porque ésta se encarga de crear productos que combinan elementos tanto utilitarios como artísticos.

Ahora, como se evidencia en la cita, la sociedad no siempre concibió la moda como una forma de expresión artística, esta concepción inició en los círculos de la nobleza durante los siglos xvii y xviii y posteriormente fue acogida por la mayoría de la sociedad. No obstante lo anterior, el carácter híbrido de la moda, utilitario y artístico, sigue siendo un tema debatido en todos los ámbitos, entre estos el legal.²

Desde la perspectiva legal, el tema ha sido ampliamente tratado, especialmente en relación a la protección jurídica de los diseños de moda. Dado el carácter híbrido de la moda, la protección de los diseño debería resguardar y premiar tanto la inversión económica como intelectual que se presenta en dicho negocio. Si bien la protección jurídica de los diseños de moda o la falta de ésta, es clara en escenarios internacionales, en Colombia muy poco se ha escrito sobre

el tema. Por tanto, el objeto de este proyecto de grado es examinar el estado del arte en relación con la protección de los diseños de moda en Colombia, así como realizar un análisis crítico de éste teniendo en cuenta las características de la moda, como por ejemplo su temporalidad y carácter híbrido. Es de gran importancia para el lector de este trabajo tener en cuenta que no es la intención de este trabajo realizar un análisis comparado de la protección otorgada a los diseños de moda y que sólo se tratará el tema de la protección en el ámbito nacional.

I. LA MODA EN COLOMBIA

El sector textil, confección, diseño y moda ha sido tradicionalmente un sector importante para la economía Colombiana y ha tenido un alto crecimiento en sus exportaciones durante los últimos años. El sector representa más del 5% del total de exportaciones del país, lo que lo convierte en el sector de exportaciones no tradicionales más importante de Colombia.³

Estos sectores no solamente impulsan la economía colombiana directamente sino que también lo hacen de forma indirecta, pues por medio de las numerosas ferias de moda, como Colombia-moda o Cali Exposhow, promueven otros sectores de la economía Colombiana como el turismo. Entonces, el sector la moda en Colombia, junto con otros sectores interdependientes a éste como el de la confección, diseño y el textil, son sectores que merecen atención desde la perspectiva jurídica dada su importancia y

1 Wild, Alfred. “La moda en Colombia”. Ed. Alfred Wild. Bogotá 1996, p. 9.

2 Serrano Pinilla, María Margarita. “La protección jurídica de los diseños de moda: Fortalecimiento de los Derechos de Propiedad Intelectual versus La Emergencia de un Ciclo de Innovación Fundado en la Imitación”. Tesis de grado obtenido no publicada. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. 2009, p. 6.

3 Entrevista con Juan Diego Becerra, Director de Investigaciones del Observatorio de Moda Raddar de Inexmoda, 19 de octubre de 2010.

crecimiento. Ahora bien, como ya fue mencionado anteriormente, este trabajo se limitará a analizar la protección jurídica de los diseños de moda, razón por la cual sólo serán tenidos en cuenta el sector moda y diseño, sobre los cuales se profundizará a continuación.

La moda en Colombia sigue los mismos parámetros internacionales dentro de los cuales se encuentra la temporalidad de los diseños. Parecería extraño que en un país sin estaciones como el nuestro la moda conserve ese carácter efímero, pero es que éste se ha convertido en una de las bases de la estructura del negocio de la moda. Las tendencias que se mantienen por unos meses, se establecen no sólo para ajustarse a la temporada climática, sino para darle mayores opciones al consumidor que con el paso del tiempo es más exigente y demanda más opciones.

En países con estaciones, las casas de moda y/o diseñadores producen entre 4 y 6 colecciones por año, a saber, (i) primavera, (ii) verano, (iii) transicional (otoño I), (iv) otoño, (v) resort y (vi) fiesta (holiday)⁴. Los productos en estos mismos países están en los almacenes aproximadamente entre 4 y 6 meses dependiendo si el producto hace parte de una colección. No obstante, los productos básicos están indefinidamente dispuestos en los almacenes.⁵

En Colombia, como ya fue mencionado, el carácter efímero se mantiene, sin embargo no de

forma idéntica a los países con estaciones. Las grandes marcas colombianas como por ejemplo la marca caleña de ropa y accesorios Studio F produce entre 3 y 4 colecciones al año, tratando de seguir el mismo código internacional,⁶ pero los diseñadores independientes y/o microempresarios producen dos colecciones anuales.⁷ Entonces, si bien la moda colombiana sigue siendo efímera lo es en un menor grado, lo cual debe ser tenido en cuenta para determinar la forma adecuada de protección de los diseños de moda.

Ahora, la moda colombiana al igual que la moda internacional inició teniendo como principal y único objeto satisfacer necesidades básicas del individuo, tales como protegerlo del sol o del frío, o proteger su cuerpo desnudo de la mirada de otros. No obstante, con el paso del tiempo la moda se ha convertido en algo más que la confección de atuendos con fines utilitarios, la moda se ha transformado en un concepto más amplio que implica concebirla como una forma de expresión artística que no pierde del todo su carácter utilitario.

En Colombia el debate sobre la concepción de la moda como una forma de expresión artística no ha tenido la misma trascendencia que tiene en otros países como, por ejemplo, Estados Unidos. Sin embargo, la sociedad colombiana parece aceptar que la moda es una forma de ex-

4 Jiménez, Guillermo y Kolsun, Bárbara. "Fashion Law. "A Guide For Designers, Fashion Executives, And Attorneys." Ed. Fairchild Books. New York. 2009, p. 15.

5 Ídem, p. 13.

6 Entrevista con diseñador de Studio F para el canal Fashion TV. Programa Fashion Special Studio F- Colombiamoda transmitido por el canal Fashion TV el 24 de octubre de 2010.

7 Entrevista telefónica con Adriana Contreras, diseñadora independiente, octubre 31 de 2010; y con Margarita Lozano, Diseñadora de Permoda S.A., septiembre 28 de 2010.

presión artística; si bien no son muchos los pronunciamientos que apunten a aceptar la moda como una forma de expresión artística, tampoco hay menciones que indiquen lo contrario. Como muestra de la mencionada aceptación, la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), entidad competente en Colombia en materia de derecho de autor, ha previsto que “los diseños de carteras, maletas, vestidos, zapatos y otros elementos de la industria del diseño, si reúnen los requisitos propios de las obras artísticas, estarán en la esfera de protección del derecho de autor”⁸, por lo cual se puede inferir que la moda y sus productos son concebidos como una forma de expresión artística.

En relación con el proceso de producción, grandes marcas colombianas como Pronto y Armi, que hacen parte de la empresa Permoda S.A., al igual que las grandes marcas internacionales realizan un proceso de producción con la reunión de un equipo que incluye diseñadores y mercadotecnicistas, los cuales disponen de servicios que predicen tanto las tendencias como los colores de cada temporada. Los diseñadores de estas grandes empresas entonces cuentan con otra fuente a la hora de crear, los servicios de pronóstico mencionados.⁹ Una vez reunido el equipo de producción, los diseñadores escogen los materiales con los que van a trabajar, plasman sus diseños en figurines y posteriormente los confeccionan. Por otro lado, los diseñadores

independientes y/o microempresarios, que no tienen el capital para contratar un servicio de pronóstico de tendencias, usualmente se inspiran en los diseños de otros diseñadores o los atuendos que ven en las calles y luego confeccionan los atuendos por ellos diseñados.¹⁰ Este proceso brevemente relatado es de gran importancia, pues por medio de éste se evidencia la forma cómo se crean los diseños que se pretenden proteger.

Es normal dentro del ciclo de producción que los diseñadores se inspiren o traten de seguir los mismos patrones de otros diseñadores y es aun más normal que todos sigan las mismas tendencias¹¹, pero lo que no es normal es ir más allá de la inspiración y plagiar todo un atuendo. Es para estos caso que puede ser de gran utilidad contar con la protección legal que le permita al diseñador demandar el retiro del mercado del producto plagiado y/o solicitar que se le indemnice por los daños a él o ella causados.

Es importante destacar que la mayoría de diseñadores colombianos son microempresarios, de los cuales pueden tomar provecho los diseñadores grandes con marcas ya afianzadas en el mercado, los cuales normalmente no son colombianos. Entonces, es muy importante ofre-

8 Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ricardo Ballesteros Valencia Jefe Oficina de Registro. Concepto No. 2-2005-5951 del 29 de junio de 2005. Disponible en: http://www.derechodeautor.gov.co/html/boletines/arch_boletin/edicion14.pdf

9 Entrevista con Margarita Lozano, diseñadora de Permoda S.A., septiembre 28 de 2010.

10 Entrevista con Adriana Contreras, diseñadora independiente, octubre 31 de 2010.

11 “Moreover, the fashion consumer is extremely fickle and may refuse to buy a new offering, leading to large discounts and losses for the manufacturer. As a result, fashion companies seek to communally exploit fashion trend. For example, if one Seaton short skirts are in style, all manufactures are soon producing short skirts. This communal following of trends reduces the risk of a fashion failure for any one firm, but also means that many fashion companies are doing the same thing at the same time. Their designers are often influenced by the same sources and by each other.” Óp. cit. Jiménez, Guillermo y Kolsun, Bárbara, p. 16.

cer a la industria colombiana mecanismos de protección para que pueda competir y sobresalir a nivel mundial.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE Y FORMAS DE PROTECCIÓN

Con el objeto de determinar las herramientas provistas por la legislación colombiana para la protección de los diseños de moda, y posteriormente compararlas, es necesario hacer un examen de la normatividad que consagra dichos mecanismos de protección, a saber, la Decisión 486 y la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), aplicables a los países miembros, entre estos Colombia.

Las Decisiones mencionadas, son normas supranacionales que de acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia han “surgido como resultado del traslado de competencias en diferentes materias del quehacer normativo por los países miembros”¹² a la CAN. Estas regulaciones de la Comunidad Andina son de aplicación preferencial frente al derecho interno de cada país miembro y tienen la capacidad de ser aplicadas directa e inmediatamente, puesto que no les es plausible a los países miembros contraponer decisiones internas que obstaculicen la aplicación de estas determinaciones.¹³

Ambas Decisiones tiene en común su pretensión por regular la Propiedad Intelectual, es decir, “las creaciones del intelecto, y aquellas

relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.”¹⁴

A continuación se presentarán las dos formas para proteger los diseños de moda, una de ellas prevista en la Decisión 486 de 2000, y otra en la Decisión 351 de 1999, las cuales serán desarrolladas a profundidad a lo largo de este trabajo.

A. Decisión 486

La Decisión 486 de 2000 que establece el régimen común sobre la propiedad industrial se aprobó en Lima, Perú el 14 de septiembre de 2000 y entró en vigencia el 1 de diciembre de 2000.¹⁵ Esta decisión contempla, entre otras cosas, los mecanismos de protección de las invenciones industriales, creaciones formales con aplicación industrial y los signos distintivos. Dentro de los objetos protegidos por los mecanismos establecidos por la Decisión se encuentra el Diseño Industrial, figura por medio de la cual se pueden proteger diseños de moda en los términos que será expuestos posteriormente.

12 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-228/1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

13 *Ibid.*

14 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-276/1996. M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

15 Metke Méndez, Ricardo. “Lecciones de Propiedad Industrial”. Ed. Dike. 2001. Medellín, p. 43.

B. Decisión 351

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

La mencionada decisión se articula a otras regulaciones internas las cuales serán referenciadas en este trabajo, entre estas, la Ley 23 de 1982 y demás normas concordantes.

C. Acumulación de Protecciones

De acuerdo con el doctrinante OTERO LASTRES, la normatividad andina ha optado por un sistema de protección acumulativa, según el cual, “las obras de arte puro están protegidas por la propiedad intelectual, los diseños por su regulación específica de la propiedad industrial, y la categoría intermedia de obras de arte aplicadas a la industria, por ambas legislaciones (Derecho de Autor y Diseño Industrial).”¹⁶

En el mismo sentido, la DNDA se ha afirmado que la normatividad andina “no excluye la acumulación de protecciones por parte del derecho de autor y la propiedad industrial frente a un dibujo o modelo cuya finalidad sea la industrial. Sin

embargo, para que pueda estar protegida una obra por alguno de los dos regímenes, deberá cumplir sus condicionamientos. De igual forma, el sistema de acumulación no indica que si un material no está protegido por una disciplina jurídica dentro de la propiedad intelectual deba estarlo por otra.”¹⁷

Como lo podrán ver posteriormente, los diseños de moda son obras de arte aplicado es decir, son obras de arte que tiene aplicación industrial, por lo cual podrán ser protegidos tanto por el Derecho de Autor como por el Diseño Industrial. Entonces, teniendo en cuenta que la acumulación de protecciones es posible para el caso del objeto de estudio de este trabajo, los diseños de moda, este trabajo no intentará de forma exclusiva de comparar las dos formas de protección (Diseño Industrial y Derecho de Autor), sin perjuicio de que ciertos análisis sobre la efectividad de una en comparación con la otra sean hechos.

III. DISEÑO INDUSTRIAL

El diseño industrial ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como:

[...] cualquier reunión de líneas o combinación de colores o cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, que se incorpore a un producto industrial o de artesanía para darle una apariencia especial, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto y sirva de tipo o patrón para su fabricación.¹⁸

16 Otero Lastres, José Manuel. En: Metke Méndez, Ricardo. “Lecciones de Propiedad Industrial (II)”. Ed. Dike. 2002. Medellín, pp. 167 y 168.

17 Óp. cit. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ricardo Ballesteros Valencia Jefe Oficina de Registro.

18 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 130-IP-2006.

Para mayor entendimiento de la anterior, mencionaré los elementos que comúnmente hacen parte de la definición del diseño industrial establecidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI):

Visibilidad. Se parte de la base de que los diseños industriales deben ser visualmente perceptibles. La visibilidad es una condición para que el diseño industrial sea reconocido. [...] . Se exige también que el diseño quede a la vista durante el uso normal del producto por su usuario. [...] Se aclara también que por “utilización normal” se entiende la utilización por parte del consumidor final, sin incluir las medidas de mantenimiento, conservación o reparación. A tenor de esa condición, la forma de partes y piezas del motor de un automóvil que no sean visibles durante la utilización normal del vehículo quedaría fuera del alcance de la protección de los diseños.

Apariencia especial. El diseño concede al producto en el que está incorporado una apariencia particular. Además, hace que un artículo parezca diferente y sea más atractivo para el consumidor o usuario potencial. La apariencia es el resultado de la opción que toma el diseñador entre un gran número de medios y técnicas posibles, incluida la forma y el contorno, el volumen, los colores y líneas, el material y la textura, y el tratamiento de la superficie.

Aspectos no técnicos. Los diseños industriales se limitan exclusivamente al aspecto visible de un producto, dejando de lado las características técnicas o funcionales del mismo [sic]. Aunque el aspecto exterior de un producto depende tanto de la función para la que se haya previsto como de la estética, sólo las características del aspecto exterior que no obedezcan exclusivamente a criterios técnicos podrán pro-

tegerse a título de diseño. El aspecto exterior puede derivarse de los efectos que se apliquen a la superficie del producto (características bidimensionales), de la forma del producto (características tridimensionales) o, lo que es más común, de una combinación de ambos tipos de características.

Incorporación en un artículo utilitario. Los diseños industriales tienen por finalidad su incorporación en artículos utilitarios, es decir, productos que tienen finalidades útiles y funcionales. Su objetivo primordial no es ser objetos puramente estéticos, como las obras de bellas artes. El requisito de que el diseño pueda incorporarse en un producto útil traduce su verdadera finalidad, a saber, hacer que el producto sea más atractivo sin impedir por ello que desempeñe las funciones para las que se haya creado. En algunas leyes se exige de forma expresa que el diseño sirva de modelo o tipo para la fabricación de un producto industrial o que tenga aplicación industrial. En otras leyes se menciona que los diseños pueden también aplicarse a los productos de artesanía.¹⁹

Como se evidencia, el objeto de la protección del diseño industrial son las creaciones de carácter estético plasmada en productos industriales, no los rasgos técnicos incorporados al diseño para los cuales la normatividad prevé otro tipo de protección, bien sea por medio de patentes de invención o de modelos de utilidad según el grado de invención que posean.

Sobre el mismo punto la OMPÍ ha mencionado:

La finalidad de los diseños industriales es hacer que los productos utilitarios, los productos

19 OMPÍ-Comité permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e indicaciones geográficas (SCT). Novena Sesión. Ginebra, 15 de octubre, 2002.

industriales y los productos de consumo sean más atractivos a la vista, es decir, más estéticos para los compradores potenciales. El hecho de que el producto sea más agradable a la vista añade valor estético a la vez que comercial a dicho producto. Ese valor se convierte en algo concreto cuando por un artículo, por ejemplo, un reloj de pulsera, en el que esté incorporado un diseño específico, se puede pedir un precio más elevado que por otro reloj de características funcionales idénticas pero de forma o aspecto diferente.²⁰

Ahora, en relación con el fundamento de la protección del diseño industrial el doctrinante Otero Lastres considera que el fundamento de la protección del diseño industrial no radica sólo en el reconocimiento al creador de la forma, sino también en la inclusión de nuevas formas estéticas en el patrimonio de la Sociedad aumentando las posibilidades de elección para los consumidores.²¹ Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina considera que “la protección de los diseños industriales está encaminada a alentar el esfuerzo humano y el flujo de recursos financieros.”²²

Una vez establecida la definición del diseño industrial, objeto de protección y su fundamento, se procederá a examinar ciertas particularidades del diseño industrial.

Primero, es importante dejar claro que los titulares de la protección son quienes han registrado

el o los diseños y quienes pueden transferir y/o ceder los derechos adquiridos con dicho registro, el cual es constitutivo de los derechos y no simplemente declarativo como se verá posteriormente.

Para que el diseño industrial sea protegido y/o reconocido jurídicamente debe ser registrado ante la entidad competente, en el caso de Colombia, ante la Superintendencia de Industria y Comercio (sic). Con dicho registro el titular adquirirá ciertos derechos de exclusiva sobre el diseño que serán mencionados más adelante. Este registro es conferido por diez años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de éste y no es renovable.

Es importante tener en cuenta que para que el diseño sea registrado deberá cumplir tanto con requisitos de fondo como de forma, los cuales están establecidos en la Decisión 486. A continuación se procederá a explicar los requisitos de fondo, los cuales tienen impacto para el desarrollo de este trabajo.

La normatividad andina establece como requisito para que un diseño industrial sea registrado y por ende protegido que éste sea novedoso.²³ La novedad de un diseño implica:²⁴

- que no se encuentre dentro del estado de la técnica a nivel mundial;
- que no se encuentre en el conocimiento del creador del diseño industrial; y

20 Óp. cit. OMPI -SCT. Novena Sesión.

21 Óp. cit. Otero Lastres, José Manuel. En: Metke Méndez, Ricardo, pp. 162 y 163.

22 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 12-IP-2007.

23 Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina. Art. 115.

24 Otero Lastres, José Manuel. “Reflexiones sobre el concepto de novedad en los modelos industriales. Actas de Derecho Industrial”. Tomo 5, Madrid 1979, Págs. 371 y ss.:

- que no sea conocido por las personas de cuyo conocimiento depende la existencia de la novedad, es decir, un círculo especializado.

Ahora bien, la novedad no solamente implica que el público no haya tenido acceso al diseño, sino que éste en comparación con diseños antiguos no presente diferencias simplemente secundarias. Sobre el particular el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dicho:

En este sentido, para establecer si un diseño industrial posee novedad, deberá compararse la impresión en conjunto del diseño solicitado con otros que se encuentren en el estado de la técnica, y en dicha comparación se considerará que no es nuevo no sólo un diseño industrial idéntico a otro, sino uno sustancialmente igual a otro, o que difiera de otro solo en características secundarias.

Las diferencias secundarias sólo podrán ser determinadas cuando la impresión general que produzca el diseño industrial en los círculos interesados del público consumidor, difiera de la producida por cualquier otro diseño que haya sido puesto a su disposición con anterioridad. Asimismo, deberá el nuevo diseño conferir un valor agregado al producto, expresado en su apariencia estética, para que sus diferencias sean sustanciales. En este sentido, es el consumidor quien determinará si las diferencias existentes entre los diseños industriales comparados son sustanciales o no, en su elección de los productos en el mercado.²⁵

Es importante mencionar que el solicitante tiene un periodo de gracias de un año para solicitar el registro del diseño sin que se cuestione la no-

vedad del diseño. En este tiempo el solicitante podrá publicar y/o comercializar el diseño que posteriormente registrara sin que sea entienda que éste ha perdido la novedad, lo anterior de acuerdo con el artículo 17 de la Decisión 486.²⁶

El trámite para obtener el registro de un diseño industrial puede durar aproximadamente tres años. Primero, la solicitud de registro o petitorio debe ser examinada por la Oficina competente para verificar que éste cumpla con los requisitos de forma establecidos por la norma. Si la solicitud cumple con los requisitos de forma, ésta será publicada en la Gaceta de Propiedad Industrial para que a partir de ese momento, terceros interesados se opongan al registro del diseño.

Este trámite se diferencia de otros trámites, como el de las patentes y el de las marcas, en tanto en este caso la Oficina competente no realiza de oficio un examen de fondo o de registrabilidad, es decir, dentro del trámite no se prevé una etapa para determinar si el diseño es o no registrable teniendo en cuenta los requisitos de fondo ya mencionados. El examen de registrabilidad sólo se realiza en caso que se haya presentado por parte de un tercero oposición contra la solicitud del registro, bien sea con fundamento en un diseño previamente registrado o en la falta de novedad del diseño. No obstante lo anterior, la normatividad andina establece que cuando el diseño industrial carezca manifiestamente de novedad, la oficina nacional competente podrá denegar de oficio la solicitud.

25 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso: 71-IP-2005.

26 "Artículo 17.- 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: [...]"]

Ahora, en relación con los derechos adquiridos con el registro, debe tenerse en cuenta que al igual que los demás derechos de propiedad industrial, estos son derechos de exclusiva con un aspecto positivo y otro negativo. Desde la perspectiva positiva, el derecho le permite al titular explotar el diseño sobre el cual recae el registro. Y desde la perspectiva negativa, el derecho supone la reserva de excluir a terceros de la explotación del diseño que no cuenten con su consentimiento para hacerlo.²⁷

Sobre los derechos, el Tribunal de la Comunidad Andina ha establecido:

Se advierte, asimismo, que el titular del diseño industrial está facultado para actuar contra terceras personas que intenten o efectúen cambios sobre su diseño industrial, cuando no se ha producido ninguna transferencia o cesión de derechos respecto del diseño.

Al respecto, algunos autores sostienen que entre las facultades que comprende este derecho, figura la de poder exigir de cualquier explotante el respeto a la integridad del diseño original, tal y como su titular lo ha concebido y realizado y desea que se mantenga; de modo que sin el expreso consentimiento del autor, no pueden introducirse por ningún concepto alteraciones, al difundir, publicar o reproducir su diseño. No obstante, aunque el autor sea, en principio, el titular legítimo del derecho de registro, éste lo puede ceder en favor de un tercero, sea éste persona natural o jurídica; sin embargo, no por ello pierde su autoría, conserva además el derecho de la concepción, la cual es inajenable, por lo que el cesionario del derecho deberá re-

conocer y exteriorizar, de ser el caso, de quién ha provenido la creación y, quién ha sido el cedente de los derechos en su favor.²⁸

Finalmente, en cuanto a las acciones judiciales podemos encontrar que por un lado, la decisión 486 estipula una acción judicial para los titulares de los derechos derivados del registro del diseño industrial contra cualquier persona que infrinja sus derechos.²⁹ Ésta es un acción ordinaria de la cual conocen los jueces civiles, sin embargo, normalmente el resultado de la decisión del Juez se deriva del dictamen pericial presentado por el perito en relación con el diseño industrial sobre el cual se concedió el registro. Por medio de esta acción se busca:

- (i) la cesación de la conducta infractora por el infractor, para lo cual se hace uso de la medidas cautelares contenidas en la misma Decisión.
- (ii) la indemnización de los posibles perjuicios causados al titular por el infractor con su conducta.

Por otro lado, el Código Penal colombiano prevé un delito denominado "*usurpación de derecho de propiedad industrial y derechos de obtenedores de variedades vegetales*" por medio del cual se castiga con prisión y multa a quien fraudulentamente utilice un diseño industrial registrado sin previa autorización.

27 Óp. cit. Otero Lastre, José Manuel. En: Metke, Ricardo "Lecciones de Propiedad Industrial" (III), p. 174

28 Óp. cit. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 130-IP-2006.

29 Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina. Art. 238.

A. El Diseño Industrial y la Moda

Al haber estudiado las generalidades del Diseño industrial se puede evidenciar que su definición se adapta al concepto de diseño de moda, razón por la cual no cabe duda que este último podría ser contentivo de la protección que la Decisión 486 prevé para los diseños industriales. Sin embargo, de acuerdo con los archivos de la SIC la presencia de diseños de moda como diseños industriales es escasa, a saber, en el año 2008 fueron registrados 2 diseños de vestidos y un diseño de joyería; y en el año 2009 fueron registrados 33 diseños de zapatos.³⁰

B. Crítica

La protección establecida por la normatividad andina en materia de Diseños Industriales, que si bien en ocasiones se adecua 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, y por la misma razón son pocos los diseños registrados relacionados con el negocio de la moda.

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

ños la protección debe ser instantánea y debe poderse materializar bien sea desde que el diseño se crea o desde que se da a conocer al público, pues de lo contrario dicha protección será inocua.

Es posible pensar que la mencionada extensión de tiempo podría sopesarse con el benévolo periodo de gracia para presentar la solicitud de registro previsto por la Decisión 486. Sin embargo no es así, pues la vida de uno diseño dura aproximadamente eso, 1 año, inclusive en Colombia donde la vida comercial de los diseños es más amplia que en otros lugares. En conclusión, la protección mediante diseño industrial es viable siempre y cuando el diseño tenga una vida más larga, como sucede con algunas carteras, zapatos o piezas de alta costura.

Por otro lado, el trámite parecería benéfico en tanto la oficina competente, en este caso la sic, no realiza un análisis de la novedad de los diseños de oficio, de esa manera muchos de los diseños de moda cuyo diseño obedece a formas usuales o a las tendencias de cada temporada serían protegidos sin ser necesariamente novedosos. No obstante, este beneficio no es tan claro pues como vimos la normatividad andina establece que cuando el diseño industrial carezca manifiestamente de novedad, la oficina nacional competente podrá denegar de oficio la solicitud, lo cual es muy posible que suceda en el caso de diseños de moda, pues estos no siempre atienden a una alta capacidad creativa sino a las tendencias.

Ahora, la protección mediante Diseño Industrial tiene aspectos positivos, como por ejemplo la

30 Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, Carlos Enrique Polanía falla Jefe Oficina de Tecnología e Informática. Respuesta a Derecho de Petición No. 10-132786-0-2 del 8 de noviembre de 2010.

duración de la protección, la cual no es ni corta ni extensa. Asimismo, es positiva en tanto el titular del diseño siempre tendrá el registro como título para probar sus derechos y procurar que éstos se materialicen, lo cual no sucede con el Derecho de Autor como se verá más adelante.

En conclusión, el Diseño Industrial no es un mecanismo adecuado para proteger diseños de moda que son temporales y cuyos niveles de novedad no son altos. Sin embargo, sí es un mecanismo adecuado para proteger diseños de moda que no sean tan efímeros y que tenga cierto nivel de novedad.

IV. DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor, como ya fue mencionado con anterioridad, es una de las herramientas prevista por la legislación colombiana que tiene como objeto de protección las obras literarias y artísticas susceptibles de reproducción, las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo literario y artístico, cualquiera que sea el modo, forma de expresión y su destino, tales como las obras de arte aplicadas, entre muchas otras.³¹

Ahora, de acuerdo con la Decisión 351 de 1993 una obra es “toda creación intelectual original de naturaleza artística o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.” Asimismo, para la Corte Constitucional colombiana una obra es

la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida. Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades.³²

A la luz de lo expuesto, es posible concluir que para que una obra sea protegida se requiere que: (i) sea una creación intelectual, (ii) sea original y (iii) pueda ser reproducida o divulgada por cualquier medio conocido o por conocer. Asimismo se puede concluir que el titular del Derecho de Autor es el autor, es decir, quien crea la obra. De las anteriores conclusiones resalta uno de los requisitos cuya comprensión es de gran importancia para determinar la aplicabilidad del Derecho de Autor como medio de protección para los diseños de moda, éste es la originalidad.

Para la DND, la originalidad “es aquel requisito que apunta a la “Individualidad” que el autor imprime en la obra (y no a la novedad stricto sensu) es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, ha de tener suficientes características propias como para distinguirlo de cualquiera del mismo género.”³³ Ahora, de

31 COLOMBIA. Ley 23 de 1982 de 28 de enero de 1982. Artículo 2. Y Óp. cit. Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Auto, Ricardo Ballesteros Valencia Jefe Oficina de Registro.

32 Lipszyc, Delia. Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ediciones Unesco Cerialc, 1993 Citada por la Corte Constitucional en Sentencia C-276/06 de 20 de junio de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez.

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

acuerdo con la doctrina, la originalidad tiene dos acepciones:

Subjetiva, “se refiere a la singularidad que tiene la obra por reflejar la impronta de su creador”.³⁴

Objetiva, la cual se refiere a que la obra no sea una copia de otra preexistente.³⁵

Ahora bien, para que una obra sea protegida por medio del derecho de autor necesita ser original tanto subjetiva como objetivamente,³⁶ no basta con que una obra refleje la personalidad o impronta de su autor si es igual a una obra ya existente, sobre este punto el Doctrinante español Bercovitz ha dicho:

Relacionada en parte con el significado de la originalidad al que me acabo de referir (originalidad subjetiva) es la posición doctrinal según la cual no es preciso que la obra sea objetivamente nueva, sino que basta con que lo sea subjetivamente. No constituiría, pues, una infracción del derecho de autor una obra igual a otra ya existente realizada por otro autor, siempre que este segundo autor no hubiese utilizado para nada, ni conscientemente ni inconscientemente, el modelo constituido por la obra preexistente. Es evidente que en tal caso, aunque la obra no fuese objetivamente nueva, lo sería subjetivamente como expresión de la capacidad creadora del segundo autor. Pero creo que la actividad creadora de las personas se

encuentra protegida por el derecho de autor únicamente en la medida en que genere obra objetivamente nuevas.³⁷

En razón a lo anterior es que las obras idénticas a otras preexistentes no son protegidas por el Derecho de Autor. Sin embargo, si las obras son parecidas a otras, éstas pueden ser protegidas siempre y cuando presenten algún cambio: “La extensión de la protección frente a creaciones parecidas depende lógicamente de la altura creativa. Cuando la obra tiene un grado de originalidad muy bajo, cualquier otra creación parecida será considerada distinta, y reconocida también como obra siempre que presente alguna variación o cambio. Cuando mayor originalidad tenga una obra, mayor será su campo de protección frente a creaciones parecidas y viceversa.”³⁸

Entonces, queda claro que la protección de una obra está supeditada a que ésta sea original, tanto subjetiva como objetivamente. Pero lo que resulta importante saber es cómo se determina dicha originalidad, de acuerdo con Bercovitz,

para determinar hasta qué punto una obra presenta suficiente novedad a los efectos de merecer la protección del derecho de autor, habrá que acudir a la opinión de los colectivos sociales a los que va dirigida la obra, así como a la de los especialistas.³⁹

Después de examinar el requisito de la originalidad se procederá con la exposición de las gene-

34 Márquez Robledo, Santiago. “Principios del Derecho de Autor”. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Profesores No. 39. 2009. Bogotá, pp. 31

35 Ídem, p. 34.

36 A excepción de software en tanto estos no reflejan la personalidad del autor propiamente sino su lógica al aplicar algoritmos matemáticos. Óp. cit. Márquez Robledo, Santiago, p. 32.

37 Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”. Ed. Tecnos. Madrid. 1997, p. 161.

38 Ídem, p. 163.

39 Ídem, p. 163.

ralidades del Derecho de Autor; se iniciará con el fundamento de la protección.

Para la OMPI,

La existencia del derecho de autor atiende a la justificación y reconocimiento de la creación intelectual y a fundamentos de índole económica. Por un lado, debe ser exaltada y estimulada la labor del creador otorgándole suficientes facultades para defender su obra, y hacer valer su condición de autor y, por el otro, debe concederse suficiente seguridad en los beneficios pecuniarios derivados de la utilización de las obras. De tales fundamentos se desprenden las estructuras de dos esferas de derechos inherentes a la autoría: los derechos morales y los derechos patrimoniales.⁴⁰

En efecto, los derechos concedidos a los autores se dividen en dos tipos de derechos, los morales y los patrimoniales. Los derechos morales, por un lado, “protegen básicamente la personalidad del autor en relación con su obra. El autor en su creación transmite su propia visión de la realidad, aún en la ficción; expresa ideas propias; refleja parte de su mismo ser.”⁴¹ Estos derechos de carácter personal son inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles.⁴²

Los derechos morales comprende los siguientes derechos: (i) Derecho de paternidad, (ii) De-

recho de Integridad, (iii) Derecho de ineditud, (iv) Derecho de modificación y (v) Derecho de retracto o retiro. Al ser de amplio conocimiento para el lector el contenido de los derechos se continuará exponiendo sobre los otros tipos de derechos previstos por el Derecho de Autor, los derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales son prerrogativas exclusivas otorgadas al titular de la obra que tienen efectos meramente económicos los cuales pueden transferirse y explotarse económicamente⁴³. Dentro del concepto de derechos patrimoniales encontramos: (i) Derecho de reproducción, (ii) Derecho de comunicación pública, (iii) Derecho de transformación, (iv) Derecho de distribución y (v) Derecho de seguimiento (Droit de suite).

Se hará especial mención sobre uno de los derechos enunciados, el derecho de transformación, el cual se relaciona en gran medida con el registro de los diseños de moda. Este derecho está contenido en el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 y de acuerdo con el mismo el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. Cuando el mismo autor o un tercero autorizado hace uso de este derecho, la nueva obra, que resulta de la transformación de la obra original se denomina obra derivada, la cual sólo será protegida por el Derecho de Autor si es autónoma en sí misma, es decir, si contiene otros elementos de que lo doten de originalidad, como por ejemplo varia-

40 Alvarado Baena, Viviana (relatora). “Memorias del Seminario de la omipi para los Países Andinos sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en Frontera” disponible en: <http://www.wipo.int/tools/es/gsearch.html?cx=000395567151317721298%3Aaqs59qtb0&cof=FRID%3A11&q=fundamento+del+derecho+de+autor&sa=Buscar>.

41 Ibid.

42 Colombia. Ley 23 de 1982. Artículo 30.

43 Óp. cit. Alvarado Baena, Viviana (relatora).

ciones o alteraciones de las obras preexistentes que permitan individualizar la nueva creación.”⁴⁴

El derecho de transformación se relaciona con el registro de los diseños de moda puesto que la mayoría de registros se realizan sobre los bocetos o dibujos en los que consta el diseño, es decir, sobre obras bidimensionales. Estas obras bidimensionales, usualmente se convierten en objetos tridimensionales protegidos también por el Derecho de Autor, pero esta vez como obras derivadas.⁴⁵ Sobre este punto, la DNDA ha dicho:

En consecuencia, si a partir de una obra, como un dibujo textil, que está en el plano bidimensional con posibilidades de ser transformado a un objeto tridimensional, se produce un artículo o producto originado en un acto de transformación, éste se podrá calificar como obra derivada en tanto cumpla con los requisitos propios de toda obra artística señalados por la ley.

Ahora, la tutela otorgada a la obra se deriva de la “forma de expresión” de la misma [sic], a saber un dibujo, un plano, una litografía, un boceto, etc., teniendo en cuenta los parámetros de protección del derecho de autor, la destinación de la obra no entra a formar parte de los criterios de protección. Por lo tanto, cuando la intención del autor es que su obra se convierta en un objeto tridimensional, por ejemplo, una cartera, un vestido o una maleta, tal intención íntima del creador se reserva a la esfera privada de éste, contando únicamente para efectos

de la protección legal, la forma en que éste decidió expresar la obra artística.⁴⁶

En relación a la duración protección, ésta dura toda vida del autor más ochenta años después de la muerte de éste o, derechos que en este momento serán disfrutados por aquellos que legitimamente los hayan adquirido.⁴⁷ Es muy importante recordar que la protección inicia desde el momento en el que es creada la obra y no desde que es registrada ante la DNDA. En el caso del Derecho de Autor, el registro es simplemente declarativo y no constitutivo. El registro tiene únicamente efectos probatorios. Entonces, al no ser el registro de carácter constitutivo, la DNDA no realiza un examen de registrabilidad o por lo menos no debería hacerlo. Este registro es bastante rápido y no tiene costo alguno.

Finalmente, en cuanto a la forma de materialización de esta protección se puede contar con ciertas acciones judiciales que enunciaré a continuación. En primer lugar, la Ley 23 de 1982 establece:

Artículo 242. Las cuestiones que se susciten con motivo de esta Ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria.

Dicho artículo cubre todos los posibles pleitos que se puedan suscitar en relación con el Derecho de Autor como por ejemplo los pleitos cau-

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

45 Entrevista con Juan Carlos Monroy, Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Oscar Salazar, Jefe de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Bogotá, 27 de septiembre de 2010.

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

47 Colombia. Ley 23 de 1982. Artículo 21.

sados por la reproducción no autorizada de una obra o la transformación no autoriza de ésta. Al igual que la acción civil que protege el Diseño Industrial, esta es un acción ordinaria por medio de la cual se busca: (i) la cesación de la conducta infractora por el infractor, y (ii) la indemnización de los posibles prejuicios causados por el infractor con su conducta.

Al igual que sucede con los Diseños Industriales, el Código Penal también prevé sanciones para quienes violen tanto de los Derechos Morales⁴⁸ como los Patrimoniales.⁴⁹ Estas sanciones consisten en multas y en prisión.

Después de haber hecho un resumen sucinto de las generalidades del Derecho de Autor, se examinará la aplicación de ésta para proteger artículos de moda.

A. El derecho de autor y la moda

Si bien ni la Decisión Andina 351 ni la Ley 23 de 1982 explícitamente mencionan como objeto de protección del Derecho de Autor los diseños de moda, estos, al ser productos utilitarios cuya finalidad es apelar al sentido estético de quien los contempla, producidos artesanalmente y/o a escala industrial⁵⁰ encajan en la definición de obra de arte aplicado,⁵¹ la cual de acuerdo con

48 Artículo 270 del Código Penal de Colombia.

49 Artículo 271 del Código Penal de Colombia.

50 El Glosario de la ompi sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de 1980, entiende por obra artística aquella creación cuya finalidad es apelar al sentido estético de la persona que la contempla.

51 Art. 3 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina:

"A los efectos de esta Decisión se entiende por: [...] Obra de Arte Aplicado:

la Decisión 351 es objeto de protección del Derecho de Autor.

Adicionalmente, la DNDA como ya había sido afirmado, considera que "los diseños de carteras, maletas, vestidos, zapatos y otros elementos de la industria del diseño, si reúnen los requisitos propios de las obras artísticas, estarán en la esfera de protección del derecho de autor. Si por el contrario, tales creaciones no reúnen los requisitos propios de una obra, no podrán estar dentro del campo de protección del derecho de autor."⁵²

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

Como ya había sido indicado anteriormente, los diseños de moda tiene una naturaleza híbrida, si bien son expresiones artísticas también son objetos utilitarios, y dada esa vocación utilitaria, los diseños deben acoger formas usuales que se adecuen al cuerpo humano, razón por la cual no todos los diseños de moda cumplen

Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial".

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

con el requisito de la originalidad en su acepción objetiva.

En relación a este punto específico, la DNDA, que a pesar de haber afirmado en el 2005 que los diseños de moda podían ser protegidos por el Derecho de Autor, hoy parece haber cambio de opinión en cuanto a la amplitud de dicha protección, pues ha sentado una posición en relación con la irregistrabilidad de vestidos. El Jefe de Registro de la DNDA, Oscar Salazar, considera que los diseños de moda en su gran mayoría no son obras de arte. Adicionalmente, ésta entidad se rehúsa a registrar colecciones enteras de diseñadores pues cree que la ropa reproduce formas usuales. Sin embargo, en relación con productos como zapatos, carteras y demás accesorios, que también hacen parte de la industria de la moda la Dirección tiene otra posición; para ellos dichos productos sí son registrables en tanto presentan un nivel más alto de creatividad,⁵³ es decir, porque éstos artículos si cumplen el requisito de la originalidad.

Como consecuencia de lo anterior, ante la DNDA no se encuentra registrada ropa (vestidos, camisas, pantalones) pero sí se han registrado carteras, zapatos y joyas.⁵⁴

Sobre este punto cabe hacer una reflexión. La DNDA es la entidad encargada de llevar el registro de las obras, más no de realizar un examen de registrabilidad, razón por la cuales no es concebible que ésta se rehúse a registrar una obra.

53 Entrevista con Juan Carlos Monroy, Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Oscar Salazar, Jefe de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor realizada el 27 de septiembre de 2010.

54 Ibidem.

Quien debe terminar qué es o no una obra como lo ha establecido Bercovitz son los expertos, para este caso, diseñadores de moda que conozcan el estado de la técnica y no los funcionarios que trabajan en el DNDA, quienes claramente no son expertos en tema de moda.

B. Críticas

Teniendo en cuenta las características del negocio de la moda, la protección de los diseños de moda por medio del Derecho de Autor no es efectiva en tanto no se adecua a éstas.

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. De hecho, como ya fue mencionado, la DNDA se niega a registrar ropa, pues considera que esta obedece a formas usuales, es decir, a un carácter simplemente utilitario, lo cual no siempre es cierto. Cualquiera pensaría que no es importante que la DNDA no permita el registro de este tipo de “obras”, pero como se demostrará sí es de gran importancia.

En relación con el registro, a primera vista parecería que la protección por medio de Derecho de Autor es más benéfica que la protección mediante Diseño Industrial dada la forma en la que se adquieren los Derechos. Mientras la protección propia del Diseño Industrial se obtiene con su registro, que puede durar hasta 3 años; los

derechos que se obtiene por medio del Derecho de Autor se obtiene desde el momento de la creación de la obra, sin que sea necesario registrar la obra. Sin embargo, el mencionado beneficio es sólo aparente pues dicho registro es necesario para poder iniciar cualquier tipo de proceso tendiente a lograr la protección de los derechos. Normalmente los jueces y/o fiscales se niegan a iniciar o dejar que continúe algún proceso relacionado con Derecho de Autor sin que se presente el registro como prueba, pues dudan de la existencia de la obra. Entonces al ser necesario el registro para poder materializar los Derechos de Autor no hay una real ventaja frente al Diseño Industrial.

Otro problema se presenta en materia procesal. Dado que no es común el registro de diseños de modas, especialmente de ropa, los jueces y/o fiscales no tiene un precedente el cual seguir, lo cual dificulta su trabajo a la hora de decidir pleitos de esta índole y causa inseguridad en los usuarios del sistema de justicia que no pueden prever con certeza la ruta que tomara el juez y/o fiscal en relación a la protección de los diseños por medio del Derecho de Autor.

Ahora bien, en cuanto a los derechos concedidos a los autores, no existe mayor discusión puesto que éstos sí se adaptan al tan mencionado carácter híbrido del negocio de la moda. La división entre los derechos morales y los patrimoniales se ajustan a la necesidad de proteger los diseños tanto como obras de expresión artísticas como objetos utilitarios, los cuales tienen un fin comercial.

Se podrían seguir mencionando otras críticas

sobre la aplicación del Derecho de Autor para proteger diseños de moda, como por ejemplo la extensa duración de la protección, que para artículos tan efímeros no es necesaria, sin embargo, queda claro que el Derecho de Autor tampoco es una herramienta adecuada para proteger los diseños de moda.

V. CONCLUSIÓN

Como se pudo ver a lo largo de este trabajo, la moda colombiana es uno de los sectores no tradicionales de la economía colombiana que merece una protección jurídica que se adecue a sus propias características, tales como su temporalidad o como su carácter híbrido. Sin embargo, las herramientas jurídicas previstas por la legislación colombiana no se adaptan a mencionadas características, pues ni el Diseño Industrial ni el Derecho de Autor son instrumentos efectivos a la hora de buscar protección para los diseños de moda.

En el caso del Diseño Industrial, la duración del proceso de registro es demasiado larga, tanto así, que para el momento en el que se ha podido registrar el diseño, éste ya ha perdido su valor comercial y no tiene mucho sentido alguno registrarlo, a menos, que este no sea un diseño temporal, como por ejemplo diseños de alta costura, los cuales tienen una vida mayor a la de otros diseños.

En el caso del Derecho de Autor, son mucho mayores los impedimentos que hacen que la protección por medio de ésta sea inocua para los diseños de moda. En primera instancia, el

solo hecho que la DNDA se rehúse a registrar colecciones de diseñadores y considere que en su gran mayoría los diseños de moda no son obras de arte hace muy difícil que la protección opere. Ahora, lo que realmente imposibilita que el Derecho de Autor sea una herramienta usada para la protección de los diseños de moda, es que el poco entendimiento que los operadores jurídicos tienen sobre el Derecho de Autor, pues estos consideran que el registro es necesario para hacer efectiva la protección. Lo anterior, implica entonces que dichos operadores reconocen como única entidad con capacidad para determinar qué es o no una obra a la DNDA, entidad cuya función no es decidir si una obra es obra sino simplemente llevar el registro de éstas.

Entonces, teniendo en cuenta que las herramientas provistas por la legislación colombiana no satisfacen las necesidades de un negocio tan importante como el de la moda es necesario pensar en:

(i) proponer una nueva forma de protección que se adecue a las características de la moda y que por lo tanto sea efectiva,

(ii) buscar una alternativa para que las protecciones existentes se tornen efectiva, como por ejemplo promover un mejor entendimiento del Derecho de Autor al interior de los aparatos judiciales para que la materialización de los derechos no sea irreal.

De las dos oposiciones presentadas parecería más fácil establecer un protección específica para el diseño de moda, sin embargo, si se opta por esta solución deberá tenerse en cuenta que

la moda es efímera, una forma de expresión artística y un negocio. Entonces, para obtener esta nueva forma de protección podrían adecuarse elementos de las protecciones examinadas en este trabajo, como por ejemplo la rapidez del registro del Derecho de Autor, la división entre Derechos Morales y Patrimoniales o la duración de la protección de los Diseños Industriales.

Se puede concluir entonces que, a pesar que el sector de la moda en Colombia merezca protección jurídica, los mecanismos que establece la legislación colombiana para la protección de ésta son ineficientes e inocuos en la práctica, es decir, el sector se encuentra desprotegido en el momento. Es por esta razón que se debe buscar una solución ante la desprotección del sector de la moda, ya sea reformando la legislación actual o promoviendo una reflexión sobre la forma en la que actúan los operadores jurídicos en relación a la aplicación de herramientas como el Derecho de Autor para proteger los diseños de moda.

Bibliografía

Alvarado Baena, Viviana (relatora). "Memorias del Seminario de la OMPI para los Países Andinos sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en Frontera" disponible en: <http://www.wipo.int/tools/es/gsearch.html?cx=000395567151317721298%3Aaqr559qtb0&cof=FORID%3A11&q=fundamento+del+derecho+de+autor&sa=Buscar>.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual". Ed. Tecnos. Madrid. 1997.

- Colombia. Código Penal. 2000
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-228/1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-276/1996. M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.
- Colombia. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ricardo Ballesteros Valencia Jefe Oficina de Registro. Concepto núm. 2-2005-5951 del 29 de junio de 2005. Disponible en: http://www.derechodeautor.gov.co/html/boletines/arch_boletin/edicion14.pdf
- Colombia. Ley 23 de 1982 de 28 de enero de 1982.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio, Carlos Enrique Polania Falla, Jefe Oficina de Tecnología e Informática. Respuesta a Derecho de Petición núm. 10-132786-0-2 del 8 de noviembre de 2010.
- Comunidad Andina. Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina.
- Comunidad Andina. Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.
- Jiménez, Guillermo y Kolsun, Bárbara. "Fashion Law. A Guide For Designers, Fashion Executives, And Attorneys". Ed. Fairchild Books. New York. 2009.
- Márquez Robledo, Santiago. "Principios del Derecho de Autor". Pontificia Universidad Javeriana. Colección Profesores núm. 39. 2009. Bogotá.
- Metke Méndez, Ricardo. "Lecciones de Propiedad Industrial". Ed. Dike. 2001. Medellín.
- Ompi-Comité permanente sobre el Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e indicaciones geográficas (SCT). Novena Sesión. Ginebra, 15 de octubre, 2002.
- Otero Lastres, José Manuel. "Reflexiones sobre el concepto de novedad en los modelos industriales. Actas de Derecho Industrial". Tomo 5, Madrid, 1979.
- Otero Lastres, José Manuel. En: Metke Méndez, Ricardo. "Lecciones de Propiedad Industrial (II)". Ed. Dike. 2002. Medellín.
- Serrano Pinilla, María Margarita. "La protección jurídica de los diseños de moda: Fortalecimiento de los Derechos de Propiedad Intelectual versus La Emergencia de un Ciclo de Innovación Fundado en la Imitación". Tesis de grado obtenida no publicada. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. 2009.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 12-IP-2007.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 130-IP-2006.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 71-IP-2005.
- Wild, Alfred. "La moda en Colombia". Ed. Alfred Wild. Bogotá. 1996.