



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Tesina correspondiente a la carrera de Derecho

**LEGISLACIÓN ACTUAL Y SUS DESAFÍOS EN EL
DERECHO DE LA MODA**

VALENTINA ANDREA SEPÚLVEDA GAJARDO

PROFESOR GUÍA: MARÍA JOSÉ ARANCIBIA OBRADOR

SANTIAGO – NOVIEMBRE DE 2016

Índice

Resumen	2
Introducción	2
Propiedad Intelectual y sus nociones básicas	6
Derechos de autor.....	7
Derechos Conexos.....	8
Propiedad Industrial	8
Marcas comerciales	9
Dibujos y diseños industriales.....	9
Patentes de invención.....	11
Competencia desleal	11
Fashion Law en el Derecho Comparado	13
Teorías sobre la protección jurídica de la Moda.....	15
Teoría de la unidad del Arte.....	15
Teoría de la Utilidad	16
Teoría de cúmulo de protección	16
Conclusiones	17
Bibliografía citada	18
Normas Citadas	18

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto abordar una nueva área del derecho que nació hace un par de años en Estados Unidos, conocida como el “Derecho de la Moda” el cual tiene como finalidad regular todo lo que sea concerniente a la industria de la moda. Particularmente la investigación se centrará en como esta nueva rama puede servir de ayuda a la protección de las diferentes creaciones de diseñadores dentro de este rubro, las que muchas veces son plagiadas, generando altas tasas de piratería que se presentan tanto en nuestro país como a nivel mundial. La legislación nacional actual no es suficiente, pero luego de la modificación a la ley de Competencia Desleal se podrían dar luces para poder dar una solución a este problema a través de los elementos de la responsabilidad civil.

Para esto, se interiorizara en primer lugar sobre el ámbito de la propiedad intelectual e industrial, como se compone cada una de ellas y que es lo que protegen, para luego establecer como la competencia desleal puede jugar un rol fundamental en la regulación del desconocido Derecho de la Moda. Para finalizar se hará un pequeño análisis sobre este tema en derecho comparado.

Palabras Claves: *Derecho de la Moda, Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Competencia desleal, diseño.*

Introducción

Moda, un término bastante utilizado desde tiempos inmemoriales que abarca todo lo que es tendencia en una determinada época, enfocándose principalmente en las prendas de vestir y todo accesorio que determinado sector en una sociedad utiliza según su estatus social, edad o simplemente gusto. Según la Real Academia Española, la moda se define como “uso, modo o costumbre que está en boga durante algún tiempo, o en determinado país”¹ y en otras acepciones como “gusto colectivo y cambiante relativo a prendas de vestir y complementos”² o “conjunto de la vestimenta y los adornos de moda”³. Como se puede entrever, la moda además de referirse al “estilo” que alguien pueda llevar, siempre llega a un mismo punto: las prendas y sus distintos accesorios o complementos que son utilizados por las personas en un tiempo y lugar determinado. Pero, ¿Qué relación puede tener esto con el Derecho? Muchos abogados creen que este es un tema bastante superficial y banal y que no tiene absolutamente ninguna relación con esta

¹ DISPONIBLE EN: [HTTP://DLE.RAE.ES/?ID=PTFXQ8T](http://dle.rae.es/?id=PTFXQ8T)

² DISPONIBLE EN: [HTTP://DLE.RAE.ES/?ID=PTFXQ8T](http://dle.rae.es/?id=PTFXQ8T)

³ DISPONIBLE EN: [HTTP://DLE.RAE.ES/?ID=PTFXQ8T](http://dle.rae.es/?id=PTFXQ8T)

ciencia tan compleja como lo es el Derecho. Sin embargo, si analizamos todo el proceso que se lleva a cabo para dar con la prenda final, las personas que intervienen y la relación que puede haber con ellos, nos damos cuenta que es imprescindible que haya alguna regulación de ello.

Es por esto que hace un tiempo atrás nació la idea de crear una rama que se dedicara al estudio de la industria de la moda, su funcionamiento, analizando también como es la relación que hay entre las distintas personas que forman parte de esta gran industria, pero por sobre todo como el Derecho puede regular las distintas creaciones que nacen de una determinada marca o diseñador. Esta nueva “corriente” -por así decirlo- ha intentado establecer un el momento en que esta idea se origina plasmándose en un bosquejo para luego materializarse y finalmente, donde ya en algunos países se ha comenzado a legislar de manera más acabada sobre este tema

De esta forma, ¿Qué se puede entender por Derecho de la Moda? El “Fashion Law”, como se conoce también esta rama en el derecho anglosajón, es un área que aún se encuentra en pañales y que tiene como objeto “*el tratamiento y análisis jurídico vinculado con la industria de la moda*”⁴. Ésta abarca distintos puntos que confluyen en las tendencias que se llevan en una determinada época, considerando los distintos asuntos que puedan darse en alguna etapa de la creación de la prenda hasta que esta llega a manos del consumidor⁵. Susan Scadafi plantea los pilares fundamentales del Derecho de la Moda, que son cuatro: propiedad intelectual, negocios y finanzas, con subcategorías que incluyen legislación laboral y contratos de bienes inmuebles; comercio internacional y la regulación gubernamental, cuestiones relacionadas con la seguridad y la sustentabilidad; derechos del consumidor y derechos civiles⁶.

Como se puede ver, la moda es una industria que necesita ser regulada por el Derecho ya que todos sus procesos implican que por un lado, las personas involucradas gocen de protección y garantías dentro de su ámbito laboral, y por otro, que las creaciones de los diseñadores o artistas también gocen de protección pero ya desde el prisma de la propiedad intelectual. Y en esto último radica la importancia de esta investigación, en como nuestra legislación entrega protección a las distintas creaciones y los mecanismos que existen para pelear las infracciones a las leyes que las protege, la responsabilidad que cae en los agentes que la infringen y como esto se relaciona con el plagio que hoy en día es un tema que aún no tiene solución (según las cifras existentes hubo más de 2.600.000 de prendas falsificadas que fueron retenidas entre 2008 y 2014 con pérdida para el Fisco por concepto de evasión de IVA de US\$6,0 millones⁷); ¿y cuál es la razón de ello? La razón es la legislación deficiente que hay sobre este tema y los pocos mecanismos que tiene nuestro ordenamiento para evitar este tipo de

⁴ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.32

⁵ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.19

⁶ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.19

⁷ DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.CNC.CL/SEMINARIO-CNC-ABORDA-COMO-HA-CRECIDO-LA-PIRATERIA-EN-CHILE/](http://www.cnc.cl/seminario-cnc-aborda-como-ha-crecido-la-pirateria-en-chile/)

conductas. El derecho debe ser una herramienta que concilie diversos intereses más aun en los ámbitos en que no existe unificación de criterios a nivel internacional como es el caso de la protección de distintos tipos de creaciones artísticas⁸. Es por esto, y como se decía anteriormente, es la propiedad intelectual la que abarca todo lo relacionado con las patentes industriales, marcas y licencias; y pese a que existe regulación en el tema esto no es suficiente ya que la piratería afecta significativamente este negocio⁹, dándose nuevamente la necesidad de legislar sobre este problema siendo el Derecho de la moda el mecanismo más idóneo para enfrentar este problema.

En nuestro país la regulación existente no basta para dar una protección a las creaciones y los intereses que están en juego en la industria de la moda ya que la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en su Artículo N° 3 N°18 establece que “*Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: “los dibujos o modelos textiles”*”¹⁰, pero no menciona ninguna manera de protección de la aplicación industrial de los modelos textiles. Por otra parte, tenemos la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial, en el Artículo 62 ter que no protege este tipo de creaciones, quedando solo el amparo del derecho de autor¹¹. Con esto, se puede establecer que en nuestro país hay un gran vacío en esta materia lo que provoca que muchas de las creaciones que se dan dentro de la gran industria de la moda queden desprotegidas y así el plagio o la piratería sea de fácil acceso, provocando que el diseñador quede completamente desprotegido y desamparado frente a la ley. Al tener este choque entre ambas normas ¿Qué solución nos queda? En el año 2007 se promulgo la ley N° 20.169 que definió y sancionó la competencia desleal¹². En este sentido, queda claro que había un gran vacío en este tema ya que recién en ese año se legisló acerca las prácticas desleales y sus consecuencias. ¿Qué es la competencia desleal? Como bien sabemos, la competencia en si es aceptada en nuestro sistema siempre y cuando no se perjudique a otro agente competidor y bajo esta premisa es necesario establecer los supuestos que deben darse para que se genere esta competencia desleal y se compense el daño generado al agente perjudicado. Y aquí se viene lo importante de este trabajo ¿Cómo se regula la competencia desleal en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y como esto se relaciona con el derecho de la moda? ya dimos las primeras luces de lo que el Derecho de la Moda regula a grandes rasgos y como esto podría ayudar a proteger las distintas creaciones frente al gran problema de la piratería, no obstante, es necesario también señalar la importancia que tiene la Ley 20.169 y como esta enfrenta el tema de la competencia desleal como una hipótesis de responsabilidad extracontractual. Esta ley define la competencia desleal en su Artículo 3° y dispone que “*es acto de competencia*

⁸ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.14

⁹ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.14

¹⁰ Ley 17.336, de 2014

¹¹ ARANCIBIA CONTADOR (2016)

¹² TAPIA RODRÍGUEZ (2008) p.181

*desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado*¹³, además establece un listado de figuras típicas que aluden a las conductas desleales que pudieran darse, de las cuales la que nos interesa castiga los “actos de confusión” que se definen como actos que están destinados a aprovecharse de la reputación ajena copiando los productos que sean de otro competidor¹⁴. Así, es posible constatar que la manera de responsabilizar a este agente transgresor es siguiendo los principios que establece la responsabilidad civil, como un juicio normativo destinado a atribuir los perjuicios provocados en el agente que provocó daño a otro, debiendo indemnizar pecuniariamente al afectado.

Con este panorama, en esta investigación abordaremos todos los puntos antes comentados, comenzando desde lo más básico, que es lo que engloba todo este entramado jurídico: la Propiedad Intelectual. Luego se expondrá de manera más acabada lo que se ha establecido en relación al Derecho de la Moda, como este puede servir para llenar los vacíos legales que existen en la industria de la moda y así dar una protección óptima a este tipo de creaciones. Por otro lado se establecerá cual es el objeto de cada ley antes comentada, y así también indicar las falencias que existen actualmente dentro de las mismas. Finalmente, hablaremos sobre la competencia desleal, su concepto elementos y características; analizando el régimen de responsabilidad extracontractual existente en nuestro país y como este se relaciona con la competencia desleal, estableciendo si los supuestos que dan lugar a la competencia desleal y las formas de evitarla son la solución correcta para proteger las creaciones de los diseñadores de posibles plagios; además para terminar se dará un breve análisis del Derecho de la Moda en el Derecho Comparado.

¹³ Ley 20.169, de 2007

¹⁴ TAPIA RODRÍGUEZ (2008) p.182

Propiedad Intelectual y sus nociones básicas

En su forma más básica, la propiedad intelectual se define como “el área del derecho que regula la creación, uso y explotación del trabajo que es resultado de procesos creativos o mentales”¹⁵. Con esta acepción es esta área la que se encarga de reglamentar las nuevas creaciones, estableciendo la forma en que cada una de ellas debe ser tratada según lo que se haya creado.

Por otro lado, el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) define la propiedad intelectual como un conjunto de derechos que se refieren a: las obras literarias, artísticas y científicas; interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y las emisiones de radiodifusión; las invenciones de todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; dibujos y modelos industriales; marcas de fábricas, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; y a la protección contra la competencia desleal, y todos los derechos relativos a la actividad intelectual en los ámbitos industrial, científico, literario y artístico¹⁶. Se puede ver que la propiedad intelectual abarca distintos tipos de creaciones y las agrupa según sea su especie. Así por ejemplo, en un grupo están las creaciones musicales, distinguiendo entre el intérprete y quien ejecuta tal pieza musical.

Entonces cabe preguntarse, ¿en cuál de estos tipos de derechos se encuentra la protección de los diseños textiles en nuestra legislación? Para responder esta interrogante tenemos que establecer en primer lugar si nos encontramos frente a una noción amplia o restringida del concepto de propiedad intelectual. En su sentido amplio, la propiedad intelectual hace referencia a los derechos cuyo punto de confluencia es la relación que tiene con procesos creativos o mentales, los cuales son el derecho de autor, derechos conexos, patentes, marcas, diseños industriales y modelos de utilidad¹⁷. Por otro lado, en su sentido restringido la propiedad intelectual se refiere solo al derecho de autor y a los derechos conexos, donde los demás derechos de patentes, marcas, diseños industriales y modelos de utilidad se consideran dentro de la propiedad industrial, siendo esto último lo que rige en Chile¹⁸. Esto quiere decir que la propiedad intelectual en sentido amplio tiene relación con toda creación que provenga de la mente humana como

¹⁵ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 4

¹⁶ DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.PROPIEDADINTELECTUAL.CL/623/W3-ARTICLE-47807.HTML](http://www.propiedadintelectual.cl/623/w3-ARTICLE-47807.HTML)

¹⁷ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 5

¹⁸ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 6

inventos, modelos de utilidad, marcas, diseños industriales, patentes y todo lo que comprende los derechos conexos; y en sentido restringido comprendería lo que es la propiedad industrial que incluye patentes de invención, modelos de utilidad, marcas comerciales, colectivas, de certificación e indicaciones geográficas y denominaciones de origen; y los derechos de autor que comprende las creaciones musicales y los derechos de organismos de radiodifusión sobre sus programas radiales y televisivos¹⁹.

Con este primer análisis, es posible determinar en qué tipo de protección cabría las creaciones de los diseñadores en la industria de la moda, pudiendo dilucidarse en un primer momento que nos encontramos en la hipótesis de la propiedad industrial, en donde se protege las marcas, descartando los de Derechos de autor y derechos conexos por las siguientes razones: como se dijo anteriormente, la propiedad intelectual en sentido restringido comprende los dos derechos mencionados, los cuales en nuestra legislación se encuentran regulados en la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Sin embargo, los derechos de autor y derechos conexos no tienen muchas normas en común, compartiendo las limitaciones y excepciones, su sistema de registro el cual es facultativo (la ley no exige que la obra sea registrada para que se proteja) y las acciones y procedimientos que son aplicables en caso de infracción²⁰.

Derechos de autor

Este derecho se encuentra regulado en el Título I de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y protege todos aquellos derechos que adquieren los autores de una obra que tenga relación con dominios literarios, artísticos y científicos cualquiera sea su forma de expresión, bastando solo el hecho de haberse creado tal obra, por lo tanto, la ley exige solamente que exista una obra y que sea original²¹.

En cuanto a la titularidad del derecho, por regla general la ley establece que será titular el autor de la obra, naciendo dos derechos para su titular, los derechos patrimoniales y los morales. Los primeros dicen relación con la explotación económica de la obra que se protege, de lo que deriva la facultad de “utilizar directa y personalmente la obra, transferir total o parcialmente sus derechos sobre ella y autorizar su utilización por terceros”, donde el derecho de utilizar se refiere a la facultad de “publicar, reproducir, adaptar, ejecutar públicamente y distribuirla”²². Un ejemplo de esto último sería la utilización de canciones en comerciales, donde la entidad que está haciendo de su uso tiene la facultad de modificar su letra, reproducirla y publicarla en un spot publicitario.

¹⁹ DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.INAPI.CL/PORTAL/ORIENTACION/602/W3-PRINTER-618.HTML](http://www.inapi.cl/portal/orientacion/602/w3-printer-618.html)

²⁰ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 6

²¹ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 7

²² WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 8

Derechos Conexos

Estos derechos se regulan en el Título II de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y son el conjunto de facultades que la ley le entrega al autor de la obra, donde la ley exige que para poder obtener estas facultades exista una interpretación, ejecución o fonograma, el cual consiste en toda fijación sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos; o radiodifusión.²³

El titular del derecho será la persona que creó la obra que la misma ley distingue y que son las que se nombraron en el párrafo anterior. Lo mismo ocurre con las facultades que se le confiere al titular del derecho.

Propiedad Industrial

La propiedad industrial se encuentra regulada en la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial y reemplaza la antigua legislación que existía desde 1931, reglamentando primordialmente las “patentes, marcas comerciales, diseños industriales, modelos de utilidad e indicaciones geográfica”.²⁴

Esta área del derecho a diferencia de la propiedad intelectual que solo exige que sean trabajos originales, tiene por objeto proteger obras que representen un avance en la ciencia y tecnología. Además, en cuanto a las facultades que concede a sus autores, la propiedad industrial entrega un monopolio absoluto que faculta a su titular de excluir a cualquier tercero de la explotación de su obra.²⁵ Esto quiere decir que quien crea una obra que sea protegida por la propiedad industrial adquiere total dominio de su creación y cualquier tercero que obtenga un producto igual o similar al que ya está protegido, aunque sea por otros medios completamente diferentes al que utilizó el titular de derecho de propiedad industrial queda impedido de proteger su creación y de poder establecerla como propia. Lo anteriormente dicho es un punto relevante ya que ¿Qué es lo que ocurre en la industria de la moda? habiendo esclarecido la diferencia entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial damos por sentado que toda creación originada en este rubro cabe bajo el amparo de la última, estableciéndose que obras como prendas de vestir, calzado o maquillaje conceden un monopolio absoluto a su creador y que estas una vez registradas (exigencia obligatoria que emana de la ley) no se pueden volver a originar por otro autor.

²³ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 9

²⁴ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 10

²⁵ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 11

La propiedad industrial regula distintos tipos de creaciones como se dijo anteriormente, en esta investigación importa analizar lo que concierne a las marcas comerciales, los dibujos y diseños industriales y las patentes de invención.

Marcas comerciales

Estas se encuentran reguladas en el Título II de la Ley N°19.039 de Propiedad Industrial y las define en su Artículo 19 como aquellas que “comprenden todo signo que sea susceptible de representación gráfica y capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimiento industriales o comerciales”.²⁶

Los requisitos para que el o los signos sean considerados como marcas comerciales es que tenga un carácter distintivo, donde el titular del derecho será la persona –natural o jurídica- que se individualice en el registro de marcas.²⁷ Así se le confiere al titular de la marca “el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico” pudiendo impedir que un tercero utilice en el comercio marcas idénticas o similares a la registrada para productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales sin su consentimiento.²⁸

En cuanto a la duración del registro, esta tiene un tiempo de diez años contados desde la fecha de su inscripción el cual se puede renovar a petición del titular por periodos iguales.²⁹

Como se puede ver la marca es el signo distintivo que tiene una creación para diferenciarla de otra, y en la industria de la moda esto es primordial ya que significa que cada obra creada por un diseñador tiene un sello que lo protege de una eventual copia o plagio.

Las marcas es la identidad que tiene un diseñador a través de la cual dará a conocer su trabajo y a través de ella se lo asociará en sus creaciones.

Dibujos y diseños industriales

Este tipo de creaciones se encuentra regulada en el Título V de la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial. En cuanto a los diseños, estos se definen en el Artículo 62 de la ley antes citada y son aquellos que:

²⁶ LEY 19.039, DE 2005

²⁷ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 13

²⁸ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 13

²⁹ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 13

“Comprenden toda forma tridimensional asociada o no a colores, y cualquier artículo industrial o artesanal que sirva de patrón para la fabricación de otras unidades y que se distinga de sus similares, sea por su forma, configuración geométrica, ornamentación o una combinación de éstas, siempre que dichas características le den una apariencia especial perceptible por medio de la vista, de tal manera que resulte una fisonomía nueva”.³⁰

Por su parte los dibujos industriales se definen como:

“Toda disposición, conjunto o combinación de figuras, líneas o colores que se desarrollen en un plano para su incorporación a un producto industrial con fines de ornamentación y que le otorguen, a ese producto, una apariencia nueva”.³¹

En estos casos la ley exige que el diseño o dibujo sea novedoso y original, siendo titular del derecho el creador, sin embargo existe una excepción en los casos que en virtud de un contrato de trabajo o prestación de servicios se encargue una actividad inventiva o creativa, donde los derechos son del empleador o de quien hizo el encargo salvo estipulación en contrario.³²

Por último, las facultades de las que goza el titular son aquellas que establece el artículo 49 de la ley N° 19.039 en la cual se confiere la “exclusividad para producir, vender o comercializar, en cualquier forma, el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier tipo de explotación comercial del mismo”³³

En la misma línea, es importante destacar la definición que entrega la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre los diseños y modelos industriales, la cual establece que “son composiciones de líneas o colores o formas tridimensionales que otorgan una apariencia especial a un producto u obra de artesanía. Los dibujos o modelos industriales protegen el aspecto ornamental o estético de un objeto útil, que normalmente resulta atractivo para el sentido de la vista o del tacto”³⁴. En esta hipótesis, perfectamente se podría proteger una prenda o accesorio que parezca fuera de lo común y novedoso.

Esto nos permite concluir que en nuestro país todo lo que tenga que ver con esta industria está protegida bajo el alero de la propiedad industrial, siempre y cuando sea registrado según los casos que establece la ley, quedando en completa desprotección aquellas creaciones que no sean registradas como lo son las prendas que pudiera hacer un artesano o un diseñador que no ha registrado marca alguna. Y aquí encontramos el primer vacío, ya que de no mediar tal registro la creación queda totalmente desprovista de protección y el autor no tendrá ningún poder sobre ella, no así en los casos de obras que se protejan por la propiedad intelectual donde tal registro es facultativo y no

³⁰ LEY 19.039, DE 2005

³¹ LEY 19.039, DE 2005

³² WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 12

³³ LEY 19.039, DE 2005

³⁴ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.33

es requisito para que la obra sea protegida. ¿Qué ocurre en los casos en que las personas no tienen acceso inmediato a tal registro? Pongámonos en el caso de un artesano que confecciona diferentes tipos de tejidos y que por falta de acceso o conocimiento para registrar sus creaciones exclusivas las comercializa sin tener como acreditar que son sus creaciones y, un tercero registra aquellos tejidos como si fueran de su propiedad. El diseñador original queda en total indefensión ya que no hay como probar que fue esa persona quien creó estas prendas y la ley no establece ninguna forma de ampararlo frente a estas situaciones.

Patentes de invención

Este tipo de creación está regulada en el Título III de la Ley N°19.039 y se define en su artículo 31 como “toda solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial. La invención puede ser un producto o un procedimiento o estar relacionadas con ellos”³⁵. La patente es un derecho exclusivo que concede el Estado para proteger una invención.³⁶

Los requisitos para que se pueda solicitar el registro se establecen en los artículos 32, 33 y 35 de la misma ley y son: crear un producto o procedimiento, que sean nuevos (que no existan con anterioridad), que tengan un nivel inventivo y que sean susceptibles de aplicación industrial.³⁷ En cuanto a la titularidad del derecho y sus facultades se aplican las mismas reglas de los dibujos y diseños industriales.

Un ejemplo para este tipo de creación se podría citar el que se enuncia en el libro “Derecho y Moda” donde se podría considerar patentable una tela que no se arrugara, que fuese más suave o resistente al fuego.³⁸

Competencia desleal

Este tema ha sido tratado en nuestra legislación en diferentes cuerpos legales, teniendo distintas modificaciones para así lograr establecer cuales son realmente las conductas que se deben considerar como desleales dentro del mercado y en qué momento estas operarían. A lo largo de los años se han dado distintas definiciones para este fenómeno, las cuales no distan unas de otras. Cristian Banfi en un artículo que escribió para El Mercurio define la competencia desleal a raíz de dos fallos de la Corte Suprema que versan sobre este tema, definiéndola como comportamientos que implican un abuso o exceso del derecho o libertad de competir y que requiere el dolo o

³⁵ LEY 19.039, DE 2005

³⁶ WALKER ECHEÑIQUE (2014) P. 12

³⁷ LEY 19.039, DE 2005

³⁸ BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) p.34

intención de dañar al rival.³⁹ De esta definición podemos destacar que la competencia desleal se caracteriza por provenir de comportamientos dolosos que tienen como fin perjudicar a un competidor, sacando provecho de esta situación. Sin embargo, hacia cuarenta años atrás la situación era distinta y la legislación trataba este problema de otra manera.

En el año 1973 fue dictado el DL 211, primera normativa que regula en nuestro país la competencia desleal, creando distintas instituciones que fiscalizaban y se encargaban de evidenciar si existían o no tales conductas desleales.⁴⁰

En nuestra legislación, hasta el año 2004, no se evidenciaba un tipo específico de competencia desleal aplicándose el tipo genérico de los Artículos 1° inciso 1° y 2° y letra f), en donde este último establece que sería contrario a la libre competencia toda actuación que tuviese como objeto eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia⁴¹. Ese año, se modifica tal Decreto Ley con la promulgación de la Ley N° 19.911 ya que era necesario establecer los ilícitos de la competencia desleal y proteger el bien jurídico de la libre competencia, agregándose el artículo 3° letra c) el cual establece como actos contrarios a la libre competencia aquellos que eran realizados con el objetivo de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.⁴² Sin embargo el requisito de “posición dominante” seguía siendo importante ya que si no se lograba acreditar este elemento, aun cuando las conductas denunciadas fuesen constitutivas de competencia desleal, las demandas se rechazaban.⁴³

Surge así la necesidad de modificar nuevamente la legislación y se promulga la Ley N° 20.169, para regular los casos de competencia desleal en forma particular ya que los ilícitos no se cubrían ni por la normativa de competencia desleal, la legislación de protección de propiedad industrial ni la ley del consumidor.⁴⁴ Con esta nueva modificación se establece que los actos de competencia desleal son de naturaleza jurídica distinta y que el bien jurídico protegido es la decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva, donde la relación entre los particulares en sus relaciones comerciales debía darse en un clima de lealtad.⁴⁵ Esta conducta debía ser de acuerdo al estándar objetivo de hombre correcto y decente en sus relaciones comerciales y a través de la cual los actores del mercado deben ajustar su conducta a aquella objetivamente exigible.⁴⁶

³⁹ BANFI DEL RÍO (2012)

⁴⁰ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴¹ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴² RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴³ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴⁴ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴⁵ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴⁶ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

La nueva normativa logra regular de forma autónoma los ilícitos, reconociendo su fundamento en la responsabilidad civil. Se establece un catálogo no taxativo en su artículo 4° ya que en concordancia con el artículo 3° se establece que: “en general es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o buenas costumbres, que por medios ilegítimos busque desviar la clientela de un agente de mercado”.⁴⁷

Para sancionar las conductas contrarias a la libre competencia, la nueva normativa utiliza la lógica de la responsabilidad civil en donde Mauricio Tapia establece que:

“La competencia desleal consiste en un acto ilícito perjudicial para un competidor: el perjuicio no es otra cosa que la disminución de la clientela. Por tanto, se trata de una conducta ilícita que sólo interesa, en principio, al competidor directamente perjudicado. (...) En materia de competencia desleal, los intereses privados se cautelan reparando el daño provocado al competidor: haciendo cesar el acto, declarando el carácter deshonesto de una conducta, remediando en naturaleza el mal causado e indemnizando los perjuicios. Así, la Ley atribuye el conocimiento de estas conductas desleales a los tribunales civiles, que son los naturalmente llamados a dirimir los conflictos entre privados”⁴⁸

Es posible reconocer todos los elementos de la responsabilidad civil pero cobran real importancia la conducta ilícita y el daño o perjuicio típico. En cuanto a este último, el mismo autor citado establece que el perjuicio tiene relación con la desviación de clientela y por ende la pérdida de ésta para el competidor afectado, daño que debe ser resarcido a través de los instrumentos que otorga la responsabilidad civil.⁴⁹

Por último, en cuanto a la conducta ilícita es de vital importancia fijar sus límites ya que aquí radica la diferencia entre la competencia leal y la desleal, en donde la doctrina mayoritaria establece que se deben estimar como conductas ilícitas aquellas actuaciones reprochables cometidas con mala fe o dolo, no bastando la mera negligencia. Al respecto, Enrique Barros postula que la determinación del grado de culpa tiene un grado más alto de tolerancia puesto que en el ámbito de la competencia se exige mayor libertad para actuar, dando como ejemplo casos en que es completamente lícito mostrar la ventaja de los productos o servicios que se ofrecen, comparándolo con los ofrecidos por la competencia.⁵⁰

Fashion Law en el Derecho Comparado

⁴⁷ LEY 20.169, DE 2010

⁴⁸ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁴⁹ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

⁵⁰ RIVAS SÁNCHEZ (2010)

Antes de sugerir los distintos lineamientos que existen en esta área del derecho y pretender explicar la forma en que se pueden proteger las creaciones que nacen en la industria de la moda, partiremos por lo más básico, estableciendo cual es el objeto de protección y cuáles son las particularidades que hay dentro de esta industria.

En el ámbito internacional, podemos citar dos tipos de clasificaciones que han hecho distintos autores en torno a las categorías que tienen los diseños de moda. Partiremos por la “*Fashion Pyramid*” confeccionada por Raustiala y Sprigman quienes señalan que en la cima de la pirámide se encuentra la categoría de diseñador la que incluye tres tipos de producto: en primer lugar está el *haute couture* que se refiere a una pequeña porción de ropa de diseño personalizado en su mayoría dirigida a mujeres y comercializada a altos precios⁵¹; luego se encontrarían grandes empresas de diseño de ropa *ready-to-wear* dirigida a mujeres y hombres, nivel que se divide en colecciones *prestige* y *bridge lower-priced* las que se ponen a disposición de los consumidores por famosos diseñadores como Emporio Armani, D+G, CK Calvin Klein, entre otras; en un nivel inferior se encontraría la *better fashion* que es una categoría de ropa con precios moderados, en esta podemos encontrar marcas tales como Anne Klein, Banana Republic y Ann Taylor; por último, se encuentra el nivel más básico, conocido como *commodity* donde encontramos ropa confeccionada por WalMart, Target y Old Navy.⁵²

En cuanto a la clasificación hecha por DeVore, se establece que los diseñadores han creado piezas de ropa a lo largo de la historia, pasando por distintas categorías de moda y precio⁵³. La autora fija cinco categorías: 1. *avant-garde/wearable art* donde señala que en ella los diseñadores “*desafían la forma estática del arte y crean piezas que son exhibidas en cuerpos en movimiento*”⁵⁴ los que se encuentran focalizados en Francia e Italia y Estados Unidos⁵⁵; 2. Disfraces, que son atuendos creados con el objetivo de crear -valga la redundancia- la apariencia característica de un determinado periodo, lugar persona o cosa⁵⁶; 3. *Haute couture* que significa alta costura en francés, son vestidos confeccionados por las fabricas más caras, los que requieren horas de trabajo manual, siendo diseños únicos y hechos a la medida⁵⁷; 4. *Ready-to-wear* o *pret-a-porter* que toma fuerza a finales del Siglo XIX en Estados Unidos debido a diversos factores como la invención de la máquina de coser, sumado a la falta de tiempo y dinero para la confección de ropa *haute couture*, provocaron el desplazamiento de la ropa hecha a la medida cambiándolo por un sistema de tallas estándar donde las prendas eran vendidas en *boutiques* y ya no eran

⁵¹ Como ejemplo de este tipo de diseños se podría citar a Giorgio Armani, Dolce & Gabbana y Calvin Klein.

⁵² MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 180

⁵³ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

⁵⁴ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

⁵⁵ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 183

⁵⁶ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

⁵⁷ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

personalizadas⁵⁸; 5. Finalmente nos encontramos con el “mercado de masas”, donde se producen prendas en tallas y diseños estándar, usando maquinas industriales e invirtiendo en ellas un bajo presupuesto.⁵⁹ Estas categorías se dividen en dos grandes grupos, donde las dos primeras se agrupan en lo que se conoce como *artistic fashion* en el que las prendas más que tener una utilidad tienen un propósito artístico, en cuanto a las otras tres se agrupan en *non-artistic fashion*⁶⁰

Teorías sobre la protección jurídica de la Moda

No existe un régimen internacional unificado que regule de manera uniforme la protección de los diseños, por lo que cada país ha optado por el sistema que estime conveniente, ya sea estableciendo un cumulo de protección o un sistema alternativo y excluyente, lo que genera una serie de contradicciones e inseguridad jurídica, ya que como señalan Raustiala y Sprigman, “la Moda ofrece claramente un interesante e importante desafío para la posición ortodoxa de la Propiedad Intelectual”⁶¹.

Teoría de la unidad del Arte

Esta teoría, instaurada en Francia, estableció una protección de los diseños considerándolos arte, protegiéndolo desde el prisma del Diseño Industrial y como una obra protegida por los Derechos de Autor.

Por medio de la teoría de la unidad del arte, Francia consagró la protección de los diseños que, como arte, podían compartir la protección como Diseño Industrial a la par que como Obra protegida por Derecho de Autor.⁶² Como primera impresión se puede ver que la protección en este país ha sido bastante reforzada y tal como señala Scadafi “la industria de costura francesa respondió al origen de la piratería de diseño de dos maneras: primero, buscando protección por Propiedad Intelectual sobre los diseños de moda originales; y segundo, licenciando aquellos diseños a productores respetables tanto locales como extranjeros”⁶³. Por otro lado, Raustiala y Sprigman indican que la protección de los diseños es mayor en la Unión Europea –lo que incluye Francia- en donde surge esta teoría que consiste en que “el titular de un dibujo o de un modelo de aplicación industrial en la moda (...) puede verse beneficiado de la protección que emana del campo de los

⁵⁸ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

⁵⁹ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

⁶⁰ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 181

⁶¹ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 186

⁶² MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 186

⁶³ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 187

diseños industriales y a su vez de la que proviene de la obra de arte aplicada”⁶⁴. Así, bajo tal teoría se establece que cualquier diseño es una creación artística ya que “el arte es uno y todo es arte”, donde aquella creación puede ser protegida por el derecho de autor y, además al mismo tiempo, por la ley de diseño –propiedad industrial- si cumple con los requisitos que tal legislación exige⁶⁵.

Teoría de la Utilidad

Al contrario de lo que ocurre en Francia, esta teoría es la base de la legislación norteamericana, donde según señala Scadafi, esta nación se volvió la cuna de la piratería del diseño, donde estos mismos se negaron rotundamente a que se legislara acerca de la moda y sus creaciones⁶⁶. Con esto, los autores coinciden en que, en primer lugar, no existe protección mediante los Derechos de Autor y en segundo lugar, que las Cortes estadounidenses han creado una línea jurisprudencial bastante inestable, que no fija ningún parámetro para los competidores de la Industria de la Moda. La actual legislación de los Estados Unidos ha denegado la protección a través de la legislación de Derechos de Autor sobre los diseños de moda basados en la funcionalidad inclusive cuando la misma sociedad los ha considerado un arte utilizable⁶⁷. Según DeVore, la teoría de la utilidad “establece que la protección por Derecho de Autor no se otorga a ‘un artículo que tengan función utilitaria intrínseca que no es meramente retratar el aspecto del mismo’”. Entonces, bajo esta premisa, todo “*useful articles*” no cabe bajo la protección de los Derechos de Autor, por lo que muchos autores señalan que tal teoría también es conocida como “teoría de la disociación” donde existe una clara separación rígida entre el derecho de autor y la propiedad industrial, de manera que el régimen es alternativo⁶⁸. En conclusión, esta teoría rechaza la protección -a través del Derecho de Autor- de las prendas con diseños originales a menos que el contenido que expresan se pueda separar de la función utilitaria de la prenda o accesorio de vestir.⁶⁹

Teoría de cúmulo de protección

Esta postura plantea la posibilidad de suscribirse a dos sistemas de protección en donde encontramos la protección desde el Derecho de

⁶⁴ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 187

⁶⁵ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 187

⁶⁶ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 188

⁶⁷ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 188

⁶⁸ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 189

⁶⁹ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 189

Propiedad Industrial a través del Diseño Industrial y la protección a través del Derecho de Autor, donde se establece que ambos regímenes de protección pueden subsistir mientras haya una originalidad suficientemente marcada.⁷⁰ En España –por ejemplo- según señala Otero, “mientras que toda creación calificable como obra de arte aplicada puede constituir simultáneamente un diseño industrial, no toda creación subsumible en el concepto de derecho industrial es en sí misma y siempre una obra de arte aplicada”, dándose el siguiente escenario: el diseño ordinario y el artístico, donde el ordinario solo puede protegerse mediante la propiedad industrial y el diseño artístico u obra artística que se dan en el marco de la moda se puede proteger a través de la Ley del Diseño y el Derecho de Autor, teniendo como requisito que tal diseño creado sea original.⁷¹

Conclusiones

Luego de analizar las distintas regulaciones legales que hay dentro de la industria de la moda, podemos ver cuál es el panorama actual en cuanto a la protección de las prendas o accesorios que nacen dentro de esta industria, teniendo como principal panorama la deficiente legislación que hay en este rubro a nivel nacional e internacional, en este último caso, en el sentido de la inexistente regulación que hay sobre el Derecho de la Moda, área que aún se encuentra en pañales y que tiene un gran futuro dentro de lo que es el derecho ya que en ella confluyen distintas áreas de esta ciencia las cuales necesitan de manera urgente que se sean reglamentadas, en particular –y que interesa en esta investigación- lo que dice relación con la protección de los diseños que provienen de la creación de la mente humana.

Nuestra legislación tiene un sistema de cúmulo de protección, en el que se puede proteger una creación artística a través de la propiedad industrial y el Derecho de Autor, sin embargo esto no es suficiente ya que ambas leyes son incompletas en el sentido de no establecer de manera clara que es lo que se protegerá, además de ser mínimo el contenido que se pretende proteger a través de estas normativas actuales. Como bien se dijo existe una alternativa a esta deficiente legislación que consiste en la aplicación de la regulación actual que da la Ley sobre Competencia Desleal, la que sin dar directamente protección a los diseños, entrega protección indirecta, sancionando a aquellos competidores que actúen de manera desleal, vale decir, aquellas personas que cometan cualquier acto que tienda a perjudicar al diseñador de una obra por el plagio de ella. Todo esto a través de un juicio de responsabilidad civil, debiendo indemnizar el daño causado al agente perjudicado.

⁷⁰ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 189

⁷¹ MURILLO CHÁVEZ (2016) P. 189

Se puede ver que son muchos los desafíos que nuestra legislación tiene frente a este tema, debiendo hacerse un esfuerzo para que todo artista local pueda tener seguridad frente a lo que creó, entregándole las máximas garantías para que sus diseños no sean plagiados. Para esto es urgente que las leyes de Propiedad Industrial y Propiedad Intelectual sean modificadas y existan requisitos claros para que las prendas sean protegidas, además de que se establezca un listado más flexible acerca de los diseños que sean susceptibles de ser protegidos, para que así se abarquen –en lo posible– todos los diseños que nazcan dentro de la industria de la moda.

Bibliografía citada

-ARANCIBIA OBRADOR, María José (2016) “La moda no incomoda... hasta que te copian” (Santiago, El Mercurio Legal). Disponible en Internet: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/02/17/La-moda-no-incomoda-hasta-que-te-copian.aspx> [Última consulta: 24 de junio de 2016]

- BELLO KNOLL Y ECHEVERRIA (2015) “Derecho y moda” (Buenos Aires, Editorial Marcial Pons Argentina S.A)

-MURILLO CHÁVEZ, Javier André (2016) “Cortes, pedazos y retazos mercantiles sobre Derecho y Moda en el Perú”, en: *Equipo de Derecho Mercantil*, Número 4, pp. 176-218.

- RIVAS SÁNCHEZ, María Virginia, (2010) “Los ilícitos de responsabilidad civil por competencia desleal en la jurisprudencia sobre libre competencia”. Licenciado. Universidad de Chile.

-TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2008) “La ley N° 20.169 sobre competencia desleal: una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual”, en: *Cuadernos de análisis jurídicos*. Colección derecho privado / Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.(Santiago de Chile).4 (2008), p. 181-190.

-WALKER ECHEÑIQUE, Elisa (2014) “Manual de Propiedad Intelectual” (Santiago, Editorial Legal Publishing)

Normas Citadas

-Ley 17.336, Normas sobre Propiedad intelectual. Diario Oficial, 2 de octubre de 1970

-Ley 20.169 Normas sobre Competencia Desleal. Diario Oficial, 16 de febrero de 2007.

- Ley 19.039, Normas sobre Propiedad industrial. Diario Oficial, 25 de enero de 1991