

El derecho de la moda

Su vinculación con la propiedad intelectual y la necesidad de un adecuado sistema de protección **Breves nociones sobre el análisis económico en el campo de la moda**

Micaela Figueredo[1]

I. Introducción

El derecho está presente –de manera directa o indirecta– en toda actividad empresarial, y la industria de la moda no es la excepción. Su importancia en el campo empresarial ha propiciado, desde ya hace un tiempo, el nacimiento del derecho de la moda como una disciplina autónoma, dando lugar a su análisis de manera integral y al estudio de su vinculación con las distintas ramas en el campo jurídico.

Los abogados del siglo XXI nos encontramos frente al desafío que representa la globalización, digitalización e internacionalización de los negocios.[2] En este marco, la moda como industria esencialmente dinámica, creativa y que trasciende fronteras requiere necesariamente de un adecuado sistema de protección de sus creaciones y diseños.

En el presente trabajo se pretende analizar la importancia y la vinculación que existe entre el derecho de la moda y la propiedad intelectual, por considerar a esta última como una de las bases fundamentales del éxito en las empresas dedicadas y asociadas con dicho modelo de negocio.

Asimismo, contemplando que la moda ha sido considerada como la séptima economía mundial y que la noción de empresa concibe necesariamente una actividad económica organizada, entiendo necesario también dedicar unas breves líneas al análisis del aspecto económico en la industria de la moda, lo cual permitirá comprender con mayor claridad el diverso entramado de relaciones jurídicas que involucra tal rama del derecho, lo que sin dudas ha contribuido igualmente a su reconocimiento como un nuevo campo de estudio del derecho.

El profesor Francisco Reyes Villamizar explica que el análisis económico del derecho se ha convertido en una de las principales herramientas para el estudio y desarrollo de las diversas disciplinas.[3] En el campo de la moda, la vinculación entre derecho y economía es evidente, e intentaré explicarlo en forma clara en las líneas que siguen.

Por la extensión de este artículo, no se pretende agotar la temática abordada, sino simplemente esbozar dos aspectos que, a criterio de la suscripta, son especialmente relevantes en el campo la moda.

II. El derecho de la moda o *fashion law*. Su reconocimiento como rama del derecho

La moda se relaciona con la costumbre y los usos propios de un grupo o un periodo de tiempo y lugar determinado. En otras palabras, ha sido una manifestación de la expresión cultural, ideas, conocimientos y creatividad de las personas a lo largo de la historia.

¿Por qué existe una disciplina autónoma dedicada a la moda? Diversas ciencias han aportado a ello, pero lo que especialmente ha contribuido a su reconocimiento como tal ha sido sin dudas la importancia de los negocios originados en dicha industria y el innegable impacto no solo a nivel económico, sino también cultural.

Numerosos autores señalan su origen con la profesora Susan Scafidi,[4] fundadora del Fashion Law Institute en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, quien de manera estructural plantea cuatro pilares básicos del derecho de la moda en miras a explicar la sustancia legal que encierra la industria de la moda y el estilo: 1) la propiedad intelectual; 2) negocios y finanzas; 3) comercio internacional; y 4) la cultura del consumo y los derechos civiles.[5] La moda implica, entonces, una interrelación de sus características específicas –

asociadas con el estilo, tendencias, diseño, arte y expansión cultural— con las disciplinas jurídicas tradicionales.

Se ha dicho que el derecho de la moda constituye una rama del derecho que

tiene por objeto el tratamiento y análisis jurídico vinculado con la industria de la moda; en ese entendimiento, comprende temas relacionados con la propiedad intelectual, contratos en general y de franquicias, distribución y licencias en particular, Derecho comercial y societario, Derecho Laboral, Derecho informático y comercio electrónico, Derecho del consumidor, aspectos tributarios y aduaneros, y contratos internacionales.[6]

En este marco, como señala Susy Inés Bello Knoll, la moda es una confluencia multidisciplinaria dentro de lo legal, ya que las normas que se aplican a ella abrevan en las distintas ramas del derecho reconocidas científicamente como tales.[7]

III. Propiedad intelectual: la importancia de un adecuado sistema de protección. Los NFT en la industria de la moda. Problemáticas

La ley se encuentra sometida al embate de nuevas realidades constantemente, y necesariamente debe dar respuesta a situaciones de conflicto. En el campo de la moda, como industria esencialmente creativa, la protección de los diseños deviene elemental, y muchas de las discusiones propias de este rubro tienen como elemento común cuestiones relativas al plagio, copia de diseños y la infracción a la marca registrada.

Bajo dicho escenario, la propiedad intelectual —sin ser exclusiva de esta rama del derecho— es especialmente relevante.[8]

En este marco, la propiedad intelectual encierra la protección a la creatividad humana. De allí que dicha expresión ha sido utilizada tanto para referirse a los derechos de autor como a la propiedad industrial, aunque el objeto tutelado por cada uno no es exactamente igual.

El art. 1 de la Ley 11.723[9] señala que el derecho de autor resguarda las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección de la norma es amplia, y la enunciación que contiene no es taxativa. En este marco, su protección es abarcativa de los diseños de moda en su sentido más amplio, siempre que revistan el carácter de originalidad y contengan la impronta de su autor.[10]

El derecho de propiedad sobre una obra, diseño y/o creación le otorga, entonces, a su autor, la facultad de disponer de ella, de elegir publicitarla, comercializarla o enajenarla.

No obstante, la realidad ha dado cuenta de que el rol de la tecnología y la digitalización de los negocios, y la popularidad que ha adquirido la modalidad de venta online ha revolucionado la industria de la moda, pero también ha generado que las marcas deban implementar mayores recursos y herramientas destinados a la protección de sus diseños.

Bajo dicho paradigma, la utilización de la tecnología *blockchain* y de NFT en la industria de la moda representa un desafío para los actores del sector, y ya ha dado lugar a ciertas contiendas judiciales. Algunas de ellas son:

- “Hermés vs. Mason Rothschild”: Este resonado caso en la industria de la moda tuvo lugar a partir de la creación, por parte del artista Mason Rothschild, de una colección de NFT (*tokens no fungibles*) representando el emblemático bolso Birkin de la marca de lujo Hermés, a la que denominó como “MetaBirkins”.

Esto dio lugar a que la marca francesa iniciara una contienda judicial por infracción a la ley de marcas, con el objetivo de hacer cesar la creación y distribución de los NFT creados por el mencionado artista, alegando que dicha colección no había sido autorizada, generando un claro engaño al consumidor,[11] a la vez que implicaba un claro aprovechamiento de la reputación de la marca debido al nombre consignado.

Por su parte, el demandado alegó su derecho a la libertad de expresión, indicando que los NFT creados no implicaban una copia, sino una creación artística basada en su propia percepción, invocando la protección de la primera enmienda de la Constitución estadounidense, que consagra la libertad de expresión.

El caso ha presentado diversas opiniones en doctrina y entre los actores de esta industria, pero, finalmente, el jurado del Tribunal Federal de Nueva York condenó a Rothschild a pagar una suma de dinero estimada en 133.000 dólares por daños y perjuicios a Hermés, declarando al artista responsable de tres cargos: infracción, dilución de la marca y ciberocupación, debido al uso del nombre de dominio “metabirkins.com” al ser considerado confuso, induciendo a los consumidores a creer que existía un vínculo con la marca oficial de Hermés.[12]

- “Nike vs. StockX”: Otro de los casos vinculado con la temática que aquí nos convoca tuvo inicio en los tribunales de Estados Unidos cuando Nike presentó una demanda judicial contra la plataforma en línea StockX, empresa dedicada a la intermediación y reventa de diversos productos.

StockX creó y lanzó al mercado una colección de NFT representativos de varios modelos de zapatillas Nike, por lo que esta última demandó al intermediador por uso indebido de marca, alegando aprovechamiento de su reputación —por generar confusión en el consumidor, quien podría inferir algún tipo de conexión con la empresa cuando no la había— para vender el producto a un precio mucho más elevado que el real, e interfiriendo, asimismo, con los planes comerciales de Nike de lanzar sus propios NFT.

Por su parte, al tiempo de defenderse StockX sostuvo que no existía vulneración alguna a las marcas registradas por Nike, toda vez que sus “Vault NFTs” eran simplemente certificados que otorgan al usuario un reconocimiento sobre la propiedad del artículo físico. En otras palabras, el comprador de dicho NFT sería propietario también del artículo físico correspondiente.

Explica Carolina Albanese, al analizar la problemática que encierra este caso:

StockX se defendió? arguyendo que su uso de NFT no era diferente a los principales minoristas y mercados de comercio electrónico que usan imágenes y descripciones de productos para vender zapatillas físicas. Según StockX, sus NFTs son simplemente “tickets de reclamo” para acceder a los zapatos físicos almacenados en un depósito después de que un comprador los compra, y proporcionan prueba de propiedad y autenticidad. Se trata en todo caso de tokens representativos. Esta clase de tokens, como distinguimos supra son activos digitales que sirven para simbolizar un bien tangible, es decir una cosa. Claro, pero este argumento es demoníaco ya que, si así fuese estarían engañando al consumidor con una venta a un precio excesivamente mayor al que la propia marca vende el calzado.[13]

El caso encierra, en síntesis, un ejemplo más de las problemáticas que giran en torno al aprovechamiento y uso indebido de una marca registrada y a la vulneración de derechos de propiedad intelectual en la era de la digitalización.

Estos son solo algunos de los numerosos casos[14] que ya existen y que ilustran los riesgos y desafíos que representan las nuevas tecnologías para los estándares de protección en la industria de la moda.

La marca y los diseños son el activo más importante en las empresas dedicadas a la moda y, siendo la falsificación y copia moneda corriente, es claro que se deben destinar los mayores recursos, conocimientos y herramientas para su protección.

IV. Breves nociones sobre el análisis económico en el campo de la moda

Para toda empresa, el análisis económico del negocio es importante. El diseño, la producción y la técnica elegida para la comercialización de un producto destinado a ser introducido en el mercado tiene atrás una estrategia comercial que puede involucrar un sinnúmero de vinculaciones que contribuyen a alcanzar el éxito de una marca o producto.

Técnicas de comunicación y *marketing*, desarrollo de alianzas comerciales, introducción de tecnologías, capitalización de experiencias, análisis del consumo de un determinado bien en un lugar y tiempo determinado, análisis de costos y beneficios, incentivos y restricciones, incluso la predicción de conductas y la regulación legal, obligaciones contractuales y reglas de responsabilidad, son algunos de los factores determinantes para el empresario a la hora de decidir su presencia o expansión en el mercado, nacional o internacional.

En otras palabras, el empresario tomará su decisión racionalmente, coherente con las expectativas que pretende cumplir, maximizando sus preferencias e informado por el análisis realizado previamente, en tanto exista siempre la presunción de que se alcanzará un beneficio superador. Y eso no es otra cosa que un análisis económico del negocio, que debe necesariamente ir acompañado del análisis jurídico, especialmente relevante en la vida empresarial.

El análisis económico del derecho —aplicable al campo de la moda— encierra el estudio del comportamiento de los distintos sujetos involucrados en el tráfico mercantil, los incentivos que los motivan

y las relaciones que surgen entre los socios de una estructura jurídica con terceros ajenos a ella, sujetos presentes en el mercado y que se vinculan por la interacción y dinámica del negocio mismo.

Uno de los conceptos básicos y estructurales en materia de análisis económico del derecho societario es el de los costos de contratación (*transaction costs*), entendidos como “las expensas en que habrá de incurrirse con el propósito de celebrar contratos y realizar operaciones de negocio para el desarrollo de actividades empresariales”. [15]

El estudio de los costos de transacción, análisis de los gastos y riesgos en la contratación, entre otros, forman parte del desarrollo de toda empresa, y es lo que vislumbra con mayor claridad la multiplicidad de vinculaciones y factores que encierra una actividad económica organizada.

La importancia del análisis económico del derecho [16] es incuestionablemente relevante en la vida empresarial, e igual de relevante su aplicación en las industrias dedicadas a la moda. Vemos, entonces, que tanto el derecho como la economía desempeñan un rol importante en el campo de este tipo de industrias.

V. Corolario

El objetivo del presente trabajo ha sido brindar una explicación de dos pilares que, a criterio de la suscripta, son especialmente relevantes para entender el derecho de la moda: su vinculación con la propiedad intelectual y la importancia del análisis económico del negocio.

Como industria creativa, innovadora y esencialmente volátil, es innegable la relevancia que tiene la propiedad intelectual en este campo empresarial.

La ley muchas veces es insuficiente ante el casuismo que presentan las nuevas realidades. Las imparable tecnologías, la globalización e internacionalización de los negocios y en general la velocidad que imponen los nuevos canales de venta y el mundo virtual hacen necesario mayores esfuerzos por parte de los autores para la protección de sus diseños en miras de impedir el uso indebido y no autorizado de sus marcas registradas. Allí reside el desafío para quienes abogamos el derecho en encontrar soluciones óptimas y eficaces que den respuesta a estas situaciones complejas.

Asimismo, es impensado analizar las organizaciones empresariales alejados del estudio económico y de las normas que rigen su estructura legal. Al igual que en otro tipo de negocios, el AED resulta aplicable a las estructuras dedicadas a la industria de la moda, máxime teniendo en consideración que el éxito de toda empresa dependerá en gran medida del análisis de la rentabilidad del negocio para ser competitiva en el mercado.

No escapan de mi conocimiento ciertas limitaciones del presente artículo relativas al análisis económico que en concreto se puede desarrollar en torno a la industria de la moda (proyección y estadísticas de productividad de la industria, riesgos económicos y financieros para el sector, los nuevos mercados emergentes, entre otros), que, por su extensión, quedará pendiente para un futuro trabajo, sin perjuicio del análisis sustancial realizado precedentemente.

Notas

[1] Abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Maestrando en Derecho Empresario por la Universidad Austral. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Temas de Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Asesor y consultor de empresas en Taliercio & Abogados.

[2] Explica el escritor y filósofo francés ERIC SADIN que el mundo atraviesa un nuevo proceso de colonización: una “Silicolonización”, término que hace alusión a Silicon Valley, cuna de las grandes empresas de tecnología que impactan en toda la sociedad e igualmente en los negocios: “una colonización de un nuevo tipo, más compleja y menos unilateral que sus formas previas, porque una de sus características principales es que no se vive como una violencia a padecerse, sino como una aspiración ahelada por quienes pretenden someterse a ella” (SADIN, Éric. La silicolonización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital. Buenos Aires, Caja Negra, 2019, p. 31/32).

[3] REYES VILLAMIZAR, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 5.

[4] Explica Pamela Echeverría, al hablar de la historia del derecho de la moda: “Corría el año 2005 cuando la profesora Susan Scafidi decidió a conocer al mundo la idea que daba vueltas por su cabeza en aquel entonces: relacionar las leyes con la industria de la moda. Como era de esperar esto conmocionó al mundo

jurídico de los Estados Unidos...El apoyo recibido por el Council Of Fashion Designers Of America (CFDA) fue trascendental para que el "Fashion Law" tuviera su nacimiento oficial: en 2010 y junto con el CFDA fundaron el Fashion Law Institute" (ECHEVERRÍA, Pamela. "¿Qué es el derecho a la moda?", en Derecho y moda, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 28).

[5] SCAFIDI, Susan. "Fashion Law: Diseñando una nueva disciplina", en Derecho y moda, op. cit., pp. 19/20.

[6] ECHEVERRÍA, "¿Qué es el derecho de la moda?", op. cit., p. 32.

[7] BELLO KNOLL, Susy Inés. (diciembre de 2016). De la indiferencia a la especialidad: el derecho de la moda, Revista de Graduados de Derecho de la Universidad Austral, (2).

[8] Explica Brenda SALAS PASUY que "La industria de la moda se caracteriza por encontrarse en constante cambio, su vida efímera revela la necesidad de crear instrumentos adecuados que faciliten su inserción en el proceso de globalización...las dificultades que enfrenta esta industria son varias, entre ellas podemos citar la mundialización, la deslocalización, el riesgo de desindustrialización, la innovación, conflictos que evidencian la importancia de establecer reglas claras con el fin de dar respuesta a cada uno de estos desafíos. Así, la propiedad intelectual se revela como una alternativa de solución para una de las problemáticas que giran en torno de ella: su protección" (SALAS PASUY, Brenda, "La moda y la propiedad intelectual", en Derecho y moda, op. cit., p. 54).

[9] Ley 11.723. Régimen Legal de la Propiedad Intelectual.

[10] También se puede recurrir, para la protección de los diseños, al art. 17 de la Constitución Nacional y al Decreto Ley 6.673/63.

[11] Puede consultarse sobre el precedente vinculado al MetaBirkins NFT en: <https://pe.fashionnetwork.com/news/El-caso-hermes-versus-mason-rothschild-avanza-con-nuevos-documentos,1497797.html>

[12] "Hermes vs. Rothschild: el artista que vendía nft de birkins en el metaverso y otros conflictos de marcas". <https://letslaw.es/hermes-vs-rothschild/>

[13] ALBANESE, Ana Carolina. (septiembre de 2022). El derecho y su disciplina más innovadora, lúdica y creativa, la moda, Thomson Reuters en Propiedad Intelectual, TR LALEY AR/DOC/2487/2022.

[14] Otros casos famosos sobre el tema: "Juventus Football Club SPA vs. Blockeras SRL"; "Shenzhen Qice Diechu Culture Creation Co, LDT vs. Hanzhou Yuanyuzhou"; "VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) vs. MANGO".

[15] REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 41.

[16] "Si lo que básicamente caracteriza al AED es la aplicación de la teoría económica a los asuntos jurídicos prácticos, cualquier cuestión jurídica podría ser analizada con este método...cada día hay un mayor acuerdo en que el AED sirve para el estudio de cualquier problema relacionado con el derecho y con las normas" (RODRÍGUEZ CABRILLO, Francisco y ALBERT LÓPEZ-IBOR, Rocío "El análisis económico del derecho en la encrucijada", Universidad Complutense de Madrid, 2011).
