



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

Derecho^{de} la **MODA** en el Perú

Coordinadora
Annalucia Fasson Llosa



DERECHO DE LA MODA EN EL PERÚ

Coordinadora Annalucia Fasson Llosa

El contenido de este libro es académico. No debe ser interpretado como adelanto de opinión del Estudio, ni deben extraerse recomendaciones para decisiones legales específicas.

El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, divulgado o registrado, sin autorización previa de Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados®

Corrección de estilo: Arturo Ferrari, gerente de comunicaciones del Estudio Muñiz

Ilustración y diagramación: Silvia Núñez, jefa de marketing del Estudio Muñiz



Índice general

Prólogo -----	7
Percy Vigil Vidal	
Prefacio-----	9
Mauricio Olaya Nohra	
Introducción -----	10
Annalucia Fasson Llosa	
El derecho de la moda o fashion law, una nueva tendencia en el derecho -----	14
Annalucia Fasson Llosa	
Apuntes sobre las opciones inmobiliarias para el negocio de la moda o sobre la relación entre el <i>fashion law</i> y el <i>real estate law</i> -----	32
Yuri Vega Mere	
Apuntes preliminares sobre la contratación laboral en la industria de la moda ----	52
César Puntriano Rosas	
Moda y propiedad intelectual -----	62
Marta Fernández Pepper y Juliana del Águila Iñapi	

La prohibición de los actos de engaño y confusión en la actividad publicitaria vinculada al derecho de la moda -----	78
Pierino Stucchi	
Diseñando financiamientos para diseñadores -----	87
Mercedes Fernández Moscol	
La vinculación del derecho de la moda y el concepto de belleza a través de los cosméticos -----	99
Maritza Reátegui Valdiviezo	
La tributación afecta a la moda -----	107
Luis García Romero	
Negocios <i>retail</i> : ¿qué hacer cuando se importan mercancías y se encuentran bienes en exceso? -----	117
César Alva Falcón	
Conclusiones generales -----	125
Susy Inés Bello Knoll y Pamela Echeverría	



Prólogo

Fashion lex sed lex

¿Qué ves cuando me ves? Quizá en esa pregunta está el alma de la moda: nos vestimos para decir, marcar o gritar quiénes somos, quienes queremos ser y cómo queremos que nos vean. Bajo este triángulo de perspectivas, para el sociólogo Santiago Padilla Fernández, la moda del siglo XXI no es exclusiva, sino que se erige como un recurso más para la construcción de la identidad.

Por supuesto, implica más que comprarse ropa. Sobre gustos y colores no mandan los diseñadores. La moda globalizada de hoy, antes que decirnos cómo debemos vestirnos para "ser parte de", nos ofrece alternativas para representar mejor lo que llevamos dentro. Incluso, podemos decir que no hay solo una, sino tendencias y tantas "modas" como individuos que respiran, visten y consumen.

La moda o "las modas" están inscritas en nuestra cultura, territorios, necesidades esenciales y expresivas... nos vinculan. Es ese hilo conductor el que reúne o 'hilvana' a hilanderas, artistas, emporios comerciales y grandes tiendas por departamento: desde las faldas o trajes de los pueblos originarios de nuestro Perú, hasta las prendas de marca, las deslumbrantes colecciones de un diseñador y las otras más prácticas y masivas del tipo *fast fashion* con las que solemos vestirnos todos; siempre encontraremos una prenda para aquello que queremos expresar qué somos y cómo decidimos mostrarnos al mundo. Entonces, todo lo que alguien tiene puesto traerá también cierta música personal, prestémosle oído sin juzgar. Es como es y es más que lo que lleva puesto (ropa, calzado, perfumes, cosméticos...).

La moda es entonces "identidad". Y detrás de esta necesidad de vestir y expresar están el arte, la industria, los negocios y las leyes. Cada uno hace su parte, aunque no sepamos que están ahí. Cuando uno recorre un centro comercial en busca de sus ofertas, por ejemplo, usualmente no repara tanto en cuánto hay detrás de ese cartel de descuento, cómo esa prenda llegó ahí; quién la diseñó y cómo se hizo lo que estamos comprando; la arquitectura de las instalaciones; la seguridad; el respaldo legal... y un largo etcétera. Todo simplemente funciona bien para nosotros y es gracias a un sistema que vincula el esfuerzo colectivo de muchos equipos especializados en lo suyo.

Lo mismo ocurre con las prendas y los abogados, a tal punto que podríamos decir que es la ley la que corta y confecciona: entorno a la industria de la moda, y alrededor de ella giran los negocios inmobiliarios, el derecho laboral y las contrataciones; los derechos de la propiedad intelectual; la protección al ambiente; la regulación sobre

la publicidad engañosa; la tributación; el derecho comercial... todo ello movido por los últimos "gritos" de la normativa peruana.

Derecho de la moda o *fashion law* nos muestra, a través de una fina colección de artículos, cómo están interconectadas la moda y las distintas esferas del derecho. Por ende, un abogado especializado en moda velará de manera integral porque todo sea coherente respecto a cada aspecto implicado en la producción, creación y diseño; los derechos de propiedad intelectual de los diseñadores sobre sus creaciones y de los comerciantes sobre sus marcas, el orden en las finanzas y la coherencia en los tratos comerciales; la distribución, la exportación e importación; aspectos sociales, tributarios y de preservación ambiental. Podemos decir que del boceto al clóset hay toda una epopeya y ninguna etapa de esta aventura va aislada de un marco legal.

Un aspecto que considero importante destacar es la relevancia de proteger la creación intelectual, el talento y la inventiva. Es esencial pero invisible y la apuesta está en ponerlo en vitrina. Solemos descuidar ese activo intangible y bien podría constituirse como el principal. Detrás de la prenda hay un diseñador o un artesano y tienen derechos por su creación y trabajo; estos implican el reconocimiento, la puesta en valor y la facultad para la explotación comercial. Una marca también está sujeta a derechos de pertenencia, uso y explotación, por ello su carácter monopólico. Un buen diseño, un trabajo innovador y de calidad, el aporte creativo del artista, el darle rostro humano a la moda, catapultados por una marca bien desarrollada aportará consistencia y calidad a cualquier propuesta que surja en la industria.

Los primeros en ponernos a los plagiadores en el cuello, como una soga ajustada, seremos nosotros mismos si descuidamos este aspecto esencial. Porque nadie es "pirata" por "bandera" sino por circunstancia y rentabilidad.

Percy Vigil Vidal

Gerente general de C.C. Mega Plaza

Prefacio

Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados se complace en presentar el libro Derecho de la moda en el Perú, el primero en su género en el país. Esta publicación refleja aquello que durante todos estos años ha guiado a nuestra firma: el deseo de innovar y estar a la vanguardia en el mercado legal no solo peruano, sino también latinoamericano.

Este libro, en particular, quiere contribuir con la difusión, desde el punto de vista legal, de una variedad de temas ligados a la moda. Este sector viene cumpliendo un rol protagónico dentro de la economía del país y demanda, tal como ha ocurrido con otras industrias o sectores más tradicionales, la presencia de servicios legales profundamente especializados que atiendan, y entiendan, sus requerimientos y problemas particulares.

El derecho de la moda, de reciente aparición en nuestro país, pero con varios años de existencia en otros países de la región, EE.UU. y Europa, resultará de gran utilidad para empresarios e inversionistas vinculados a esta floreciente industria, quienes al contar con un asesor legal con un alto grado de conocimiento del sector recibirán soluciones que contribuirán a ser más eficientes sus negocios.

Nuestro Estudio, pionero en la creación de áreas de práctica no solo ligadas a las ramas más tradicionales del derecho, sino también a sectores de la economía del país que requieren de un trabajo sofisticado, comparte a través de este libro un conjunto de ensayos que por primera vez están al alcance de nuestros clientes, amigos y de la comunidad empresarial.

Estamos seguros que esta nueva iniciativa constituirá un instrumento valioso de aproximación y comprensión del negocio de la moda tanto para los actores privados como públicos, así como para inversionistas nacionales y extranjeros.

Mauricio Olaya Nohra

Socio principal del área de Derecho Corporativo

Introducción

¿Cómo te vistes? ¿Qué zapatos usas? ¿Qué cartera o billetera llevas?, quieras o no, la industria de la moda y textil está siempre presente, porque todos nos vestimos, todos usamos zapatos, todos de una u otra manera estamos inmersos en esta industria que, de un tiempo a la fecha, mueve trillones a nivel mundial y que en el Perú maneja varios millones de dólares al año.

Pero en nuestro inconsciente entendemos la moda como algo trivial y superficial, y es que solo nos muestran la parte glamorosa de esta industria, las grandes pasarelas, las revistas y eventos. Es decir, únicamente la percepción de adquirir un producto para sentirse bien o mejor, ¿o es que acaso compramos un producto que nos haga infelices o nos ponga tristes?

Recuerdo cuando era niña y la carrera de moda era ser publicista o actor y todos mis compañeros querían serlo, pero al final terminaban eligiendo una carrera que era generalmente aceptada por nuestros padres y el entorno, la cual distaba de lo que originalmente uno quería ser. Lo mismo pasaba con la gastronomía. Hace más de 20 años le preguntabas a tu compañero de clase si quería estudiar para ser chef y te decía “No” “¿Cómo se te ocurre?”, hasta que gracias a Gastón Acurio se dio el boom de la gastronomía y ahora existen centros especializados que se dedican a este rubro promoviendo la apertura de varios restaurantes, muchos de ellos de gran reconocimiento mundial, dejando de ser peyorativa la carrera de chef.

Lo paradójico de esto es que día a día usamos esta industria, dado que necesitamos vestirnos ya sea para trabajar, para ir a un compromiso o tan solo para estar en nuestra casa. La vestimenta es una necesidad primaria y de un tiempo a la fecha se ha convertido inclusive en una adicción al consumo, siendo una de las industrias más rentables en el mundo.

Y así como pasó con el boom de la gastronomía, la carrera de diseño de moda fue subvaluada en nuestro país durante mucho tiempo, pero eso ya está cambiando. De un tiempo a la fecha existen institutos y universidades que enseñan y profesionalizan la carrera de “moda”, saliendo de estas canteras muchos diseñadores peruanos que no solo tienen reconocimiento a nivel nacional sino también a internacional.

Por lo que nos preguntamos: ¿por qué no pasó antes? ¿en el Perú no hubo moda?

En nuestro país siempre existió moda, sino miren a las empresas textiles que desde los años 60 empezaron a fabricar prendas, calzado y accesorios en general,

o algunas otras que se han convertido en grandes empresas de maquila o de fabricación por encargo, es así que marcas como Armani, Ralph Lauren o Lulemon fabrican sus prendas en el Perú. Paralelamente, se desarrolló lo que se conoce como “Gamarra” donde se comercializa gran cantidad de prendas y accesorios, tanto así que es reconocido a nivel Sudamérica como el “Emporium Gamarra”. Somos también un público consumidor en donde grandes marcas han apostado e invertido en nuestro país y de un tiempo a la fecha las *fast fashion* tienen gran éxito entre todos los peruanos.

Por lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la moda no es algo superficial ni mucho menos debe ser una actividad subvaluada frente a otras, pues esta industria es real, siendo una de las más rentables en el Perú y en el mundo, por la cantidad de agentes que participan en ella, tales como *fashion retailers*, centros comerciales, empresas textiles, diseñadores de moda, *fashion blogger*, *influencers*, campañas publicitarias, entre otros.

Pero la gran pregunta es ¿por qué hacemos un libro sobre esta industria? ¿cuál es su relación con el derecho? ¿qué necesidad existe que varios abogados analicen la moda? La respuesta es que como dice el refrán “La rosa tiene espinas”, ya que el detrás de cámaras de esta industria, como muchas otras, tiene grandes problemas, necesitando de abogados especializados para que los atiendan, tales como la informalidad, la explotación laboral, la falta de incentivos y de capital para constituir más empresas en este rubro, otorgamiento de beneficios tributarios, la falta de mecanismos alternativos de financiamiento y de expansión, contaminación ambiental, entre otros.

Es por ello que hacemos este libro, para crear consciencia y contribuir con un granito de arena con nuestro país. Queremos y necesitamos que el Perú avance y vemos que esta industria tiene mucho potencial de desarrollo, pero es necesario que crezca de manera planificada y ordenada, y es ahí donde los abogados debemos intervenir. Ser *fashion lawyers* es eso. Consiste en entender el negocio y asesorarlos de la manera correcta, ya que miles de peruanos se dedican a esta industria pero nadie se ha fijado en ella.

Para este primer libro sobre derecho de la moda se ha invitado a abogados de amplia trayectoria para que nos expliquen los problemas y/o particularidades que encuentran desde su punto de vista y a quienes agradecemos porque proponen soluciones a las dificultades que esta industria enfrenta y que debe de superar para su mejor desarrollo.

El prólogo ha sido redactado por Percy Vigil Vidal, uno de los profesionales más destacados en el Perú en el mundo del *retail*, con quien tuvimos la oportunidad de trabajar y quien nos enseñó cómo funciona el negocio del *retail*. Él nos hace una interesante reflexión sobre la moda, la cual forma parte de nuestra cultura e identidad, para indicarnos que no solo es importante en esta industria proteger la creación intelectual y el talento sino que hay que otorgarle una puesta en valor y la facultad a través de la ley para una adecuada explotación comercial.

Luego, como primera *fashion lawyer* del Perú, introduzco el tema de derecho de la moda, explicando cómo surge esta nueva especialización, que ha ganado popularidad en los últimos años, cuáles son sus principales características y los sectores en los que interviene, detallándose los movimientos que se utilizan a la fecha para incrementar sus ventas así como su adaptación y aplicación a la realidad peruana.

Luego, el doctor Yuri Vega, especialista en temas de *real estate*, realiza un interesante análisis sobre la amplia variedad de esquemas inmobiliarios que en la actualidad se están utilizando en el mundo del *retail*, detallando una clasificación de los centros comerciales, el auge de formatos tales como *power centers* o *lifestyles*, por citar algunos ejemplos, o la última tendencia en arrendamiento, como es alquilar espacios o tiendas denominadas *pop up stores*, entre otros.

Asimismo, el doctor César Puntriano, especialista en temas laborales, nos explica sobre las relaciones laborales en el mundo de la moda. Como sabemos, el derecho laboral se encuentra inmerso en toda la cadena de producción, comercialización y promoción de los productos a través de la contratación de sus colaboradores y en este artículo se realiza un análisis sobre las diferentes modalidades de contratación que se puede utilizar en esta industria, brindando recomendaciones legales para una óptima contratación laboral.

Las doctoras Marta Fernández Pepper y Juliana del Aguila Iñapi, especialistas en temas de propiedad intelectual, nos explican las diversas figuras que coadyuvan a la protección de los elementos de la moda, tales como patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, derechos de autor y nombres de dominio, tan importantes para la comercialización y promoción de los productos de este negocio.

La publicidad y la moda están estrechamente relacionados, por lo que no podía faltar el análisis del doctor Pierino Stucchi, experto en tema de publicidad y competencia desleal, quien de manera muy didáctica nos explica que se presenta más de un acto de competencia desleal bajo la modalidad de engaño y confusión para promocionar los productos vinculados a la industria de la moda y nos brinda sus recomendaciones para evitarlas.

A su vez, esta industria está creciendo de manera galopante, surgiendo más profesionales que se constituyen como *startups* que mezclan tecnología y moda. Por ello invitamos a la doctora Mercedes Fernández Moscol, especialista en temas financieros, quien nos presenta el surgimiento de financiamientos no tradicionales tales como el *crowdfunding*, el factoring y los fondos de inversión, que se están utilizando en el Perú permitiendo que estos nuevos actores los utilicen cada vez más para su desarrollo.

Como se darán cuenta a lo largo de este libro, moda no solo es ropa, sino que abarca mucho más rubros, como son los cosméticos y perfumes, los cuales son utilizados como negocios complementarios generando millones de dólares al año. Los negocios de la belleza y la moda se encuentran intrínsecamente relacionados, por tal motivo

la doctora Maritza Reátegui Valdiviezo, experta en temas regulatorios, detalla la normativa aplicable a las autorizaciones de comercialización de los productos cosméticos y de higiene personal, tales como registros y notificaciones sanitarias, entre otros.

De igual manera, todas las industrias deben de pagar impuestos y la moda y textil no es ajena a ello. El doctor Luis García Romero nos presenta el tratamiento tributario en esta industria, enfocándose en un tema relevante como es la rotación y diferencias de inventarios (mermas y desmedros), que está intrínsecamente relacionado con el clima, una de las principales características de este negocio.

Asimismo, como sabemos, a medida que va creciendo esta industria es necesario expandirse a diferentes países así como relacionarse con empresas extranjeras que puedan proporcionar productos e insumos que faciliten su fabricación a nivel nacional, por lo que gracias al análisis del doctor César Alva Falcón, especialista en temas aduaneros, reflexionamos a través de un ejemplo práctico sobre cómo manejar la importación de la mercadería y qué hacer cuando Aduanas encuentra un excedente de mercadería no declarada, otorgando una solución que aún no ha sido regulada en el Perú.

Finalmente, tenemos el epílogo de nuestras *fashion lawyers* de Argentina, las doctoras Susy Bello – Knoll y Pamela Echeverría, quienes son abogadas reconocidas a nivel latinoamericano por su amplia experiencia en temas de derecho de la moda y a quienes les agradecemos profundamente por su apoyo y colaboración desde que nuestro estudio abrió esta nueva área de especialización en el Perú. A través de sus palabras validan este trabajo multidisciplinario, así como a nuestro estudio jurídico que brinda una asesoría legal de manera integral a todos los agentes que se dedican al sector moda y *retail* en general.

Finalmente, no podría dejar de agradecer a Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados, en especial al doctor Mauricio Olaya Nohra, a quien le debemos que exista un área de derecho de la moda y *retail* en el Perú, por entender su importancia y los retos que los abogados debemos asumir para asesorar legalmente a este rubro. Esto solo es el principio de muchos libros sobre derecho de la moda que se redactarán en nuestro país. Probablemente habrá mucha tela que cortar, muchas cosas que debatir y propuestas normativas que implementar, pero consideramos que es necesario ser proactivos. Creemos que en el Perú existe suficiente talento para que podamos cambiar positivamente el rumbo de la historia de nuestro país y generar una mejora económica la cual será heredada por nuestros hijos.

Annalucia Fasson Llosa

Socia del área de Derecho Corporativo y directora del área de Derecho de la Moda y Retail

El derecho de la moda o *fashion law*, una nueva tendencia en el derecho

Annalucia Fasson Llosa¹

Sumario: Introducción. 1. Nace una nueva rama del derecho: *fashion law* o derecho de la moda. 2. Los movimientos que están dando la hora en el mundo de la moda. 3. Sector textil: caso *emporium* Gamarra. 4. El negocio de las joyas y el derecho de la moda. 5. Los perfumes y su relación con el *fashion law*. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Cuando se habla de moda es probable que la mayoría de personas asocie a esta industria con el *glamour*, tendencias, desfiles y lujos. Sin embargo, no podemos olvidar el caótico detrás de escena y las horas-hombre invertidas en la creación, producción, promoción y comercialización de los productos que ofrece.

La industria de la moda cuenta con problemas particulares y características exclusivas que la diferencia de las demás, necesitando de una asesoría legal adecuada. Es así como nace esta nueva especialización del derecho conocida como el *fashion law* o derecho de la moda, que tiene como objetivo proporcionar asesoría legal en todas las fases del proceso productivo, nutriéndose de otras especializaciones como el derecho laboral, derecho corporativo, derecho tributario, derecho de propiedad intelectual, entre otros.

De esta manera, el presente artículo brinda una introducción al derecho de la moda, especialización que ha ganado popularidad en los últimos años, los sectores en los que interviene, y su adaptación y aplicación a la realidad peruana y sus particularidades.

Palabras clave: Moda, derecho, *fashion law*, *retail*, Perú, movimientos, Gamarra, joyas, perfumes, centros comerciales.

¹Socia del área de Derecho Corporativo y directora del área de Derecho de la Moda y Retail. Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con Magnum Cum Laudem. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Cuenta con un curso de especialización en Estrategias de Internacionalización por la Universidad de ESADE, en Barcelona y en Derecho de la Moda por el Fashion Law Institute de la Universidad Fordham en New York. afasson@munizlaw.com

Introducción

La moda siempre ha sido, es y será parte de nuestra cultura e historia. Nos ha acompañado a lo largo de la evolución del ser humano, dado que es una forma de expresar nuestra personalidad y nuestro estado de ánimo. Se viene usando desde la época antigua en Egipto, Grecia y Roma, pasando por los vestidos medievales o de la Revolución Francesa. Fue Coco Chanel quien marcó una revolución en la manera de vestir gracias a que puso de moda el uso del sastre y el *Little Black Dress* (LBD), hasta llegar a la época contemporánea con la utilización de los pantalones palazos de los años 70 o las hombreras de los 80, por citar algunos ejemplos.

A la fecha la industria de la moda y el *retail* en general se ha convertido en uno de los sectores más dinámicos del mundo, que representa varios trillones anualmente, y en el Perú su crecimiento no es ajeno a este fenómeno. El punto de inicio fue en los años noventa con el surgimiento de nuevos diseñadores de moda tales como Rosario de Armenteras o el fallecido Jack Abugattas. Es producto del crecimiento económico de nuestro país, dado que salíamos de la época oscura del terrorismo y se consolidaba Gamarra como emporio comercial y textil, cuyos comerciantes principalmente eran inmigrantes que venían de la sierra a Lima y quienes emprendieron microempresas convirtiéndose en exitosos fabricantes.

El primer hito en el sector ocurrió con el desarrollo de los formatos actuales de los centros comerciales, marcando un antes y después en el negocio la inauguración del Jockey Plaza Shopping Center, el cual cambió la modalidad de compra y venta de locales a arrendamiento de tiendas, implementándose una administración controlada en la que además de percibir un pago por mantenimiento de áreas comunes y fondo de promoción, le permite una mayor supervisión y control, como por ejemplo establecer horarios al abrir y cerrar los locales. El segundo hito lo marcó la apertura del centro comercial Mega Plaza, ya que fue el primero en apostar por invertir en una zona emergente. Fuimos testigos que muchos decían que fracasaría. En esa época era la abogada del centro comercial y presencié la incertidumbre en sus inicios, pero quedó demostrado con el pasar del tiempo que superó con creces las expectativas. Gracias al éxito que tuvo, y sigue teniendo, más grupos empresariales se animaron a invertir en provincias, siendo Real Plaza el primero que abrió su centro comercial en Huancayo. Gracias al auge de los centros comerciales más marcas internacionales se animaron a abrir sus tiendas en nuestro país, tales como las marcas de lujo CH Carolina Herrera o Versace Collection.

Asimismo, surgieron y se consolidaron marcas peruanas como Moda & Compañía y Michelle Belau, por citar algunas. Aparecieron nuevos diseñadores de moda peruanos que rompieron esquemas y que ahora gozan de gran trascendencia en Perú y a nivel internacional tales como Sitka Semsch o Sergio Dávila. Un cuarto hito ha sido la apertura de la *fast fashion* Zara, que abrió un local en Perú en el 2012, luego vino Forever 21 en el 2014 y H&M en el 2015 (esta última batió records de venta en Perú).

Tal vez para entender mejor el concepto deberíamos indicar que por moda no solo debemos entender ropa, ya sea para damas, caballeros, niños y bebés y a su vez con diferentes estilos como sport, casual o elegante, sino que dicho concepto es más amplio, ya que abarca calzado, joyas, relojes, cosméticos, perfumes, accesorios en general tales como carteras, billeteras, corbatas, lentes, correas, sombreros, gorras, guantes, entre otros. Asimismo, incluye también la decoración de interiores y muebles (todos los años en Casacor Perú² se exponen las últimas tendencias en colores y texturas).

Pero ¿qué entendemos por el negocio de la moda? Tal vez lo asociamos con algo glamoroso o bonito, pero eso es lo que quieren que percibamos justamente al comprar sus productos, dado que estos, a diferencia de otras industrias, cambian cada temporada, se les llama colecciones y normalmente se encuentran relacionadas ya sea al clima (colección de verano o invierno) o tal vez a las tendencias en las pasarelas mundiales o *fashion weeks*. Por ejemplo, en una temporada se usa una “falda Midi”³ y en la otra una minifalda.

Y es que, ¿alguna vez se han puesto a pensar sobre el detrás de cámaras de la moda? Es decir, más allá de lucir una linda prenda o un bonito calzado, cuántas horas-hombres se invierten para crearlas, fabricarlas, comercializarlas y promocionarlas.

Es ahí donde surge la asesoría legal integral a este sector denominado derecho de la moda o *fashion law*, especialización que se ha percatado que esta industria tiene problemas particulares y características exclusivas y que para que crezca es necesario que cuente con una asesoría legal adecuada.

1. Nace una nueva rama del derecho: *fashion law* o derecho de la moda

Esta nueva rama del derecho se inició en Estados Unidos con la doctora Susan Scafidi. En el 2005, se dio cuenta de que la industria de la moda cuenta con características propias y exclusivas y fue gracias a ella que se abrió la posibilidad de que el derecho de la moda se convierta en una nueva rama del derecho, logrando que tuviera reconocimiento internacional como una rama jurídica independiente. Al inicio tuvo que superar muchos obstáculos, tal y como lo comenta en su artículo “Fashion Law: Diseñando una Nueva Disciplina”, dado que se pensaba que era un tema “demasiado femenino” y “demasiado frívolo”, y que “nadie te tomará en serio”⁴.

² CasaCor Perú <<http://www.casacorperu.com/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

³ Jimena Cardona. “La midi is back”. *Blog Soy Actitud*. <<https://goo.gl/9iQStu>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

⁴ Susy Inés Bello Knoll y Pamela Echeverría. 2015. “Derecho y moda.” *Fashion Law; Diseñando una nueva disciplina*. (Buenos Aires: Marcial Pons. Susan Scafidi. 10 de abril). pp.19.

Posteriormente, la profesora Susan Scafidi encontró un libro de Jeanne BuenHumor, Droit International de la Mode, pero que no cubría todos los aspectos que quería conceptualizar. Luego empezaría a realizar una investigación que se convirtió en un libro y abrió un primer blog denominado “Counterfeit Chic” el cual fue todo un éxito⁵.

Actualmente, esta nueva especialización ya se encuentra difundida en diferentes países que son también capitales de moda, tales como Inglaterra, Italia, España. En Sudamérica empezó primero en Brasil, donde está sumamente desarrollada; posteriormente, Argentina, Chile y ahora en Perú, con la apertura del área de Derecho de la Moda y *Retail* que lanzó Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados, siendo la primera en su género en nuestro país.

Su objetivo es el tratamiento y análisis jurídico vinculado a la industria de la moda, que incluye una potencial clientela sumamente variada, tales como diseñadores, empresas textiles, importadores, fabricantes, distribuidores, franquiciantes, *fashion bloggers*, fotógrafos, modelos, estilistas, *personal shoppers*, agencias de modelos y publicidad, institutos de moda, centros comerciales y empresas de *retail* en general.

Susan Scafidi explica los alcances del derecho de la moda:

“El derecho de la moda es un campo que abarca la sustancia legal del estilo, incluyendo las cuestiones que puedan surgir a lo largo de la vida de una prenda de vestir, a partir de la idea original del diseñador y continúa todo el camino hasta el armario del consumidor. En términos estructurales, plantea cuatro pilares básicos del derecho de la moda: la propiedad intelectual, negocios y finanzas, con subcategorías que van desde la legislación laboral a los contratos sobre bienes inmuebles; el comercio internacional y la regulación gubernamental; las cuestiones relativas de la seguridad y sustentabilidad; y la cultura del consumo y los derechos civiles. Además de su enfoque central en la ropa y los accesorios, el Derecho de la Moda comprende áreas relacionadas, tales como la producción textil, el modelaje, los medios y las industrias de belleza y fragancia (...).”⁶

El derecho de la moda para Pamela Echeverría,

“(...) tiene por objeto el tratamiento y análisis jurídico vinculado con la industria de la moda; en ese entendimiento comprende temas relacionados con 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 (...).”⁷

⁵ Ibid. *Fashion Law; Diseñando una nueva disciplina*. 10 de abril. pp 19. <<http://www.counterfeitchic.com>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

⁶ Ibid. *Fashion Law; Diseñando una nueva disciplina*. 10 de abril de 2015. pp 19 - 20.

⁷ Ibid. Pamela Echeverría. *Derecho y Moda. ¿Qué es el Derecho de la Moda?* 10 de abril de 2015. pp 32.

En el Perú se ha aterrizado esta nueva especialidad adecuándola a las normas peruanas y enfocando al derecho de la moda como una asesoría legal integral que abarca todas las fases del proceso productivo, desde que se importa la materia prima, pasando por el proceso de creación y diseño, fabricación, distribución, comercialización, promoción y exportación del producto de la industria de la moda. Por lo tanto incluye una amplia variedad de temas legales, como i) corporativos (contratos de distribución, arrendamiento, franquicia, licencia, entre otros); ii) comercio exterior (aplicación de regímenes aduaneros y tratados de comercio internacionales), iii) laborales (la modalidad de contratación del personal y aplicación de normas migratorias cuando contratamos a modelos o fotógrafos extranjeros), iv) propiedad intelectual (registro de marcas de los productos que se comercializan o de la empresa que quiere desarrollarse en este sector); v) derechos de autor (inscripción en Indecopi para proteger la creación de telas o prendas, estampados, monogramas, entre otros, así como la lucha contra la piratería o falsificaciones); vi) publicidad y competencia desleal (información relacionada con las campañas publicitarias de los productos, revisión de folletos); vii) administrativos (obtención de licencias de construcción, acondicionamiento, funcionamiento y de avisos publicitarios); viii) tributarios (no solo en el planeamiento que toda empresa debe tener sino también en el tratamiento de la baja de inventarios, política de descuentos, la valorización de la marca como bien intangible, entre otros), ix) financieros (actualmente los *retailers* de moda cada vez más están solicitando apalancamientos, ya sea a través de un crédito bancario o en algunas ocasiones recurriendo a fondos de inversión); y x) medio ambiente (a través de la reducción del consumo de uso de energía eléctrica y el agua). Actualmente, es una tendencia consumir marcas *green* o verdes, las cuales utilizan materias primas como el algodón orgánico o alpaca. También se estudia el uso de las pieles de los animales, como la del cocodrilo o la serpiente; de las piedras preciosas y sus métodos de obtención (“No a los diamantes de sangre”). Todo ello acompañado con un mayor sentido responsabilidad social, desarrollando convenios con las comunidades para que a través de la venta de sus productos estas puedan autosostenerse.

De un tiempo a la fecha se viene desarrollando un nuevo concepto que es ser *Go To Lawyer*, es decir, que no solo nos debemos limitar a ser estrictamente abogados y a pensar como tales, sino que es importante conocer el negocio del cliente y esa es la ventaja al ejercer derecho de la moda, es decir, los abogados que somos *fashionlawyer* entendemos cómo funciona el negocio al estar familiarizados con el entorno empresarial que los clientes enfrentan.

Esta nueva área de derecho de la moda y *retail* en Perú está orientada a:

- Concientizar al mundo ejecutivo que esta especialización del derecho no significa que seas superfluo o que tan solo vayas a desfiles o luzcas una ropa bonita, sino que el mundo de la moda es un negocio y como tal los abogados que nos especializamos en esta rama del derecho vemos el detrás de cámaras de la industria, brindando asesoría integral a los problemas que surgen en toda la cadena de producción.

- Captar clientes de la industria de la moda, dado que muchos de ellos son nuevos en el mercado y no tienen idea de cómo constituir una empresa. Así, hay muchos empresarios que son informales o que cuentan con una asesoría inadecuada, que no saben lo que negocian porque lo ven como un contrato más. Invitar a los inversionistas extranjeros dedicados al sector moda y *retail* en general para que apuesten e inviertan en nuestro país, que pierdan el miedo, dándoles la tranquilidad que conocemos su industria, su problemática y que le podemos dar soluciones legales de la manera más rápida posible, lo que trae como consecuencia no solo un ahorro en el tiempo de respuesta sino en dinero para nuestros clientes.

2. Los movimientos que están dando la hora en el mundo de la moda

De un tiempo a la fecha, el término *fast fashion* ha venido siendo utilizado recurrentemente por los principales periódicos y revistas peruanas a través de artículos, reportajes y entrevistas, y esto debido a que si bien este concepto tiene años de uso en el mercado mundial del *retail*, recién en Perú se puso de moda con la mediática apertura de H&M. Por tal motivo, es que considero importante explicar en qué consisten los movimientos que como estrategia de venta se están desarrollando a nivel mundial y obviamente en nuestro país.

- *Fast fashion*: así como existe una corriente del *fast food* o “comida rápida”, en la industria existe el *fast fashion*, que es la manera de producir en serie y de forma rápida lanzando por lo menos 15 colecciones al año, cuyos diseños se venden a bajo precio o *low cost*, pero inspirados en las últimas tendencias, con la finalidad que las colecciones sean exhibidas por pocas semanas. Fomenta el consumo, teniendo como característica la alta rotación de los productos y haciendo que el público consumidor compre más o se vuelva más adicto a la compra, logrando que se reemplacen productos por otros y así sucesivamente.

Algunos consideran que el *fast fashion* vulnera los derechos de autor, dado que algunos *retailers* realizan copias o imitaciones, y es que su *modus operandi* consiste en escoger diseños que tienen éxito en el mercado para copiarlos en serie, vendiendo el producto a un menor precio que el original, lo que también conlleva a una disminución en la calidad.

Afortunadamente las grandes marcas internacionales tales como Zara y H&M, las cuales pertenecen a este movimiento *fast fashion*, realizan procesos creativos e innovadores evitando recurrir a la imitación, contando con sus propios diseñadores que buscan una nueva interpretación del modelo original. H&M contrata grandes diseñadores de moda para que les hagan colecciones cápsula. Por ejemplo, hace unos años contrató al mismísimo Karl Lagerfeld, uno de los diseñadores más famosos de todos los tiempos y en su última colección celebró una alianza con Kenzo.

- *Slow fashion* o moda lenta: nace en respuesta al *fast fashion*. Así como existe el *fast food* o comida rápida y como contraposición nace el *slow food* o comida lenta, exactamente igual aparece el *slow fashion*, que promueve el concepto de lanzar una colección al año, la misma que sea clásica y atemporal, es decir, *No Season*. No vive el estresante mundo de las colecciones, valora más la calidad sobre la cantidad y tiene por finalidad que los productos que se fabrican perduren en el tiempo promocionando una conciencia de consumo.
- Moda sostenible o moda sustentable: los compradores van más allá del producto que adquieren, es decir, no solo compran porque es un lindo vestido o una bonita cartera, sino que también reflexionan sobre la manera cómo ha sido elaborado. Si en su producción se ha tenido en cuidado con el medio ambiente, si se han utilizado insumos orgánicos para elaborarlo, si las personas que han trabajado para producirlos lo han hecho condiciones adecuadas, entre otros aspectos. Lucha porque no se dañe el medio ambiente contaminando el agua con el uso de los tintes que se echan a las telas o reduciendo las emisiones de carbono (bonos por carbono), utilizando materia prima de alta calidad (en el Perú, por ejemplo, contamos con el algodón pima o la *baby alpaca* muy reconocida a nivel mundial).

Para proteger el medio ambiente en nuestro país se tiene la obligación de contar con estudios de impactos ambientales en caso se desee abrir un fábrica o cumplir con los requisitos de comercio justo⁸, es decir, existen organizaciones como FloCERT que posee el sello de Certificación Fairtrade⁹, el cual otorga un garantía de calidad a un producto que se encuentre cumpliendo con una serie de prácticas justas a lo largo de la cadena de suministro y que ya son solicitados por compradores internacionales.

Cabe resaltar que en la actualidad se encuentran en pleno auge empresas que se les conoce como marcas *green*, que fomentan el cuidado del medio ambiente y el consumo de productos orgánicos, implementando una serie de estrategias de sostenibilidad en las áreas del diseño y producción, siendo sus principales exponentes las marcas de lujo como Stella McCartney y Katharine Hamnet, que profesan ideales medioambientales y éticos, usando materiales orgánicos y procesos ecológicos. Sin embargo, hay que tener cuidado como consumidores porque hay algunos diseñadores que también utilizan el término sostenible de manera engañosa o *greenwashing*. Es decir, usan afirmaciones falsas diciendo que son empresas ecologistas para promocionar sus productos cuando en realidad no lo son, lo cual puede constituir una publicidad engañosa susceptible de una denuncia ante Indecopi.

Cabe precisar que este movimiento incluye también el aspecto social, que surge como respuesta al abuso cometido en el pasado por talleres en donde se contrataba a obreros en condiciones irregulares laborales. En Bangladesh, en el 2013, a raíz del derrumbe en las fábricas textiles ubicadas en el Edificio

⁸ Comercio Justo <<http://comerciojusto.pe/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

⁹ FloCERT <<http://www.flocert.net/es/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

Rana Plaza, en donde murieron más de 1000 personas, se descubrió que muchos trabajadores eran niños, inmigrantes y personas que trabajaban en condiciones inhumanas. Es así como el 24 de abril pasado se celebró el *Fashion Revolution Day*¹⁰ reivindicando y exigiendo a las empresas manufactureras que contraten a su personal con las condiciones mínimas de trabajo. Esta tragedia, que remeció a la industria de la moda, sirvió de punto de partida para la elaboración del documental “*The True Cost*”, que descubre las verdaderas condiciones de vida de los trabajadores de ese país¹¹.

El derecho no es ajeno. De allí la importancia de cumplir con la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹² que en el numeral (1) de su artículo 23 señala que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (...)”.

En ese sentido, el derecho laboral cumple un rol de mucha importancia dado que no solo se utilizará como herramienta para la contratación del personal que trabaja como operario en las fábricas textiles, sino también para todos los trabajadores que laboran en los locales de *retail* y en sus respectivas oficinas administrativas.

- Súper reciclaje o *upcycling*: se usa mucho en las joyas decoración y en la ropa vintage. Consiste en reciclar elementos antiguos o en desuso, transformarlos para otorgarles una segunda utilidad o uso. Es como darle una segunda vida al crear un nuevo producto, el mismo que se vende a valor de mercado como un producto final.

Estos movimientos nacen para satisfacer las necesidades de sus consumidores, reflejando su personalidad, conducta y valores y no los debemos juzgar si son buenos o malos, sino que cualquiera de estos movimientos son estrategias de venta, que lo único que buscan es mantener una relación con su público consumidor.

A continuación, explicaremos la relación del derecho de la moda con tres sectores emblemáticos: el sector textil con el caso Emporium Gamarra; el negocio de las joyas y el de los perfumes.

3. Sector textil: caso *emporium Gamarra*

Cuando éramos niños escuchábamos de Gamarra. Era famoso porque en sus tiendas encontrabas de todo, desde ropa, calzado y accesorios a precios más baratos con relación con la competencia. Gamarra, que se inició en los 70, es un lugar de gran movimiento comercial relacionado a la industria de la moda y textil, en donde se

¹⁰ Fashion Revolution <<http://fashionrevolution.org/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

¹¹ True Cost Movie <<http://truecostmovie.com/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

¹² Naciones Unidas. “La Declaración Universal de Derechos Humanos” <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

encuentra el mayor ejemplo de emprendimiento peruano dado que hay exitosos fabricantes y grandes empresarios que a la fecha tienen gran reconocimiento internacional, como Jorge Luis Salinas,¹³ con su marca *Emporium*, que fue elegido para tener un *corner* en Macy's o el señor Flores, dueño de la marca Topitop.

Sin embargo, desde hace un tiempo, venimos escuchando que Gamarra está en crisis, lo que le ha llevado a bajar sus ventas y en algunos casos a cerrar sus locales. Esto debido a varios factores: i) la inseguridad. Se encuentra ubicado en el distrito de La Victoria, que tiene fama de tener una ubicación peligrosa y aunque ahora hay agentes policiales en la zona el lugar cuenta con varias cuadras, además de paraderos, las cuales deberían contar con mayores medidas de seguridad. Es un tema de percepción del consumidor, que prefiere acudir a los centros comerciales que son sitios cerrados y que cuentan con estacionamiento y seguridad o vigilancia propia; ii) Indecopi eliminó las medidas antidumping, bajando los aranceles de las partidas de los productos chinos, es decir, la ropa que ingresa al Perú viene subvaluada, costando menos que los productos que se fabrican en nuestro país; iii) la apertura y consolidación de centros comerciales. El público consumidor peruano es “comodón”, es decir, prefiere encontrar todo en un solo lugar, que en un solo espacio se concentre la mayor cantidad de marcas de todo tipo, rubro y estilo, de manera ordenada y para todo tipo de bolsillo, para lo cual los centros comerciales tienen como estrategia un buen *layout*, así como cuentan con un *tenant mix* (mezcla de marcas) que bloquea a la competencia; iv) la presencia de las *fast fashion*. Evidentemente, con la llegada de Zara, Forever 21 y H&M, no pueden competir dado que estas empresas internacionales tienen una gran cantidad de capital que les permite lanzar por lo menos 15 a 20 colecciones al año a un precio bajo (*low cost*) reinterprelando los modelos de las pasarelas internacionales de una manera muy rápida.

Desde mi perspectiva legal, se podría ayudar a revertir esta situación en Gamarra si i) formalizara sus negocios y registrara sus marcas en Indecopi; ii) contara con mayor cantidad de casetas de policías y efectivos de seguridad en las calles y paraderos para que el público pueda ir y sentirse seguro al realizar su compra; iii) se aplican medidas antidumping para frenar las prendas subvaluadas y proteger de esa manera nuestra industria nacional; iv) la Sunat acentúa la fiscalización en el caso de subvaluación, así como tomar medidas para evitar la falsificación y el contrabando en la industria textil; vi) se otorgara beneficios tributarios para incentivar esta industria, por ejemplo, la devolución del IGV cuando los turistas compren productos hechos con materias primas peruanas; vii) se promociona como vendedor de prendas originales y no copiadas, ayudándola a crear sus propios productos y ofreciendo nuevos diseños que marquen la diferencia frente a la competencia; viii) mantiene la calidad en sus productos; ix) consolida a sus asociados y crea un gremio potente que permita fortalecer la gestión de su negocio; x) contrata a sus trabajadores y operarios con las mínimas condiciones de trabajo, para que baje la alta rotación que tienen, xi) se profesionaliza, reforzando sus conocimientos en temas relacionados a

¹³ Silvana Panzarelli, “Macy's eligió a Jorge Salinas y su marca Emporium en el Perú Moda 2015”. America Retail. <<https://goo.gl/iGzqLr>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

la administración, gestión de moda, diseño, comercio exterior, derecho de la moda, atención al cliente, entre otros; xi) celebra convenios o acuerdos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que participan y puedan compartir su experiencia y conocimiento de esta industria; y xii) crea productos que tengan una identidad nacional, utilizando por ejemplo la lana *baby alpaca*, que es una de las materias primas de fama mundial.

4. El negocio de las joyas y el derecho de la moda

Como hemos explicado el concepto de moda es muy amplio, pues no solo se refiere a la ropa; sino también incluye a las joyas. Por joyas nos referimos a aretes, anillos, collares, prendedores, pulseras, entre otros. Si bien es cierto que en la antigüedad las joyas eran asociadas al estatus y riqueza de quien las poseía, en la actualidad, y más aún con los avances de la tecnología, existen diferentes variedades y precios, por lo que las joyas están al alcance del público en general.

Para este sector en particular se deben tener en cuenta algunas consideraciones técnicas, como son las certificaciones que existen según los requerimientos de algunos compradores; las tasaciones y calificaciones aplicables a los diamantes. Asimismo, quienes quieran producir y comercializar joyas, deben conocer las normas técnicas peruanas vigentes.

- **Certificaciones:** algunos compradores pueden solicitar a los vendedores que se tramiten determinados certificados que permitan acreditar la calidad y veracidad del producto, así como de los insumos utilizados para su elaboración. Entre los principales certificados se encuentran los siguientes:

Certificado de origen¹⁴: Es un documento comercial emitido por el Estado peruano, que tiene como objetivo acreditar y garantizar el origen de las mercancías exportadas, de tal manera que los productos exportados desde Perú se beneficien de las preferencias o reducciones arancelarias que otorgan los países según los tratados o acuerdos internacionales o regímenes preferenciales existentes.

Certificado Fairtrade: Es una certificación internacional emitida por FloCERT¹⁵, la cual acredita que los productos cumplen con los estándares medioambientales y laborales. El objetivo es promocionar la certificación de los productos de comercio justo. Por un lado, ofrece protección y apoyo a los mineros artesanales y a sus comunidades, así como también asegura el uso responsable de productos químicos o, de ser posible, eliminarlos en el proceso de reconstrucción del oro, que reduce la contaminación del medioambiente. Por ejemplo, en el Perú, la

¹⁴ Ministerio de Comercio Exterior y Turismo – Mincetur. “Certificación de origen”. <<https://goo.gl/go4k3B>> (consultada el 18 de agosto de 2017).

¹⁵ Comercio Justo. Certificaciones. <<http://comerciojusto.pe/certificaciones/flo/flo-cert>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

empresa minera Aurífera Cuatro de Enero S.A. (Macdesa) obtuvo la certificación Fairtrade para abastecer de oro responsable a los mercados de Europa.¹⁶

Proceso de Kimberley¹⁷: The Kimberley Process Certification Scheme (KPCS) es un sistema de certificaciones diseñado para evitar que se compren los “diamantes de sangre”, es decir, que garantice a los compradores que no están financiando ningún conflicto armado, o desacreditar el mercado legal de los diamantes en bruto, que es un pilar económico importante para determinados países en vía de desarrollo en África, así como que tampoco atente contra los derechos humanos (como la esclavitud) en la obtención y compra de los diamantes.

Ley Nacional de Sellos: Es una regulación para el mercado y etiquetado de joyería de la National Stamping Act¹⁸. El objetivo principal es que cada joya contenga marcas que permitan certificar la legitimidad del producto respecto a su valor y manufactura.

- **Tasaciones y calificaciones de diamantes:** respecto a las calificaciones de los diamantes, estas son realizadas por institutos de gran renombre a nivel internacional.

Instituto Gemológico de América –GIA¹⁹: es una institución dedicada a la educación, investigación y tasación de diamantes, cuyo sistema internacional de calificación de diamantes (GIA's International Diamond Grading System) se ha convertido en un estándar internacional para la calificación de diamantes.

Sociedad Americana de Gemas – AGS²⁰: es un laboratorio mundialmente conocido que proporciona informes incluyendo un Documento de Calidad del Diamante (Diamond Quality Tm Document) y un Certificado de Calidad de Diamante (Diamond Quality Tm Certificate).

Instituto Internacional de Gemología – IGI²¹: es el laboratorio independiente más grande a nivel mundial que realiza calificaciones y evaluaciones a los diamantes y joyas.

Consejo Superior del Diamante –HRD (Hoge Raad Voor Diamant)²²: representa a los diamantes belgas y su calificación se basa estrictamente en las normas que han sido aprobadas por la Federación Mundial de Bolsas de Diamantes (WFDB) y la Asociación Internacional de Fabricantes de Diamantes (IDMA).

- **Normas técnicas de Indecopi:** En un inicio Indecopi publicó un catálogo de normas técnicas peruanas aplicables al sector de joyería con el objetivo de uniformizar los procesos en su elaboración, a fin de promover la competitividad de las empresas peruanas, así como también para establecer los niveles de calidad y seguridad que el sector debe manejar, facilitar el comercio de productos y servicios y competir con mayor éxito en el mercado. A partir de julio del 2014, se creó el Instituto Nacional de Calidad (Inacal)²³ y el Sistema Nacional para la Calidad, con el fin de que este organismo sea el nuevo responsable del funcionamiento de dicho sistema y normas.

5. Los perfumes y su relación con el *fashion law*

Muchos grandes diseñadores de moda, en especial aquellos que trabajan para grandes marcas de lujo, celebran contratos de licencia o de distribución con empresas del sector de perfumes y cosméticos, en general, pero ¿qué hace tan irresistible que los diseñadores de moda apuesten por este sector?

En realidad, es una sinergia que beneficia a ambas partes, por lo siguiente:

- Estrategia para incrementar sus ventas y posicionar su marca: las casas de moda, en especial aquellas de diseñador de alta costura, están acostumbradas a vender a un público selecto. Tenemos el caso de Chanel, Armani o Versace, que son marcas de lujo y que adquirir sus prendas de vestir cuesta varios miles de dólares. Acuden al sector de la perfumería y cosméticos donde un producto costará mucho más barato, y por ende es más accesible, dirigiéndose a un público más masivo.
- Los diseñadores de moda lanzan colecciones “cápsula”: al igual que el lanzamiento de las colecciones en las prendas de vestir, para el caso de los perfumes o de cosméticos se lanzan diferentes colecciones “cápsula”, asociándose grandes marcas de cosméticos o perfumes con diseñadores de autor con la finalidad de llegar a un público objetivo diferente. Tal es el caso de la línea de cosméticos MAC, que se ha aliado con la diseñadora de moda Proenza Schouler. Estas colaboraciones permiten que los diseñadores de moda lleguen a un público diferente. Mientras más famoso sea el diseñador de moda más posibilidades existen que crezcan sus ventas.

²² Millopi Gemología. “¿Qué es HRD?” <<http://gemologiamillopi.com/que-es-hrd/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

²³ Instituto Nacional de Calidad – Inacal. <<http://www.inacal.gob.pe/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

¹⁶ Grupo de Dialogo. “Empresa minera Macdesa obtiene certificación de Oro Responsable de Comercio Justo Fairtrade”. <<https://goo.gl/D8q8Eo>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

¹⁷ Kimberley Process <<https://www.kimberleyprocess.com/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

¹⁸ United States National Stamping Act of 1906. “Falsely stamped gold or silver or goods manufactured therefrom” <http://www.925-1000.com/a_StampingAct1906.html> (consultada el 16 de marzo de 2017).

¹⁹ GIA. <<https://www.gia.edu/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

²⁰ American Gem Society Laboratories. AGS Laboratories <<https://www.americangemsociety.org/es/ag-slabs>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

²¹ International Gemological Institute. <<http://www.igiworldwide.com/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

- Lanzamiento de una segunda marca en vez de hacer una extensión de la primera: algunos diseñadores de moda prefieren lanzarse al mundo de los perfumes con una segunda marca, sin hacer una extensión de la propia. Es por eso que esa segunda marca les permite involucrarse en un nuevo mercado. Algunas marcas que han utilizado esta estrategia son H&M con su marca de cosméticos “& Other Stories” y Nordstrom con “Treasure and Bond”. Sin embargo, también hay aquellas empresas que prefieren extender su marca y permanecer fieles a su concepto o tal vez manejan una mayor cantidad de marcas para cada público.

Para muchos los perfumes son accesorios, es decir, algo que te viste y te distingue, otorgándole un sello personal o una identidad a quien lo usa. Tanto así que el diseñador Jean Patou creó el concepto del perfume “a la medida”. Él decía “que cada mujer tenía su particularidad y debía tener su propio perfume”¹. Asimismo, la diseñadora de moda Coco Chanel decía: “quiero un perfume que se sienta tan hecho a propósito como mis trajes”². Asimismo, María García Camarero señala en su artículo “Perfume y la Moda ¿Qué hay entre ellos?” que “quien se enamora de una marca, cae rendido a los pies de su perfume”³.

Ahora bien, como es de nuestro conocimiento, en la industria de la moda y en especial en los perfumes es frecuente escuchar que se presentan casos de falsificaciones y adulteraciones. Sin embargo, últimamente se ha puesto de moda comercializar perfumes que no son originales, sino que se les denomina contratipos. Pero ¿qué es un contratipo? Una definición que encontramos es que consiste en un perfume equivalente tanto en materias primas como en porcentajes y evidentemente en similitud de fragancia⁴. Otra definición es que es un perfume químicamente parecido al original en un 99% y en el que se utiliza extractos puros de las fragancias más conocidas a nivel mundial. La diferencia está en el precio, básicamente por el tipo de frasco, empaque, esquema de mercadeo y reducción de los procesos de producción, puesto que se entregan los insumos por separado y el cliente final es quien elabora su perfume. Es frecuente que los centros comerciales cada día más celebren contratos de arrendamiento con diferentes arrendatarios, ya sea que vendan perfumes originales o que comercialicen contratipos. En ese sentido, el arrendatario que vende contratipos y que hace alusión a marcas registradas por las referidas casas de perfume estaría vulnerando los derechos de propiedad intelectual y, en consecuencia, podría ser denunciado por infracción marcaria, dado que el uso de la marca no se encuentra autorizado. Esta acción podría ser iniciada por el titular de la marca o por el licenciatario de la misma. Adicionalmente, en la publicidad o promoción de los productos de contratipos se acostumbra a usar frases tales como “aroma Hugo Boss” o “tipo Chanel” y similares, lo cual podría calificar

como un acto de competencia desleal bajo la modalidad de aprovechamiento de la reputación ajena, toda vez que buscaría colgarse del prestigio obtenido por las referidas marcas. Esta situación podría originar, adicionalmente, la interposición de una denuncia por violación a las normas de competencia desleal. Cabe señalar que, si bien estas acciones se interpondrían contra la persona que estuviera realizando tal conducta, en este caso, la arrendataria, la imagen del centro comercial puede verse indirectamente afectada por los comentarios generados a consecuencia de la conducta infractora de la arrendataria.

En ese sentido, para evitar eventuales denuncias, se recomienda al centro comercial incluir la siguiente cláusula en su contrato de arrendamiento:

“Queda claro que la arrendataria se obliga a destinar únicamente el local para ser utilizado en la comercialización de perfumes bajo el nombre comercial de “XXX”, respecto del cual la arrendataria declara tener el derecho y las autorizaciones necesarias para usarlo y explotarlo comercialmente, respetando las condiciones y límites que se establecen en el presente documento y en los reglamentos del centro comercial. Se deja expresa constancia que la arrendataria se obliga a consignar en todos sus productos de perfumería, así como en cualquier aviso escrito, radial, televisivo u otro, las indicaciones necesarias a efectos de no inducir a error a los consumidores, respecto a la naturaleza, característica y/u origen de los productos comercializados, caso contrario se resolverá de pleno derecho el presente contrato, bastando para ello la remisión de una comunicación notarial a la arrendataria comunicando tal decisión, la misma que surtirá efectos desde su recepción. La arrendataria garantiza que sus productos cuentan con marcas y/o diseños propios y/o licenciados y en consecuencia su actividad se desarrolla de acuerdo con la legislación vigente, en particular la referida a la propiedad industrial e intelectual. En caso la arrendataria expendiera productos adulterados, copias de marcas originales de perfumes, productos que hayan sido obtenidos por contrabando, use indebidamente marcas de titularidad de terceros en la comercialización y/o publicidad de sus productos y en general, incurra en alguna violación a las normas de propiedad industrial, intelectual o de cualquier otra naturaleza, la arrendadora podrá resolver de pleno derecho el presente contrato, bastando para ello remitirles una carta notarial a la arrendataria invocándole la presente causal, quedando claro que la arrendadora no se solidariza con estos actos, reservándose por tal motivo a iniciar las acciones legales que considere pertinentes para compensar los daños y perjuicios que estos actos le ocasionen, comprometiéndose la arrendataria a dejar indemne a la arrendadora y por tanto a asumir todos los costos y costas que se generen, incluyendo multas, gastos legales, indemnizaciones, entre otros”.

¹ Florencia Sanudo. 2015. “Un perfume verdaderamente exclusivo”. *Revista Mujer*. (Chile: 15 de setiembre) <<https://goo.gl/jMLDhb>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

² Ana von Rebeur. 2008. “La Magia de los Perfumes”. *Blog Lujos y placeres*. <<https://goo.gl/Ztj9Qo>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

³ María García Camarero. 2011. “Perfume y la moda ¿Qué hay entre ellos?”. *Nosotras.com* <<https://goo.gl/evFw8t>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

⁴ Big Soap Factory Blog. “Perfumes de imitación vs. Contratipo” <<https://goo.gl/snDXSv>> (consultada el 16 de marzo de 2017).

Conclusiones

Solo me queda llamar a la reflexión a nuestras autoridades y a la comunidad en general. Si el rubro de la moda y *retail*, en general, ya viene cumpliendo de un tiempo a la fecha un rol protagónico en nuestro país, cómo sería si el gobierno la regulara no para obstaculizarla sino, al contrario, para incentivarla, por ejemplo otorgando beneficios tributarios a quienes se dediquen a este rubro o incentivando la producción y fabricación nacional. No solo se desarrollaría este sector, sino que daría más trabajo e ingresos a todos los peruanos.

Bibliografía

- Alcorce Soap. “Perfumes de imitación vs. Contratipo”. 2016. En Alcorce Soap. <<https://alcorcesoap.com/perfumes-de-imitacion/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- American Gem Society Laboratories. AGS Laboratories. <<https://www.americangemsociety.org/es/agslabs>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Bello Knoll, Susy Inés y Echevarría, Pamela. 2015. Derecho y moda. Marcial Pons: Buenos Aires.
- Casacorperu <<http://www.casacorperu.com/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Comercio Justo <<http://comerciojusto.pe/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Fashion Blog <<http://fashionblogmexico.com/fast-fashion/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Fashion Revolution <<http://fashionrevolution.org/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Fasson Llosa, Annalucia. Una Nueva tendencia: El Derecho de la Moda o Fashion Law, publicado en el Blog de Sinergia e Innovación de la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC). <<https://goo.gl/q8ZJcK>>
- Fasson Llosa, Annalucia. “¿El Derecho se viste de Moda?: El Derecho de la Moda llegó al Perú” publicado en el Blog Conexión ESAN de la Universidad ESAN. <<https://goo.gl/srguqs>>
- Fasson Llosa, Annalucia. El Derecho de la Moda y el detrás de cámara de los movimientos Fast Fashion, Slow Fashion, Moda Sostenible y Upcycling publicado en el Blog Conexión ESAN de la Universidad ESAN. <<https://goo.gl/NHpgFc>>
- Fasson Llosa, Annalucia. El derecho de la moda y su aplicación al negocio de la joyería en Perú publicado en el Blog de Derecho de la Moda de Argentina. <<https://goo.gl/o768nb>>
- Fasson Llosa, Annalucia. El Derecho de la Moda: Un análisis jurídico de la moda sostenible, publicado en la revista chilena virtual LWYR. <<https://goo.gl/wqDB27>>
- Fasson Llosa, Annalucia. El Derecho de la Moda y el Fashion Revolution Day, publicado en el Blog de Conexión ESAN de la Universidad ESAN. <<https://goo.gl/xmc654>>

- Fasson Llosa, Annalucia. La Crisis del Emporio: un análisis sobre lo que está ocurriendo en Gamarra, publicado en el Blog Conexión ESAN de la Universidad ESAN. <<https://goo.gl/554usP>>
- Fernández, Alex. 2009. “Upcycling: transformar residuos en objetos de valor”. En Eroski Consumer. 17 de diciembre. <<https://goo.gl/yGBYTc>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- FloCERT <<http://www.flocert.net/es/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Gallard, Vicente. 2012. “La moda que no tiene prisa”. El País. <<https://goo.gl/tlCXtX>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- García, María. 2011. “Perfume y la moda, ¿qué hay entre ellos?”. En Nosotras. <<https://goo.gl/evFw8t>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Gestión. 2016. “Joyería peruana contará con sello de calidad a mediados del 2017”. 4 de octubre. <<https://goo.gl/KxZcwn>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- GIA. <<https://www.gia.edu/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Grupo del Diálogo, Minería y Desarrollo Sostenible. 2015. “Empresa minera Macdesa obtiene certificación de Oro Responsable de Comercio Justo Fairtrade”. En Grupo del Diálogo, Minería y Desarrollo Sostenible. <<https://goo.gl/D8q8Eo>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Hipcycle. <<https://hipcycle.com/what-is-upcycling>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Iese Insight <<https://goo.gl/LcSMLx>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Internacional Gemological Institute. <<http://www.igiworldwide.com/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Instituto Nacional de Calidad. <<http://www.inacal.gob.pe/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Kimberly Process. <<https://www.kimberleyprocess.com/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Mincetur. <<https://goo.gl/go4k3B>> (Consultada el 28 de agosto de 2017).
- Millopis Gemología. <<http://gemologiamillopis.com/que-es-hrd/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Naciones Unidas. <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Online Encyclopedia of Silver Marks, Hallmarks & Makers’ Marks. <<https://goo.gl/UeqRis>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Panzarelli, Silvanna. Macy’s eligió a Jorge Salinas y su marca Emporium en el Perú Moda 2015”. 2015. En América Retail. Consulta: 17 de marzo de 2017. <<https://goo.gl/iGzqLr>>
- Sanudo, Florencia. 2015. “Un perfume verdaderamente exclusivo”. En Revista Mujer. <<https://goo.gl/jMLDhb>> (consultada el 17 de marzo de 2017).

- Sciaraffia, Lorenza. 2015. “Slow Fashion: moda lenta, sostenible y consciente”. El Definido. <<https://goo.gl/tkMc4o>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- Cardona, Jimena. “La midi is back”. En Soy Actitud. <<https://goo.gl/9iQStu>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- The Slow Wear Project. <<http://slowearproject.com/>> (consultada el 16 de marzo de 2017).
- The True Cost. <<http://truecostmovie.com/>> (consultada el 17 de marzo de 2017).
- Von Rebeur, Ana. “La magia de los perfumes”. 2008. En Lujos y placeres. <<https://goo.gl/Ztj9Qo>> (consultada el 17 de marzo de 2017).



Apuntes sobre las opciones inmobiliarias para el negocio de la moda o sobre la relación entre el *fashion law* y el *real estate law*

Yuri Vega Mere¹

Sumario: Introducción. 1. Apuntes sobre la emergencia y el estado actual del *fashion law*. 2. Esquemas inmobiliarios para el sector de la moda. 2.1 Locaciones físicas: ubicación y formato. 2.1.1. Tiendas independientes o especializadas. 2.1.2. Tiendas por departamentos. *Shop within a shop*. 2.1.3. Centros comerciales: concepto, dimensión y tipología. 2.1.3.1. *Fashion mall*. 2.1.3.2. *Power center*. 2.1.3.3. *Lifestyle center*. 2.1.3.4. *Strip mall*. 2.1.4. *Discount department stores*. 2.1.5. *Outlets* o negocios de precios reducidos. 2.2 Espacios novedosos: locaciones temporales y móviles. 2.2.1. *Showrooms* o *fashionrooms*. 2.2.2. *Pop-up stores*. 3. Apuntes sobre los pactos usuales en los contratos inmobiliarios. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El autor absuelve las siguientes interrogantes: ¿el derecho de moda se construye sobre otras disciplinas?, ¿la moda se caracteriza solo por la tutela de la creatividad?, ¿el objetivo de la moda es la comercialización de los vestidos y accesorios?, entre otros.

Palabras clave: Moda, tutela de creatividad, industria del vestido

Introducción

En el país son escasos los ensayos y trabajos dedicados al denominado derecho de la moda o *fashion law*. Quizá ello obedezca a su reciente aparición y a que aún no cuenta con un conjunto de reglas y principios consolidados. Pese a ello, su actual efervescencia ha llevado a no pocos (en otras latitudes) a perfilar algunas ideas sobre sus alcances e impacto, así como su relación con otras disciplinas jurídicas que, probablemente, pasen a formar parte del *fashion law* o, simplemente, establezcan relaciones de especial interés.

Precisamente en cuanto a esto último, el presente trabajo busca destacar la vinculación entre el *fashion law* y las modalidades u opciones de negocios inmobiliarios para permitir el desarrollo de la industria de la moda, aun cuando hoy en día es creciente la conclusión de transacciones por medios telemáticos. Sin embargo, la moda es, a no dudarlo, una experiencia vivencial que demanda que el interesado tome entre sus manos el objeto que desea comprar o tener. Y ello solo es posible cuando los productos ofertados son exhibidos en locales acondicionados para vivir aquella experiencia. Esta realidad empuja hacia la necesidad de poder contar con espacios físicos que los proveedores deben contratar bajo las mejores condiciones dentro de una amplia gama de opciones que ofrece el derecho y el mercado. He allí el nexo que surge entre el *fashion law* y el *real estate law*.

1. Apuntes sobre la emergencia y el estado actual del *fashion law*

La moda puede ser entendida de diferentes maneras: como una tendencia que busca imponerse en una determinada actividad (por ejemplo, en la música); o bien, puede tener un específico y conocido significado vinculado al desarrollo de la industria del vestido (y accesorios). Desde esta última mirada, se puede sostener que la moda ha estado siempre presente en la historia de la humanidad. Cada época ha mostrado determinados gustos y preferencias: ya sea como una forma de lograr o de realzar la belleza, ya sea como un medio para diferenciarse; o bien, de una manera mucho más amplia, como expresión propia de una colectividad, afincada en las costumbres y en el deleite cultural. La moda, por otro lado, también se relaciona con la estacionalidad y con los recursos que han permitido el desarrollo de la industria del vestido.

Debido a la masificación de la moda y a la globalización de los mercados, aquella tiende a convertirse en un referente que trasciende fronteras. El ímpetu por hacer triunfar una determinada tendencia ha sido el motor para una expansión sin precedentes. Los grandes diseñadores, las empresas encargadas de la confección y la comercialización de prendas y accesorios y complementos, han buscado no solo penetrar nuevos mercados para ensanchar su base de consumidores. También han organizado la producción a escalas mundiales buscando para ello las plazas que ofrecen mejores condiciones (costos laborales, protección de la inversión extranjera, la tutela de la creatividad, etc.).

¹ Socio senior del área de Derecho Corporativo y director del área de Inmobiliaria y Construcción. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho, Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Profesor honorario de la Universidad Católica Santa María. yvega@munizlaw.com

Todo ese movimiento y parafernalia no se ha dado ni se desenvuelve sin la presencia y sin el uso de las herramientas y mecanismos legales que existen a disposición de los diseñadores, confeccionistas, comercializadores, *malls* y otros actores. Por el contrario, cada paso —que se inicia con la creación y el diseño— ha demandado la asistencia de asesores legales de las más variadas especialidades para cautelar los intereses en juego. De ese modo, la moda ha estado asistida por expertos en propiedad intelectual (marcas), en la protección de diseños y patentes, en modelos industriales, en las reglas de comercio internacional para abrir nuevos mercados, en instrumentos de financiamiento e inversión, regulaciones gubernamentales, derechos del consumidor, entre los más disímiles sectores.

Este inicial sobrevuelo de la relación entre la moda y el derecho no nos resulta nuevo ni anecdótico. Una determinada actividad económica solo puede desplegarse en la medida que se tenga un conocimiento aceptable del marco legal para aprovechar las bondades del mismo o evitar las ineficiencias.

Una cosa completamente diferente es aludir a un “derecho de la moda” como una provincia o campo del derecho. Ello parece ser un paso más en la relación entre ambas materias.

Bajo esa óptica, el derecho de la moda o *fashion law* emerge como una disciplina novedosa que se encuentra en proceso de adquirir carta de ciudadanía, esto es, de erigirse como una nueva rama del quehacer jurídico que requiere -en mi opinión- de una pronta y necesaria identificación de principios y reglas que la diferencien del resto de especialidades del derecho.

Por eso es que hoy en día se puede sostener, sin resquemores, que el *fashion law* es una materia *under construction*. Si bien tiene vocación de consolidarse, por el momento se vale de su carácter transversal para ir echando cimientos en búsqueda de una verdadera autonomía.

El derecho de la moda no tiene muchos años de aparición. Se atribuye el mérito de su emergencia a la profesora Susan Scafidi, egresada de la Escuela de Derecho de Yale, quien realizara el lanzamiento oficial de esta especialidad en el 2010. Sucesivamente, Scafidi, con el apoyo del Council of Fashion Designers of America, fundó el Fashion Law Institute² y, por medio de dicha entidad dicta e imparte cursos sobre el tema en la Fordham Law School³ y en otras organizaciones académicas⁴.

² Véase, al respecto, el sitio de esta entidad, a fin de conocer sus actividades. Recuperado de <http://fashionlawinstitute.com/>>. Sin embargo, se sabe que Scafidi impartía cursos sobre esta materia desde el 2006.

³ Véase, al respecto, la página de la escuela que ofrece un LLM en Fashion Law. Recuperado de go.gol/ZxNFoK>. Desde la aparición de esta especialidad, ya son varias las instituciones académicas que ofrecen entrenamiento: la Universidad de Milán, el Instituto Brasileiro de Negócios e Direito da Moda, University at Buffalo Law School, la Benjamin N. Cardozo School of Law, la New York Law School, la New York University, el Fashion Law Project en la Loyola Law School, el Moda Hukuku Enstitusu en Turquía, la Facultad de Derecho de la McGill University, entre los más destacados. En Argentina existe el Fashion Law Institute Argentina que tiene un blog muy interesante. Recuperado de go.gol/g2Pjoz>.

⁴ Pamela Echevarría, “¿Qué es el derecho de la moda?”, en *Derecho y Moda*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2015, pp. 27-29.

Si bien la relación entre la moda y el derecho es de vieja data, esa vinculación ha estado, desde siempre, gobernada por diferentes intereses en juego a los cuales se ha dado respuesta o protección desde ángulos diferentes que muestran una ausencia de unidad o unicidad en el nascente derecho de la moda.

En efecto, los protagonistas de esta actividad, dependiendo del rol que despliegan en este segmento del mercado, recurren a los mecanismos legales que tutelen sus intereses y expectativas. Y esos mecanismos no han sido creados necesaria y únicamente para el sector de la moda.

Por el contrario, son, en general, instrumentos e instituciones jurídicas a disposición de la más amplia gama de actividades económicas: marcas, patentes industriales, derechos de autor, entre otros, por mencionar solo algunas de aquellas herramientas. Y, por supuesto, cuando nos alejamos de la tutela de la creatividad que caracteriza a la moda para pasar al plano de la comercialización del vestido y accesorios, también encontramos que para lograr un adecuado nivel de ventas y expansión, los interesados convocan a los especialistas en comercio internacional, en comercio electrónico, en materia regulatoria/sanitaria, en desarrollo sostenible, en esquemas de financiamiento o crecimiento de marcas, productos (licencias, franquicias, etc.) y puntos de venta (a través de contratos de distribución, representación, manufactura, etc. y esquemas usuales y novedosos de inversión inmobiliaria) que —nuevamente— ponen en evidencia que el derecho de la moda se construye (o se debe construir) sobre la base de la asistencia de otras disciplinas de las que, tarde o temprano, deberá distanciarse sin que aquellas dejen de ser tributarias de esta nueva provincia del derecho.

De modo complementario, se puede sostener que el derecho de la moda tiene un temperamento transversal al abarcar y transitar por una amplia miríada de especialidades legales que constituyen disciplinas (todas ellas autónomas) que concurren para atender este nuevo sector, de modo que podemos afirmar lo siguiente:

"It is a field that embraces the legal substance of style, including the issues that might arise throughout the life of a garment, starting with the designer's original idea and continuing all the way to the consumer's closet. As a course, we defined fashion law to include four basic pillars: intellectual property; business and finance, with subcategories ranging from employment law to real estate; international trade and government regulation, including questions of safety and sustainability; and consumer culture and civil rights. In addition to its central focus on apparel and accessories, fashion law includes related and fragrance industries. From a practice perspective, fashion law can include the representation of clients engaged in the design, manufacturing, distribution, or retail sectors, among others, or even of consumers⁵."

⁵ Véase, al respecto, la definición que se conoce de Scafidi, Susan, “*Fashion Law*: Diseñando una nueva disciplina”, en *Derecho y moda*, ob. cit., pp. 17 y 18, recogida también por Fury-Perry, Ursula, *The Little Book of Fashion Law* (ABA Little Books Series) (Posición en Kindle, 103-105), Chicago: American Bar Association, Edición de Kindle, 2012.

Los llamados *fashion lawyers* aconsejan a sus clientes sobre cuestiones legales que enfrentan la industria de la moda, la industria textil, la industria de productos de lujo, de calzado, joyería y cosméticos. Como hemos visto, estas cuestiones abarcan diferentes especialidades; por ello, una firma legal que cuente con un área de *fashion law* requiere del trabajo de un equipo multidisciplinario.⁶

⁶ Annalucía Fasson, “Fashion law o derecho de la moda: una nueva especialización”, en Partenon. Recuperado de <goo.gl/p2epCt>. Se pregunta: “¿Qué es derecho de la moda? Se trata de una nueva especialización que brinda una asesoría legal integral a todas la personas jurídicas o naturales que forman parte del sector moda y retail, tales como diseñadores de moda, empresas textiles, fabricantes, importadores, exportadores, fotógrafos, modelos, distribuidores, proveedores, agencias de modelos y/o publicidad, personal shopper, titulares de marcas, centros comerciales y/o empresas mayoristas y minoristas, pero [...] ¿Qué es moda? Por moda no solo podemos entender la comercialización de ropa, sino también abarca un concepto más amplio que incluye calzado, joyas, perfumes, cosméticos, decoración, muebles y demás accesorios, tales como correas, carteras, lentes, entre otros. Y, ¿qué es retail? La palabra retail o venta al detal (venta al detalle) se refiere a la venta de productos y/o servicios al público en locales comerciales. Se asocia al marketing, dado que se planifican actividades para generar consumo y, por lo tanto, la satisfacción de sus consumidores, actuando como un nexo entre el distribuidor y los clientes finales. En ese sentido, el derecho de la moda atenderá a los retailers que comercializan moda. Cabe indicar que al principio algunos juristas pensaban que el derecho de la moda no era una nueva área, sino que era un análisis transversal de la utilización de las diferentes ramas del derecho; a pesar de ello, es de destacar que en un inicio así también surgieron nuevas áreas del derecho enfocadas a una actividad específica, tales como las normas sobre energía y minas, electricidad o pesquera, las cuales se encuentran dirigidas a atender las necesidades de un sector determinado.

Sin embargo, desde el 2005 con la profesora Susan Scafidi en Nueva York, quien fue también mi docente, se ha desarrollado esta nueva área del derecho denominada *fashion law* o derecho de la moda. Susan Scafidi fue la primera abogada en dictar un curso especializado en derecho de la moda a nivel universitario, siendo esta nueva área, gracias a ella, considerada como un área autónoma e independiente. Rápidamente esta nueva especialización ha empezado a expandirse primero en Europa, teniendo como principales países exponentes a Inglaterra, Italia y España, y en Sudamérica se ha desarrollado en Brasil, Argentina, Chile y, finalmente, en Perú [...] Esta nueva disciplina entiende que la industria de la moda y el *retail* poseen características que les son propias y exclusivas, como la comprensión de las temporadas de las colecciones, de los procesos productivos, la expansión de conglomerados extranjeros o nacionales, los contratos de distribución, licencia o franquicia, la lucha contra la piratería o falsificaciones, las formas de apalancamiento para atraer a nuevos inversionistas y la contratación de las modelos. Asimismo, el derecho de la moda también está ligado a la protección del medioambiente, la reducción del consumo de las emisiones de carbono, el agua y la energía eléctrica (es una tendencia consumir marcas *green* o verdes, las cuales utilizan materias primas como el algodón orgánico o alpaca), el análisis del uso de las pieles de animales, de las piedras preciosas y sus métodos de obtención, la valorización de los intangibles, la importación y/o exportación de productos, entre otros”.

En similar sentido, también en Fasson, Annalucía, “¿El derecho se viste de moda?: el derecho de la moda llegó al Perú”. Recuperado de <goo.gl/Ad1BxP>, del 2 de setiembre del 2015. Otro trabajo de la misma autora, ¿Qué es el derecho de la moda o *fashion law*? Recuperado de <goo.gl/5S9YyY>. En este último trabajo Fasson señala las áreas del derecho que asisten a la moda:

- Corporativo: asesoría en la elaboración y/o revisión de contratos de arrendamiento, usufructo, superficie, exclusividad, distribución, licencia, franquicia, canje de productos, servicios publicitarios, así como autorización de cesión de uso de imagen, entre otros aspectos.
- Propiedad intelectual: no solo abarca la inscripción de las marcas que identifican a un producto sino también la protección de los derechos de autor de las prendas de vestir, telas, diseños de joyas, entre otros, siempre y cuando sean identificables y creativos para que puedan ser inscritas como obras artísticas en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú (Indecopi).
- Competencia desleal y publicidad: asesoría en la revisión de folletos, volantes y trípticos, y en las diferentes campañas de promoción o publicidad de los productos, así como en su etiquetado.
- Laboral: asesoría en diferentes modalidades de contratación, en el empleo de figuras laborales como la tercerización y la intermediación laboral. Asesoría en el tratamiento migratorio de modelos, fotógrafos y personal.

Es, precisamente, por esa concurrencia de materias legales de la más variada gama que el *fashion law* debe trabajar en su ansiada autonomía y, para ello, debe identificar y perfilar principios propios, reglas exclusivamente de este campo de práctica y un particular marco conceptual.

En breve, lo que pretendo sostener es que el derecho a la moda hoy se nutre de específicos segmentos de otras materias y debe hilvanarlos para tejer su propia autonomía científica, académica y normativa⁷.

- Tributario: no solo se refiere a la estructuración tributaria de las empresas peruanas o extranjeras, sino al estudio de la valorización de los intangibles, la política de descuentos, manejo eficiente de los inventarios tomando en cuenta mermas [1] y desmedros [2], entre otros.
- Comercio exterior: se relaciona con la importación y/o exportación de los productos, aplicando los diferentes regímenes aduaneros.
- Finanzas: asesoría en las diferentes formas de apalancamiento, ya sea con préstamos bancarios, créditos sindicados, emisión de bonos o creación de fondos de inversión especializados en adquirir marcas.
- Medioambiente: existen empresas “*green*” que tienen por finalidad proteger el medio ambiente a través de la reducción del consumo de energía y agua; la disminución de las emisiones de carbono; o la celebración de contratos con las comunidades para promover el desarrollo local”.

⁷ Véase, al respecto el blog de Armanio de Pandora. Recuperado de <goo.gl/LodRfm>. En la pregunta: “*fashion law*: ¿En qué consiste el derecho de la moda?” se responde de una manera muy similar a lo que señalo en el cuerpo principal de este trabajo: “A nadie se le escapa que la moda mueve billones; es un sector con un enorme potencial y al día de hoy más que nunca. El auge de los blogs de moda solo es la punta del iceberg. La estructura que esconde este fenómeno es férrea; todo un edificio cuyos pilares (si cabe, más bonitos y “aparentes” que los demás) no dejan de ser ancestrales, los propios del comercio y la empresa, los mismos que levantan otros negocios menos frívolos en primera instancia.

Quizás porque desde hace unos años la moda está de moda, comenzó a surgir en los más prestigiosos bufetes de Nueva York una nueva rama del derecho: la denominada como *fashion law*. Por supuesto (y en esto se parece a la engañosa musa a la que intenta servir), no existe un derecho específico sobre la moda. Lo que llamamos *fashion law* o “derecho de la moda” engloba una serie de áreas tradicionales del derecho, que se unen para dar protección a este nuevo nicho de mercado. En este post se cuenta exactamente el porqué de su creación.

¿En qué medida me puede afectar?

Si eres diseñador, querrás proteger tus diseños frente a posibles falsificaciones.

Si te dedicas a la fotografía, te interesa saber cuál es el ámbito de protección que la ley otorga a tus trabajos frente a su posible uso por un tercero.

Si eres *blogger*, quizás quieras limitar el uso que otras personas hacen de tu fotografía, de tu imagen; incluso es posible que consideres acertado registrar tu *know how* bajo una marca con la finalidad que otros no se beneficien del trabajo que supone dar una identidad propia y reconocida a un blog.

Es importante saber también que un *community manager* (social media) de una marca de moda puede tener responsabilidad legal por los comentarios vertidos en redes sociales en nombre de la firma a la que representa.

Tal vez tienes una tienda *online* donde comercializas productos de belleza, prendas textiles o artículos multimarca; es frecuente, en este caso, que surjan problemas a la hora de gestionar la privacidad de tus usuarios. O al revés, es posible que un día tú seas víctima de un fraude como consumidor en cualquiera de las tiendas anteriores y no sepas cómo reaccionar ante este problema. ¿Y qué pasa con la *publicidad engañosa en tiendas online de moda*?

Si eres dueño o responsable de una empresa de moda, quizás quieras gestionar, de la mejor manera posible, determinados escándalos (como, recordemos, este de Zara o este otro de desigual).

Como veis, no son pocos los problemas que pueden surgir. El derecho de la moda nace, precisamente, para dar una solución específica y estudiada a este tipo de conflictos que se suceden en este ámbito”.

Posiblemente el objetivo final de esta nueva disciplina apunta hacia la protección de la industria del vestido y accesorios en todas sus fases: desde su creación hasta llegar a manos del consumidor. Y para ello, como decía, se requiere que ese propósito fundamental sea el norte que le permita desarrollar directrices específicas. Esos principios deberán conjugar intereses y expectativas no siempre coincidentes y a veces en conflicto, teniendo como visión la puesta a disposición de las herramientas legales al servicio del desarrollo de aquella industria.

2. Esquemas inmobiliarios para el sector de la moda

Aquí, nuevamente, y a riesgo de ser reiterativo, debo advertir que muchos de los esquemas de inversión inmobiliaria al que recurren los protagonistas de la moda no son exclusivos para esta actividad. No obstante, las figuras usualmente empleadas en este sector no dejan de teñirse de alguna particularidad del mismo.

Por otro lado, he de mencionar que el instrumento por excelencia para acceder a una locación específica es el contrato. Es a partir de los acuerdos que pueden concretar los interesados que se estructuran las alternativas de uso de locaciones.

La búsqueda de ubicaciones adecuadas no se encuentra reñida con el crecimiento del *e-commerce*. Por el contrario, complementa y amplía la base de potenciales consumidores de moda y la conclusión de negocios entre fabricantes, *resellers* y *retailers*.

Dado que la atención la pondremos sobre las estructuras inmobiliarias, tampoco realizaré incursión alguna sobre las ventas por catálogos.

2.1 Locaciones físicas: ubicación y formato

Una de las principales cuestiones para una empresa o comerciante dedicado a la moda es la búsqueda e identificación de locaciones apropiadas para el negocio. Ello implica, desde el recurso a estudios de mercado (hoy en día se usan análisis geo-referenciados) y a *brokers* que conocen las plazas inmobiliarias.

Por ser una etapa importante, resulta conveniente incorporar a especialistas legales y a expertos en diseño e ingeniería, tal como lo plantean Herzeca y Hogan:

"The company should involve legal counsel in the discussions at this stage in the process. The negotiation often involves the exchange of one or more term sheets, as well as diligence concerning the suitability of the space. This evaluation may require the company to engage internal or external resources that may include land use, design, and engineering professionals. Often a project management firm is engaged to assist in evaluating the feasibility, timing, and expense of the build-out⁸."

⁸ Lois F. Herzeca & Hogan, Howard S., *Fashion Law and Business: Brands & Retailers: I* (Position en Kindle 12395-12399), Chicago: Practising Law, Institute-Edición de Kindle, 2013.

La identificación del local tiene directa relación con el espacio que se busca. Es muy diferente un local independiente a una plaza dentro de un centro comercial o *mall*.

2.1.1. Tiendas independientes o especializadas

A pesar que no es inusual que se contrate un espacio "independiente" para una "tienda especializada", no es infrecuente que ese local de cemento y ladrillo tenga una ubicación cercana a negocios con productos de la competencia, ya que allí los consumidores concurrirán teniendo en cuenta la diversidad de opciones que suelen hallar en los centros comerciales.

Esta forma de inversión inmobiliaria no está destinada a su extinción, pero no es hoy en día la única ni la prevaleciente debido al auge de estructuras comerciales e inmobiliarias que tienen como finalidad asegurar un alto flujo de visitantes por la diversidad y amplitud de la oferta de mercaderías.

2.1.2. Tiendas por departamentos. *Shop within a shop*

Usualmente los negocios de la moda del vestido tienen presencia en tiendas por departamentos (*department stores*). Las tiendas por departamentos son formatos de amplia extensión que congregan una amplia variedad de productos y marcas. Como señalan Herzeca y Hogan:

"Department stores are large retailers that stock a wide variety of fashion-oriented merchandise (typically tens of thousands of stocks keeping units), which is separated into departments and offered to consumers at full price (with seasonal mark downs). Department stores generally can be divided into market segments, with differing levels of customer service, merchandise selection, and store layout dictated by the target market⁹."

Generalmente, una tienda por departamentos cuenta con una tienda ancla (*anchor tenant*) que garantiza un adecuado tráfico de potenciales compradores. Adicionalmente, los productos son agrupados físicamente en espacios dedicados a una rama determinada de los mismos (vestimenta, electrodomésticos, juguetería, etc.).

Las tiendas por departamentos pertenecen a una sola empresa y tienen una administración centralizada y, usualmente, también una caja centralizada. Se diferencia de un centro comercial en la medida que en este existen tiendas separadas pero que pertenecen a una única estructura compleja e integrada.

Como han comentado Herzeca y Hogan, una forma alternativa para acceder a un espacio es la figura conocida como *shop within a shop* o *in-store shop* que no es otra cosa que usar áreas dentro de una superficie mayor en manos de un *retailer*. Este último cede esa menor extensión a un tercero. Esta novedosa forma de contratar

⁹ Herzeca & Hogan, *Fashion Law and Business: Brands & Retailers: I*. Citado. (Posición en Kindle 11304-11307), Chicago: Practising Law Institute-Edición de Kindle.

usualmente se presenta al interior de las tiendas por departamentos o supermercados, pero no es imposible que se dé bajo otros formatos¹⁰.

La ventaja de esta opción es que el pequeño locatario reduce sus costos drásticamente: se cuelga de la infraestructura ya existente y no se preocupa de los costos de implementación o construcción ni tiene costos de mantenimiento como los del arrendatario (o poseedor) que ocupa la mayor área donde aquel se instala. Al *retailer* que cede parte de su espacio la presencia del otro negocio le permite atraer un mayor número de consumidores para sus propios productos, pues el tránsito al negocio *in-store shop* expone la oferta de todos los negocios que existen y no solo de la pequeña área, apuntándose de esa manera a un resultado conocido como *one-stop shopping*. Se señala, además, que esa cesión de espacios suele tener plazos menores a los del locatario común^{11 12}.

2.1.3. Centros comerciales: concepto, dimensión y tipología

Un centro comercial (*shopping center*) es una edificación compuesta por uno o varios edificios o naves, usualmente de gran tamaño, que puede comprender locales comerciales y oficinas que se diseñan y construye como un espacio colectivo que fomenta el consumo y asegura el flujo de compradores por la diversificación de la oferta que presenta. Puede incluir lugares de entretenimiento o diversión, cines, restaurantes e, inclusive, y modernamente, centros de enseñanza, hoteles y hasta establecimientos de salud.

Los espacios son administrados por una gerencia centralizada y se arriendan (a veces se venden, pero no es la mejor decisión¹³) de forma independiente y los locatarios se obligan al pago de una renta, de los servicios de mantenimiento, publicidad, etc., a la entidad operadora del centro comercial.

Usualmente, en los *shopping centers* los locales se aglutinan por la naturaleza de los productos —aunque no es una regla rígida—, esto es, se presentan en una

¹⁰ Por ejemplo, en un local dedicado a librería, dentro de un centro comercial (ya veremos su significado líneas abajo del cuerpo principal de este ensayo) puede complementar y hacer más grata su oferta cediendo parte de su espacio a una cafetería que pertenezca a una empresa diferente.

¹¹ Herzeca & Hogan. “Fashion Law and Business: Brands & Retailers: 1”. Citado (Posición en Kindle 12432-12454), Chicago: Practising Law Institute- Edición de Kindle.

¹² Página web Shop in Shop Concept. Recuperado de <goo.gl/jbup7x>. En el sitio encontramos esta interesante definición: “The “shop in shop” retail concept is where a brand owner or retailer takes space in another retailer’s store and fits it out to provide selling space dedicated to that secondary company’s products. A lot of brands/retailers have monobrand stores which are totally dedicated to their ranges e. g. Adidas, Hugo Boss, UGG or Levi’s; often they have “shop-in-shop” programs where they occupy a set amount of space in other multiple outlets, in addition to their monobrand stores. One example of the mix of retail space is Umbro, with nearly 2,000 outlets but 80 % are “shop-in-shop” outlets and the balance stand-alone monobrand stores. There are benefits to both retailers e. g. shared costs, shared marketing and demand-generation, and speed to market. The concept is as old as the farmers’ market!”.

¹³ Las experiencias registradas en nuestro país de centros comerciales que vendieron locales a los interesados determinaron el colapso de esos *shopping centers*. La administración centralizada y la propiedad unificada en manos del *developer* (o bien del operador que puede ser una entidad diferente) son ahora la característica principal para asegurar una unidad de criterio en la presentación de las tiendas y locales, oficinas u otros espacios, horarios de atención, así como un mecanismo que permite mensajes publicitarios comunes que son sufragados por todos los locatarios según el tamaño de los espacios.

forma determinada para ordenar las tiendas: una planta o sector está destinado a la venta de ropa, otro al expendio de comida y restaurantes, otro para cines y centro de diversión y ocio. Es casi imprescindible que el centro comercial tenga un supermercado o hipermercado como tienda principal o ancla (*anchor tenant*).

Al empresario de moda le puede interesar tener asegurado un tráfico mínimo de posibles compradores que ofrezca la cercanía a una tienda ancla o a un local de alta frecuencia de visitas que no necesariamente sea un competidor.

Según el International Council of Shopping Centers, la clasificación por tamaño de los centros comerciales es la siguiente:

Denominación	Siglas	Área
Muy grande	MG	más de 79,999 m ²
Grande	GR	entre 40,000 y 79,999 m ²
Mediano	ME	entre 20,000 y 39,999 m ²
Pequeño	PE	entre 5,000 y 19,999 m ²

Los edificios con menos de 5,000 m² son simples galerías comerciales.

El centro comercial también tiene una gran connotación sociológica o antropológica dado que es un espacio de intercambio social y humano. Puede ser un lugar de encuentro al final de la jornada laboral, un espacio visitado para fines de entretenimiento y de encuentro familiar o amical. Parte de la vida de muchas familias se desarrolla en ellos pues estas buscan no solo comprar sino también distracción y distensión.

Los horarios de un *mall* son distribuidos según el segmento al cual se dirigen: horarios de locales y espectáculos para familias, adolescentes, jóvenes, mayores, etc. En función de ello se organiza la oferta, se segmenta la línea de productos, las promociones, etc.

No existe un único tipo de centro comercial y ello es de suma importancia para un negocio dedicado a la moda. Una posible tipología de centros comerciales vinculada a la moda es la que sigue a continuación. Al restringir los formatos al sector de la moda, he de dejar de lado algunos otros que no me interesa incorporar en el catálogo.

2.1.3.1. Fashion mall

Esta es una de las modalidades más cercanas a la moda. Son de extensión considerable y convocan a un gran *anchor tenant*. Suelen tener un número extenso de locales comerciales de venta al por menor, generalmente de ropa y artículos de uso personal, climatizadas, cerradas y de varios pisos y habitualmente acompañados de lugares de esparcimiento. El *anchor tenant* también debe ser una tienda de productos similares y no un supermercado.

2.1.3.2. *Power center*

Comprende varias supertiendas únicamente, no tienen pasillos interiores, básicamente son comercios de grandes dimensiones con gran distribución especializada.

2.1.3.3. *Lifestyle center*

Es una variante de los centros comunitarios o de los centros de moda en los que se combinan hoteles, condominios, centro de convenciones, entre otros negocios a los que se ofrecen los espacios.

2.1.3.4. *Strip mall*

Son los centros comerciales de calle, más comúnmente de servicios; sin embargo, con una variedad de oferta que incluye vestido y accesorios. Son espacios pequeños y usualmente no superan las tres plantas. No son incompatibles con oficinas. En los Estados Unidos tienen una amplia difusión y suelen tener la intención de atender la demanda vecinal para lo cual se estructuran dependiendo de la oferta de otros centros comerciales de la zona y resuelven problemas cotidianos sin necesidad de tener que pisar un formato de mayor tamaño que exige una mayor inversión de tiempo por el tráfico de personas y vehículos.

La elección del local en una o algunas de las tipologías descritas, dependerá del producto que se ofrezca y del posicionamiento que busca tener la empresa dedicada a la moda, así como del público *target* al cual apunta.

2.1.4. *Discount department stores*

En nuestro país no es posible encontrar espacios que puedan ser calificados como *discount department stores* o tiendas (por departamentos) de descuentos.

Son formatos amplios y de gran tráfico, con una amplia gama de productos como ropa, productos de cuidado personal, electrodomésticos, alimentación y equipamiento para hogares. En los Estados Unidos tienen un área promedio de 3,000 metros. Por naturaleza, ofrecen precios altamente competitivos ya que a través de la combinación de sistemas para administrar el suministro de productos de los fabricantes y de alta rotación en ventas, se obtienen descuentos importantes de los mismos productores. En el país del norte es una industria muy concentrada. Según encuestas, cerca del 80 % de amas de casa han comprado en cadenas como Walmart o Target que son de estas características.

Como señalan Herzeca y Howard, en años recientes, en el mercado americano estas cadenas han contribuido mucho con la industria de la moda al permitir que determinadas marcas ofrezcan sus productos a bajos precios por un periodo dado y de manera exclusiva en algunos de estos formatos, ofreciendo a los diseñadores y productores nuevos canales de venta que mejoran la imagen de sus marcas¹⁴.

¹⁴ Herzeca & Howard. "Fashion Law and Business: Brands & Retailers: 1". (Posición en Kindle 11385-11403), Chicago: Practising Law Institute-Edición de Kindle.

2.1.5. *Outlets o negocios de precios reducidos*

En nuestro país los denominados *outlets* aparecieron algunos años atrás.

Usualmente entendemos por *outlet* el lugar en el que se promueve la venta (o salida, literalmente traducido el término) de un producto al por menor y directamente a los consumidores.

Los *outlets* son esquemas de vieja data (década del 30 del siglo xx) que tuvieron como propósito que un fabricante venda el exceso de producción o los productos defectuosos de su propia marca a sus empleados, a precios reducidos.

Generalmente, para ello se organizaba las ventas en el almacén o en una trastienda, pero siempre en un espacio que no era un local destinado habitualmente para ventas.

Debido a que no siempre esa mercadería podía ser totalmente absorbida por los empleados de la fábrica, el siguiente paso fue implementar locales abiertos a todo el público. En una etapa sucesiva, ya no fueron solo tiendas dispersas de los productores, sino *malls* enteros dedicados a distintos fabricantes los que aparecieron en el mercado favoreciendo el crecimiento de la industria de la moda.

Dado el éxito de este formato, las compañías ya no solo se preocuparon por vender saldos y productos con "yayas". También empezaron a fabricar mercadería de bajos precios que pudiera ser ofrecida en estas plazas, a costa de reducir, claramente, la calidad de los bienes¹⁵.

El auge de los *outlet malls* llega a su punto cumbre cuando dejan de ser locales operados por fabricantes y pasan a las manos de *resellers* (los llamados *retailers run outlet stores*) en los que los locales ya no son "monomarca", sino que, por el contrario, venden toda clase de productos conseguidos a precios muy bajos que son adquiridos con grandes descuentos de los fabricantes, cuyo *target* ya no es encargarse más de las ventas, sino solo de la fabricación de productos a gran escala y de bajo costo, lo que, además, los alivia de las inversiones inmobiliarias para llegar directamente a los consumidores. El riesgo es trasladado a los *retailers*.

En rigor, los *outlets* son parte de una categoría mayor de establecimientos: los *off price stores*. Una primera expresión de este formato alude a los *factory outlets* de la que ya hemos tratado. Una segunda expresión refiere a los *off-price retailers*, que también hemos explicado, y sobre la que quizá debamos decir que se organizan sobre la base de inventarios imperfectos y sobrantes que unos *retailers* compran a los fabricantes y a otros *retailers* especialmente cuando estos últimos no pudieron vender la mercadería a los precios normales o a full precio: allí están tiendas como Century 21 Department Store, Marshall's, and T. J. Maxx. Como tercera expresión se encuentra las llamadas *retailer-owned off-price stores*. Se trata de *outlets* que pertenecen a tiendas por departamentos para vender los excesos de mercadería a precios descontados: allí están *Saks Fifth Avenue's OFF 5th*, Nordstrom Rack

¹⁵ Herzeca & Howard. "Fashion Law and Business: Brands & Retailers: 1". Citado. (Posición en Kindle 11408-11418), Chicago: Practising Law Institute-Edición de Kindle.

y Bloomingdale's Outlet como ejemplos, que son negocios que también venden productos con marcas propias.

2.2 Espacios novedosos: locaciones temporales y móviles

La moda no se detiene. Es uno de los negocios más dinámicos y, bajo esa óptica, procura encontrar nuevos canales de comunicación y de llegada a los compradores o consumidores. Por esa razón, en el sector se han desarrollado nuevas figuras en el sector inmobiliario y fuera de él que vale la pena comentar para conocer la emergencia de nuevos espacios y vehículos de comercialización del vestido y accesorios.

2.2.1. Showrooms o *fashionrooms*

El lanzamiento de un nuevo producto, o de una nueva línea de ellos, no necesariamente se realiza en los locales de cemento y ladrillo en los que se venden de manera permanente (locales abiertos al público).

Los diseñadores, especialmente, gustan de organizar exposiciones, ferias o presentaciones, locales o a nivel internacional, que pueden coincidir, además, con el lanzamiento de mercadería ligada a una determinada estación del año.

De esa manera, estos eventos se erigen como el vehículo de presentación de nuevos diseños y líneas a la que asisten las grandes marcas, los diseñadores, los *resellers*, y la prensa y las publicaciones especializadas, entre otros interesados.

Son espacios no dedicados a la venta. Nadie descarta que en estos encuentros se pueda concretar nuevos negocios. Sin embargo, no es su finalidad primaria. Es una forma de “testeo” en búsqueda de la difusión y, sobre todo, de una primera aprobación por parte de los asistentes y entendidos de cara a su sucesiva comercialización.

Bajo esa premisa, se trata de espacios transitorios, no permanentes ni estables. No existe un único formato ni locaciones preferibles las unas frente a las otras. Dependerá, entre tantos factores, del producto, del gusto e intuición del organizador, del público *target*, de las tendencias, de la osadía y del espíritu innovador y arriesgado de la muestra. Así, se puede utilizar almacenes abandonados, locales que dejaron de estar de moda y que se maquillan para la ocasión, teatros, estadios, tabernas, etc., son algunos de los ejemplos de locaciones que pueden utilizarse.

2.2.2. *Pop-up stores*

Las *pop-up stores* o tiendas *pop-up*, son también conocidas como *pop-up retail* o *temporary stores*, constituyen una nueva modalidad del sector minorista para usar espacios de ventas o difusión de productos de corta duración.

Se atribuye a la compañía Vacant de Los Ángeles, California, ser la primera empresa en desarrollar el concepto de *pop up shops*. En 1999, el personal de la empresa se preguntó sobre las colas que los consumidores hacían para comprar productos de edición limitada en las tiendas de minoristas especializados. Una vez

que los productos se agotaban, por lo general en cuestión de pocas horas, las tiendas se quedaban cerradas hasta que el propietario recibiera más productos para poder volver a abrir la tienda. Esto llevó a Vacant a pensar en el cierre permanente de la tienda después de vender toda la mercancía, para luego moverse a otro destino objetivo, hacia donde los consumidores estaban viajando para comprar los artículos exclusivos¹⁶.

Hoy en día esta estructura se emplea en muchos países debido a que es una alternativa ante el costo elevado de los alquileres en las calles comerciales de las grandes ciudades, que son muchas veces inalcanzables.

Pero no siempre es un tema de costos sino de uso de formatos novedosos. Empresas como Target Corporation, Kate Spade, Gucci, Louis Vuitton, Nike, Adidas y Colette también han echado mano a esta alternativa.

Otra ventaja de las tiendas temporales es que permiten a las marcas tener una presencia en los sitios más emblemáticos y cotizados de las ciudades y ampliar su presencia en el mercado durante un tiempo determinado, usualmente corto, sin la preocupación de las inversiones de largo plazo. Se ofrece un canal directo de venta y la posibilidad de explorar nuevos mercados. Las *pop-up shops* permiten a las marcas crear un ambiente único de interactividad con sus clientes y pueden ser útiles para campañas de venta de toda naturaleza.

Las *pop-up stores* pueden implementarse en los sitios más insospechados: un garaje, un autobús, una terraza, una playa, un barco, un lugar usualmente bien transitado, con fecha de muerte predeterminada para dar a conocer un producto, venta de *stock* o bien permitir un acercamiento con el cliente. La idea es convertir a la tienda en un espectáculo para hacer vivir una experiencia única e inusitada a los clientes que los atraiga hacia el producto gracias al denominado *marketing* experimental: la vivencia de entrar en estas tiendas ha de ser diferente para enganchar a los consumidores.

En la edición digital del diario ABC de España del 25 de mayo del 2012 aparece una noticia con un título sumamente sugerente: ““Pop up stores”: tiendas que hoy están pero mañana no”¹⁷.

En dicha nota se señala que un *pop up store* se organiza como un evento y un proceso de selección del espacio y de elección de la decoración (a veces glamorosa) que se quiera emplear. El espacio, la decoración, la temática, etc., todas las piezas son importantes a nivel sensorial y funcionan como un engranaje que consigue llevar al comprador a una dimensión diferente en la que se siente más cómodo y, por tanto, más predispuesto a comprar.

¹⁶ Extraído de la página web de Wikipedia. Recuperado de <goo.gl/9nsALV>.

¹⁷ Laura Riestra, ““Pop up stores”: tiendas que hoy están pero mañana no”, en *ABC.es*. Recuperado de <goo.gl/ipZJXj>.

La convocatoria para visitar *pop up stores* se hace a través de redes sociales o *mailing*. Señala al respecto Elisenda Estanyol¹⁸ que las redes sociales han ayudado en la proliferación de este tipo de encuentros, en las que las convocatorias se difunden con un margen de tiempo muy reducido. Una vez dentro del espacio suele también ser frecuente encontrarse con actuaciones, *performances* o fiestas organizadas especialmente para la ocasión.

¿Qué más aporta un *pop up store*? Entre otras cosas: (i) visibilidad, o sea, gran notoriedad para la marca, ya que, durante el tiempo que existen, son el centro de atención del público; (ii) viralidad, dado que los usuarios o clientes de los *pop ups* comparten su experiencia con más gente inmortalizando el evento; (iii) ingresos por mayores ventas; (iv) el prestigio, que dura más allá de la celebración del evento, y (v) se incursiona en nuevos mercados a bajos costos.

3. Apuntes sobre los pactos usuales en los contratos inmobiliarios

Aun cuando la intención de este trabajo es ofrecer un breve panorama sobre las opciones inmobiliarias que debe considerar una empresa dedicada a la moda y al *retail*, no quisiera dejar de mencionar rápidamente algunos pactos habituales que forman parte de los contratos que permiten el acceso a una determinada locación.

En este recuento me limitaré a señalar los aspectos más relevantes, dejando de lado los vehículos utilizados por los *developers* que son diferentes a los que usan los empresarios de la moda.

Usualmente, el acceso a un espacio geográfico se da por medio de contratos de arrendamiento, aunque no es extraño que los *anchor tenant* o *departament stores* prefieran utilizar tipos contractuales que les permita una posesión de mayor plazo. Dado el plazo máximo del arrendamiento (10 años), la opción es celebrar un contrato de usufructo y, en algunos casos (al igual que el *developer*), un contrato de superficie. En la medida que la empresa desarrolladora pueda no ser propietaria del centro comercial, los acuerdos que suscriba con los locatarios serán, en rigor, subcontratos (inclusive la denominada subsuperficie).

Los contratos de los centros comerciales tienden a ser uniformes. Son, en casi todos los casos, contratos por adhesión o sujetos a condiciones generales. En este último caso las condiciones especiales tienen relación con el espacio cedido, la renta, el plazo, etc. Las condiciones generales de los centros comerciales contemplan normas idénticas para los locatarios: horarios, seguros, campañas, gastos de mantenimiento y de publicidad, plazos para el pago de la renta, la posibilidad de ceder los flujos a terceros financiadores, cláusulas de solución de conflictos, etc.

¹⁸ Elisenda Estanyol, “‘Pop-up’, un nuevo concepto de tiendas y restaurantes”, en *Revista de Estudios de Ciencias de la información y de la comunicación*. Recuperado de < goo.gl/7LA55E >.

Resulta de especial interés destacar aquellos temas sobre los cuales una empresa dedicada a la moda debe poner atención al momento de buscar un local comercial. Así, y sin ánimo de agotar el elenco de pactos, me parece conveniente remarcar los siguientes pactos:

- **Pie de ingreso:** es una práctica muy difundida. Se le llama “derecho de ingreso”, “pie de ingreso”, “derecho de llave”, etc. Es un único pago por acceder a la locación, pero no es renta. Es un pago por ingresar al club de arrendatarios. No hay reglas sobre el monto que se pueda pedir al potencial arrendatario. Dependerá de la demanda y el número de espacios disponibles. Mientras mayor demanda exista frente a una oferta limitada, el pie de ingreso puede ser mayor. Afortunadamente se trata de un gasto deducible tributariamente para el locatario.
- **Plazos, derecho de salida:** los plazos son sumamente importantes para el locatario. El tiempo tiene directa relación con la recuperación de la inversión inicial. Los locales son entregados en lo que se llama “obra gruesa”, razón por la que el arrendatario debe hacer un gasto de no poca importancia al inicio para acondicionar el local al giro del negocio y poder abrir sus puertas al público. Es muy común que el *developer* (en realidad, el operador) le otorgue un plazo perentorio para ello y el retraso quede sujeto a una penalidad sin perjuicio del derecho a dejar sin efecto el contrato.

Un tema adicional es que en el mayor número de casos el operador no suele conceder el derecho de salida o de resolución unilateral anticipada al locador. Ello equivale a decir que el receso puede tener un costo altísimo. El locador deberá decidir si es menos oneroso permanecer o desistirse del contrato y pagar la renta por el periodo no consumido. O negociar una salida, en otros términos.

- **Renovación:** también es importante, siempre relacionado con el tema de permanencia en el tiempo, los acuerdos sobre posibles renovaciones del contrato. Ello puede plantearse de distintos modos: (a) como una opción para celebrar un nuevo contrato, lo que es bastante infrecuente; (b) como un derecho de preferencia en caso concluya el contrato y existe una oferta de terceros que puede ser equiparada o mejorada, dependiendo de los alcances del derecho de preferencia concedido, o (c) una simple negociación que se activa a instancia de cualquiera de las partes.

Es previsible que la preferencia que tenga el operador se basa en la renta obtenida del locatario. En tanto ella sea satisfactoria para el operador, la permanencia estará de alguna manera garantizada, aunque, como es usual, la renta por el nuevo contrato de todos modos experimentará algún incremento.

Ya dependerá de la capacidad negociador y de interés del operador la negociación de alguna de aquellas alternativas. Tampoco es extraño (todo lo contrario) que el *developer* tenga definido con qué locatarios quiere contar en su centro comercial debido al éxito de los productos o marcas que quiere en sus locales o vitrinas. Y

ello muchas veces permite al posible *retailer* negociar mejores condiciones que aquel otro que se cuelga del flujo de visitantes que se origina por la presencia de determinados negocios. Los *anchor tenants* o las *department stores* suelen tener mayores espacios para mejores concesiones.

- **Renta, gastos, fondos de publicidad:** en esta clase de contratos es un estándar tener dos clases de renta. Una fija, generalmente de periodicidad mensual; y otra variable (también con la misma periodicidad, pero sujeta a liquidaciones) basada en un porcentaje de las ventas netas, lo que supone no incorporar ni considerar algunos conceptos dentro del cálculo (tributos, gastos de mantenimiento, seguros, ventas por internet no ligadas al espacio alquilado, detracciones, etc.). Los porcentajes dependerán de las prácticas del mercado y de los segmentos en juego.

La renta se paga sin perjuicio de otros gastos, como son el de mantenimiento, vigilancia o seguridad y tributos que son trasladados al poseedor.

Es común, además, que el operador tenga la libertad de organizar campañas de publicidad no solo para aquellas fechas en las que se aumenta el consumo masivo y que son conocidas por los *retailers*. También se puede poner en marcha campañas en otras oportunidades o bien para poder mejorar las ventas del centro comercial. Por ello, en estos acuerdos se incorporan pactos sobre las contribuciones de los locatarios a los fondos de promoción publicitaria que deben considerarse como parte de los gastos de la operación del *mall* y del propio arrendatario.

- **Exclusividad:** algunos locatarios, especialmente cuando su presencia es altamente deseada por el operador, logran arrancarle pactos de exclusividad de modo que con ello aseguran ser la única marca de un determinado producto en un centro comercial.

Sin dejar de ser un pacto frecuente, no está de más recordar que en nuestro medio, la empresa Arcos Dorados del Perú S.A., de la cadena McDonald's, denunció Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, al no haberle permitido el acceso al *mall* en razón que tenía un compromiso de exclusividad a favor de una empresa directamente competidora de Arcos Dorados.

Cuando la acción se decidió en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, este resolvió (Resolución N.º 0460-2016) que el Jockey Plaza era libre de elegir el *mix* de marcas a comercializarse al interior del centro comercial, ya que esta no posee una posición de dominio en el mercado nacional.

Al lado de estas previsiones, se puede incorporar otras estipulaciones que no abordaré.

Para concluir, baste señalar que cuando se trata de *fashion showrooms* o de *pop up stores*, los contratos que se celebren son acuerdos de plazos cortos, inclusive por un día u horas de un día. Dependerá del evento que se organice o de la experiencia que quiera ofrecerse a los consumidores para conocer un producto o para promover su comercialización. Son esquemas más simples, pero no menos importantes. Y son el resultado de las nuevas estrategias que un *real estate lawyer* debe conocer cuando asesore a las empresas dedicadas al negocio de la moda.

Conclusiones

Este apretado sobrevuelo de la relación entre el *fashion law* y las opciones o modalidades contractuales que permiten concretar negocios de orden inmobiliario para el negocio de la moda nos muestran la necesidad de conocer bastante de cerca la industria y los vehículos legales de los cuales se dispone legalmente y aquellos creados por los propios interesados en la búsqueda de formatos novedosos que favorezcan la vigencia y crecimiento de la moda.

La amplia variedad y la versatilidad que se aprecia en alguna de las propuestas de esquemas inmobiliarios y que hacen posible la experiencia vivencial de la moda, ponen sobre el tapete la actualidad y la vivacidad con la que la moda se presenta hoy más que nunca en el mercado.

Derecho y moda parecen haber establecido una relación mucho más definida, interesada y, sobre todo, de largo plazo. Bienvenido sea este matrimonio.

Bibliografía

- Echeverría, Pamela. 2015. “¿Qué es el derecho de la moda?”, En Derecho y Moda. Buenos Aires: Marcial Pons.
- El armario de pandora.<<http://www.elarmariodepandora.com/fashion-law-en-que-consiste-el-derecho-de-la-moda/>> (consultada el 31 de marzo de 2017).
- Estanyol i Casals, Elisenda. 2012. “‘Pop-up’, un nuevo concepto de tiendas y restaurantes”. Revista de los Estudios de Ciencias de la Información y de la Comunicación COMeIN. Número 14 (agosto-setiembre 2012). <<http://comein.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero14/articles/Article-Elisenda-Estanyol.html>> (consultada el 17 de octubre de 2017).
- Fasson, Annalucia. 2015.” Fashion Law o Derecho de la Moda: una nueva especialización”.<<http://www.parthenon.pe/sin-categoria/fashion-law-o-derecho-de-la-moda-una-nueva-especializacion/>> (consultada el 16 de octubre de 2017).

- Fasson, Annalucia. 2015. “¿El derecho se viste de moda?: el derecho de la moda llegó al Perú”. Blog Conexión ESAN. <<https://bit.ly/2LdylZH>> (consultada el 16 de octubre de 2017).
- Furry-Perry, Úrsula. 2012. The Little Book of Fashion Law (ABA Little Books Series) (Posición en Kindle103-105), Chicago: American Bar Association, Edición de Kindle.
- Herzeca, Lois F. y Hogan, Howard S. 2013. Fashion Law and Business: Brands & Retailers. Nueva York: Practising Law Institute.
- Riestra Laura. 2012. ““Pop-up stores”: tiendas que hoy están, pero mañana no”. ABC.es, 26 de mayo. <<http://www.abc.es/20120526/economia/abci-popupstores-espana-evolucion-201205241545.html>> (consultada el 17 de octubre de 2017).
- Shop In Shop Concept. <<http://shopinshopconcept.com/>> (consultada el 17 de octubre de 2017).



Apuntes preliminares sobre la contratación laboral en la industria de la moda

César Puntriano Rosas¹

Sumario: Introducción. 1. La contratación laboral en la industria de la moda. 2. Los contratos temporales aplicables a la industria de la moda. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Existe un fuerte vínculo entre el derecho laboral y el derecho de la moda o *fashion law*, ya que el primero está presente en todos los procesos de producción y comercialización de la industria de la moda en los que intervengan grupos de colaboradores.

Si bien son varios los aspectos de las relaciones laborales en el mundo de la moda que se ven impactados por el derecho del trabajo, el presente artículo tratará exclusivamente sobre las contrataciones en esta industria, brindando recomendaciones legales en un tema que todo operador de *fashion law* debe tener en cuenta para realizar una óptima contratación laboral.

Palabras clave: Derecho laboral, derecho del trabajo, derecho de la moda, *fashion law*, contratación laboral, Sunafil, contratos temporales, diseñadores, fabricantes, distribuidores, *retail*.

¹ Socio senior del área de Derecho Laboral y Seguridad Social. Abogado y magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente en la PUCP y en la Universidad ESAN. cpuntriano@munizlaw.com

Introducción

La industria de la moda, tanto en confección como en *retail*, ha venido creciendo con el paso de los años a nivel mundial. Hoy resulta más frecuente la realización de eventos (pasarelas), existiendo también un incremento en la confección, manufactura, exportación y venta. En el Perú, por ejemplo, además de las grandes empresas textiles (Devanlay Perú, Topy Top, Sudamericana de Fibras, Cía. Ind. Credisa Trutex-Creditex) tenemos en el mercado a empresas del sector *retail* como Zara, Forever 21, H&M, entre otras.

Ante dicho boom, surge el *fashion law* o derecho de la moda como un área del derecho de carácter interdisciplinario que cobra cada día mayor importancia. Nacido en Estados Unidos, esta nueva especialización del derecho busca brindar una asesoría legal integral a las personas, tanto jurídicas como naturales, sobre el tratamiento y análisis jurídico de los vínculos comerciales como contractuales (tanto civiles como laborales) con los proveedores, diseñadores, fabricantes, modelos, asesores de ventas, entre otros².

Los especialistas en *fashion law* son conocedores de las fases del proceso productivo de la industria de la moda y tienen en consideración, a detalle, todos los actos necesarios de revisión y análisis desde la fabricación o manufactura, el diseño (derechos de autor, marcas, patentes, modelos y diseños, incluidas las licencias de todos ellos y sus patentes); los asuntos societarios; las transacciones comerciales nacionales e internacionales; comercio electrónico; contratos de distribución, licencia y franquicias; imagen; publicidad; las cuestiones laborales y asuntos aduaneros, como la venta, tanto en *retail* como a gran escala³.

El derecho del trabajo no es ajeno a la industria de la moda, toda vez que en todas las etapas del proceso productivo de una prenda y en su comercialización intervienen trabajadores. Es por ello que cobra relevancia el impacto de la legislación laboral en las relaciones laborales al interior de dicha industria, desde la contratación del trabajador, la asignación de funciones, sus condiciones económicas, el ejercicio de sus derechos sindicales e inclusive su desvinculación. Lo correcto, qué duda cabe, es que las decisiones relacionadas con la gestión de personas en la industria de la moda, desde el operario textil hasta el gerente, guarden concordancia con lo previsto en la legislación laboral, siendo el rol del asesor legal en este punto colaborar con su cliente para que ello así suceda.

En el presente artículo no tenemos la ambición de abordar todas las implicancias del derecho del trabajo en la industria de la moda, sino que nos limitaremos al primer estadio de la relación laboral, esto es, a la contratación de trabajadores. En esa medida, formularemos algunas recomendaciones legales que todo operador del *fashion law* debería mínimamente conocer para evitar la generación de contingencias de índole laboral.

² Cfr. Annalucia, Fasson Llosa. “¿Qué es el Derecho de la Moda o Fashion Law?”. *LexLatin*. <<http://lexlatin.com/opinion/que-es-el-derecho-de-la-moda-o-fashion-law/>> (consultada el 2 de marzo de 2017).

³ Ibidem.

1. La contratación laboral en la industria de la moda

Como es pacíficamente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina especializada, para que exista una relación de trabajo deben confluír tres elementos esenciales: (i) la prestación de servicios a cargo de una persona natural, (ii) remunerada y (iii) subordinada.

La subordinación, “(...) es el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”.⁴

El artículo 4 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, norma que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante “LPCL”) recoge como regla general a la contratación de duración indeterminada⁵, permitiendo que excepcionalmente el empleador emplee contratos a plazo fijo (sujetos a modalidad) o en régimen de tiempo parcial. La contratación de duración determinada será válida en los casos y con los requisitos que la ley establece.⁶

Vemos que nuestra normativa establece que los contratos de duración indeterminada pueden ser celebrados de la forma que se desee, tanto verbal o escrita. Sin embargo, para los casos de duración determinada estos deberán mantener ciertos requisitos para su validez⁷: forma escrita y detalle minucioso de la causa objetiva que justifica su utilización⁸.

Debemos advertir que esta regla general en materia de contratación laboral únicamente rige a nivel normativo pues en los hechos la mayoría de contratos de trabajo son de naturaleza temporal. El gran problema que verificamos diariamente es que las empresas utilizan los indicados contratos de manera equivocada, generándose contingencias laborales que luego se materializan en procedimientos

⁴ Cfr. Javier Neves Mujica. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. pp.31

⁵ “Artículo 4°.- Elementos esenciales del contrato de trabajo. Plazo y formalidad

(...) El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.”

⁶ Cfr. Wilfredo Sanguinetti Raymond. “Los contratos de trabajo de duración determinada”. Lima: Ara Editores. pp. 22

⁷ Artículo 53°.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

⁸ Nuestro Tribunal Constitucional en el expediente N° 1874-2002-AA-TC, señala que la contratación laboral de duración determinada tiene un carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Además, como resultado de ese carácter excepcional, las normas establecen formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratación e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o fraude, se pretenda evadir la contratación por tiempo indefinido.

inspectivos ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) o demandas ante el Poder Judicial.

Lamentablemente este refugio empresarial en los contratos temporales no es gratuito, sino que obedece a la excesiva rigidez laboral existente que prácticamente impide desvincular trabajadores. No es desconocido que ante un despido que no se funda en una causa prevista legalmente, el trabajador puede demandar judicialmente su reposición en el empleo⁹ o el pago de una indemnización por despido arbitrario e inclusive, recientemente, el pago de una indemnización por daño moral¹⁰, los denominados “daños punitivos”¹¹. Estas consecuencias derivadas de la creación jurisprudencial no generan la contratación indeterminada de personal, sino la recurrencia a formas de contratación temporal o a través de terceros (intermediación laboral). Adviértase que el efecto objetivo original del pago indemnizatorio tarifado en la LPCL¹², y cuya existencia otorgaba seguridad jurídica al empleador, ha sido superado por la señalada construcción jurisprudencial.

Evidentemente, el empresario recurrirá a los contratos temporales no solamente ante una necesidad temporal de incorporación de trabajadores, sino para evitar la rigidez indicada.

⁹ El Tribunal Constitucional permitió el retorno al régimen de los 80 al habilitar a la reposición, a elección del trabajador, como mecanismo restitutorio contra el despido arbitrario. Ello a través de doctrina jurisprudencial (proceso de amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding- Expediente N° 1124-2001-AA/TC y al Expediente N° 976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A) y luego de un precedente vinculante sobre la materia. Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho S.A., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005, en adelante “Caso Baylón”.

¹⁰ Casaciones No. 5423-2014, 139-2014-La Libertad y recientemente la Casación No. 699-2015-LIMA. En ellas la Corte Suprema ha avalado demandas de cobro de indemnización por daños y perjuicios de un trabajador cuyo despido fue calificado como arbitrario por considerar que la indemnización tarifada prevista en la LPCL no cubre el daño moral derivado de dicho acto extintivo del vínculo laboral.

¹¹ En el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, llevado a cabo a fines de octubre de 2016, la Corte Suprema se pronuncia sobre la pertinencia del pago de daños punitivos por parte del empleador. Sostiene que los mismos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadirlo, así como a otros posibles infractores de repetir la misma acción. Se trata de una sanción.

Constituye, de acuerdo con los Vocales, una suma por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, otorgándose en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima, aplicándose entonces solamente “al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza principalmente vejatoria contra el trabajador”.

La Corte Suprema sustenta la nueva regulación en “una aplicación extensiva de los daños morales”, al ser accesorios a aquellos.

En cuanto a su cálculo, se fija como monto máximo un monto equivalente al dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley. Este tipo de razonamientos, sin duda alguna, generan mayor rigidez a las empresas.

¹² Los artículos 34° y 38° de la LPCL disponen que si el despido no se basa en causa justa (incausado) o el empleador no puede demostrarla ante un cuestionamiento judicial por parte del trabajador (injustificado), éste tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, como única reparación. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda.

Sobre la necesidad temporal de mano de obra que permite recurrir a la contratación a plazo fijo, conviene señalar que la industria de la moda no es ajena a la misma pues existen actividades que forman parte de dicha industria que por naturaleza no son permanentes.

A guisa de ejemplo podemos mencionar el incremento sustancial de mano de obra transitoria en los negocios de *retail* durante las campañas del Día de la Madre, coyuntura temporal que hace inviable que el personal adicional sea contratado de manera indeterminada. Para esa necesidad existe un contrato de trabajo a plazo fijo que permite incorporar al personal durante la campaña y luego cesarlo.

Otro ejemplo tangible se presenta cuando las empresas que comercializan prendas de vestir inauguran nuevas tiendas y naturalmente requieren personas que laboren en las mismas. En este caso, dada la apuesta por un nuevo negocio y el riesgo inherente a la misma, la legislación permite recurrir a un contrato a plazo fijo para contratar a este nuevo personal y que podrá ser cesado una vez cumplido el plazo pactado en el contrato sin riesgo o costo adicional alguno a la empresa que ha emprendido ese nuevo proyecto¹³.

2. Los contratos temporales aplicables a la industria de la moda

En este acápite daremos repaso a aquellos contratos temporales que resultarían aplicables a la industria de la moda¹⁴, no sin antes detallar los principales contratos temporales existentes.

Tipo de contrato	Causa determinante (Justificación)	Duración máxima
Inicio o incremento de actividad (artículo 57 de la LPCL)	Inicio o aumento operaciones (interna)	Tres años
Necesidades del mercado (artículo 58 de la LPCL)	Aumento imprevisible operaciones (externa)	Cinco años
Reconversión empresarial (artículo 59 de la LPCL)	Cambios estructurales, tecnológicos	Dos años
Ocasional (artículo 60 de la LPCL)	Eventual, no habitual	Seis meses /año
Suplencia (artículo 61 de la LPCL)	Reemplazo	La que resulte necesaria

¹³ Nos referimos al contrato de trabajo a plazo fijo por incremento de actividad contemplado en el artículo 57 de la LPCL.

¹⁴ No se incluyen en este análisis a los siguientes contratos que, en principio consideramos no aplicables, como el contrato a plazo fijo para artistas, futbolistas profesionales, o el contemplado para las actividades que se realizan en los Céticos y zonas francas.

Emergencia (artículo 62 de la LPCL)	Caso fortuito/fuerza mayor	La que resulte necesaria
Obra determinada o servicio específico (artículo 63 de la LPCL)	Transitoriedad, servicio, obra.	La que resulte necesaria
Intermitente (artículo 64 de la LPCL)	Actividad permanente y discontinua	La que resulte necesaria
Temporada (artículo 67 de la LPCL)	Incremento regular en el año, ferias.	La que resulte necesaria
Exportación de productos no tradicionales (Decreto Ley 22342)	Existencia de contrato de exportación, orden de compra, documento que lo sustituya.	La que resulte necesaria
Personal extranjero (Decreto Legislativo 689)	Contratación de un trabajador que no es nacional	3 años renovables por períodos similares
Régimen de tiempo parcial	Labores cuya duración sea menor a 4 horas diarias	Indeterminado/ plazo fijo empleando cualquier modalidad señalada anteriormente.

Según lo señalan los expertos en el *fashion law*, esta especialidad del derecho incluye una potencial clientela muy variada tal y como diseñadores, textileras, fotógrafos, modelos, estilistas, importadores, fabricantes, distribuidores, agencias de modelos, publicidad, institutos de moda, centros comerciales y empresas de *retail*.

Seguidamente realizaremos un breve análisis de la modalidad de contratación que corresponde principalmente a cada una de ellas¹⁵.

Diseñadores: si se trata de una persona natural quien ejerce esta actividad de manera personal lo coherente sería que lo haga en forma independiente, pues ello, además de dotarla de autonomía, le permitirá diversificar el riesgo con facilidad a través de una variedad de clientes. En este punto no habría relación laboral. Sin embargo, cabe precisar que, si el diseño se ejecuta mediante los servicios de una empresa, corresponderá determinar el contrato de trabajo idóneo en función de la causa determinante. Así, cuando se inicie el negocio, como cuando se amplíe el mismo por la captación de nuevos clientes, se puede recurrir al contrato por inicio o incremento de actividad. Si se requiere personal para cubrir un proyecto determinado, tenemos al contrato por servicio específico, o si se trata de un incremento estacional se encuentra el contrato de temporada.

¹⁵ Dejamos por sentado que ante situaciones específicas podrá inclusive emplearse más de una modalidad de contratación temporal, pero ello requerirá un análisis del caso concreto que vendría a complementar las ideas expuestas.

Nótese que, si la labor se ejecuta durante una jornada menor a las 4 horas al día en promedio a la semana, pueden emplearse contratos en régimen de tiempo parcial para los trabajadores que sean contratados como diseñadores. Inclusive puede emplearse al teletrabajo como modalidad de contratación del personal.

Empresas textiles / fabricantes: pueden emplearse contratos de trabajo sujetos al régimen de exportación de productos no tradicionales para cubrir la mano de obra requerida para la elaboración de productos textiles que luego sean exportados. El Decreto Ley N° 22342 establece que estos contratos tienen por objeto realizar labores de producción para exportación de materias primas o manufacturas no tradicionales de las empresas industriales dedicadas a la exportación no tradicional, en un volumen equivalente al 40% del valor de su producción anual efectivamente vendida.

Se entiende por exportación de productos no tradicionales, la venta al extranjero de productos que han sufrido cierto grado de transformación y que históricamente no se comercializaban en el exterior.

Las empresas que cumplan con los requisitos antes mencionados podrán contratar personal eventual, en el número que requieran, para atender operaciones de producción para exportación.

La contratación dependerá de un contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina, el programa de producción de exportación para satisfacer el contrato, la orden de compra o documento que origina la exportación.

Los contratos de trabajo deberán celebrarse para una obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario. En cada contrato deberá especificarse la labor a efectuarse y el contrato de exportación, orden de compra o documento que la origine.

En caso se cumplan los requisitos legales antes mencionados, se podrá contratar al personal vinculado con la producción para exportar mediante la modalidad indicada.

Sin embargo, la misma no resulta excluyente de las otras modalidades de contratación temporal. Así, al igual que lo señalado en el acápite anterior, tanto cuando se inicie el negocio como cuando se amplíe el mismo por la captación de nuevos clientes se puede recurrir al contrato por inicio o incremento de actividad. Si se requiere personal para cubrir un proyecto determinado, tenemos al contrato por servicio específico, o si se trata de un incremento estacional se encuentra el contrato de temporada.

Qué duda cabe que si la empresa textil requiere personal que cubra a otro que ha salido de vacaciones empleará el contrato de suplencia u otros contratos de acuerdo a la necesidad de mano de obra temporal que se vaya presentando.

Inclusive, si necesita mano de obra extranjera, recurrirá a la contratación a plazo fijo de trabajadores extranjeros.

Importadores/distribuidores: cuando se inicie el negocio o se amplíe el mismo por la captación de nuevos clientes se puede recurrir al contrato por inicio o incremento de actividad. Si se requiere personal para cubrir un proyecto determinado tenemos al contrato por servicio específico, o si se trata de un incremento estacional se encuentra el contrato de temporada.

Nótese que, si la labor se ejecutará durante una jornada menor a las 4 horas al día en promedio a la semana, pueden emplearse contratos en régimen de tiempo parcial.

Si la actividad es permanente, el contrato idóneo será el de duración indeterminada.

Si requiere mano de obra extranjera, recurrirá a la contratación a plazo fijo de trabajadores extranjeros.

Institutos de moda: dado que la enseñanza es la actividad principal, no consideramos viable el contratar docentes fuera de planilla. Si los docentes dictan sus cursos a tiempo completos, se les deberá incorporar en planilla de la empresa que los contrata. No resulta legalmente amparable que este personal esté incorporado mediante recibos por honorarios.

En caso el docente dicte por horas a la semana o al mes, recomendamos la celebración de un contrato en régimen de tiempo parcial intermitente. Esta modalidad de contratación permite que el personal sea menos oneroso para el empleador, pues su remuneración y beneficios se determinará en función al tiempo efectivo de docencia.

Tratándose de docentes de una nacionalidad distinta a la peruana, deberán ser contratados siguiendo el procedimiento previsto para incorporar trabajadores extranjeros.

Centros comerciales y empresas del sector retail: En este supuesto se aplica la regla consistente en que si la actividad del trabajador es permanente, su contrato también debe serlo salvo alguna excepción a dicha regla.

Así, cuando se inicie el negocio como cuando se amplíe el mismo por la captación de nuevos clientes se puede recurrir al contrato por inicio o incremento de actividad. Si se requiere personal para cubrir un proyecto determinado tenemos al contrato por servicio específico o si se trata de un incremento estacional se encuentra el contrato de temporada.

Nótese que, si la labor se ejecutará durante una jornada menor a las 4 horas al día en promedio a la semana, pueden emplearse contratos en régimen de tiempo parcial.

También puede presentarse nuevamente una importante cantidad de mano de obra derivada de un nuevo proyecto o la ampliación de la existente, en cuyo caso corresponde cubrir la necesidad de inicio o incremento de actividad.

Una empresa que acaba de crearse, como todas las nuevas y crecientes *start-up* de *slow fashion*, sea solamente de confección o venta (como tiendas de diseñador) puede ser un buen ejemplo de la utilización de los contratos por inicio de actividad.

Durante el incremento de visitas en días previos al Día de la Madre, podemos reclutar personal mediante el contrato por temporada mientras dure la misma, sin obligación de mantenerlo a bordo.

Otro supuesto que habilita la contratación temporal es el caso en el que se requiera personal adicional o de refuerzo, que, por la necesidad, meramente transitoria y para satisfacer una elevación imprevista del volumen de pedidos al que usualmente está sometida, la empresa se ve obligada a asumir. Pongamos el caso de una empresa productora de vestidos. Uno de sus diseños, de manera extraordinaria y no coordinada ni programada, es usado por una actriz famosa en una premiación televisada mundialmente, lo que desencadena una “lluvia” de pedidos completamente imprevisibles, modificando la producción y requiriendo la contratación de personal específico para poder satisfacer esta nueva e imprevisible demanda.

En este tipo de actividades también puede emplearse la contratación a plazo fijo cuando se necesite personal de reemplazo. A modo de ejemplo, podemos señalar a una trabajadora que, por motivos de maternidad, va a tomar su descanso de pre y pos natal, por lo que no podrá ejercer su puesto por estos meses, por lo que durante este tiempo es posible contratar a una persona para que supla estas funciones bajo este contrato. Es importante que el titular del trabajo sea identificable y las labores que realice el/la suplente sean las mismas que realizaba la titular.

Si se necesita mano de obra extranjera, se recurrirá a la contratación a plazo fijo de trabajadores extranjeros.

Modelos, fotógrafos: usualmente la actividad se ejecuta de manera autónoma, por lo que el contrato que corresponde entre estas personas y el contratante es uno civil de locación de servicios.

Conclusiones

El *fashion law* es un área del derecho, multidisciplinaria, que busca analizar y revisar todas las etapas del proceso de la industria de la moda.

Tratándose del derecho laboral, podemos observar que uno de los aspectos más importantes que se relaciona con el *fashion law* es el relativo a la contratación de personal.

Si bien de acuerdo a nuestra normativa actual, la regla en materia de contratación laboral es la indeterminada, hemos visto a lo largo de este artículo que existen una serie de modalidades a plazo fijo válidamente aplicables a la industria de la moda que le conceden la flexibilidad requerida para contratar personal. Desde una nueva

actividad, hasta un proyecto específico, pasando por un incremento coyuntural o la necesidad temporal de cubrir personal de reemplazo. Inclusive, si se trata de una empresa que exporta los productos, tenemos una modalidad de contratación que carece de plazo máximo de duración.

Dichos tipos de contratos pueden emplearse sin riesgo legal en tanto se cumplan los requisitos previstos en la legislación laboral, fundamentalmente, forma escrita, causa objetiva detallada y respeto al plazo máximo.

Si bien no ha sido abordado en este trabajo, es válido también que se recurra a la contratación indirecta de personal en la industria de la moda a través de esquemas de intermediación laboral o tercerización de servicios como mecanismos de flexibilización para contratar trabajadores.

Queda a cargo de los operadores jurídicos el acompañar a los emprendedores en la industria de la moda para que sus contratos una solidez que evite riesgos laborales y les permita contar con la flexibilidad que tanto se requiere en un entorno aún rígido en lo relativo a la desvinculación de trabajadores.

Bibliografía

- Fasson Llosa, Annalucía 2015. “¿Qué es el Derecho de la Moda o Fashion Law?” LexLatin. <<https://goo.gl/oDqNge>> (Consultada el 2 de marzo de 2017).
- Neves Mujica, Javier. 2007. “Introducción al Derecho Laboral”. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. 1999. “Los contratos de trabajo de duración determinada”. Lima: Ara Editores.

Moda y propiedad intelectual

Marta Fernández Pepper¹ y Juliana del Águila Iñapi²

Sumario: Introducción. 1. Derecho de la moda. 2. Propiedad intelectual. A. Propiedad industrial. B. Derecho de autor. C. nombres de dominio. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Este artículo explica la relevancia y el significado del derecho de la moda. Asimismo, pretende ayudar a sus protagonistas a conocer la forma de protección de algunos de sus elementos a través de la propiedad intelectual, tales como las patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, derecho de autor y nombres de dominio, incluyendo las ventajas y desventajas de cada uno ellos.

Palabras clave: Derecho de la moda, propiedad intelectual, propiedad industrial, derecho de autor, nombre de dominio

¹ Socia senior y directora del área de Propiedad Intelectual. Abogada por la Pontificia Universidad (PUCP). Miembro del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de la Asociación Peruana de Propiedad Intelectual y Derechos de Autor – Appi y presidenta de la Junta Directiva 2013-2015. Miembro de la Asociación Interamericana de Propiedad Industrial – APPI. Miembro de la Asociación Internacional de Marcas – Inta.

² Abogada del área de Propiedad Intelectual. Abogada por la Pontificia Universidad del Perú (PUCP). Miembro del Colegio de Abogados de Lima. Pasantía en Summer School on Intellectual Property, organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi) en Santiago, Chile (2016). Estudios en el Programa de Segunda Especialidad de Derecho de la Protección al Consumidor de la PUCP (2017).

Introducción

La moda es un fenómeno que ha ido ocupando un cada vez mayor protagonismo a nivel económico, social y mediático. Sin duda, es una industria multimillonaria y un elemento de influencia cultural.

La moda puede definirse como el arte del vestido, de la confección de prendas sobre la base de parámetros funcionales y estilísticos, tanto en ropa como accesorios (sombreros, guantes, cinturones, bolsos, zapatos, gafas). Si bien en sus inicios el vestido fue una necesidad básica para el ser humano para protegerse del frío y de las inclemencias del tiempo, con el tiempo ha adquirido un carácter más estético, por cuanto ha reflejado el gusto y el carácter de su portador, y se ha ido convirtiendo en un adorno más de la persona, sujeto a los cánones de la moda y del devenir artístico de cada civilización.³

¿Hoy es posible imaginar una prenda de vestir cuyos materiales fueron comprados en una ferretería? En la televisión estadounidense existe un programa⁴ llamado *Project Runway*⁵, en cuya séptima temporada se emitió un episodio llamado *hard wear* (o diseño de fierro, en castellano). En este episodio los jóvenes diseñadores crearon prendas de vestir tales como pantalones hechos de bolsas de basura, ropas de baño de arandelas, cuerdas, tornillos y cables, un vestido de papel de lija, vestidos de trozos de latas de pintura y de plantas de cobre, un abrigo de mosquitero de aluminio y un collar hecho con llaves y cadenas. El objetivo de este reto consistía en lograr que un consumidor medio no pueda percibir los materiales exóticos de la prenda de vestir, es decir, los tornillos, cuerdas y demás, y pueda usarla con facilidad.

De esa manera, nos percatamos que en el nivel de sofisticación en el que estamos las prendas de vestir pueden tener rasgos de creatividad que necesitan protección legal, pues algunas de estas son parte del ingenio del autor, quien tuvo que atravesar diversas etapas de creación antes de llegar a su producto final. En ese escenario, el derecho de la moda requiere de un especial cuidado y protección de – entre otras materias – la propiedad intelectual.

Mediante este artículo, explicaremos el ámbito general del derecho a la moda y su protección legal desde las figuras de la propiedad intelectual, así como las ventajas y desventajas de dicha protección. Finalmente, abordaremos brevemente a los nombres de dominio.

³ Wikipedia. "Historia de la Moda <https://es.wikipedia.org/wiki/Historia_de_la_moda> (Consultada el 10 de mayo de 2018)

⁴ Disponible también en Netflix

⁵ *Project Runway* es un conocido *reality show* estadounidense el cual agrupa 12 jóvenes diseñadores no famosos y, semanalmente se les plantea retos vinculados al diseño de modas con la finalidad que un jurado especializado analice su trabajo profesional y elimine uno o más por semana. Al final de la temporada, uno de los participantes – normalmente la persona que logró la mayor cantidad de retos ganados – recibe una suma importante de dinero, así como viajes y notoriedad en el mundo de la moda.

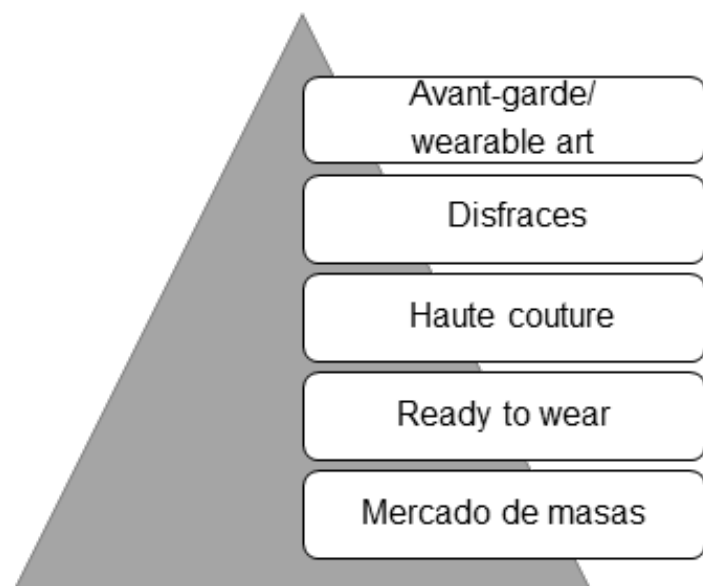
1. Derecho de la moda

Para la Real Lengua Española - RAE⁶, la moda es “1. Uso, modo o costumbre que está en boga durante algún tiempo, o en determinado país // 2. Gusto colectivo y cambiante en lo relativo a prendas de vestir y complementos// 3. Conjunto de la vestimenta y adornos de moda”.

Así, la moda es “una forma libre de expresión. No solo abarca la ropa, sino también los accesorios, los peinados, belleza y arte corporal (...) La moda es un lenguaje de signos, símbolos e iconografía que comunica no verbalmente significados sobre individuos y grupos”⁷.

Por ello, la moda es considerada como un estilo de vida que permite construir una identidad individual, por lo que existen diseñadores que se encargan de materializar dicha identidad a través de prendas de vestir, calzado, accesorios y maquillaje.

Alisson Devore⁸ clasificó la moda en cinco categorías, las cuales se podrían resumir en la siguiente pirámide⁹:



⁶ Real Academia Española. 2015. "Diccionario de la lengua española". Vigésima tercera edición. < <http://dle.rae.es/srv/search/search?w=modas>> (Consultada el 20 de abril de 2018)

⁷ Essays, UK. (November 2013). "What is Fashion?" <<http://www.ukessays.com/essays/fashion/what-is-fashion.php?vref=1>> Traducción propia. (Consultada el 20 de abril de 2018).

⁸ Alisson Devore. 2013. "The Battle between the Courthouse and the Fashion House: Creating a tailored solution for copyright protección of artistic fashion desing", citado y traducido por Javier Murillo (2016) "Cortes, pedazos y retazos mercantiles sobre Derecho y Moda en el Perú". En EDM - Revista de Derecho Mercantil, No. 4. Lima: Adrus editores, pp. 181.

⁹ Elaboración propia basada en la cita anterior.

Devore resume las dos primeras categorías como “moda artística” y las otras tres como “moda no artística”. Por un lado, al referirnos a la “moda artística”, la autora resume a *avant-garde/wearable art* o moda vanguardista como prendas de arte que logran desafiar la estática al mostrarse en cuerpos en movimiento¹⁰, mientras que los disfraces crean la apariencia de caracterizar a otra persona, personaje, objeto, entre otros¹¹.

Por otro lado, para Devore, la llamada “moda no artística” – cuyo esquema es el más usado en los artículos de derecho y moda – se divide en *haute couture*, *ready to wear* y “mercado de masas”. La primera de ellas se refiere a la alta costura, mediante la cual el diseñador desarrolla diseños únicos y a la medida. El objetivo de este tipo de trajes - y en donde más se incrementa su valor económico y social- es la exclusividad. Luego, *ready to wear* o “moda lista para usar” que consiste en la realización de trajes que se confeccionan para un grupo selecto de personas. Este tipo de prendas no es personalizado pero sigue siendo exclusivo. Finalmente, el “mercado de masas” incluye las prendas que son fabricadas en tallas estandarizadas, con materiales y precios accesibles con el fin de captar el mayor público objetivo posible.

Al ser la moda un estilo de vida, los consumidores son los que permiten su existencia y permanencia, así una persona que adquiere normalmente ropa “*de marca*” podría gastar – por ejemplo – 2000 dólares en un vestido con similares características a uno que podría costar 100 dólares. La única diferencia entre un y otro sería la marca.

Ahora bien, debemos mencionar que algunas prendas nacen en la cumbre de la pirámide y ello implica que el precio sea elevado, pero con el tiempo pueden volverse obsoletas ante los ojos de la moda y el precio se reducirá. Ello se debe a que la moda se regula internamente por las tendencias y ciertas características, estilos y modelos. Los colores pueden estar de moda una temporada y la siguiente cambiar completamente, lo que provoca que los diseñadores se encuentren en la ardua tarea de crear nuevos diseños y enfrentar la rapidez en la que se moviliza la moda.

Por ello, es normal que un diseñador – autor de una obra o titular de patente o marca – reclame protección legal; sin embargo, más adelante explicaremos la desventaja que implica proteger un producto que cambiará y no tendrá valor económico en unos meses, sobre todo teniendo en cuenta que la protección – mediante la propiedad intelectual – suele requerir más tiempo del que demora una temporada de tendencias.

¹⁰ Alisson Devore. (traducción de Javier Murillo). Ob. Cit. pp. 181

¹¹ Ibidem

Bullard, por su lado, explica que:

“Los diseñadores innovan continuamente nuevos modelos de ropa a pesar de que la protección de PI en estos casos es virtualmente inexistente. El incentivo creativo está por el lado de ser conocido como innovador y no en tener un derecho de exclusiva sobre un nuevo diseño”¹².

“La teoría tradicional sobre la propiedad intelectual sostiene, según refieren estos autores, que permitir el copiado destruirá los incentivos para innovar. Sin embargo, en la industria de la moda se innovaría rápidamente a pesar de no existir fuertes derechos de propiedad intelectual en este campo. Esta situación es presentada por los autores como ‘la paradoja de la piratería’, indica Gustavo Rodríguez¹³.

Debido a lo anterior, se origina el derecho de la moda o *fashion law* con el fin de asesorar a los fabricantes, comercializadores, diseñadores, fotógrafos, modelos, distribuidores, publicistas y toda persona y empresa vinculada al ámbito de la moda, de manera que se centralizan todas las ramas del derecho en un grupo de expertos que conocen el mercado de la moda, brindado así una atención especializada.

En palabras de Susan Scafidi, el derecho de la moda

“es un campo que abarca la sustancia legal del estilo, incluyendo las cuestiones que puedan surgir a lo largo de la vida de la prenda de vestir, a partir de la idea original del diseñador y continúa todo el camino hasta el armario del consumidor. En términos estructurales, planteo cuatro pilares básicos del derecho de la moda: la propiedad intelectual; negocios y finanzas, con subcategorías que van desde la legislación laboral a los contratos de bienes inmuebles; el comercio internacional y la regulación gubernamental, las cuestiones relativas a la seguridad y la sustentabilidad; y la cultura del consumo y los derechos civiles. Además de su enfoque central en la ropa y los accesorios el Derecho de la moda comprende áreas relacionadas, tales como la producción textil, el modelaje, los medios y las industrias de belleza y fragancia”¹⁴.

En el Perú, el derecho de la moda es un campo nuevo que apenas ha empezado a desarrollarse, prueba de ello es que – a la fecha – solamente una firma de abogados ofrece este servicio.

¹² Alfredo Bullard. 2008. “¿Es la propiedad intelectual un robo?” SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. pp. 57. <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/57> (Consultada el 20 de abril de 2018).

¹³ Gustavo Rodríguez. 2013. “Los derechos de propiedad intelectual en las industrias del entretenimiento” en Los retos actuales de la propiedad intelectual: visión Latinoamericana. Themis, Lima: Kinko’s impresiones, pp. 242

¹⁴ Susan Scafidi. 2015. “*Fashion Law*: Diseñando una nueva disciplina” en Derecho de la Moda. Coordinadoras: Sussy Inés Bello Knoll y Pamela Echeverría. Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 19 y 20.

Asimismo, Latinoamérica no es ajena a la moda. Por ejemplo, Colombia organiza ferias como Cali Expo Show o Colombiamoda. Perú también se unió a estas tendencias y anualmente, se organiza el Lima Fashion Week o Lifweek que “permite a los diseñadores peruanos mostrar sus propuestas al mercado local y al mundo, y contribuir así con el desarrollo de la industria de la moda en el país”¹⁵.

Asimismo, los diseñadores peruanos del gran emporio comercial de Gamarra se pusieron de acuerdo en el 2016 para establecer un récord Guinness y publicitar las marcas que se comercializan en dichos establecimientos, siendo el objetivo era lograr una pasarela de 30 horas seguidas. Pese a los esfuerzos de los diseñadores y organizadores, Guinness World Records concluyó que no se respetó las reglas establecidas y, por tanto, el desfile con más duración seguía siendo el de Miami, con 24 horas¹⁶.

2. Propiedad intelectual

La propiedad intelectual es una rama del derecho que estimula, resguarda y protege las creaciones de la mente humana. La legislación varía de país a país, pero el concepto sigue siendo el mismo. El derecho a la moda se puede proteger mediante los mecanismos del derecho de autor y los de los derechos de la propiedad industrial, las dos ramas en las que se divide la propiedad intelectual.

Sin embargo, estas dos ramas no son excluyentes, es decir, existe una doble protección sobre algunos elementos. En esa línea, el artículo 25 sobre las condiciones para la protección de los dibujos y modelos industriales del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio – Adpic, señala que:

“Cada miembro se asegurará de que las prescripciones que hayan de cumplirse para conseguir la protección de los dibujos o modelos textiles -particularmente en lo que se refiere a costo, examen y publicación- no dificulten injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección. Los Miembros tendrán libertad para cumplir esta obligación mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor”.

Por su lado, una directiva de la Unión Europea, junto con su reglamento, deja abierta la posibilidad de que concurren la protección vía derechos de autor y de dibujos y modelos para una misma creación intelectual¹⁷.

¹⁵ LifWek 18. Lima Fashion Week. <<http://lifweek.pe/lifweek18/lifweek-lima-fashion-week/>> (Consultada el 20 de abril de 2018).

¹⁶ La República. 2016. “Gamarra no logró Récord Guinness con sus 30 horas de desfile de moda”. Publicado el 24 de agosto de 2015. <<https://larepublica.pe/espectaculos/688722-gamarra-no-logro-record-guinness-con-sus-30-horas-de-desfile-de-moda>> (Consultada el 20 de abril de 2018).

¹⁷ Brenda Salas. 2015. “La moda y la propiedad intelectual” en Derecho de la Moda. Coordinadoras: Sussy Inés Bello Knoll y Pamela Echeverría. Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 67

En ese sentido, existe más de un mecanismo para la correcta protección de un elemento mediante la propiedad intelectual.

Uno de los beneficios de la protección de los derechos intelectuales son las regalías, en donde el titular recibe un porcentaje de dinero por el uso de su obra por parte de terceros. Otro beneficio económico del titular de un derecho intelectual es la posibilidad de ceder los derechos sobre su producto de manera permanente (transferencia de titularidad) o temporal (licencia). En algunos casos, como las marcas, encontramos las licencias y las franquicias.

Por otro lado, los derechos intelectuales otorgan al titular la exclusividad por un período de tiempo determinado (patentes y derecho de autor) o indeterminado y renovable (signos distintivos y nombres de dominio).

No obstante lo anterior, respecto al derecho a la moda, existen algunas desventajas, las cuales son explicadas por Natalia Tobón¹⁸: (i) la moda es cambiante y pueden perder su valor en la siguiente temporada, (ii) no es fácil ser creativo e innovador en este mundo cambiante, (iii) el ámbito de uso de la moda es limitado pues todos los pantalones tiene dos botas y toda blusa dos mangas; (iv) no hay uniformidad en el tratamiento legal del derecho a la moda, lo que dificulta su protección.

De lo anterior, podemos concluir que el tiempo de vida de las prendas de vestir es corto, pero no por el material, sino por las tendencias dinámicas propias de su naturaleza, lo cual dificulta su protección, puesto que el trámite de registro de cualquiera de las formas de protección de propiedad intelectual ascenderá a – por lo menos – seis meses, según cada legislación.

Pese a lo anterior y al dinamismo del derecho a la moda, resulta siendo importante la protección legal de determinados elementos, con el fin de promocionar la creación de más diseños con la recompensa del reconocimiento e incentivo económico.

A. Propiedad industrial

La propiedad industrial se subdivide en dos áreas, inventos y signos distintivos, los cuales estudiaremos a continuación.

Inventos

En esta subcategoría se concentran las patentes de invención, patentes de modelo de utilidad y diseños industriales.

En primer lugar, las patentes de invención para ser objeto de protección requieren novedad, nivel inventivo y ser susceptibles de aplicación industrial¹⁹. En relación con la novedad, nos referimos a una nueva característica no conocida previamente en

¹⁸ Natalia Tobon. 2012. “Moda y propiedad Intelectual” en Natalia Tobon (web), 7 de marzo de 2012. pp. 5 <<https://www.nataliatobon.com/uploads/2/6/1/8/26189901/moda.pdf>> (Consultada el 20 de abril de 2018).

¹⁹ Artículo 14 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina: Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.

el cuerpo de conocimientos (o estado de la técnica). El nivel inventivo hace incapié en que el producto no sea evidente u obvio para una persona especialista promedio dentro del campo correspondiente; mientras que la aplicación industrial consiste en que el objeto debe tener alguna utilidad práctica y pueda reproducirse nuevamente, es decir, su existencia no puede ser originada por una casualidad.

En el Perú, la protección de las patentes de invención es por veinte años no renovables; pasado este período, el objeto se introduce en el dominio público, es decir, cualquier tercero puede usarlo y comercializarlo sin previa autorización.

A manera de ejemplo, la empresa francesa L’Oréal encabeza el ranking de patentes vinculados a la industria de la moda²⁰. Entre ellas encontramos “una composición para peinado con efecto cera en aerosol”²¹ o “un dispositivo que comprende un aplicador para aplicar delineador de ojos”²².

Asimismo, en opinión de Pamela Echeverría²³, podrían ser patentes una tela que no se arrugue o una tela resistente a determinados elementos. Asimismo, indica que la empresa Novozymes solicitó una patente de tecnología para el tratamiento de jeans, lo que permitía la apariencia de pantalones desgastados, y por su lado, la empresa Grindi S.R.L. solicitó la patente de una tela que denominó “suberis”, la cual es lavable, no se arruga, es impermeable y resiste al fuego.

Debido al alto grado de novedad, es evidente que la patente de invención es la menos común en todas las industrias; sin embargo, esperamos que el número de inventos que solucionen un problema se incremente en la industria de la moda.

En segundo lugar, tenemos a los modelos de utilidad. Según el artículo 81 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, “se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía. Los modelos de utilidad se protegerán mediante patentes”.

En ese sentido, el modelo de utilidad - a diferencia de una patente de invención que crea la solución a un problema – permite que un objeto preexistente pueda obtener protección por una ventaja técnica que antes no tenía, y los requisitos son menos rigurosos. La novedad y aplicación industrial siguen siendo relevantes para este tipo de inventivos, pero el nivel inventivo no será examinado a profundidad por la autoridad marcara.

²⁰ Información extraída de <<https://www.modaes.com/back-stage/loreal-y-bercrombiefitch-encabezan-el-ranking-de-patentes-de-la-moda-en-2017-es.html>> Fecha de publicación 22 de marzo de 2008. (Consultada el 24 de abril de 2018)

²¹ Oficina Española de patentes y marcas. “Composición para peinado con efecto cera en aerosol y sus autos”. Publicación nº 2 557 227 <http://www.oepm.es/pdf/ES/0000/000/02/55/72/ES-2557227_T3.pdf>

²² Ibidem

²³ Echeverría, Pamela. 2012. “Patentes de invención en la Industria de la moda”. En Todavía Somos Pocos, publicado el 29 de septiembre de 2012. <<http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/patentes-de-invencion-en-la-industria-de-la-moda/>> (Consultada el 25 de abril de 2018).

En el Perú, este tipo de invención – a diferencia de la patente de invención – tiene una protección de diez años no renovables, pasado este tiempo, el elemento protegido le pertenece al dominio público.

Un ejemplo de patente de modelo de utilidad es un cinturón multiusos español. Este instrumento incluye una hebilla que puede servir para limar uñas, abrir una botella, cortar una cuerda, apretar un tornillo, entre otros usos²⁴. Esta solicitud de patente de modelo de utilidad española que data del 2010 fue otorgada en mayo del 2011 a favor del inventor Fco. Gabriel López Quiroz²⁵.

Otro ejemplo de modelo de utilidad es el “gorro-chalina” que data del año 1974 y le pertenece al inventor Frank P. Cianciolo. Esta prenda – debido a su largo – permite una doble función de gorro y chalina a la vez²⁶. No obstante, es discutible si este tipo de prenda – de solicitarse en el 2018 – hubiera sido otorgada como patente de modelo de utilidad.

Por otro lado, a opinión de Natalia Tobón²⁷, ejemplos de modelo de utilidad vinculados a la industria de la moda son las prendas de antibalas, las cuales cumplen la función de vestir y proteger la vida de la persona que lo usa.

Sobre el particular, verificamos que la cantidad de inventos en relación a las patentes de modelo de utilidad se incrementa, y solo sería cuestión de imaginar prendas que puedan cumplir otra función diferente a la de vestir.

En tercer lugar, según el artículo 113 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, se entiende como diseño industrial a “la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto”.

Así, “se entiende por diseño industrial el aspecto ornamental y estético de los artículos de utilidad. Ese aspecto puede ser tanto la forma, como el modelo o el color del artículo. El diseño debe ser atractivo y desempeñar eficazmente la función para la cual fue concebido (...) Por lo general, los diseños industriales que se prestan a la protección deben ser nuevos u originales, en el sentido de que deben ser de gran medida diferentes de diseños conocidos o de combinaciones de los mismos”.²⁸

Este tipo de elemento es meramente estético, no tiene ninguna función técnica adicional. Si bien la novedad y aplicación industrial son requisitos para determinar la patentabilidad, no lo es el nivel inventivo, y la protección es también de diez años

²⁴ Información extraída de <<http://www.inventosnuevos.com/2012/09/hebilla-cinturon/>> (Consultada el 24 de abril de 2018).

²⁵ Información extraída de <<https://patentados.com/2011/hebilla-multiusos>> (Consultada el 24 de abril de 2018)

²⁶ Claude Garcia. 2014. Indecopi. pp.18. <<https://bit.ly/2e0rc02>> (Consultada el 24 de abril de 2018)

²⁷ Natalia Tobon. 2012. “*Moda y propiedad Intelectual*”. Op. Cit. 9

²⁸ Ompi (SF) Op. cit. pp. 11

no renovables, pasado ese período el elemento se convierte en parte del dominio público.

Los elementos de la industria de la moda son normalmente protegidos por los diseños industriales. Por ejemplo²⁹, faja para la rodilla (Expediente No. 001215-2000/OIN del Indecopi), sujetador femenino sin tiras (Expediente No. 001358-2008/DIN), pantalón para gestantes (Expediente No. 00649-2002/OIN), buzo deportivo (Expediente No. 000210-2010/DIN), cierre con doble jalador (Expediente No. 001100-2010/DIN), cinturón con aplicaciones de chapas (Expediente No. 000868-2011/DIN) y brazalete (Expediente No. 001427-2008/DIN).

Finalmente, debemos mencionar que, en el diseño comunitario, existe la figura del diseño no registrado. Esto protege el elemento por un periodo de tres años desde su primera divulgación y no se requiere registrarlo ante la autoridad competente. Esta parece ser una solución frente a la característica dinámica de la moda, cuyas tendencias cambian de temporada en temporada, y donde el procedimiento de las tres formas de protección antes mencionadas (patente de invención, patente de modelo de utilidad y diseño industrial) puede requerir – por lo menos – seis meses.

Signos distintivos

En esta subcategoría tenemos las marcas, marcas colectivas, denominaciones de origen, nombres comerciales, lemas comerciales, indicaciones geográficas y marcas de certificación; pero a propósito de este artículo ahondaremos en las marcas.

La marca permite identificar y distinguir en el mercado los productos y servicios de una empresa con relación a su competencia. Permite, además, que el público consumidor pueda vincular dichos productos o servicios a un determinado origen empresarial.

En tanto la marca puede servir como un identificador de productos, este signo distintivo puede fungir como una fuente de fidelización y es, precisamente, lo que ocurre con la industria de la moda. Además, las marcas en el Perú pueden ser renovadas indefinidamente por períodos de diez años; por lo que esta alternativa de protección es beneficiosa en el tiempo.

La marca es “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro”³⁰. Una de sus clasificaciones la divide en: 1) denominativa, un signo que solo está conformado de palabras; 2) figurativa, un signo que solo está conformado de imágenes, y, 3) mixta, un signo que está conformado por imágenes y palabras.

²⁹ Claude García. 2015. “*Los diseños industriales*”. Indecopi. Pp. 25-27 <<https://bit.ly/2J0Miwp>> (Consultado el 24 de abril de 2018).

³⁰ Artículo 134 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina

Así, una casa de la moda o diseñador puede ser titular de varias marcas que contengan las mismas palabras pero que incluyan elementos adicionales diferentes, como el color, las figuras, entre otros. Asimismo, algunos diseñadores pueden registrar una marca solo para usarse una temporada.

A Perú han llegado famosas marcas internacionales como H&M, Forever21 y Zara. Asimismo, están registradas y posicionadas en el mercado marcas como Gucci, Lacoste, Nike, Adidas, entre otras; así como también marcas de diseñadores famosos como Louis Vuitton, Dolce & Gabbana, Maitre Laurent, Carolina Herrera, Roberto Cavalli, entre otros.

Asimismo, Perú ha comenzado a producir marcas nacionales de exportación. Ejemplos significativos son Jorge Salinas, Sumy Kujón, Meche Correa, Sergio Dávila, Edward Venero, entre otros, además de Renzo Costa, empresario peruano que ha logrado posicionarse en la industria de la ropa y accesorios de cuero.

Por otro lado, es importante señalar que algunos elementos figurativos han logrado por sí mismos el reconocimiento del público consumidor sin la necesidad de incluir palabra alguna. Por ejemplo, el dibujo del puma saltando de la marca Puma, el famoso cocodrilo de la marca Lacoste o el *swoosh* de la marca Nike.

Otro tipo de marca que es importante mencionar para efectos de este trabajo es la marca tridimensional, cuya aceptación no es generalizada aún por todos los ordenamientos jurídicos. La Decisión 486 de la Comunidad Andina, en el artículo 138, indica los requisitos para una solicitud de registro, reconociendo en el inciso b) a las marcas tridimensionales; por lo que en el Perú sí pueden registrarse.

Por su lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina indica que, “un distintivo o un elemento es tridimensional, cuando ocupa las tres dimensiones del espacio (alto, ancho y profundo), de lo cual se desprende, que ha de entenderse como marca tridimensional, el signo que posea volumen, es decir, que ocupe por sí mismo, un espacio determinado. Si el signo de que se trate no ocupa dicho espacio, sino que está contenido en un soporte físico que es el que tiene volumen, no podrá calificar como tridimensional”³¹.

Para Brenda Salas, “es importante precisar que para que se conceda la protección vía marca tridimensional, es necesario que la forma sea arbitraria y que no esté impuesta por la naturaleza o la función del producto o que le confieran su valor sustancial, esto porque no se pretende a través del derecho marcario imponer un monopolio sobre un resultado técnico y tampoco se pretende desconocer la finalidad de los otros derechos de propiedad intelectual, entre ellos el diseño industrial”³².

³¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2003) Proceso 113-Ip-2003

³² Salas, Brenda (2015) “La moda y la propiedad intelectual” Op. Cit. Pp. 69

Por su lado, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, señala que para que las formas tridimensionales sean protegidas deben tener una característica especial, no común para los productos similares³³.

Así, en el Perú, tenemos registradas marcas tridimensionales. Las más comunes son zapatillas³⁴ y suelas de zapatos³⁵.

Es así que, independientemente de la protección que puede recibir una prenda de vestir mediante una patente, ese mismo producto puede ser protegido mediante una marca. Pero, a través de las marcas las personas vinculadas a la industria de la moda no solo buscan protección, sino prestigio y reconocimiento del público objetivo, así este consume o no el producto.

Finalmente, es importante mencionar que las marcas de producto pueden adquirir una protección adicional en las fronteras de sus países, a través de las “medidas en frontera”. Este tipo de protección resguarda – y puede retener – productos falsificados de importación, y se busca evitar la entrada de productos falsificados al mercado nacional.

B. Derecho de autor

El derecho de autor es la protección a toda obra intelectual. Así, según el artículo 2, numeral 23, del Decreto Legislativo No. 822, Ley sobre el Derecho de Autor, se indica que: “obra es toda creación intelectual, sea de carácter literario, científico técnico o meramente práctico expresada mediante un lenguaje determinado”.

Los derechos reconocidos para un titular de derecho de autor son patrimoniales (por ejemplo, regalías) y morales (por ejemplo, el derecho de paternidad, es decir, ser reconocido como autor).

Ahora bien, en lo concerniente a la industria de la moda, las creaciones de la moda pueden ser protegidas por las obras de arte aplicado, las cuales requieren de dos requisitos: 1) la creación exprese la personalidad del diseñador y 2) no provenga de la naturaleza de las cosas³⁶.

En ese sentido, “no todas las creaciones de la moda estarán protegidas por el Derecho de Autor como obras de arte aplicado, sino solo aquellas que constituyan o incorporen una creación artística original como, por ejemplo, un diseño, dibujo o patrón original. Además, la creación de la moda normalmente tiene una función

³³ Sala especializada en Propiedad Intelectual (2016) Resolución No. 1412-2016/Tpi-Indecopi, recaída en expediente No. 606116-2015

³⁴ Sala especializada en Propiedad Intelectual (2016) Resolución No. 2781-2015/Tpi-Indecopi, recaída en expediente No. 480830-2012

³⁵ Sala especializada en Propiedad Intelectual (2014) Resolución No. 192-2014/Tpi-Indecopi, recaída en expediente No. 504314-2012

³⁶ Indecopi, Erick Iriarte y Ruddy Medina. 2013. “Guía de Derecho de autor en la industria de la moda. Cartilla de orientación para los sectores creativos”. pp. 7 <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/GDA_IndustriaDeLaModa.pdf> (Consultada el 23 de abril de 2018).

utilitaria (como la de vestir el cuerpo de una persona). Por ejemplo, estará protegido por el Derecho de Autor un vestido cuya forma, particularidades del corte, estampado, bordado, doblez y combinación de colores hacen a la pieza resultante original”³⁷.

En ese sentido, bajo esta protección podrían incluirse los vestidos con materiales de una ferretería que introducíamos como ejemplo en la primera parte del artículo. Sin embargo, conforme lo hemos explicado previamente, este tipo de prendas también podría ser registrado como diseño industrial.

Así, “el derecho de autor constituye un derecho independiente, aunque compatible con los derechos de propiedad industrial. Esa independencia y compatibilidad, es la que permite que un mismo bien intelectual pueda encontrarse protegido simultáneamente por el derecho de autor y por el de propiedad industrial. Pero ello no significa que un derecho prevalezca sobre el otro, sino que cada uno de éstos proporciona a su titular un derecho exclusivo, en cada uno de sus respectivos ámbitos”, indicó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³⁸.

Esta dualidad de protección entre la propiedad industrial (diseño industrial y marca) y derecho de autor puede reflejarse en el Perú. Cada legislación permitirá o denegará esta doble protección, y es tarea de los especialistas en la materia convencer sobre la importancia de la doble protección en la industria de la moda, debido a la corta periodicidad que requieren ser protegidos.

El derecho de autor, en el Perú, es declarativo de derecho, es decir, no se necesita obtener el registro en la autoridad administrativa para encontrarse protegido. Desde el momento de su creación y culminación, la obra le pertenece al autor. La duración de este derecho es toda vida del autor más setenta años.

En ese sentido, las patentes al requerir mucho tiempo de examinación antes del otorgamiento originan que el derecho de autor sea una alternativa eficaz de protección, siempre y cuando se cumplan los requisitos correspondientes.

En esa línea, un diseñador no tendría que incurrir en gastos para obtener la titularidad del diseño de un vestido, sobre todo si las tendencias son tan cortas y tiene que adaptarse al rápido movimiento de la industria de la moda y crear más diseños. En caso de una infracción, podría el autor formular una denuncia en donde su única tarea consistiría en acreditar que su obra cumple con los requisitos estipulados por ley.

Finalmente, para obtener esta protección no se requiere que la prenda sea muy sofisticada o esté compuesta de materiales comprados de una tienda de ferretería o una librería; por el contrario, puede ser objeto de este tipo de protección prendas de vestir más sencillas (en cuanto al material) como la camiseta de un equipo de fútbol.

³⁷ Idem pp. 7 y 8

³⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1997) Proceso 32-IP-1992

Nombres de dominio

Si bien es cierto el nombre de dominio no es estrictamente un elemento de la propiedad intelectual, ciertamente está vinculado.

Los nombres de dominio son los nombres de las páginas web cuyas extensiones son “.com”, “.pe”, “.com.pe”, “.edu”, entre otros, y son administrados y registrados según la legislación interna de cada país. En el Perú, dicha labor la hace la Red Científica Peruana, pero los conflictos los resuelve el Cibertribunal peruano³⁹ o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – Ompi.

Debido a que existe un número limitado de posibilidades de nombres de páginas web o dominios en el ciberespacio, se originan los conflictos relacionados con los nombres de dominio. La coexistencia entre un nombre de dominio que incluye una marca registrada o el nombre de una persona públicamente conocida puede provocar confusión en el público consumidor con relación al origen empresarial de la página web.

Por ejemplo, un diseñador joven no está interesado en promocionar sus productos en internet, por lo que no registra un nombre de dominio, pero es diligente y registra su marca ante la autoridad marcaria. Posteriormente, descubre que una página web, cuyo nombre es idéntico a su marca registrada, está comercializando sus productos o quizá falsificándolos.

Este caso ilustra la importancia de registrar – a tiempo – no solo los derechos de propiedad intelectual del producto a comercializar, sino también otras aristas importantes como el nombre de dominio, pues la industria de la moda requiere inversión.

Conclusiones

Existen diversas figuras de la propiedad intelectual que coadyuvan a la protección de los elementos de la moda, tales como las patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, derecho de autor y nombres de dominio.

El constante dinamismo de las tendencias de la moda no permite que sus protagonistas puedan solicitar protección de cada uno de los elementos de su creación.

Una alternativa de protección, debido al constante cambio, es la protección mediante derecho de autor.

³⁹ Una entidad conciliadora y de arbitraje especialista en resolver casos de nombres de dominio.

Bibliografía

- Bullard, Alfredo. 2008. "¿Es la propiedad intelectual un robo?". Sela (seminario en latinoamérica de teoría constitucional y política) papers. Paper 57. <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/57>
- Devore, Alisson. 2013. "The battle between the courthouse and the fashion house: creating a tailored solution for copyright protección of artistic fashion desing", citado y traducido por javier murillo (2016) "cortes, pedazos y retazos mercantiles sobre derecho y moda en el Perú". En edm - revista de derecho mercantil, no. 4. Lima: adrus editores.essays, uk. (november 2013). What is fashion? <<https://bit.ly/2smCwtS>>
- Echevaria, Pamela. 2012. "Patentes de invención en la industria de la moda". En todavía somos pocos, publicado el 29 de septiembre de 2012. <<http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/patentes-de-invencion-en-la-industria-de-la-moda/>>
- Garcia, Claude. 2014. "Patente de invención vs. Modelos de utilidad". Indecopi. pp. 18. <<https://bit.ly/2LJ8clv>>
- Indecopi. 2015. "Los diseños industriales". pp. 25-27 <<https://bit.ly/2skiqAu>>
- Iriarte, Erick y Medina, Ruddy. 2013. "Guía de derecho de autor en la industria de la moda. Cartilla de orientación para los sectores creativos". pp. 7 <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/gda_industriadelamoda.pdf>
- La república. 2016. "Gamarra no logró récord guinness con sus 30 horas de desfile de moda". Publicado el 24 de agosto de 2015. <<https://bit.ly/2LM03g0>>
- Lif wek 18. Lima fashion week 2018. Lima. <<http://lifweek.pe/lifweek18/lif-week-lima-fashion-week/>>
- Modaes Latinoamérica. "L'Oréal y Abercrombie&Fitch encabezan el ránking de patentes de la moda en 2017" <<https://bit.ly/2J10O75>> 22 de marzo de 2018.
- Ompi. Sf. principios básicos de la propiedad industrial. Publicación de la ompi 895(s).
- Real academia española. 2015. Diccionario de la lengua española. Vigésima tercera edición. <<http://dle.rae.es/srv/search/search?w=modas>>
- Rodríguez, Gustavo. 2013. "los derechos de propiedad intelectual en las industrias del entretenimiento" en los retos actuales de la propiedad intelectual: visión latinoamericana. Themis, lima: kinko's impresiones.
- Sala especializada en propiedad intelectual del Indecopi
- 2014 resolución no. 192-2014/tpi-indecopi, recaída en expediente no. 504314-2012
- 2016 resolución no. 1412-2016/tpi-indecopi, recaída en expediente no. 606116-2015
- 2016 resolución no. 2781-2015/tpi-indecopi, recaída en expediente no. 480830-2012
- Salas, Brenda. 2015. "la moda y la propiedad intelectual" en derecho de la moda. Coordinadoras: Sussy Inés Bello Knoll y Pamela Echevarría. Buenos aires: Marcial Pons.
- Scafidi, Susan. 2015. "fashion law: diseñando una nueva disciplina" en derecho de la moda. Coordinadoras: Sussy Inés Bello Knoll y Pamela Echevarría. Buenos aires: Marcial Pons.
- Tobon, Natalia. 2012. "Moda y propiedad intelectual" en nataliatobon.com, 7 de marzo de 2012. pp. 5 <<https://bit.ly/2xvdMom>>
- Tribunal de justicia de la comunidad andina
1997 proceso 32-IP-1992
2003 proceso 113-IP-2003

La prohibición de los actos de engaño y confusión en la actividad publicitaria vinculada al derecho de la moda

Pierino Stucchi^{1 2}

Sumario: Introducción. 1. El derecho de la moda y la actividad publicitaria. 2. La prohibición de actos de engaño. 3. La prohibición de actos de confusión. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La publicidad, como vehículo principal de transferencia de información sobre los bienes y servicios que ofrece una empresa en el mercado, tiene un papel significativo en la industria de la moda, puesto que permite sólidos posicionamientos, dinamiza la competencia y es la fuente principal de información de los consumidores en este sector. En el Perú, la publicidad vinculada a la industria de la moda es regulada por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece, entre otros principios, el de veracidad y el de diferenciación.

A continuación, se tratarán los principales alcances de esta regulación y de estos principios que impactan directamente sobre la industria de la moda. Se trata en este capítulo la configuración de los actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño y de confusión, así como recomendaciones dirigidas a las empresas para evitar la generación de contingencias de esta índole.

Palabras clave: derecho de la moda, publicidad, comunicación, Ley de Represión de la Competencia Desleal, principio de veracidad, principio de diferenciación, actos de engaño, actos de confusión.

¹ Socio senior y director del área de Competencia, Barreras Burocráticas y Antidumping. Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de Empresa, con mención en Derecho de Mercado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Master en Derecho, Universidad de La Coruña. Máster en Derecho, Empresa y Justicia, Universidad de Valencia. Ex gerente legal y exvicepresidente de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del Indecopi. Ex superintendente adjunto de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). pstucchi@munizlaw.com

² Agradezco a la señorita Evelyn Sanchez Esquivel, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), quien fue asistente legal del Estudio Muñoz, por sus valiosos comentarios.

Introducción

El derecho de la moda aborda los asuntos legales que se presentan con mayor frecuencia en el entorno de la industria y los negocios vinculados a la moda, lo que incluye, entre otros, la fabricación y comercialización de prendas de vestir, calzado, joyería, accesorios, productos de belleza, perfumes y accesorios en general. Desde lo jurídico, el derecho de la moda recurre a las especialidades del derecho corporativo y de los contratos, la propiedad intelectual, el derecho del comercio internacional, la protección del consumidor y el derecho de la publicidad, entre otros³.

En este capítulo nos abocaremos a descubrir los alcances de la prohibición de los actos de engaño y confusión en la actividad publicitaria, que resultan de mayor relevancia para el derecho de la moda.

En nuestro país el contenido de la publicidad es regulado por la vigente Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), que ha contemplado una definición extensiva de publicidad, incluida la publicidad en el producto mismo, en sintonía con tendencias predominantes en la materia:

“d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de competencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;

(...)

i) Publicidad en producto: a toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto. (...)”

Así, nos encontramos con una definición legal de publicidad que reconoce su intenso papel en la transferencia de información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, incluidos naturalmente aquellos vinculados a la industria de la moda.

Asimismo, esta definición reconoce implícitamente la trascendente función de la publicidad en la transparencia del mercado. Es claro que, en el mercado, la publicidad no debe ser un vehículo de distorsión informativa respecto de las ofertas que existen. Con esta definición, además, se reconoce el singular papel de la publicidad en la proyección de la imagen empresarial de los concurrentes en el mercado y en la formación del valor de las ofertas y de las marcas que las distinguen, a ojos del consumidor.⁴

³ Cfr. Guillermo Jiménez, y otros. “Fashion Law: Key Issues in a New Legal Discipline”. Nueva York: Brigh Ideas. pp. 2-4.

⁴ Cfr. Enrique Ortega. “La comunicación publicitaria”. Madrid: Pirámide.

A efectos de la evaluación de las comunicaciones publicitarias⁵ para la aplicación de la LRCD, debe considerarse que la publicidad hace parte de la manifestación de la libertad de expresión⁶, siendo además “vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú”⁷. En la publicidad en general y en aquella vinculada a productos o servicios vinculados a la moda, podrá utilizarse el humor, la fantasía y la exageración en la medida en que su utilización no configure un acto de competencia desleal⁸.

La LRCD vigente establece necesariamente que toda pieza o campaña publicitaria debe ser “evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios” y que para tal efecto deberá atenderse a “todo el contenido de un anuncio, [...] considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario”⁹. En el caso de campañas publicitarias, estas deben analizarse en su conjunto, sin dejar de prestar atención a las particularidades de los anuncios que las conforman.

1. La prohibición de actos de engaño

Es claro que “existe engaño siempre que las indicaciones que se destinan a atraer a los clientes potenciales inducen a error sobre las características de la prestación que se ofrece”¹⁰. El engaño en la publicidad en general; y, de modo especial, en la industria de la moda se encuentra prohibido.

Los actos de engaño “perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una presentación que induce a error”¹¹.

En particular, el engaño por vía publicitaria es especialmente grave, pues, además de ser un instrumento persuasivo, la publicidad cumple con ser un instrumento masivo de información en el mercado. Un engaño publicitario en la industria y los negocios vinculados a la moda afecta y distorsiona indebidamente las decisiones de los consumidores en relación con las distintas alternativas de prendas de vestir, calzado, joyería, accesorios, productos de belleza, perfumes y accesorios en general,

⁵ Cfr. Manuel Santaella López, “Para abundar sobre las relaciones entre publicidad y comunicación”, en *Derecho de la Publicidad*. Madrid: Thomson-Civitas. pp.17-22.

⁶ Cfr. Tato Plaza, Anexo. “La publicidad comparativa”. Madrid: Marcial Pons. pp. 97-120.

⁷ Poder Ejecutivo. Decreto Legislativo 1044. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Cita textual tomada del artículo 19. 26 de junio de 2008.

⁸ Cfr. Ídem. Artículo 20 de la LRCD. Esta mejora la formulación de una disposición que en similar sentido presentaba el reglamento derogado del Decreto Legislativo N° 691 y la eleva a rango de ley, constituyéndola como una garantía de la actividad publicitaria.

⁹ Cfr. Ídem. Artículo 21 de la LRCD.

¹⁰ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano. “Apuntes de Derecho Mercantil”. 2da ed. Navarra: Aranzadi. pp. 355.

¹¹ Ibidem.

que tiene a su disposición. Este efecto puede ser especialmente grave por su alcance y por la magnitud de su efecto dañino sobre los competidores efectivos o potenciales en esta industria¹².

Las empresas vinculadas a la moda deben tener permanentemente en cuenta que la LRCD determina que se encuentra prohibido el engaño efectivo o potencial sobre condiciones de calidad (materiales, duración, componentes, etc.), precio, contratación o ejecución sobre lo contratado, o condiciones y trayectoria de la empresa que participa en el mercado.

Cuando una empresa de la industria de la moda realiza publicidad debe tener cuidado con las afirmaciones o imágenes que son capaces de comunicar datos verificables, mensurables o comprobables al consumidor. Es decir, sobre las atribuciones objetivas respecto de prendas de vestir, calzado, joyería, accesorios, productos de belleza, perfumes y accesorios en general. Todo lo objetivo debe ser cierto y estar debidamente comprobado, pues a la empresa anunciante le corresponde “acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados” y contar, antes de la difusión de un mensaje publicitario, con las pruebas sobre las “características comprobables de un bien o un servicio anunciado.”

Al respecto, deben considerarse como verificables, mensurables o comprobables y, en consecuencia, objetivas las atribuciones que comunican al consumidor atributos que se pueden acreditar. Es el caso, por ejemplo, de aquellas atribuciones que resultan de afirmaciones que indican procedencia geográfica (como afirmar que una prenda de vestir o un perfume proviene de Francia), características o contexto de determinado proceso productivo (como afirmar que una crema o una loción es de naturaleza orgánica) o precios (como afirmar que el precio de venta al público de un reloj es de novecientos dólares americanos), entre otras afirmaciones de naturaleza comprobable.

Las imágenes en publicidad presentan datos objetivos cuando, por ejemplo, se muestran banderas para promocionar el origen geográfico o las plazas del mundo donde se venden determinados productos; o cuando se presenta la imagen de un determinado modelo de joyería con determinadas características de color y diseño. En estos casos el destinatario de la comunicación publicitaria, en el ámbito de la industria de la moda, espera encontrar, en la realidad, aquello que las imágenes atribuyen (y garantizan) como parte de una oferta en el mercado.

Al respecto, la jurisprudencia del Indecopi ha ido marcando específicamente algunos cuidados que, entre otros, se deben tener en la publicidad de la industria de la moda, efectos de evitar cometer actos de engaño y cumplir con el principio de veracidad que exige la LRCD:

- i) Consideraciones sobre la procedencia geográfica: el Indecopi ha considerado que la publicidad con un idioma distinto al castellano podría inducir a error al

¹² Cfr. Óp. Cit. Artículo 53 de la LRCD.

consumidor respecto de la procedencia geográfica de determinados productos vinculados a la moda, precisamente fabricados en el país.

Así, consideró en una oportunidad que “la distorsión generada por la publicidad no se diluye por el hecho que las etiquetas de las prendas indiquen que han sido fabricadas en el Perú, información que conforme ha reconocido la propia denunciada también es consignada en francés, y refuerza la idea que la línea de ropa tiene su origen en Francia”¹³.

Para que una empresa vinculada a la industria de la moda evite problemas debe analizar cada caso concreto y con adecuada asesoría legal cada una de sus piezas publicitarias, asegurando que quede clara la procedencia geográfica de un producto si es que esta pudiera prestarse a alguna duda.

- ii) Consideraciones sobre las restricciones o condicionamientos de una promoción: el Indecopi ha sido muy estricto en la evaluación de mensajes capaces de inducir a error a los consumidores, especialmente en lo concerniente al stock disponible y a la duración de una promoción.

Así, por ejemplo, permanentemente considera que “si en el contexto de un anuncio publicitario en el que se difunde una promoción, se omite indicar el stock y la duración de la misma, existirá una afectación (...)”¹⁴. Para que una empresa vinculada a la industria de la moda evite problemas, debe tomar en cuenta las exigencias aplicables a toda promoción comercial y, en cada pieza publicitaria, dejar claras las unidades mínimas disponibles y la duración de la promoción correspondiente.

De otro lado, debe tomarse en cuenta que la LRCD establece como requisitos para la licitud de la presentación de un testimonio¹⁵ en publicidad que este sea:

- i) auténtico, es decir que se cuente con pruebas que acrediten la veracidad de lo afirmado objetivamente por el testigo; y,
- ii) relacionado con una experiencia reciente, es decir, que se refiera a una ocurrencia de hechos en los que el testigo ha participado directamente, en tiempo cercano.

En particular, para que un testimonio no incurra en engaño se deberá tener especial cuidado en que el testigo testifique solamente aquello que pueda ser acreditado efectivamente.

¹³ Cfr. Resolución N° 2077-2006/TDC-Indecopi. 4 de diciembre de 2016.

¹⁴ Cfr. Resolución N° 1895-2010/SC1-Indecopi. 20 de junio de 2010. Debe considerarse, sin embargo, que específicamente la LRCD considera este tipo de infracciones publicitarias como infractoras al principio de legalidad (artículo 17.3 literal f) y no al principio de veracidad.

¹⁵ La LRCD establece las definiciones de “Publicidad testimonial: a toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o esta sea identificable por su fama o notoriedad pública” y “Testigo: a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta del anunciante, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias son presentadas en publicidad.”

2. La prohibición de actos de confusión

Los actos de confusión pueden considerarse como actos de engaño especiales en cuanto a su objeto, pues se configuran como una inducción a error sobre el origen empresarial, al proyectar, desde comunicaciones publicitarias y/o diferentes elementos informativos, la idea errónea de que la oferta que se presenta corresponde a otro agente en el mercado.

Estos actos pueden realizarse mediante comunicaciones publicitarias, aunque en la realidad suelen presentarse mediante la realización de actos complejos. Es decir, mediante la conjugación de diferentes actos particulares, publicitarios y no publicitarios que, en conjunto, en la industria de la moda, son capaces de inducir a error sobre el origen empresarial de prendas de vestir, calzado, joyería, accesorios, productos de belleza, perfumes y accesorios en general, entre otros.

Así, la confusión “se trata no de un engaño sobre las características de la prestación que se ofrece, sino que se trata de crear una situación en la que (...) al cliente potencial se le induce a adquirir prestaciones de una empresa creyendo que son de otra o se le induce a creer que dos empresas distintas son la misma”¹⁶.

Planteado el asunto de esta manera, se aprecia la diferencia entre los actos de engaño y los actos de confusión. Sin embargo, no debe perderse de vista que los segundos son una modalidad especial de los primeros, por lo que corresponde asignarle a su regulación, en principio, la misma finalidad y objetivos. Por ello, la prohibición de actos de confusión, como actos de competencia desleal, desea evitar que una transacción causada por información distorsionada respecto del origen empresarial pueda implicar, con alta probabilidad, una transacción perdida para el oferente cuya identidad se ha suplantado en el mercado.

Conforme especifica la LRCD en su artículo 9, los actos de confusión “consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde” y “pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual”¹⁷.

Los actos de confusión se caracterizan por conducir al destinatario de una comunicación comercial publicitaria (incluida aquella consistente en la presentación de envases), de una apariencia de establecimientos o de la imagen de personas que atienden en dichos establecimientos, a que considere o pueda considerar que se encuentra ante la oferta de un agente económico distinto del que, en la realidad, le propone una determinada transacción.

¹⁶ Cfr. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, óp. cit, 348.

¹⁷ Cfr. Carlos Cornejo Guerrero. “Derecho de Marcas”. Lima: Cultural Cuzco, 229-304.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Indecopi ha sido muy exigente para verificar la existencia de actos de confusión en la industria de la moda en aplicación de la LRCD. Así pues, por ejemplo, cuando una persona vinculada a la familia que conducía las antiguas tiendas Oechsle en el país denunció a las empresas operadoras de las actuales tiendas Oechsle, el Indecopi consideró que no se había producido confusión pues:

“Aun cuando no puede desconocerse que las tiendas “Oechsle” de las denunciadas evocan naturalmente en los consumidores a las antiguas tiendas de propiedad de la familia del denunciante que con la misma denominación “Oechsle” operaban en el mercado; ello no conlleva que las denunciadas hayan incurrido en actos de confusión pues para ello debía acreditarse que realizaron determinadas conductas conducentes a informar a los consumidores que las tiendas “Oechsle” del Grupo Interbank eran las mismas que se encontraban a cargo de la familia del denunciante, lo que no ha ocurrido en este caso”¹⁸.

Como sucede para los actos de engaño, la evaluación de una conducta de confusión, en el ámbito de la industria de la moda, recae únicamente sobre aquellas afirmaciones o imágenes que son capaces de comunicar datos verificables, mensurables o comprobables respecto del origen empresarial de determinada oferta sobre prendas de vestir, calzado, joyería, accesorios, productos de belleza, perfumes y accesorios en general, entre otros. Es decir, recae únicamente sobre atribuciones objetivas respecto de aspectos que sean capaces de revelar un origen empresarial.

Por ejemplo, la presentación de un signo distintivo que es asociado con otro agente económico en el mercado sea en el empaque de una camisa, en el envase de un producto de belleza o en el frontis de un establecimiento dedicado a la perfumería, podría configurar la existencia de un acto de confusión siempre que este signo fuera capaz de comunicar al consumidor un origen empresarial que no corresponde a la realidad.

Al respecto, un pronunciamiento de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en su oportunidad, determinó un precedente de observancia obligatoria que guarda importancia por su validez referencial para evaluar la confusión en los casos en que una empresa utiliza elementos no protegidos por derechos de propiedad intelectual:

“[A] efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el “deber de diferenciación” que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos:

- i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado;
- ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza;
- iii) no sean un estándar en el mercado; y,
- iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación.”¹⁹

Como se hace evidente, los actos de confusión como actos de competencia desleal atentan propiamente con la dinámica de identificación empresarial (lo que es especialmente valioso y relevante para la industria de la moda) pues, lejos de permitir a una empresa oferente distinguirse de otra y distinguir a su oferta de otra oferta, materializan una especie de suplantación comercial que es capaz de distorsionar la valoración que un demandante o consumidor realiza sobre una oferta determinada.

A este respecto, la doctrina ha observado que:

“Mediante la generación del riesgo de confusión se viola el interés a la diferenciación y esta diferenciación en el mercado es el primer pilar del sistema mismo de competencia mercantil y, por lo tanto, de propio sistema de mercado.

Importa y mucho que las empresas, los locales, los productos y, en general, las actividades estén diferenciadas y sean distinguibles y no sólo en interés de cada uno de los competidores, sino también a fin de que los potenciales clientes o consumidores estén seguros de su elección”²⁰.

Conclusiones

A efectos de cumplir con la prohibición de actos de engaño y confusión, las empresas de la industria y los negocios vinculados a la moda, al momento de desarrollar comunicaciones publicitarias sobre prendas de vestir, calzado, joyería, accesorios, productos de belleza, perfumes y accesorios en general deben asegurar la veracidad de sus mensajes.

Lo anterior implica determinar necesariamente lo que los consumidores reciben como mensajes objetivos en relación con la calidad (materiales, duración, componentes, etc.), precio, contratación o ejecución sobre lo contratado, o condiciones y trayectoria

¹⁹ Cfr. Resolución N° 030-2005/CCD-Indecopi. 7 de marzo de 2005.

²⁰ José María De La Cuesta Rute, “Supuestos de Competencia Desleal por Confusión, Imitación y Aprovechamiento de la Reputación Ajena”. En Bercovitz, Alberto (coordinador). “La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991”. Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 36.

¹⁸ Cfr. Resolución N° 2738-2010/SC1-Indecopi. 11 de octubre de 2010.

de la empresa que participa en el mercado, así como el origen empresarial de los productos o servicios anunciados u ofrecidos. Ello con el fin de asegurar que los mensajes que recibe el consumidor se encuentren alineados estrictamente con la realidad. Para ello se sugiere testear (cuando menos) cualitativamente los mensajes, considerando las recomendaciones antes indicadas.

Bibliografía

- Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. 2001. Apuntes de Derecho Mercantil. 2a ed. Navarra: Aranzadi.
- Cornejo Guerrero, Carlos. 2007. Derecho de Marcas. Lima: Cultural Cuzco.
- De La Cuesta Rute, José María. 1992. “Supuestos de Competencia Desleal por Confusión, Imitación y Aprovechamiento de la Reputación Ajena”. En BERCOVITZ, Alberto (coordinador.). La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991. Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
- Indecopi. 2005. Resolución N° 030-2005/CCD-Indecopi. 7 de marzo.
- Indecopi. 2006. Resolución N° 2077-2006/TDC-Indecopi. 4 de diciembre.
- Indecopi. 2010. Resolución N°1895-2010/SC1-Indecopi. 20 de junio.
- Jimenez, Guillermo y otros. 2010. Fashion Law: Key Issues in a New legal Discipline. Nueva York: Brigh Ideas.
- Ortega, Enrique. 2004. La comunicación publicitaria. Madrid: Pirámide.
- Poder Ejecutivo. 2008. Decreto Legislativo 1044. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. 26 de junio.
- Santaella Lopez, Manuel. 2003. Derecho de la Publicidad. Madrid: Thomson – Civitas.
- Tato Plaza, Anxo. 1996. La publicidad comparativa. Madrid: Marcial Pons.

Diseñando financiamientos para diseñadores

Mercedes Fernández Moscol¹

Sumario: Introducción. 1. De las particularidades en el caso de los diseñadores. 2. De algunas formas de financiamiento. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Cuando una persona busca financiar un negocio basa sus transacciones en aquellos activos generadores de flujo que lo ayudarán a repagar el préstamo en el menor tiempo posible. Sin embargo, un diseñador de moda, considerado como el inicio de la cadena de producción de esta industria, no cuenta con este tipo de bienes, viéndose en la necesidad de recurrir a personas de su entorno para conseguir los recursos necesarios.

Con los avances tecnológicos surgieron nuevas formas de financiamiento no tradicionales que facilitan el acceso a los profesionales de la moda a este tipo de subvenciones. El presente texto describirá algunas de estas nuevas formas, como el *crowdfunding*, el *factoring* y los fondos de inversión, aplicados a la realidad peruana.

Palabras clave: Moda, diseñadores, financiamiento no tradicional, *crowdfunding*, Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), *factoring*, fondos de inversión, NIIF.

¹ Socia del área de Mercado de Capitales y Regulación Bancaria. Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. en Columbia University School of Law, Nueva York (2005). Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Economía y Finanzas, Diploma en Regulación de Mercado de Valores (2002). Foreign associate, Proskauer Rose LLP (2009-2010). Analista legal, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores Conasev. mfernandez@munizlaw.com

Introducción

El mundo de la moda ha tenido un particular auge en los últimos años en nuestro país y ello nos lleva a pensar en formas de financiamiento. En los últimos diez años se han abierto cerca de 40 centros comerciales con ventas anuales por unos US\$7,000 millones que acogen a decenas de cadenas locales y extranjeras².

Quienes nos encontramos en el mundo de los financiamientos –ya sea asesorando empresas o entidades financieras- sabemos que no hay un financiamiento igual a otro y que cada transacción siempre tiene sus particularidades sea en la estructura de garantías, en el modelo financiero o en las exigencias que se desean imponer al prestatario.

Al igual que en otros rubros, el financiamiento a exportadores, importadores, fabricantes y vendedores en el área de la moda tiene sus propias particularidades. En el presente artículo –sin embargo- nos vamos a centrar en el financiamiento a diseñadores que son –de alguna manera- el inicio creativo dentro de la cadena de producción en esta área.

1. De las particularidades en el caso de los diseñadores

Los financiamientos tradicionales suelen ser *asset-based*, es decir, se basan en los activos de la empresa que busca financiarse y que serán los generadores del flujo con el cual se va a repagar el préstamo, así como en los activos que pueden servir de garantía.

En el área de la moda cuando hablamos de activos nos referimos, generalmente, a inventario y cuentas por cobrar. Sin embargo, los diseñadores no suelen tener dentro de su empresa activos o inventario y, por ello, habitualmente, se financian a través de amigos o familiares y aunque esto puede parecer muy simple en la práctica no lo es. En efecto, todo negocio necesita establecer reglas claras para el repago de esos financiamientos. Por ejemplo, debe establecerse claramente cuáles son los derechos que esos amigos o familiares van a tener en el negocio del diseñador (*i.e.* si el financiamiento genera derecho a participar en el negocio o si se trata de un préstamo), cuál es el interés que ese préstamo va a generar y el plazo que tiene el diseñador para pagar, entre otros.

En Nueva York, solo diseñadores con dos o más años de producción exitosa pueden aspirar a obtener un préstamo tradicional³. Lo que debemos es encontrar métodos de financiamiento no tradicionales. En este artículo vamos a describir algunos de ellos.

² Evelyn Coloma, “La moda en el Perú: de la oferta limitada hacia la democratización”. *Gestión*. 10 de setiembre de 2015. <<http://gestion.pe/empresas/moda-peru-oferta-limitada-hacia-democratizacion-2142356>> (consultada el 27 de febrero de 2015).

³ Deanna Swisher. “Financing the Creative”. *Foster Swift Finance, Real Estate & Bankruptcy News*. 26 de agosto de 2014.

2. De algunas formas de financiamiento

Crowdfunding

Crowdfunding es un método de financiamiento a través del internet que ha evolucionado en los últimos años. A través de este método muchas empresas que recién se constituyen ofrecen sus productos o valores mobiliarios (generalmente acciones) a través de plataformas de Internet. Entre las plataformas más conocidas tenemos a Kickstarter, RocketHub, Gambitious y Crowdfunder.

En el área de la moda específicamente, los sitios más importantes para el financiamiento de diseñadores son Teespring, I am la mode, Born, OutofX, Gustin, Before the Label, The Petite Shop. La mayoría de estos sitios financian a nuevos diseñadores con el objeto que puedan lanzar, fabricar y enviar las prendas que han ideado.

En Estados Unidos se dictó la llamada Jumpstart Our Business Startups Act o JOBS Act⁴, que flexibilizó diferentes normas con el objeto de promover el financiamiento de pequeños negocios. De igual manera, la U.S. Securities and Exchange Commission – SEC expidió en octubre de 2015⁵ una serie de normas para permitir la venta de valores mobiliarios a través del *crowdfunding*. Esas normas incluyen límites en los montos que pueden captarse por las empresas en determinados periodos, límites en los montos que una persona natural puede invertir dependiendo de su patrimonio, un listado del tipo de empresas que no pueden usar este mecanismo, la necesaria participación de intermediarios, limitaciones a la reventa de los valores, regulación de las características que deben cumplir las plataformas a través de las cuales se ofrezcan valores mobiliarios y el tipo de información que debe ser revelada por las empresas que requieren el financiamiento.

De acuerdo con dichas normas debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Empresas de Estados Unidos que no han emitido valores por oferta pública (distinta a una empresa de inversión o una *shell company*) pueden financiarse a través de *crowdfunding* hasta por US\$ 1 millón en un periodo de 12 meses.
- La oferta debe ser conducida a través de un intermediario (*broker dealer*) o de un portal de financiamientos.
- Los inversionistas individuales pueden invertir, en un periodo de 12 meses, hasta:
 - El monto que resulte mayor entre (i) US\$2,000 o (ii) 5% del menor entre sus ingresos o su patrimonio, si es que alguno -su ingreso o patrimonio- es menor de US\$100,000; o

⁴ Congress of the United States of America. *Jumpstart Our Business Startups Act*. 28 de marzo de 2012. <<https://www.govtrack.us/congress/bills/112/hr3606/text>> (consultada el 27 de febrero de 2017).

⁵ U.S. Securities and Exchange Commission. *Regulation Crowdfunding*. 30 de octubre de 2015. <<https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-249.html>> (consultada el 27 de febrero de 2017).

- 10% del monto que resulte menor entre (i) su ingreso anual o (ii) su patrimonio, si ambos -el ingreso anual y su patrimonio- son iguales o mayores a US\$100,000.
- Durante un período de 12 meses el monto agregado de valores vendidos a un inversionista particular a través de el *crowdfunding* no debe exceder de US\$100,000.
- Las empresas que confían en el *crowdfunding* para efectuar una oferta deberán presentar cierta información a la SEC y al intermediario (*broker dealer*). Esta información incluye, entre otros, los siguientes requisitos:
- Una descripción del negocio y del uso de los recursos que se capten a través de la oferta.
- El precio de los valores o el método para determinar el precio, el monto que se requiere captar, el plazo que se tiene para alcanzar el monto de la oferta y si la compañía aceptará montos por encima del monto ofertado.
- Una discusión de la condición financiera de la compañía
- Los estados financieros de la compañía que deben ir acompañados de sus declaraciones juradas de impuestos, revisados por un contador público independiente o auditados por un auditor independiente. Una compañía que ofrece más de US\$500,000, pero no más de US\$1 millón por primera vez, puede entregar estados financieros revisados y no necesariamente auditados, salvo que cuente con estados financieros auditados.
- Información acerca de funcionarios y directores y propietarios del 20% o más de la empresa.
- Ciertas transacciones entre vinculados

De igual manera, las empresas que utilicen este método de financiamiento deberán presentar un informe anual ante la SEC y remitir a los inversionistas información similar a la del informe inicial.

En el Perú, si una persona o empresa desea ofrecer públicamente valores mobiliarios (*i.e.* acciones, bonos, instrumentos de corto plazo) debe primero registrar un prospecto informativo⁶ y los valores a ser ofrecidos en el Registro Público del Mercado de Valores a cargo de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV.

De acuerdo con nuestra legislación⁷, una oferta pública de valores mobiliarios es una invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos de este, para

⁶ Documento que contiene información acerca de la oferta a ser efectuada, el emisor de los valores y los valores a ser ofrecidos.

⁷ Ministerio de Economía y Finanzas. *Decreto Supremo No. 093-2002-EF Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores*. 15 de junio del 2002.

realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios.

Este concepto es desarrollado de la siguiente manera⁸:

- a. Invitación: se considera invitación a toda aquella manifestación de voluntad que se efectúa de modo directo o a través de terceros, tenga esta el carácter de invitación a ofrecer, simple oferta, promesa unilateral u otra que tenga por objeto efectuar o recibir propuestas vinculadas a lo señalado en el punto e.
- b. Adecuadamente difundida: la invitación es adecuadamente difundida cuando se dirige a sus destinatarios, de manera individual o conjunta, simultánea o sucesiva, a través de cualquier medio, como diarios, revistas, radio, televisión, correo, reuniones, sistemas informáticos u otro que permita la tecnología, que resulte idóneo para dar a conocer el contenido de la misma a su destinatario. Se incluye, asimismo, la utilización de los servicios de las bolsas de valores o de las entidades encargadas de la conducción de mecanismos centralizados de negociación.
- c. Público en general: el público en general está conformado por el conjunto de personas indeterminadas, nacionales o extranjeras, que sean potenciales inversionistas en el territorio nacional.
- d. Segmento del público: se considera segmento del público al conjunto de personas determinadas o no que, de acuerdo a las circunstancias, requieren de tutela, cuando su número sea tal que involucre el interés público. Se considera que se requiere dicha tutela cuando, en orden a la posibilidad de acceso a información relevante por dichas personas y/o a que esta sea procesada por ellas, encuentren dificultades para adoptar una decisión libre e informada respecto a la invitación efectuada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para efectos de su calificación como segmento del público, se considera que un conjunto de destinatarios conformado por un número igual o mayor a 100 personas involucra el interés público, y se presume, salvo prueba en contrario, que dichas personas requieren de la tutela antes mencionada.

- e. Acto jurídico referido a la colocación o disposición de valores mobiliarios: comprende la creación o enajenación de derechos patrimoniales referidos a dichos valores, incluyendo al derecho u opción de suscripción o adquisición. Dicho acto jurídico, cualesquiera sean las características del mismo, debe tener la naturaleza de un acto de inversión para su suscriptor o adquirente.

⁸ Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (hoy SMV). *Resolución CONASEV No. 141-98-EF/94.10 Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios*.

En consecuencia, si a través de *crowdfunding* se ofrecen valores mobiliarios, se requeriría cumplir con registrar un prospecto informativo y los valores a ser ofrecidos en el registro a cargo de la SMV, pues a la fecha no se han fijado normas específicas de excepción, como sí se han dictado por la SEC en Estados Unidos.

Sobre ello, la propia SMV ha alertado a los inversionistas⁹ indicando que:

- La financiación por *crowdfunding*, que emplea la modalidad de emisión de valores o aportes de capital, no está autorizada en el Perú. Al calificar como oferta pública de valores deben observar el régimen legal establecido y ser objeto de supervisión de la SMV.
- La publicidad u ofrecimiento de activos financieros en territorio nacional y empleando medios masivos de comunicación, solo puede realizarse por empresas autorizadas por entidades del Estado.
- Los inversionistas y potenciales inversionistas deben informarse adecuadamente y no entregar o invertir dinero a entidades o personas que promueven el *crowdfunding*, pues carecen de la autorización estatal respectiva.

La SMV ha indicado que se viene evaluando la necesidad de establecer un marco normativo que permita la constitución de estas plataformas y, como bien indica, es un desafío tratar de encontrar un balance entre incentivar este mecanismo de financiamiento mitigando sus riesgos¹⁰.

En efecto, regular el *crowdfunding* constituye un reto, pero es necesario hacerlo e iniciar una discusión sobre ello porque se requiere impulsar el financiamiento de empresas y contar con un adecuado marco de protección de quienes deseen invertir a través de este mecanismo.

Para las empresas es recomendable evaluar si los costos iniciales y los que se generen con posterioridad a la oferta hacen atractivo captar capital por este medio. Es necesario tener en cuenta que para algunas empresas una oferta de este tipo puede ser una forma de conocer a un grupo de accionistas comprometidos con la empresa con el objeto de volverse una empresa pública en el futuro.

Factoring

Factoring es la adquisición de créditos provenientes de ventas de bienes, prestación de servicios o realización de obras, otorgando anticipos sobre sus créditos, asumiendo o no sus riesgos. Por medio del *factoring* un comerciante o fabricante cede una factura u otro documento de crédito a cambio de un anticipo financiero

⁹ Superintendencia de Mercado de Valores SMV. Comunicado. El *crowdfunding* mediante la emisión de valores o aporte de capital a través de plataformas de Internet no está autorizado. <<http://www.smv.gob.pe/Uploads/AvisoCrowdfunding.pdf>> (consultada el 27 de febrero de 2017).

¹⁰ Lilian Rocca, entrevista. “SMV: Evaluamos fijar marco normativo para crowdfunding usado en financiación”. *Gestión*, pp 8. <<http://gestion.pe/mercados/smv-evaluamos-fijar-marco-normativo-crowdfunding-usado-financiacion-2163960>> 23 de junio de 2016.

total o parcial. La empresa de *factoring* deduce del importe del crédito comprado, la comisión, el interés y otros gastos.

Las empresas de *factoring* pueden:

- Asumir el riesgo crediticio.
- Asumir el riesgo de cambio si la factura es en moneda extranjera.
- Realizar la gestión de cobranza.
- Realizar el cobro efectivo del crédito y asesorar a su propia compañía aseguradora.
- Asesorar al cliente sobre la salud financiera de los deudores.

En el caso de los diseñadores la empresa de *factoring* usualmente financia a diseñadores cuando los compradores han dado su confirmación. De otro lado, la empresa de *factoring* usualmente toma como garantía las cuentas por cobrar y conoce al comprador de forma tal que mantiene alejado al diseñador de compradores poco confiables.

En consecuencia, una ventaja en este tipo de financiamiento se encuentra en que si la empresa de *factoring* tiene experiencia es sumamente importante para un diseñador, porque lo ayuda con la emisión de facturas y la cobranza.

Sin embargo, el diseñador debe tomar en cuenta que la empresa le está cobrando por emitir las facturas, la cobranza y el dinero que ha adelantado.

En el Perú, además, existe el *factoring* electrónico que es un sistema de cobranza que permite recibir de forma rápida y eficiente el pago de las facturas emitidas y acceder a un financiamiento de corto plazo, mediante el adelanto de facturas.

De acuerdo con la legislación peruana¹¹, la factura negociable que se origine en un comprobante de pago electrónico o que el proveedor opte por transformarla (al haberse originado en un comprobante de pago impreso) por un valor representado mediante anotación en cuenta, para que adquiera la calidad y los efectos de título valor debe ser registrado por el proveedor (el diseñador que emite el comprobante de pago) ante una institución de compensación y liquidación de valores como es el caso de Cavali S.A. ICLV¹².

En el marco de este procedimiento de inscripción y anotación en cuenta de la factura negociable, Cavali S.A. ICLV deberá informar al denominado “adquirente” (el comprador del bien o servicio y responsable del pago) a efectos que brinde su información de contacto y así pueda recibir las comunicaciones que le permitan:

¹¹ Congreso de la República del Perú. *Ley No. 29623*. 7 de diciembre del 2010.

Ministerio de Economía y Finanzas. *Decreto Supremo No. 208-2015-EF*. 26 de julio del 2015.

¹² Cavali es una sociedad anónima encargada de la creación, mantenimiento y desarrollo de la infraestructura del mercado de valores nacional.

- a. Dar la conformidad sobre los términos y condiciones de las facturas negociables que se registren en el sistema de Cavali.
- b. Manifestar su disconformidad con los términos de la factura negociable por el proveedor.
- c. Monitorear u obtener información sobre transferencias de facturas negociables.

Todo ello bajo el sistema denominado *factrack*, que es el sistema de registro de facturas negociables electrónicas operado por Cavali S.A. ICLV que facilita el registro de facturas negociables para que las empresas y personas realicen operaciones de *factoring*¹³. El financiamiento sería realizado de manera más rápida y eficiente pues las facturas negociables serían verificadas, registradas y transferidas electrónicamente

Es importante resaltar que la decisión de utilizar una factura negociable como título valor corresponde enteramente a su emisor, por lo que ninguna empresa adquirente podrá negarse a recibirla y se establece que es nulo de pleno derecho todo acuerdo, convenio o estipulación que restrinja, limite o prohíba la transferencia de la factura negociable. De igual manera, se establece que se entenderá como restricción o limitación de la transferencia de la factura negociable, entre otras, cuando el adquirente establezca procedimiento o prácticas cuyo efecto sea impedir o dilatar la entrega de la factura negociable o desalentar la circulación de la misma.

Fondos de inversión

Existen diversos fondos en el mundo que invierten en moda. Así, tenemos a The Designer Fund, FashInvest, FashionFund y Fashion Capital Partners¹⁴. Esta última es una compañía de inversión con sede en París que se dedica a invertir en empresas dentro de la moda que se encuentren en etapa inicial y que cuenten con diseñadores innovadores en Europa o Estados Unidos.

En el Perú, las sociedades administradoras de fondos de inversión tienen como objeto social la administración de uno o más fondos de inversión. La SMV solo tiene que autorizar la organización y funcionamiento de las sociedades administradoras que tengan como fin administrar fondos de inversión cuyos certificados de participación se colocarán por oferta pública. En consecuencia, las sociedades administradoras que no tengan como fin administrar fondos de inversión cuyos certificados de participación se colocarán por oferta pública no se encuentran bajo la competencia de la SMV.

¹³ Factrack, Registro Centralizado de Facturas Negociables. <<http://www.cavali.com.pe/factrack/>> (consultada el 27 de febrero de 2017).

¹⁴ Designer Fund, <<https://designerfund.com/>>; Fashion Capital Partners, <<http://fashioncapitalpartners.com/>>; FashInvest, <<http://www.fashinvest.com/#>> Fashion Fund, <<https://www.fashionfund.com/>> (consultadas el 27 de febrero de 2017).

Es preciso señalar que los recursos de los fondos de inversión pueden invertirse, entre otros, en los siguientes instrumentos¹⁵:

- a. Valores mobiliarios: acciones, bonos o instrumentos de corto plazo.
- b. Instrumentos financieros no inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores.
- c. Instrumentos financieros emitidos por personas jurídicas de derecho privado extranjeras.
- d. Adquisición de derechos sobre acreencias originadas por una transacción comercial de compraventa o suministro de bienes y/o servicios. Para esta inversión, la sociedad administradora debe suscribir un contrato con la persona jurídica obligada al pago mediante el cual se establezca:
 - La obligación de la persona jurídica obligada al pago de proporcionar a la sociedad administradora sus estados financieros anuales del último ejercicio.
 - La obligación de remitir la información financiera anual, en tanto se mantenga dicha inversión en la cartera del fondo. Esta información debe ser elaborada de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera vigentes (NIIF).
 - Una cláusula mediante la cual la empresa obligada al pago se obligue a su pago a favor del fondo sin invocar ninguna causal como fundamento para incumplir su obligación.

El procedimiento de liquidación de la deuda: la forma de determinación de la fecha de pago, el procedimiento a seguir ante la eventualidad de no pago en la fecha prevista, y descripción de supuestos en los que resulte de aplicación la mora, intereses y penalidades.

- e. Adquisición de cartera de crédito. En estos casos:
 - El reglamento de participación del fondo debe contener (i) las características y condiciones que debe cumplir las carteras de crédito y sus obligados al pago antes y después de la inversión, así como los procedimientos para su adquisición y cobranza; y, (ii) las condiciones que debe cumplir el cedente.
 - Se debe contar con un contrato con el cedente de la cartera de crédito la cual debe observar lo establecido anteriormente.

En consecuencia, puede estructurarse en el Perú un fondo de inversión dedicado a invertir en cualquiera de los instrumentos indicados anteriormente en los que participe la empresa de un diseñador, sea como emisor de valores mobiliarios o de

¹⁵ Poder Ejecutivo. *Ley de Fondos de Inversión*, Decreto Legislativo No. 862. 21 de octubre de 1996. Superintendencia del Mercado de Valores SMV. *Reglamento de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras*, Resolución SMV No. 29-2014. 21 de diciembre de 2014.

instrumentos financieros, como cedente de acreencias o como cedente de una cartera de crédito. Para ello, debe cumplirse con las condiciones indicadas anteriormente.

Es muy importante tener en cuenta que, a partir de la inversión, la sociedad administradora de fondos va a requerir información continua con el objeto de verificar que se cumplen las condiciones bajo las cuales se efectuó la inversión, así como el cumplimiento de todas las restricciones y obligaciones que puedan haberse impuesto para efectuar la inversión.

Conclusiones

La tecnología ha traído muchísimos cambios y también diferentes formas de financiamiento. No cabe duda de que el mundo va a seguir cambiando y requiriendo de nuevas formas de financiamiento y que la tecnología va de la mano con esos requerimientos.

De otro lado, es muy importante para un diseñador, como para cualquier empresario, tener en cuenta el apetito que existe en el mercado por su área de negocios. Por ejemplo, de acuerdo con una encuesta¹⁶, 76% de inversionistas encuestados planeaban efectuar nuevas transacciones en la industria de la moda en el 2016 y 75% de los inversionistas encuestados pensaba enfocarse en los sectores de ropa y accesorios. El 7% de transacciones resultaría en la adquisición de un porcentaje de más del 40% en la empresa y el financiamiento para ello sería principalmente un préstamo *senior*.

Finalmente, es importante que el diseñador tenga en cuenta los siguientes aspectos: debe limitar los gastos en shows si no tiene el efectivo suficiente para pagar sus pasivos; no debería vender sus productos a menor precio solo para colocarlos en determinadas tiendas; siempre debe entregar los productos a tiempo y no debe especular con una mayor cantidad de producción.

¹⁶ Deloitte. “Global Fashion & Luxury market. Private Equity and investors Survey 2016”. <<https://bit.ly/2snni7Z>> (consultada el 27 de febrero de 2017).

Bibliografía

- Coloma, Evelyn. “La moda en el Perú: de la oferta limitada hacia la democratización”. Gestión. 10 de setiembre de 2015. <<http://gestion.pe/empresas/moda-peru-oferta-limitada-hacia-democratizacion-2142356>> (consultada el 27 de febrero de 2015).
- Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (hoy SMV). Resolución CONASEV No. 141-98-EF/94.10 Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios.
- Congreso de la República del Perú. Ley No. 29623. 7 de diciembre del 2010.
- Congress of the United States of America. 2012. Jumpstart Our Business Startups Act. <<https://www.govtrack.us/congress/bills/112/hr3606/text>> (consultada el 27 de febrero de 2017).
- Dresner, Steven. 2014. Crowdfunding: A Guide to Raising Capital on the Internet. Bloomberg Financial series.
- Deloitte. 2016. Global Fashion & Luxury market. Private Equity and investors Survey 2016. <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/sg/Documents/consumer-business/sea-cip-global-fashion-luxury-pe-survey-2016.pdf>> (consultada el 27 de febrero de 2017).
- Jimenez, Guillermo. 2014. Fashion Law: A Guide for Designers, Fashion Executives, and Attorneys. A&C Black.
- Lawton, Kevin y Dan Marom. 2012. The Crowdfunding Revolution: How to Raise Venture Capital Using Social Media. McGraw-Hill Professional Publishing.
- Lea, Tim y Wendy Trollope. 1996. A Guide to Factoring and Invoice Discounting. Chapman & Hall.
- Ministerio de Economía y Finanzas. 15 de junio del 2002 Decreto Supremo No. 093-2002-EF Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores.
- Ministerio de Economía y Finanzas. Decreto Supremo No. 208-2015-EF. 26 de julio del 2015
- Poder Ejecutivo. Ley de Fondos de Inversión, Decreto Legislativo No. 862. 21 de octubre de 1996.
- Rocca, Lilian. Entrevista. Gestión, pp 8. <<http://gestion.pe/mercados/smv-evaluamos-fijar-marco-normativo-crowdfunding-usado-financiacion-2163960>> 23 de junio de 2016.
- Spiner, Gary. 2013. Crowdfunding: The Next Big Thing. CreateSpace Independent Publishing.

- Superintendencia del Mercado de Valores SMV. 21 de diciembre de 2014. Reglamento de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, Resolución SMV No. 29-2014.
- Superintendencia de Mercado de Valores SMV. Comunicado. El crowdfunding mediante la emisión de valores o aporte de capital a través de plataformas de Internet no está autorizado. <<http://www.smv.gob.pe/Uploads/AvisoCrowdfunding.pdf>> (consultada el 27 de febrero de 2017).
- Swisher, Deanna. 2014. Financing the Creative. Foster Swift Finance, Real Estate & Bankruptcy News.
- U.S. Securities and Exchange Commission. 2015. Regulation Crowdfunding. 30 de octubre de 2015. <<https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-249.html>> (consultada el 27 de febrero de 2017).

La vinculación del derecho de la moda y el concepto de belleza a través de los cosméticos

Maritza Reátegui Valdiviezo¹

Sumario: Introducción. 1. Normativa aplicable. 2. Ámbito de aplicación. 3. Notificación sanitaria obligatoria. 4. Rotulado de productos cosméticos. 5. Muestras de productos cosméticos sin valor comercial. 6. Reconocimiento de notificación sanitaria obligatoria en país miembro de la Comunidad Andina. Conclusiones.

Resumen

La vinculación de la moda y el concepto de belleza y bienestar requieren de una asesoría transversal en distintos campos del derecho tradicional, a saber, propiedad intelectual, regulatorio, corporativo, tributario, publicidad, consumo, comercio electrónico, ética, etc.

Desde la creación preliminar de la marca hasta el proceso final de comercialización del producto y/o servicio se requiere la asesoría legal especializada enfocada en el sector de derecho de la moda.

En el presente ensayo se analizará el área regulatoria y/o *life sciences* (su nombre en inglés), vinculada a la normativa aplicable a las autorizaciones de comercialización (registros sanitarios y/o notificaciones sanitarias obligatorias) de productos cosméticos y de higiene personal.

Palabras clave: cosméticos, notificación sanitaria obligatoria. *fashion law*, derecho de la moda. propiedad intelectual, marcas, ética, registros sanitarios, Digesa. Digemid, rotulado, Comunidad Andina.

¹ Directora del área de *Life Sciences & Pharmaceutical* y socia senior del área de Propiedad Intelectual. Directora de la Maestría en Propiedad Intelectual con mención en Derecho Farmacéutico de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Catedrática y expositora nacional e internacional en temas de propiedad intelectual y derecho farmacéutico. Autora de diversas publicaciones en Argentina, México, Perú y otros. mreategui@munizlaw.com

Introducción

La industria de la moda y la regulación de la belleza y los cosméticos se encuentran íntimamente enlazados². No puede comercializarse un perfume o una crema de belleza sin que dichos productos cumplan con la normativa de rotulado y/o se obtenga la autorización de comercialización de la autoridad competente.

La visión tradicional del derecho abre paso a una disciplina nueva³ que va más allá del ámbito jurídico y requiere el apoyo multidisciplinario de otras profesiones, como los químicos farmacéuticos para la presentación y radicación de los *dossiers* de autorización y verificación del cumplimiento de normativas internacionales en los ingredientes utilizados en la preparación de los cosméticos.⁴

No podemos percibir el derecho de la moda y la belleza sin incluir los aspectos éticos⁵ de la misma como, por ejemplo, la utilización de productos no tóxicos, no explotación de los trabajadores, publicidades que fomenten un patrón de nutrición saludable, utilización de sistema braille en el uso de las prendas de vestir, etc.

Este ensayo realiza una investigación de la normativa, tanto de la Comunidad Andina como la local, aplicable a los productos cosméticos, los requisitos y condiciones

² “Nada más cierto que aquellas palabras que seguramente muchos hemos escuchado en nuestros años de formación universitaria, con relación a que los abogados debemos instruir al juez en las materias que no le son propias a su emprendimiento. Creo que en moda esto se convierte en una materia obligada para poder transmitir nuestros conocimientos y particularidades sobre la industria y así obtener sentencias más justas y que interpreten el derecho desde su dinámica en el sector, promoviendo y alentando el reconocimiento y aplicación de protección no tradicional para la tarea creativa”. Bello Knoll, Susy y Pamela Echeverría. *Derecho y Moda*. (Buenos Aires: Marcial Pons, 2015), p. 39.

³ “A criação do Fashion Law Institute [Instituto do Direito da Moda] inspirou uma mudança radical na forma em que o mundo jurídico percebe a moda. Ela já não é menosprezada como uma coisa frívola; no entanto, o direito da moda se converteu em uma área prática bem estabelecida nos escritórios de advocacia ao redor do mundo, e na atualidade existe uma rede internacional de graduados e colegas que trasladam os estudos acadêmicos do direito da moda às universidades e faculdades de direito, ao redor do mundo”. Susan Scafidi e Jeff Trexler. *Moda, Luxo e Direito*. (Buenos Aires. Editorial Albreimática S.A, 2016), p. 69

⁴ “El Fashion & Law surge en respuesta a este nuevo panorama, como un nuevo ámbito de especialización jurídica centrado en el asesoramiento a empresas del sector de la moda. Su objetivo es atender a las necesidades específicas de esta industria partiendo de un profundo conocimiento del sector en materia de creación, distribución, protección de la marca, aduanas”. Vanessa Izquierdo, “*Fashion & Law: mucho más que tendencia*”. *El País*. 23 de marzo de 2016. <http://economia.elpais.com/economia/2016/03/23/actualidad/1458727206_242343.html> (Consultada el 1 de marzo de 2017).

⁵ “Enquanto ainda existe gente desatualizada que subestima a indústria da moda como um “pink collar ghetto” [termo adjudicado aos trabalhos onde as mulheres dominam uma área laboral determinada], surge outro problema que ganhará um significado jurídico importante para esta indústria durante os próximos anos; a saber: se a indústria da moda é considerada ética. Químicos tóxicos que contaminam o meio-ambiente; incêndios com resultados trágicos em Bangladesh; trabalho infantil; modelos anoréxicas - estes são apenas alguns dos problemas que permitem que ativistas, funcionários públicos e, obviamente, eruditos na matéria, questionem se a moda é ou pode ser ética sem reformas jurídicas.

Para ajudar a tratar esta importante realidade, o *Fashion Law Institute* dedica um curso completo - como Ética na Moda, Sustentabilidade, e Desenvolvimento - onde trata assuntos como responsabilidade ambiental e social, a ética na publicidade, padrões de certificação, e autocontrole através de associações comerciais e organizações benéficas. Este capítulo oferece um panorama geral sobre temas-chaves que afetam à indústria da moda ao redor do mundo e inclui a questão do por que é importante a moda ética, que temas se tornam os principais problemas na atualidade, e os desafios da moda ética em uma cultura de contínuas mudanças tecnológicas”. Susan Scafidi e Jeff Trexler. *Moda, Luxo e Direito*. Loc. Cit. p. 70

necesarios para la obtención de las notificaciones sanitarias obligatorias, el contenido de los rotulados de los productos y las recientes modificaciones vinculadas a las autoridades competentes.

1. Normatividad aplicable

La normativa aplicable a los productos cosméticos se divide en normativa andina y local:

- Decisión 516, Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos.
- Resolución 797, Reglamento de la Decisión 516 sobre control y vigilancia sanitaria de productos cosméticos.
- Decisión 705, Circulación de muestras de productos cosméticos sin valor comercial.
- Decreto Supremo N° 014-2011-SA, Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos.

2. Ámbito de aplicación

Son cosméticos toda sustancia o formulación de aplicación local a ser usada en las diversas partes superficiales del cuerpo humano: epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos o en los dientes y las mucosas bucales, con el fin de limpiarlos, perfumarlos, modificar su aspecto y protegerlos o mantenerlos en buen estado y prevenir o corregir los olores corporales.

Se consideran productos cosméticos, en particular, los productos que figuran en el Anexo 1 de la Decisión 516, los mismos que detallamos a continuación.

- Cosméticos para niños.
- Cosméticos para el área de los ojos.
- Cosméticos para la piel.
- Cosméticos para los labios.
- Cosméticos para el aseo e higiene corporal.
- Desodorantes y antitranspirantes.
- Cosméticos capilares.
- Cosméticos para las uñas.
- Cosméticos de perfumería.
- Productos para higiene bucal y dental.
- Productos para y después del afeitado.

- Productos para el bronceado, protección solar y autobronceadores.
- Depilatorios.
- Productos para el blanqueo de la piel.

3. Notificación sanitaria obligatoria

Los productos cosméticos requieren, para su comercialización o expendio, de la notificación sanitaria obligatoria presentada ante la autoridad nacional competente del primer país miembro de comercialización.

Se entiende por notificación sanitaria obligatoria la comunicación en la cual se informa a las autoridades nacionales competentes, bajo declaración jurada, que un producto cosmético será comercializado a partir de la fecha determinada por el interesado.

Los requisitos se dividen en información general y en información técnica:

Información general:

- Nombre del representante legal o apoderado.
- Nombre del producto o grupo cosmético para el cual se está presentando la notificación.
- Forma cosmética.
- Nombre o razón social y dirección del fabricante o del responsable de la comercialización del producto autorizado por el fabricante.
- Pago de la tasa administrativa.

Información técnica:

- La descripción del producto con indicación de su fórmula cualitativa. Adicionalmente, se requerirá la declaración cuantitativa para aquellas sustancias de uso restringido y los activos que se encuentren en normas con parámetros establecidos para que ejerzan su acción cosmética, así no tengan restricciones.
- Nomenclatura internacional o genérica de los ingredientes (INCI).
- Especificaciones organolépticas y fisicoquímicas del producto terminado.
- Especificaciones microbiológicas cuando corresponda, de acuerdo a la naturaleza del producto terminado.
- Justificación de las bondades y proclamas de carácter cosmético atribuibles al producto, cuya no veracidad pueda representar un problema para la salud. Deberá tenerse en cuenta que en dicha justificación no se podrán atribuir efectos terapéuticos a los productos cosméticos.

- Proyecto de arte de la etiqueta o rotulado de empaque mediano e inmediato.
- Instrucciones de uso del producto, cuando corresponda.
- Material del envase primario.

En el caso de productos fabricados fuera de la subregión Andina se requerirá, adicionalmente, certificado de libre venta del producto o una autorización similar expedida por la autoridad competente del país de origen. La fecha de expedición del certificado de libre venta no deberá tener una antigüedad mayor de un año contado desde la fecha de presentación de la correspondiente notificación sanitaria obligatoria.

La notificación sanitaria obligatoria tendrá una vigencia de siete años desde la fecha de presentación de la notificación. Podrá ser renovada por períodos sucesivos con el código asignado inicialmente. A tal efecto, el titular de la notificación sanitaria obligatoria, antes de la expiración del plazo de vigencia, deberá presentar su solicitud de renovación en la que declarará, bajo juramento, que el producto seguirá siendo comercializado con las especificaciones vigentes.

4. Rotulado de productos cosméticos

Los productos cosméticos solo podrán comercializarse si en el envase o en el empaque figuran con caracteres indelebles, fácilmente legibles y visibles, las menciones que se detallan a continuación:

- Nombre o razón social del fabricante o del responsable de la comercialización del producto cosmético.
- Nombre del país de origen.
- El contenido nominal en peso o en volumen.
- Las precauciones particulares de empleo.
- El número de lote o la referencia que permita la identificación de la fabricación.
- El número de notificación sanitaria obligatoria con indicación del país de expedición.
- La lista de ingredientes precedida de la palabra “ingredientes”.

En el caso que las precauciones particulares del literal d) excedan el tamaño del envase o empaque, estas deberán figurar en un prospecto que el interesado incorporará al envase.

Cabe precisar que en los envases o empaques de los productos que se expenden en forma individual que sean de tamaño muy pequeño, y en los que no sea posible colocar todos los requisitos previstos en el artículo anterior, deberá figurar como

mínimo: a) el nombre del producto; b) el número de notificación sanitaria obligatoria; c) el contenido nominal; d) el número de lote; y, e) las sustancias que impliquen riesgo sanitario.

Las frases explicativas que figuren en los envases o empaques deberán estar en idioma español.

Para los productos importados de terceros países, deberá figurar la traducción al idioma español de por lo menos el modo de empleo y las precauciones particulares, si las hubiere.

5. Muestras de productos cosméticos sin valor comercial

Se consideran muestras de productos cosméticos aquellos productos terminados que ingresen o circulen en cantidades limitadas, con propósito de estudios de mercado o de investigación y desarrollo, siempre y cuando no sean destinadas a fines comerciales lucrativos.

Prevía aprobación de la Digemid, Aduanas podrá autorizar el ingreso de muestras de productos cosméticos sin notificación sanitaria obligatoria (NSO).

Los interesados deberán presentar a la autoridad sanitaria una solicitud, acompañada de los siguientes requisitos:

- Nombre o razón social del solicitante.
- Descripción del producto.
- Uso.
- Cantidad.
- Número de lote cuando corresponda.
- Fines en los que van a utilizarse, los mismos que deben ser congruentes con la actividad registrada por el solicitante.
- Comprobante de pago de la tasa establecida.

La solicitud se decidirá en un tiempo máximo de siete (7) días. La cantidad de muestras y el número de veces que se podrá autorizar el ingreso de las mismas será regulada por la normativa pertinente, la cual aún está pendiente de que sea emitida por la entidad competente.

Dichas muestras no podrán ser comercializadas bajo ninguna modalidad, siendo esta infracción causal de sanción por parte de la autoridad nacional competente. Estos productos deberán identificarse de manera segura, como muestra sin valor comercial.

6. Reconocimiento de notificación sanitaria obligatoria en país miembro de la Comunidad Andina

Si el producto cosmético se encuentra registrado en uno de los países miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador y Colombia), se procede a solicitar homologación del registro, en cuyo caso únicamente se requiere de los siguientes documentos:

- Copia certificada de la notificación sanitaria obligatoria del país miembro de la CAN.
- Fórmula cuali-cuantitativa
- Especificaciones técnicas
- Proyecto de rotulado del envase primario y secundario.

Conclusiones

La vinculación entre el derecho de la moda y la belleza es innata. La regulación de las autorizaciones de comercialización (registros sanitarios y/o notificaciones sanitarias obligatorias) y en algunos países solo la revisión del rotulado de los productos es la condición indispensable para que puedan ingresar a los mercados.

La fabricación de los productos cosméticos y de higiene personal deben cumplir con las buenas prácticas de manufactura para que dichos productos puedan ser ingresados a los mercados y/o poder obtener las autorizaciones de comercialización.

Bibliografía

- Bello Knoll, Susy y Echevarria, Pamela. 2015. Derecho y Moda. Buenos Aires: Marcial Pons
- Bello Knoll, Susy, Echevarria, Pamela y Mendes, Andre. 2016. Moda, Luxo e Direito. Buenos Aires. Editorial Albremática S.A.
- Izquierdo, Vanessa. 2016. “Fashion & Law: mucho más que tendencia”. El País. 23 de marzo de 2016. <http://economia.elpais.com/economia/2016/03/23/actualidad/1458727206_242343.html> (consultada el 1 de febrero de 2017).



La tributación afecta a la moda

Luis García Romero¹

Sumario: Introducción. 1. Tributación: marcas y regalías. 2. Tratamiento del impuesto a la renta aplicable a los ingresos por regalías. 2.1 Regalías pagadas a sujetos domiciliados. 2.2 Regalías pagadas a sujetos no domiciliados. 3. Cesión definitiva de marcas. 3.1 Cesión definitiva de marca efectuada por persona natural domiciliada. 3.2 Cesión definitiva de marca efectuada por persona jurídica domiciliada. 4. Tributación: diferencias de inventario por mermas y desmedros. 5. Tratamiento tributario de las mermas y los desmedros. Conclusiones.

Resumen

En la presente sección se ha optado por desarrollar ciertos temas tributarios que importan en la realización de cualquier actividad empresarial, los cuales no pueden ser desligados del derecho de la moda, como son aquellos vinculados al uso y cesión de las marcas y su carácter tributario y el tratamiento que da la norma tributaria respecto del sustento de las diferencias de inventario (mermas y desmedros).

En rigor, estas líneas buscan generar un interés y tomar conciencia de la importancia relacionada al tratamiento tributario en todos los negocios y, cómo no, también en el sector de la moda, pues es sabido que un error en la aplicación o interpretación en las normas tributarias podría generar importantes contingencias a las compañías.

Palabras clave: Derecho de la moda, tributación, Ley del Impuesto a la Renta, marcas, regalías, diferencias de inventario, mermas, desmedros.

¹ Socio del área de Derecho Tributario. Actualmente cursa una Maestría en Tributación y Política Fiscal en la Universidad de Lima. Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Ha sido profesor de Post Título de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad ESAN. lgarcia@munizlaw.com.

Introducción

La actividad empresarial ligada a la moda ha tenido un fuerte impacto en la sociedad global y, como tal, se incrementa el grado de necesidad de contar con una regularización general de tales actividades, sobre todo desde el ámbito tributario, con el fin que las empresas, como sujetos particulares, tengan tanto derechos como obligaciones respecto a esta materia. Si bien, a la fecha, no existe en el Perú una legislación tributaria específica que pueda aplicarse de forma transversal al negocio de la moda, es igualmente cierto que el día a día ha llevado a que puedan identificarse una serie de temas tributarios recurrentes que afectan a dicho sector.

En efecto, en cualquier campo vinculado al derecho a la moda y, en general, al sector empresarial, la arista tributaria es sumamente relevante, por lo que en ocasiones puede influir en la forma de plantear los negocios o de estructurar determinada operación. Por tanto, con la finalidad de llevar a cabo una transacción eficiente, convendrá analizar una serie de factores y elementos que deberán ser tomados en cuenta para que la actividad empresarial no se vea afectada o no se vean afectados los intereses de las empresas.

1. Tributación: marcas y regalías

Hace ya algunos años se ha tomado conciencia de la relevancia comercial que pueden tener las marcas y sus distintos valores en el mercado. Además, es sabido que muchos productos pueden valer más por la marca que por el propio producto. La sociedad tiende a comprar cierto producto, no tanto por la cualidad o elementos que puedan hacerlo mejor que otras opciones del mismo tipo, sino que la marca en sí le produce mayor confianza al comprador en cuanto a la calidad de dicho producto frente a otro de distinta marca con menor prestigio.

Dicha situación ha generado que hoy podamos apreciar una intensa actividad comercial en torno al uso de las marcas.

Así pues, con el crecimiento económico de nuestro país, somos testigos del constante ingreso de distintas marcas extranjeras, las cuales son explotadas comercialmente a cambio de una retribución.

La legislación tributaria no ha sido ajena a este crecimiento, por lo que el derecho tributario regula el tratamiento aplicable a la explotación (uso) de una marca en el país.

En efecto, más allá de las denominaciones comerciales que se les pueda dar a los contratos, la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido un marco propio para el tratamiento de las retribuciones que se generen por el uso o explotación de marcas o franquicias en el Perú.

Es así que, para efectos tributarios, se considera “regalía” a toda contraprestación en efectivo o en especie originada por el uso o por el privilegio de usar patentes, marcas, diseños o modelos planos, procesos o fórmulas secretas y derecho de autor de trabajos literarios, artísticos o científicos, así como toda contraprestación por la cesión en uso de los programas de instrucciones para computadoras (software) y por la información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica².

Como se puede apreciar, si bien comercialmente la retribución por la explotación de una marca o derecho de autor podría recibir distintos nombres, para efectos del impuesto a la renta cualquier clase de contraprestación que se genere por la explotación de algunos de los bienes o derechos mencionados en el párrafo precedente recibirá la calificación de “regalías”.

2. Tratamiento del impuesto a la renta aplicable a los ingresos por regalías

Para fines del impuesto a la renta, es posible distinguir cuatro clases de posibles perceptores de ingresos por regalías, los cuales señalamos a continuación:

- Personas naturales domiciliadas en Perú
- Personas jurídicas domiciliadas en Perú
- Personas naturales no domiciliadas en Perú
- Personas jurídicas no domiciliadas en Perú

Sobre el particular, es necesario señalar que la definición de domiciliado o no, para fines del impuesto a la renta, se encuentra establecida en la propia norma que regula el referido impuesto. Así pues, para el caso de las personas naturales, la condición de “domiciliado” se determina considerando ciertas variables, como la permanencia física en el territorio peruano; mientras que, en el caso de las personas jurídicas o empresas, la condición de domiciliado o no en el país se determina por el lugar de su constitución³.

2.1 Regalías pagadas a sujetos domiciliados

Este supuesto implica que una persona domiciliada en el Perú es propietaria de determinada marca, diseño o nombre susceptible de ser explotado económicamente.

Siendo ello así, corresponde comentar las situaciones y el tratamiento tributario aplicable al pago por regalías a personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país.

² Artículo 27 de la Ley del Impuesto a la Renta:

“Cualquiera sea la denominación que le acuerden las partes, se considera regalía a toda contraprestación en efectivo o en especie originada por el uso o por el privilegio de usar patentes, marcas, diseños o modelos planos, procesos o fórmulas secretas y derechos de autor de trabajos literarios, artísticos o científicos, así como toda contraprestación por la información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica”

³ Artículo 7 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Cuando las regalías son pagadas a una persona natural

La Ley del Impuesto a la Renta establece que, cuando una persona natural obtiene ganancias que provengan de la explotación o uso de determinada marca, diseño o nombre, y dicha persona no obtenga rentas empresariales, dichas ganancias califican como rentas de segunda categoría⁴.

Para tales efectos, la tasa efectiva del impuesto que deberá aplicarse al importe recibido por dicha persona natural será de 5%.

Este supuesto podría ser aplicable a casos en los cuales determinado negocio pretenda hacer uso de la imagen de un personaje notable o conocido.

Un ejemplo de ello podría ser el caso de una marca deportiva que decida utilizar la “imagen” de un futbolista domiciliado conocido. En el ejemplo propuesto, el importe que este cobre por permitir el uso de su imagen estará gravado con una tasa efectiva de 5% por concepto del impuesto a la renta.

Cuando las regalías son pagadas a personas jurídicas

La Ley del Impuesto a la Renta califica a las rentas obtenidas por personas jurídicas domiciliadas en el país como rentas de tercera categoría o rentas empresariales⁵.

Las regalías que se cobren por la cesión en uso de una marca de propiedad de una persona jurídica formarán parte de sus rentas empresariales.

Ahora bien, el impuesto a la renta que grava las rentas empresariales obtenidas por las empresas domiciliadas en Perú se determina aplicando sobre dichas rentas la tasa de 29.5%⁶.

Cabe mencionar que dicha tasa será aplicada sobre la renta neta imponible, esto es, el importe que resulte de la diferencia entre la suma total de los ingresos de la empresa que hubieran devengado en un determinado año y los gastos en los que haya incurrido para generar dichos ingresos.

2.2 Regalías pagadas a sujetos no domiciliados

Para efectos de comentar el tratamiento tributario aplicable a las regalías que se paguen a personas naturales o jurídicas no domiciliadas, debemos partir de las siguientes premisas:

Los sujetos no domiciliados (sean personas naturales o jurídicas) tributan en Perú por concepto de impuesto a la renta únicamente por sus “rentas de fuente peruana”⁷.

La Ley del Impuesto a la Renta ha determinado que, entre otros supuestos, constituyen “rentas de fuente peruana” las regalías pagadas por bienes o derechos

⁴ Artículo 24, inciso d) de la Ley del Impuesto a la Renta.

⁵ Artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta.

⁶ Artículo 55 de la Ley del Impuesto a la Renta.

⁷ Artículo 6 de la Ley del Impuesto a la Renta.

utilizados económicamente en el país o las regalías que son pagadas por un sujeto domiciliado en el país⁸.

Bajo esta figura se encuentran, en su mayoría, las franquicias de comida rápida. En efecto, en los últimos veinte años se ha visto un incremento en el interés de distintas empresas locales por explotar en el Perú prestigiosas marcas de comida rápida de origen extranjero.

Por ello, en la actualidad, es común observar negocios de restaurantes o *retails* de cadenas conocidas en el exterior que vienen siendo explotadas por empresas peruanas, como es el caso de Starbucks, Pizza Hut, Chili's, entre otras.

La contraprestación pagada por la explotación de dichas marcas en Perú califica como regalías para fines del impuesto a la renta. Asimismo, al ser pagadas por sujetos domiciliados, califican como rentas de fuente peruana y, por tanto, se encuentran gravadas con el impuesto a la renta en nuestro país.

En esa línea, tratándose de regalías pagadas a personas no domiciliadas, sean estas personas jurídicas o naturales, la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido una tasa única del 30%⁹.

En tal sentido, las personas jurídicas domiciliadas que paguen regalías a favor de personas jurídicas o naturales no domiciliadas deberán retener el 30% de dicho monto y pagarlo al fisco peruano de forma directa.

Como se puede observar, si bien el contribuyente es el no domiciliado (en la medida que es este quien percibe una renta de fuente peruana), la Ley del Impuesto a la Renta ha trasladado a los sujetos domiciliados que paguen regalías la obligación tributaria de retener el impuesto aplicable a los no domiciliados.

Es muy importante tener en consideración que, si el pagador de la renta incumple con su obligación de retener el impuesto aplicable a las personas no domiciliadas, aquel será sancionado por la Administración Tributaria con una multa ascendente al 50% del monto que debió retener, además de asumir el pago del referido impuesto como responsable solidario¹⁰.

3. Cesión definitiva de marcas

Como se comentó anteriormente, en muchos casos, las marcas forman parte de los bienes más valiosos de las empresas.

⁸ Artículo 9, inciso b) de la Ley del Impuesto a la Renta:

“En general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se considera rentas de fuente peruana:

...la renta es de fuente peruana cuando los bienes o derechos por los cuales se pagan las regalías se utilizan económicamente en el país o cuando las regalías son pagadas por un sujeto domiciliado en el país”.

⁹ Artículos 54 y 56 de la Ley del Impuesto a la Renta.

¹⁰ Artículo 177, inciso 13 del Código Tributario.

Así, hoy en día no resulta extraño que, en una negociación, las partes concentren sus esfuerzos por identificar la mejor estrategia posible para la transferencia de las marcas de un negocio. Incluso, se han llevado a cabo grandes operaciones en las que la mayor concentración sobre el precio e interés del negocio se coloca íntegramente en ese intangible, el cual no solamente consta de un buen nombre, sino también de un determinado posicionamiento en el mercado y una potencial cartera de clientes cautiva.

En el presente punto desarrollaremos los principales temas relacionados a la cesión definitiva de marcas realizadas por sujetos domiciliados y sus principales incidencias tributarias.

3.1 Cesión definitiva de marca efectuada por persona natural domiciliada

La Ley del Impuesto a la Renta establece que el referido impuesto grava, entre otros, las ganancias de capital¹¹, entendidas estas como cualquier ingreso que provenga de la venta de bienes que no están destinados a ser comercializados en el ámbito del giro de negocio o de empresa¹².

Siendo así, entre las operaciones que generan ganancias de capital se encuentra la transferencia definitiva de marcas.

Sin perjuicio de lo anterior, a partir de la interpretación del artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta, se puede concluir que no se encontrarán gravados con el referido impuesto aquellos ingresos que obtengan las personas naturales que no generan rentas empresariales por la cesión definitiva que realicen de sus marcas.

Cabe mencionar que la referida conclusión es también compartida por la propia Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat)¹³, esto según se puede apreciar del análisis realizado en el Informe N° 129-2007-SUNAT/2B0000.

3.2 Cesión definitiva de marca efectuada por persona jurídica domiciliada

La Ley del Impuesto a la Renta califica a las rentas obtenidas por las personas jurídicas domiciliadas en el país como rentas de tercera categoría o rentas empresariales.

Las regalías que se obtengan por la cesión definitiva de una marca de propiedad de una persona jurídica formarán parte de sus rentas empresariales.

Ahora bien, tal y como se indicó en el apartado anterior, a la renta neta imponible generada por empresas domiciliadas en Perú se le aplicará la tasa del 29.5%.

¹¹ Artículo 1 inciso b) de la Ley del Impuesto a la Renta.

¹² Artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta.

¹³ Informe N° 129-2007-SUNAT/2B0000. 12 de julio de 2007.

4. Tributación: diferencias de inventario por mermas y desmedros

Tanto en el sector *retail* como en toda la industria relacionada con la producción y venta de bienes, uno de los cuestionamientos tributarios más usuales es la diferencia de inventarios. Esta diferencia podría tener distintos orígenes; no obstante, lo más usual es que las diferencias se produzcan como parte del propio proceso productivo o de comercialización.

En lo que se refiere a temas impositivos, la Ley del Impuesto a la Renta ha establecido reglas propias para tratar estas diferencias, distinguiéndolas en dos grandes grupos: (i) mermas y (ii) desmedros.

En efecto, la Ley del Impuesto a la Renta establece que, a fin de determinar la renta neta de tercera categoría, se deducirá, entre otros conceptos, las mermas y desmedros de existencias debidamente acreditados¹⁴.

Es muy importante tener en consideración que, más allá de las definiciones coloquiales que uno podría intuir tanto para “mermas” como para “desmedros”, el reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece una definición específica para cada concepto, lo cual resulta fundamental, dado que dicha distinción determina el tratamiento tributario que corresponderá aplicar.

Es así que, para fines del impuesto a la renta, se entiende por merma a “la pérdida física, en el volumen, peso o cantidad de las existencias, ocasionada por causas inherentes a su naturaleza o al proceso productivo”¹⁵.

Sobre este punto, resulta importante señalar el criterio que establece el Tribunal Fiscal, mediante la Resolución N° 3582-4-2011, en la cual señala que la merma implica una pérdida física, ya sea en el volumen, peso o cantidad de las existencias, cuya causa puede deberse a la naturaleza dentro o fuera de un proceso productivo.

Un ejemplo muy usual de mermas en la industria de la moda se da en el sector textil, en el cual la materia prima que se adquiere no necesariamente se ve reflejada al 100% en producción efectiva. Así pues, en la práctica, una tonelada de tela no implica necesariamente una tonelada de material 100% utilizable, ya que ciertos eventos del propio proceso productivo (corte, lavado, entre otros) podrían generar pérdidas de materia prima. Es a esa pérdida física a la que se le denomina merma para efectos tributarios.

Por otro lado, también para efectos del impuesto a la renta, se entiende por desmedro a “la pérdida de orden cualitativo e irreparable de las existencias, haciéndolas inutilizables para los fines a los que estaban destinados”¹⁶.

Así, cabe resaltar lo mencionado por el Tribunal Fiscal mediante la Resolución N° 898-4-2008, en la que señala que, al definir la norma tributaria que el desmedro es

¹⁴ Artículo 37, inciso f) de la Ley del Impuesto a la Renta.

¹⁵ Artículo 21, inciso c), punto 1. del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

¹⁶ Artículo 21, inciso c), punto 2. del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta.

una pérdida cualitativa de existencia, se entiende que dicha pérdida puede producirse tanto en bienes que califiquen como materias primas, que se encuentren en proceso de producción o que constituyan bienes finales.

Como se puede apreciar, los desmedros están constituidos por bienes que aún tienen existencia física, pero que, por diversas razones, han perdido significado económico para la empresa, por lo que se requiere que se le dé de baja en el inventario.

Un típico caso de desmedro es que el que se da en el sector de consumo masivo, cuando los productos pierden su capacidad de ser comercializados, ya sea por haber superado la fecha de vencimiento, por fallas en los envases que pongan en riesgo su contenido, exceso de humedad, entre otros.

5. Tratamiento tributario de las mermas y los desmedros

Mermas

A fin de deducir las mermas como gasto, estas tienen que encontrarse debidamente sustentadas.

Para tal efecto, las normas del impuesto a la renta señalan que, cuando la Administración Tributaria lo solicite, el contribuyente deberá acreditar las mermas mediante un informe técnico emitido por un profesional independiente, competente y colegiado o por el organismo técnico competente. Dicho informe deberá contener, por lo menos, la metodología empleada y las pruebas realizadas¹⁷.

Nótese que, a fin de que las mermas puedan calificar como gasto deducible para fines del impuesto a la renta, el contribuyente debe tenerlas sustentadas con el correspondiente informe de mermas, el cual deberá contener los requisitos establecidos por la Ley del Impuesto a la Renta y su reglamento. En la medida que el referido informe debe ser presentado únicamente cuando es requerido por la Administración Tributaria ante una eventual fiscalización que esta entidad practique, es usual que muchas empresas no cuenten con el documento señalado o, lo que resulta peor, que incorporen las mermas, para fines tributarios, como parte del costo de producción y no como un gasto.

Sin perjuicio de que, si se analiza a nivel de resultado total, el efecto de ambos tratamientos (tratar las mermas como gasto o como costo) pudiera ser el mismo, desde el punto de vista tributario, el no tener un estudio de mermas y haberlas incorporado como parte del costo sin identificación alguna, podría generar que se cuestione el costo de los productos, lo que podría significar una acotación relevante que conlleve a una contingencia ante la Administración Tributaria.

¹⁷ Artículo 21 inciso c) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Desmedros

A fin de deducir los desmedros como gasto para fines de la determinación del impuesto a la renta empresarial, resulta necesario que se proceda a la destrucción de los mismos.

En efecto, las normas del impuesto a la renta establecen que la Administración Tributaria aceptará como prueba de la destrucción de existencias, las efectuadas ante el notario público o juez de paz, a falta de aquel, siempre que se comuniquen previamente a la Sunat en un plazo no menor a 6 días hábiles anteriores a la fecha en que se llevará a cabo la destrucción de los mencionados bienes. La norma agrega que dicha entidad podrá designar a un funcionario para presenciar tal acto¹⁸.

Como se puede apreciar, para fines tributarios, más allá de realizar una correcta calificación de los desmedros de acuerdo a la definición proporcionada por la norma, se deben cumplir los requisitos mencionados. Cabe resaltar que el incumplimiento de dichos requisitos acarrea la pérdida del derecho a deducir los desmedros como gasto.

Conclusiones

En el Perú, para cualquier campo vinculado al derecho a la moda y, en general, al sector empresarial, resulta relevante el tema tributario, el cual influye, en un alto grado, sobre las empresas y las decisiones que tomen sus respectivos titulares sobre las actividades de su giro de negocio e inversiones.

Dado que el derecho a la moda se encuentra íntimamente relacionado con la utilización de marcas, es importante el tratamiento tributario que la legislación tributaria peruana aplica a la cesión de uso de dicho intangible.

La cesión en uso de una marca conlleva a la generación de regalías, denominación que se le da al pago por dicha cesión, la cual se encuentra gravada con el impuesto a la renta a cargo del sujeto que las perciba, aplicando la tasa del impuesto que corresponda según la condición de dicho perceptor.

La cesión definitiva de una marca por una persona jurídica (empresa) implica la afectación de la renta obtenida por tal cesión con el impuesto a la renta empresarial. No habrá afectación del impuesto a la renta en la medida que la cesión definitiva de la marca se realice por una persona natural que no realiza actividad empresarial.

Un tema relevante en el proceso productivo o de comercialización de una empresa es el tratamiento tributario de las diferencias de inventario, específicamente de las “mermas” y los “desmedros”, los cuales requieren cumplir con determinadas condiciones y obligaciones formales para poder ser deducidos.

¹⁸ Artículo 21 inciso c) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Bibliografía

- Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo 133-2013.
- Informe N° 129-2007-SUNAT/2B0000
- Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo N°122-94-EF.
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 3582-4-2011.
- Resolución del Tribunal Fiscal N° 898-4-2008.
- Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el Decreto Supremo No.179-2004-EF

Negocios retail: ¿qué hacer cuando se importan mercancías y se encuentran bienes en exceso?

César Alva Falcón¹

Sumario: Introducción. 1. Normativa aduanera que regula el supuesto de mercancías arribadas en exceso. 2. Regulación actual. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo desarrolla un caso que es frecuente cuando las empresas realizan actividades de importación: el hallazgo de bienes no incluidos en la declaración, lo que implica que no hayan pagado derechos arancelarios y demás tributos. Lo que se busca con este artículo es dar a conocer los mecanismos legales existentes para solucionar este tipo de situaciones.

Palabras clave: mercancías en exceso, bienes no declarados, declaración Aduanera de Mercancías (DAM), derechos arancelarios, tributos de importación, canal rojo, canal naranja, canal verde.

¹ Socio del área de Comercio Exterior y Aduanas. Candidato a doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; master en Comercio Internacional por la Universidad de Alicante - España; con especialización en derecho aduanero y comercio internacional (título de oficial de aduanas) por la Escuela Nacional de Aduanas (hoy Sunat). Estudios en legislación federal y estatal de los Estados Unidos en la City University of New York – CUNY. Profesor de pre y posgrado en la Universidad ESAN, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Unmsm). Ha sido profesor en la Escuela de Empresarios de la Asociación de Exportadores (ADEX), en la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL) y en la Universidad del Pacífico (UP). Expositor y panelista en eventos universitarios, gremiales y empresariales. Autor de trabajos de investigación y artículos publicados en revistas jurídicas y gremiales. calva@munizlaw.com.

Introducción

Desde que el Perú abrió sus puertas al comercio exterior en la década de los años noventa, muchas empresas extranjeras y nacionales se han instalado y constituido en nuestro país para comercializar bienes que han sido producidos en otros países. No han sido la excepción las grandes tiendas por departamento, las boutiques de reconocidas marcas internacionales y el negocio de *retail* en general.

Teniendo entonces una creciente actividad importadora –con fines de comercialización en nuestro país- es natural que se generen una serie de problemas de carácter operativo, comunes en cualquier negocio, pero que son más frecuentes en el *retail*. Podemos mencionar al destinatario de la carga (que para estos efectos lo llamaremos también importador) que recibe mercancías, como, por ejemplo, prendas de vestir o calzado, que no ha solicitado; es decir, recibe bienes en exceso. Esta situación se genera con frecuencia por equivocación de los proveedores extranjeros; pero también, suele pasar, por alguna generosidad de estos al querer dar obsequios a sus compradores situados en otros países por su buen comportamiento comercial, sin que ello sea comunicado previamente. Esta situación en nuestro país tiene consecuencias frente a la administración aduanera peruana (que para estos efectos también la denominaremos la Sunat), pues tendríamos cierta mercancía que al no haber sido incluida en una declaración de importación no habría pagado los respectivos tributos a su ingreso. Este artículo lo que busca es, justamente, explicar los posibles mecanismos legales que se establecen en la normativa aduanera con el fin de subsanar este tipo de situaciones.

1. Normativa aduanera que regula el supuesto de mercancías arribadas en exceso

Antecedentes

Antes de analizar este caso es conveniente señalar previamente que el régimen para importar mercancías en nuestro país es el régimen de importación para el consumo, el cual es regulado por la propia Sunat a través del procedimiento INTA-PG.01. Dicho procedimiento señala que una vez pagada o garantizada la deuda tributaria aduanera se puede visualizar en la página web de Sunat, mediante aviso electrónico, el tipo de canal de control asignado a la Declaración Aduanera de Mercancías (DAM) de importación. Los canales de control, en resumidas cuentas, se dividen en tres: verde, naranja y rojo. El canal verde significa que las mercancías no requerirán de revisión documentaria ni reconocimiento físico, por ende, son de libre disponibilidad para el importador. En el caso del canal naranja, las mercancías son sometidas únicamente a una revisión documentaria por parte de los funcionarios de la Sunat. Por último, la señalización del canal rojo implica que la mercancía estará sujeta a revisión documentaria y reconocimiento físico.

Expuesto lo anterior, es importante tener en cuenta el alcance de los canales de control que establece la Sunat al importar, pues el caso que es materia de análisis (exceso de mercancías que no han sido declaradas) tendrá una solución legal en función a dicha selección.

Pasemos entonces a analizar el artículo 145° de la Ley General de Aduanas (en adelante LGA), aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1053, que establecía (dado que más adelante el segundo párrafo fue modificado) expresamente lo siguiente:

"Artículo 145°".- Mercancía declarada y encontrada

Los derechos arancelarios y demás impuestos se aplican respecto de la mercancía consignada en la declaración aduanera y, en caso de reconocimiento físico, sobre la mercancía encontrada, siempre que esta sea menor a la declarada.

En caso de que la mercancía encontrada por el dueño o consignatario con posterioridad al levante fuese mayor a la consignada en la declaración aduanera, a opción del importador, esta podrá ser declarada sin ser sujeta a sanción y con el solo pago de la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan, o podrá ser reembarcada. La destinación al régimen de reembarque solo procederá dentro del plazo de treinta (30) días computados a partir de la fecha del retiro de la mercancía.

Si la Autoridad Aduanera durante el reconocimiento físico encontrara mercancía no declarada, esta caerá en comiso o a opción del importador, podrá ser reembarcada previo pago de una multa y siempre que el reembarque se realice dentro del plazo de treinta (30) días computados a partir de la fecha del reconocimiento físico de la mercancía. De no culminarse el reembarque, la mercancía caerá en comiso."

Como se advierte, el artículo 145° señala en su primer párrafo –el cual no ha sido modificado a la fecha de elaboración del presente artículo- una regla fundamental en materia del pago de tributos de importación: la cancelación de los derechos arancelarios y demás impuestos se hace por aquellos bienes que se declaran; es decir, por aquellos que el importador indica expresamente en la DAM que está ingresando a nuestro país. Ahora bien, este párrafo hace una precisión al indicar que solo en los casos de reconocimiento físico (canal rojo), es decir, en aquellos casos en que la Sunat revise los bienes que están siendo importados, la regla es que los tributos de importación se paguen por aquella mercancía "encontrada" y, además, siempre y cuando sea en un número menor (por ejemplo, se declararon 1,000 unidades, pero llegaron solo 800).

Ahora bien, vayamos al segundo párrafo del referido artículo que es donde específicamente se regula el caso de aquellas mercancías que llegan en exceso y que, lógicamente, no han sido declaradas. Al respecto, lo que disponía este párrafo

—que más adelante explicaremos cómo fue modificado— es que, en primer lugar, su alcance solo era aplicable para aquellos bienes que habían obtenido el levante respectivo; es decir, luego que la Sunat haya establecido que el importador había cumplido con todas las formalidades para importar, lo que podía haber ocurrido en un canal de control verde y naranja (no así para un canal de control rojo, pues dicha opción se regula en el tercer párrafo de acuerdo a lo que pasaremos a explicar). Por lo tanto, el hecho de tener el levante implicaba tener la libre disposición de los bienes. En segundo lugar, este supuesto señalaba que solo era aplicable para aquellas mercancías arribadas en un número mayor (no para bienes distintos); y, por último, que, ante tal situación de hallazgo, el importador estaba en la posibilidad de elegir: o bien pagar tributos adicionales o bien pedir el reembarque. Es decir, la salida de los bienes arribados en exceso, con la condición que dicha salida se dé dentro de los 30 días calendario de haberse efectuado el reconocimiento físico.

El tercer párrafo mencionaba, por último, aquella situación en la cual la Sunat, vía un reconocimiento físico de uno de sus funcionarios (es decir, en estricta aplicación de un canal rojo), encontraba mercancía no declarada, situación en la cual se podían generar dos posibles opciones: o los bienes caían en comiso; es decir, que su propiedad pasaba a favor del Estado o, a elección del importador, se reembarcaban al exterior previo pago de una multa y siempre que se haga en el lapso no mayor de 30 días calendario contados desde el reconocimiento físico.

Como conclusión, tenemos entonces que el artículo 145° de la LGA (antes de su modificación) establecía claramente en su segundo y tercer párrafo cuál era el mecanismo a seguir en caso de que un importador recibiera mercancía en exceso. Así tenemos:

- Canal de control verde y naranja. Se tenía la posibilidad de:
 - a. Pagar los tributos adicionales; o
 - b. pedir el reembarque respectivo de los bienes.
- Canal de control rojo. Se tenía la posibilidad de:
 - a. Que se aplique el comiso; o
 - b. pedir el reembarque los bienes con la aplicación de una multa.

Por su parte, el artículo 199° del reglamento de la Ley General de Aduanas (RLGA), aprobado por D.S. N° 010-2009-EF, también antes de su modificación, regulaba este supuesto en el mismo sentido. Así tenemos:

"Artículo 199.- Rectificación con posterioridad al levante

Conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley, el dueño o consignatario podrá solicitar la rectificación de la declaración aduanera dentro de los tres (03) meses transcurridos desde la fecha del otorgamiento del levante en caso encontrara mercancía en mayor cantidad

a la consignada en la declaración de mercancías. La Autoridad Aduanera aceptará la rectificación de la declaración previa presentación de la documentación sustentatoria y del pago de la deuda tributaria aduanera y recargos que correspondan." (el subrayado es nuestro)

Nótese, en primer lugar, que esta disposición señalaba la opción de la regularización de la mercancía arribada en exceso vía el pago de los tributos (canal verde o naranja) como lo establecía la LGA, pero un punto importante es que precisaba que solo se contaba con tres meses desde el levante para ello.

En segundo lugar, esta disposición, al igual que la establecida en la LGA, señalaba el término “mayor cantidad” sin distinguir ni precisar su alcance. Es decir, sin establecer si los bienes arribados en exceso podían, por ejemplo, comprender tanto a las mercancías del mismo tipo que las declaradas como aquellas distintas.

Ante la duda planteada por muchos importadores en el sentido de saber si en el término “mercancía arribada en exceso” se podía considerar a los bienes idénticos en exceso, así como a los diferentes, la Sunat lo que hizo fue emitir, con fecha 15 de junio del 2010, el Informe N° 061-2010-SUNAT/2B4000, donde precisó los alcances de este supuesto, señalando que se encontrarían comprendidos tanto los casos referidos a mayor cantidad de las “mismas mercancías” que se encontraran declaradas, como aquellas referidas a mayor cantidad de “mercancías distintas” a las declaradas. Al respecto, cabe señalar que la Sunat también precisó que ambos supuestos serían considerados como situaciones de mercancías no declaradas pero exentos de sanción, por ende no se encontrarían dentro del supuesto de infracción sancionable regulado en el inciso c) numeral 10) del artículo 192° de la Ley General de Aduanas que establece una penalidad (multa) en caso exista mercancía no consignada en la declaración aduanera de mercancías, “salvo lo señalado en el segundo párrafo del artículo 145° de la Ley General de Aduanas”.

Como se puede apreciar entonces, la interpretación de la Sunat respecto al segundo párrafo del artículo 145° de la LGA fue amplia al señalar que el término “mercancía en exceso” comprendía tanto a la “idéntica en exceso” como a la “distinta en exceso” a la declarada (por ejemplo, si se consignaba en la declaración 1000 prendas de vestir y adicionalmente arribaban 200 unidades sea de las mismas prendas o inclusive de otro tipo de bien, entonces este exceso de 200 podría ser regularizado según la regla mencionada). Sin embargo, lamentablemente, dicha posición no fue compartida por el Tribunal Fiscal quien estableció en una serie de precedentes, como por ejemplo la resolución (RTF) N° 13136-A-2011, que solo debía entenderse como mercancía en exceso aquella “idéntica” a la consignada en la DAM de importación (dejando de lado el supuesto de bienes en exceso distintos). Así, léase el segundo considerando de la página 2 de la mencionada RTF:

“Que, tal contexto normativo permite concluir que, de conformidad con la *retio legis* de las disposiciones citadas, el derecho de los dueños o consignatarios de someter las mercancías encontradas al régimen de importación para el consumo o al régimen de reembarque presupone que

dichas mercancías califiquen como adicionales en cuanto a la cantidad de las mercancías consignadas en la declaración aduanera, por lo que no corresponde acogerse a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 145° a aquellas mercancías distintas a las consignadas en la referida declaración." (el subrayado es nuestro)

Lo anterior trajo como consecuencia que tenga que modificarse este artículo de la LGA en los términos que a continuación explicaremos.

2. Regulación actual

El 20 de junio del año 2012 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1109, mediante el cual se dispuso la modificación de la LGA en una serie de artículos, entre los que se encontraba el 145°:

Artículo 145°.- Mercancía declarada y encontrada

Los derechos arancelarios y demás impuestos se aplican respecto de la mercancía consignada en la declaración aduanera y, en caso de reconocimiento físico, sobre la mercancía encontrada, siempre que esta sea menor a la declarada.

En caso de que la mercancía encontrada por el dueño o consignatario con posterioridad al levante fuese mayor o distinta a la consignada en la declaración aduanera, a opción del importador, esta podrá ser declarada sin ser sujeta a sanción y con el solo pago de la deuda tributaria aduanera y los recargos que correspondan, o podrá ser reembarcada. La destinación al régimen de reembarque solo procederá dentro del plazo de treinta (30) días computados a partir de la fecha del retiro de la mercancía.

Si la Autoridad Aduanera durante el reconocimiento físico encontrara mercancía no declarada, esta caerá en comiso o a opción del importador, podrá ser reembarcada previo pago de una multa y siempre que el reembarque se realice dentro del plazo de treinta (30) días computados a partir de la fecha del reconocimiento físico de la mercancía. De no culminarse el reembarque, la mercancía caerá en comiso." (el subrayado es nuestro)

Como se puede advertir del nuevo texto del artículo 145° de la LGA, tanto el primer como el tercer párrafo quedaron tal cual fue su redacción inicial; es decir, no hubo ninguna modificación sobre el particular. En cambio, el segundo párrafo sí tuvo el agregado resaltado, que fue incluir la palabra "distinta". Ello significa que ahora la LGA permite que en estos casos en los que se detecta mercancía no declarada en canal verde y naranja pueda entenderse que su regularización incluye a los bienes en exceso "mayor" a los declarados o "distintos" a los declarados.

En este mismo sentido, el texto del artículo 199° del reglamento de la LGA fue

modificado por medio del Decreto Supremo N° 245-2013-EF, que fue publicado el 1 de octubre del 2013, precisando también que los bienes a regularizar podían ser considerados como mayor en cantidad de la "misma" mercancía o de aquella "distinta" a la consignada en la declaración de importación, tal como se puede apreciar:

Artículo 199.- Rectificación con posterioridad al levante

Conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley, el dueño o consignatario podrá solicitar la rectificación de la declaración aduanera dentro de los tres (03) meses transcurridos desde la fecha del otorgamiento del levante en caso encontrará mercancía en mayor cantidad o distinta a la consignada en la declaración de mercancías. La Autoridad Aduanera aceptará la rectificación de la declaración previa presentación de la documentación sustentatoria y del pago de la deuda tributaria aduanera y recargos que correspondan." (el subrayado es nuestro)

Tenemos entonces, a tenor de las modificaciones normativas mencionadas, tanto en la LGA como en el reglamento, que los supuestos de solución que establece la actualidad la legislación aduanera, en los casos de mercancías arribadas en exceso y que no fueron incluidas en la DAM de importación son los siguientes:

- La regularización estará en función al canal de control asignado por la Sunat.
- En caso los bienes importados hayan sido seleccionados a canal verde o naranja, en donde los funcionarios de Sunat no revisaron la mercancía arribada a nuestro país, entonces, la opción de nacionalizar o de reembarcar comprende a mercancías en exceso "idénticas" o "distintas" a las declaradas (por ejemplo, se declararon 500 pares de zapatos y llegaron 700 unidades. Estas 200 unidades adicionales podrían ser zapatos o inclusive camisetas).
- En caso los bienes importados hayan sido seleccionados a canal rojo las opciones de reembarque (con multa) y comiso son las únicas previstas, no existiendo la posibilidad de nacionalizar pagando los tributos. Creemos pertinente llamar la atención en este punto, pues consideramos que dicha imposibilidad no es conveniente ni para el fisco ni para los importadores, no existiendo una justificación concreta para su impedimento. Sugerimos evaluar un cambio normativo sobre el particular.

Finalmente, conviene hacer una precisión sobre lo que hasta este momento hemos expuesto. Es el caso de aquellos bienes que se consignaron en la DAM (por ejemplo, pantalones) y, sin embargo, al revisarse físicamente se aprecia que son completamente diferentes (por ejemplo, camisas). Al respecto, la Administración Aduanera ha manifestado en el Informe N° 109-2014-SUNAT/5D1000 que la razón de ser del artículo 145° de la LGA está únicamente establecida para la regularización, vía pagos adicionales, por ejemplo, de mercancías excedente a lo declarado y no para supuestos referidos de "no declaración" como el caso mencionado.

Conclusiones

Es muy importante que todo tipo de empresa, entre las que están las de *retail*, sepa que está obligada a regularizar aquellos excedentes de mercancías no declaradas que lleguen con su carga cuando han tramitado una importación. La solución legal está prevista en el artículo 145° de la LGA, así como en el artículo 199° del reglamento, y estará en función al canal de control a la cual hayan sido seleccionados los bienes, tal como lo hemos anteriormente explicado.

Ahora bien, conviene llamar la atención en el sentido que el no advertir la forma de regularización que hemos referido, y ante una eventual detección por parte de la Sunat de estos hechos, podría generar consecuencias de carácter administrativa, como la posible imposición de la sanción de comiso sobre los bienes que se encuentren en esa situación. Pero, además, y es lo más grave, la Sunat podría interpretar, dependiendo de las circunstancias, que se ha cometido el delito de contrabando que está regulado en la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 28008), lo que sin duda agravaría la situación de cualquier importador. Por estas razones es que reiteramos nuestra sugerencia de regularizar este tipo de casos que se presenten, dado que nuestra legislación aduanera en la actualidad lo ha previsto.

Bibliografía

- Cosio Jara, Fernando. 2014. Tratado de Derecho Aduanero. Lima: Jurista Editores SRL.
- Reaño Azpilcueta, Rafael. 2010. Tributación Aduanera. Lima: Palestra Editores.
- Rosas Buendía, Ricardo. 2008. “Nueva Ley General de Aduanas: la obligación tributaria aduanera”. Revista Peruana de Derecho Tributario de la Universidad de San Martín de Porres. Lima, Año 2, número 10.

Conclusiones generales

Susy Inés Bello Knoll¹ y Pamela Echeverría²

Ha sido muy grato para nosotros que el Estudio Muñoz nos invitara a leer el trabajo concluido por varios profesionales de su equipo. Todos los colegas desde sus diversas especializaciones han aportado a estas páginas una visión particular sobre un tema que ya hace mucho tiempo nos viene ocupando.

Muchos de los autores de esta obra coinciden en que el derecho de la moda comienza a transitar sus primeros pasos en la pasarela de las ciencias jurídicas. Precisamente por ello Yuri Vega Mere, quien desarrolla las opciones inmobiliarias, nos recuerda que aún queda mucho por hacer para identificar los principios y las reglas aplicables a una industria que se caracteriza por su dinamismo y su evolución constante como lo muestra Annalucia Fasson Llosa en su descripción de los movimientos que generan los distintos actores.

La segunda coincidencia que se advierte es que la propiedad intelectual resulta de vital importancia para el sector, y siendo la moda una industria creativa, encuentra en esa rama su principal socio estratégico para su desarrollo, crecimiento y expansión. Así Marta Fernández Pepper y Juliana del Aguila Iñapi analizan el derecho de la moda en primer lugar y a continuación tratan la propiedad industrial, el derecho de autor y los nombres de dominio. Los temas de propiedad intelectual son tratados en forma específica con relación a las cuestiones tributarias por Luis García Romero y por Maritza Reátegui Valdiviezo en orden a la “regulación de la belleza”. Sin duda, también Pierino Stucchi López Raygada al tratar los actos de engaño y confusión en materia publicitaria en el mercado, roza los bienes intangibles.

Podemos advertir que como todo ser vivo, una empresa de moda nace para crecer y desarrollarse. Así, resulta necesario que encuentre un lugar y de allí la necesidad del estudio de las distintas posibilidades de *real state* que ya hemos adelantado aquí se visualizan. Se deben sumar manos al trabajo de expansión, que puede resultar permanente o temporaria, como marca César Puntriano Rosas en el análisis de la contratación laboral. Pero no basta energía humana sino capital y para ello Mercedes Fernández Moscol se atreve a diseñar modos de financiamiento.

¹ Susy Inés Bello Knoll, Abogada y Contadora Pública por la Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho Empresario por la Universidad Austral y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Premio Extraordinario de Doctorado 2011-2012.

² Pamela Echeverría, Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Agente de la Propiedad Industrial, y Maestranda en Propiedad Intelectual de la Universidad Austral. Dirige el blog www.derechodelamoda.com.ar desde 2012.

Cada contribución profesional en esta creación ha tenido un sesgo práctico que la hace útil tanto al abogado que realiza la lectura como al empresario, que conoce las dificultades operativas y busca un camino de interpretación para solución de los problemas que le puedan surgir. Un claro ejemplo es el estudio del caso de exceso de mercadería en las importaciones que trata César Alva Falcón.

El Estudio Muñoz ha sido pionero del servicio jurídico integral a las organizaciones del sector de la moda. Esa experiencia permite que quienes han desarrollado aquí los temas de su incumbencia estén convencidos del trabajo multidisciplinario que es necesario para prestar un asesoramiento de excelencia.

Esta es solo una muestra de la tarea colaborativa que se puede realizar con el compromiso de calidad del especialista de dar lo mejor de sí para sumar a la totalidad. Solo de ese modo la ciencia jurídica será capaz de construir cimientos vigorosos para un área del derecho que se viene desarrollando con solidez.



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELENDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

Las Begonias 475, sexto piso, San Isidro,
Lima 27 – Perú
Tel. (51-1) 611-7000

www.munizlaw.com



@Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Derechos reservados.