

**Comentarios acerca de la evaluación de Michael Kende
de los informes preliminares sobre competencia y precios**

**Dennis Carlton
5 de junio de 2009**

I INTRODUCCIÓN

A. TAREA

1. ICANN me solicitó una opinión sobre el informe presentado el 17 de abril de 2009 por Michael Kende, cuyo título es “Evaluación de los informes preliminares de ICANN sobre competencia y precios”, elaborado en nombre de AT&T. El informe de Kende realiza observaciones sobre mis documentos de marzo de 2009, que evalúan: (i) el probable impacto en el bienestar del consumidor del marco propuesto por ICANN para la autorización de nuevos gTLD;¹ y (ii) la función apropiada de los precios máximos para los servicios provistos por los nuevos gTLD.²

2. En el Informe sobre el bienestar del consumidor, llegué a la conclusión de que, a pesar de que la evaluación de la propuesta de ICANN requiere la consideración de costos y beneficios, “...aunque los nuevos gTLD no compitan con .com y otros TLD importantes para los registrantes existentes, es probable que los consumidores puedan aprovechar considerables beneficios a partir de los nuevos gTLD debido a la creciente competencia para nuevos registrantes y una mayor innovación que será fomentada por el ingreso”.³ En el Informe sobre precios máximos, llegué a la conclusión de que, al no

-
1. Informe preliminar de Dennis Carlton sobre el impacto de los nuevos gTLD en el bienestar del consumidor (marzo de 2009), en lo sucesivo “Informe sobre el bienestar del consumidor”.
 2. Análisis preliminar de Dennis Carlton sobre precios máximos para los registros de Internet de nuevos gTLD (marzo de 2009), en lo sucesivo “Informe sobre precios máximos”.
 3. Informe sobre bienestar del consumidor, p. 1.

haber problemas de propiedad intelectual, “...no es necesario establecer precios máximos o un techo para los precios que cobran los operadores de nuevos gTLD para asegurar las posibles ventajas competitivas de los nuevos gTLD” y que “imponer precios máximos en los registros para los nuevos TLD podría inhibir la aceptación del mercado de los nuevos gTLD al limitar la flexibilidad de precios de los nuevos participantes...”⁴

3. En respuesta a mis informes, el Dr. Kende sostiene que “no existe ninguna evidencia del tipo de competencia beneficiosa que el Profesor Carlton afirma que introducirá el propuesto marco de gTLD”.⁵ Además alega que “[e]l estudio económico que la Junta directiva encargó al personal para realizarse en 2006 [...] señalaba el camino hacia un enfoque apropiado y bien informado de parte de ICANN, que aportaría las respuestas a las preguntas planteadas por el Profesor Carlton en sus dos estudios preliminares”.⁶

4. El Dr. Kende concluye que los nuevos gTLD impondrían costos a los titulares de marcas comerciales al exigir “registros defensivos” y que mis informes anteriores “...no analizaron el estado actual y la satisfacción de los titulares de marcas comerciales con las salvaguardas vigentes...”⁷ También llega a la conclusión de que los precios máximos para los nuevos gTLD serían apropiados debido a “...la posibilidad de que los registros pudieran [fijar precios] destinados a los clientes que se registran en forma defensiva, quienes pueden ser menos susceptibles a los precios”.⁸ Por último, asegura que la falta de precios máximos para los nuevos gTLD podría producir la eliminación de los precios máximos para los registros existentes.⁹

4. Informe sobre precios máximos, p. 1.

5. Kende, p. 11.

6. Kende, p. 19.

7. Kende, p. 11.

8. Kende, p. 19.

9. Kende, p. 13.

B. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

5. Mis conclusiones principales, que se explican con mayor detalle en las siguientes secciones de este informe, son las que presento a continuación:

- No existe ningún fundamento que avale la afirmación del Dr. Kende de que el estudio autorizado por la Junta directiva de ICANN en 2006, que propuso analizar el alcance del mercado para los servicios de registros, es necesario para evaluar si los consumidores se beneficiarían con el marco propuesto por ICANN para incorporar nuevos gTLD. Aunque *.com* (o, en realidad, cualquier otro TLD) ejerce el poder de mercado en este momento, los nuevos gTLD podrían incrementar el bienestar del consumidor al crear productos nuevos y fomentar la innovación, además de promover la futura competencia con *.com* y otros TLD. Es decir, el ingreso de un gTLD nuevo puede ser conveniente aunque no socave el poder de mercado que tiene *.com*.
- Aunque se deben considerar las preocupaciones sobre la confusión del consumidor y los registros defensivos, el Dr. Kende no fundamenta su conclusión de que restringir el ingreso de nuevos gTLD es la mejor solución para reducir estos costos. Existen mecanismos alternativos, e ICANN está analizando otros activamente, para proteger a los titulares de marcas comerciales a la vez que preservan las ventajas procompetitivas del ingreso.
- El Dr. Kende exagera los costos asociados a la propuesta de ICANN sobre los gTLD. Denomina “registros defensivos” a aquéllos que dirigen el tráfico a otros sitios, pero esta definición no hace ninguna distinción entre

los registros productivos que atraen y mantienen el tráfico, así como aquéllos encargados solamente de proteger las marcas comerciales.

- Finalmente, según mi entender, no existe ningún fundamento para la afirmación del Dr. Kende de que la falta de precios máximos para los nuevos gTLD exigirán la eliminación de precios máximos para los TLD existentes.

II. EL DR. KENDE LLEGA A LA DESACERTADA CONCLUSIÓN DE QUE EL ESTUDIO DE 2006 AUTORIZADO POR ICANN ES NECESARIO PARA COMPRENDER LOS POSIBLES BENEFICIOS DE LOS NUEVOS gTLD.

6. El Dr. Kende asevera que dos cuestiones esenciales para estudiar los posibles beneficios de los nuevos gTLD son “si existe poder de mercado en el mercado de registro de dominios y si hay alguna evidencia de que dicho ingreso sería suficiente para contrarrestar tal poder de mercado”.¹⁰ Afirma que los resultados del estudio solicitado por la Junta directiva de ICANN en 2006 “determinarían el grado de competencia para los gTLD existentes y la manera de identificar dónde la expansión produciría beneficios económicos en la forma elegida para los usuarios de Internet que estén interesados en registrar un nuevo nombre de dominio básico”.¹¹ Además, argumenta que “dicho estudio necesariamente habría influido en las conclusiones del Profesor Carlton”.¹²

7. Los comentarios del Dr. Kende son incorrectos y no reconocen apropiadamente la función del ingreso en la promoción del bienestar del consumidor en presencia del poder de mercado. Tal como enfatice anteriormente, los productos y

10. Kende, p. 3.

11. El informe de 2006 autorizado por ICANN fue pensado para encontrar respuestas a si el mercado de registro de dominios es un solo mercado o si cada TLD funciona como un mercado independiente.

12. Kende, p. 2.

servicios nuevos son los principales generadores de mejoras en el bienestar del consumidor y las restricciones en el ingreso impedirán la innovación.¹³

8. Aunque los nuevos gTLD autorizados conforme a la propuesta de ICANN no compitieran con .com para los registrantes *existentes* y no generaran la reducción de la tarifa para el registro de .com por debajo del nivel de precios máximos, aun así sería probable que el ingreso beneficiara a los consumidores al incrementar las posibilidades de la incorporación exitosa de servicios de registro nuevos e innovadores que produzcan beneficios para los consumidores. Además, sería de esperar que los nuevos gTLD exitosos propicien la mejora en la calidad del servicio que proveen los registros existentes y que aceleren la incorporación de nuevos servicios para seguir atrayendo a otros registrantes.

9. Como lo indica este análisis, determinar el alcance del mercado para los servicios de registro y el grado de competencia entre los TLD, como propuso ICANN en 2006, no es fundamental para la evaluación de los posibles beneficios del ingreso de nuevos gTLD.

III. LAS RESTRICCIONES EN EL INGRESO SON UN MECANISMO INEFICIENTE PARA PREVENIR EL USO INDEBIDO DE LAS MARCAS COMERCIALES

10. El Dr. Kende sostiene que la cantidad abrumadora de nombres de dominio refleja los “registros defensivos” que no hacen más que dirigir el tráfico de vuelta al sitio de un “registro base”. El Dr. Kende afirma que “[é]stos se registran para evitar que sean registrados por usuarios no autorizados de marcas comerciales en dominios de Internet o se recuperan de los usuarios no autorizados de marcas comerciales en dominios de

13. Consulte el “Informe preliminar de Dennis Carlton sobre el impacto de los nuevos gTLD en el bienestar del consumidor”, págs. 18 y 19, para acceder al análisis de la bibliografía económica sobre la importancia de la innovación de productos y el progreso tecnológico.

Internet que los registraron primero”.¹⁴ Argumenta que es probable que los gTLD impongan costos considerables a los consumidores por exigir nuevos registros defensivos que no tienen ningún otro fin productivo que el de evitar el abuso de las marcas comerciales.

11. Esta sección indica que (i) es improbable que las restricciones en el ingreso de nuevos gTLD sean un mecanismo eficaz para disminuir las preocupaciones sobre el uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet y los registros defensivos; y (ii) el Dr. Kende sugiere incorrectamente que muchos nombres de dominio que simplemente redirigen el tráfico a otro sitio no son productivos y no tienen ningún otro fin que el de prevenir el uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet. En tal sentido, el Dr. Kende parece exagerar las ineficiencias impuestas a los titulares de marcas comerciales que probablemente serían consecuencia de la incorporación de nuevos gTLD.

A. ES PROBABLE QUE LAS RESTRICCIONES EN EL INGRESO SEAN UN MECANISMO INEFICAZ PARA PROTEGER LAS MARCAS COMERCIALES.

12. El Dr. Kende afirma que mi Informe sobre el bienestar del consumidor no explica correctamente los costos que los nuevos gTLD impondrían a los titulares de marcas comerciales mediante registros defensivos y que las restricciones en el ingreso de nuevos gTLD benefician a los consumidores al limitar la necesidad de registros defensivos.¹⁵ Aunque las preocupaciones de los titulares de marcas comerciales acerca del posible impacto de los nuevos gTLD sobre la necesidad de registros defensivos merecen atención y aunque la protección de las marcas comerciales y la propiedad intelectual puede fomentar el bienestar del consumidor, la eficacia económica requiere que se resuelvan las inquietudes de los titulares de marcas comerciales a un costo mínimo

14. Kende, p. 7.

15. Kende, p. 8.

dentro de lo posible. El Dr. Kende no ofrece ningún fundamento al sugerir que restringir el ingreso es la manera más eficaz de proteger a los titulares de marcas comerciales. Si aplicamos su ejemplo a otros mercados podríamos comentar que el hecho de que los accidentes automovilísticos imponen costos no implica que deban prohibirse los automóviles.

13. Como expuse en mi informe anterior, actualmente existen mecanismos para proteger el uso de marcas comerciales en nombres de dominio. Por ejemplo, ICANN mantiene la Política Uniforme de Resolución de Disputas por Nombres de Dominio (UDRP) a fin de, entre otros motivos, resolver quejas tales como que cierto registrante es propietario de un nombre de dominio que infringe una marca comercial existente. A pesar de que una gran cantidad de disputas habitualmente se resuelven a través de estos procedimientos, el Dr. Kende hace referencia a la insatisfacción de los titulares de marcas comerciales con estas normas.¹⁶

14. Las restricciones en el ingreso constituyen un enfoque extremo para resolver problemas relacionados con las marcas comerciales. Existen enfoques alternativos, como modificar el mecanismo existente de resolución de disputas, que también pueden lograr estos objetivos a la vez que preservan los beneficios para los consumidores del ingreso. Como se menciona en mi Informe de bienestar del consumidor, por ejemplo, la implementación de normas según las cuales el “usuario paga” en las disputas de nombres de dominio u otras modificaciones en los mecanismos de resolución de disputas ayudaría a impedir las infracciones a marcas comerciales e impugnaciones sin fundamento a las violaciones en contra de marcas comerciales.¹⁷

16. Kende, p. 10.

17. Informe sobre el bienestar del consumidor, p. 21. Una forma más extrema de la regla “el perdedor paga” implicaría el pago una multa por parte del perdedor.

15. Además, ICANN ha instituido un proceso para dar respuesta a las preocupaciones de los titulares de marcas comerciales y mejorar los mecanismos a fin de proteger la propiedad de los titulares de marcas comerciales y evitar su uso no autorizado en los nombres de dominio. En marzo de 2009, ICANN formó el Equipo de recomendaciones para la implementación” (“IRT”) cuyo propósito es considerar y recomendar propuestas que ayuden a proteger los derechos legales de los propietarios de marcas comerciales que se centran en, pero no se limitan a, cuestiones que surgen a partir de la incorporación de nuevos gTLD.¹⁸

16. Recientemente, el IRT ha emitido un informe que propone mecanismos nuevos para proteger a los titulares de marcas comerciales. Estos incluyen: crear un centro coordinador de información centralizado sobre la propiedad intelectual que brinde asistencia a los registros de nuevos gTLD, instituir un mecanismo para bloquear el registro de nombres de dominio con ciertas marcas comerciales protegidas internacionalmente (aquéllas incluidas en la Lista de marcas protegidas globalmente) en el espacio de dominios de primer y segundo nivel; y crear un lugar para procesos ágiles para la infracción y el abuso flagrantes contra marcas comerciales. Estas recomendaciones están sometidas a revisión. Antes de recurrir a la solución draconiana de restringir el ingreso, se deben considerar los mecanismos alternativos propuestos y existentes para abordar las preocupaciones sobre las marcas comerciales relacionadas con gTLD.

B. EL DR. KENDE SUGIERE INCORRECTAMENTE QUE TODOS LOS REGISTROS “DEFENSIVOS” NO TIENEN NINGÚN FIN PRODUCTIVO.

18. Informe del IRT (<http://www.icann.org/en/announcements/announcement-4-29may09-en.htm>)

17. Como se mencionó anteriormente, el Dr. Kende denomina “registros defensivos” a aquéllos que “redirigen el tráfico de vuelta al registro base”. Sostiene que los registros defensivos no cumplen ninguna otra función que no sea la de “evitar que sean registrados por usuarios no autorizados de marcas comerciales en dominios de Internet”.¹⁹ Sin embargo, el Dr. Kende no reconoce que muchos dominios que “redirigen el tráfico de vuelta al registro base” se utilizan para fines totalmente ajenos a los problemas de uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet y reflejan los intentos de los registrantes de atraer el tráfico y estructurar el alojamiento de contenidos de Internet en forma eficaz.

18. Según el Dr. Kende, más del 97% de los registros de cinco firmas representativas que analizó cumplen con su definición de registros “defensivos”. No obstante, el Dr. Kende no presentó el cuestionario ni los datos que constituyen la base de su análisis. Por lo tanto, no puedo determinar si quienes respondieron a la encuesta de MarkMonitor consideran que todos los registros que simplemente redirigen el tráfico a otros dominios son gastos no productivos destinados a prevenir el uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet o si ésta es una interpretación del Dr. Kende.

19. En realidad, muchos registros que dirigen el tráfico a otros sitios son complementarios de los registros “base” y ayudan a atraer el tráfico a un sitio web “base”, y no se encargan simplemente de evitar el uso no autorizado de marcas

19. Kende, p. 7. El Dr. Kende define los registros defensivos con más detalle de la siguiente manera: “*Registro defensivo*: estos registros no son únicos, en el sentido de que no resuelven, o redirigen el tráfico de vuelta a un registro base, o no tienen un contenido exclusivo, por ejemplo, los registros que contienen errores tipográficos de un nombre de marca comercial. Éstos se registran para evitar que lo haga un usuario no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet o se recuperan de usuarios no autorizados de marcas comerciales en dominios de Internet que los registraron primero”.

comerciales en dominios de Internet. Por ejemplo, los siguientes tipos de registros que dirigen el tráfico a otros sitios ayudarían a atraer el tráfico y no se mantendrían simplemente para evitar el uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet:

- Registros que incluyen nombres de marcas comerciales que dirigen el tráfico al sitio web de una corporación matriz.
- Registros que incluyen nombres de marcas comerciales que ya no se usan en forma activa.
- Registros que incluyen nombres de marcas comerciales que no se usan actualmente y pueden utilizarse en el futuro.
- Los registros que incluyen errores comunes de ortografía y que redirigen el tráfico al sitio base.

20. Para mencionar solo un pequeño ejemplo, mi propia firma, Compass Lexecon, actualmente mantiene varias docenas de registros, además de *compasslexecon.com*. Éstos incluyen *compass.com* y *lexecon.com*, que fueron los registros mantenidos por las dos empresas que se fusionaron para formar Compass Lexecon.²⁰ Dichos dominios actualmente no alojan contenido pero en su lugar dirigen el tráfico a *compasslexecon.com*. Mantener estos registros previene la pérdida potencial del tráfico generado por personas que pueden no estar en conocimiento del cambio de nombre de la firma. Sin embargo, éstos se considerarían “registros defensivos” no productivos conforme al estándar adoptado por el Dr. Kende.

21. Existen innumerables motivos por los que las firmas mantienen registros que redirigen el tráfico a otro sitio y que no están precisamente relacionados con las

20. Además, Compass Lexecon mantiene una variedad de registros .cc y registros relacionados que dirigen el tráfico al sitio de *compasslexecon.com*.

protecciones a las marcas comerciales. Aunque no hay duda de que algunos registros se realizan para prevenir el abuso cometido en contra de las marcas comerciales, el error del Dr. Kende de no distinguir entre los “registros defensivos” destinados solamente a prevenir el uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet y aquéllos que contribuyen a atraer y mantener el tráfico de Internet (a la vez que lo redireccionan hacia otro sitio) al resumir los datos de MarkMonitor probablemente exagera los costos asociados con la propuesta sobre gTLD de ICANN.

IV. NO EXISTE NINGÚN FUNDAMENTO PARA LA PREOCUPACIÓN DEL DR. KENDE DE QUE LA PROPUESTA DE ICANN PRODUCIRÁ LA CANCELACIÓN DE LOS PRECIOS MÁXIMOS EXISTENTES.

22. Como se señaló anteriormente, el Dr. Kende sugiere que la falta de precios máximos para los nuevos TLD podría generar la eliminación de los precios máximos para *.com*, *.net*, *.org*, *.info*, *.biz* y *otros* como consecuencia de la cláusula de “tratamiento equitativo” incluida en los acuerdos de ICANN.²¹ Según ICANN, no existen motivos para esta preocupación. El texto de esta cláusula no exige un tratamiento idéntico para todos los registros y reconoce que ciertas diferencias en los contratos de ICANN con diferentes registros pueden ser justificadas por “causas de naturaleza sustancial y razonable”. Los contratos de ICANN con TLD existentes reconocen que a distintos registros le pueden corresponder diferentes prácticas y le otorgan a ICANN la libertad de implementar diferentes procedimientos. No estoy en conocimiento de ninguna declaración

21. Por ejemplo, el acuerdo de VeriSign con ICANN establece en la Sección 3.2(a) que “ICANN no aplicará estándares, políticas, procedimientos ni prácticas de manera arbitraria, injustificable o inequitativa ni hará distinciones entre operadores de registros dispensando un trato dispar salvo que se justifique por causas de naturaleza sustancial y razonable”.

por parte de ICANN o del Departamento de Comercio que favorezca la eliminación de los precios máximos estipulados en los contratos de los registros existentes.

23. El Dr. Kende además sostiene que los precios máximos son necesarios para los nuevos gTLD porque los “registros defensivos son mucho menos susceptibles a los precios que los nuevos registros básicos”.²² No obstante, la evidencia que surge a partir de la incorporación de nuevos TLD no avala dicho argumento. En especial, la relativamente reducida cantidad de registros en los TLD más nuevos como *.info* y *.biz*, a pesar de tarifas de registro más bajas que las aplicadas a *.com*, no es coherente con la afirmación de Kende de que la demanda por registros defensivos de parte de los propietarios de marcas comerciales es poco flexible y, por lo tanto, es probable que genere un precio elevado.

V. CONCLUSIÓN

24. A pesar de que la evaluación de la propuesta de ICANN requiere la estimación de costos y beneficios, los nuevos gTLD producirían beneficios para los consumidores aunque no compitieran directamente con *.com* y no generaran la reducción de las tarifas de *.com* por debajo del nivel de precios máximos. Esto implica que el estudio propuesto por ICANN en 2006, que habría analizado si *.com* u otros TLD existentes constituyen mercados independientes y podrían ejercer poder de mercado ante la falta de precios máximos, es superfluo para evaluar si los consumidores se beneficiarían con la incorporación de nuevos gTLD.

25. Aunque el Dr. Kende sostiene que el aumento de costos para los propietarios de marcas comerciales a partir de nuevos TLD debería prohibir su

22. Kende, p 12.

incorporación, no ofrece ninguna evidencia de que restringir el ingreso es el método más eficiente para reducir dichos costos. En la actualidad, ICANN, a través del IRT, está estudiando posibilidades de procedimientos más eficientes para resolver disputas relacionadas con las marcas comerciales que involucran registros. Tales mejoras a los procedimientos existentes pueden ayudar a proteger a los titulares de marcas comerciales al mismo tiempo que preservan los efectos procompetitivos del ingreso. Además, los datos mencionados por el Dr. Kende parecen exagerar el significado de los registros “defensivos” destinados a prevenir el uso no autorizado de marcas comerciales en dominios de Internet y, por lo tanto, exagera la necesidad implícita de restringir el ingreso a fin de impedir el abuso de las marcas comerciales.