

**INFORME DE DENNIS CARLTON
CON RELACIÓN AL MECANISMO PROPUESTO POR ICANN PARA
LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS gTLD**

5 de junio de 2009

I INTRODUCCIÓN

A. REQUISITOS

1. Soy el Profesor de economía Katherine Dusak Miller de la Escuela de Negocios de la Universidad de Chicago. Obtuve mi licenciatura (A.B.) en Matemática Aplicada y Economía en la Universidad de Harvard y mi maestría (M.S.) en Investigación de Operaciones y doctorado (Ph.D.) en Economía en el Instituto de Tecnología de Massachusetts. He prestado mis servicios en el cuerpo de profesores de la Facultad de Derecho y del Departamento de Economía en la Universidad de Chicago y del Departamento de Economía en el Instituto de Tecnología de Massachusetts.

2. Me especializo en economía de la organización industrial, que es el estudio de los mercados individuales e incluye el estudio de asuntos relacionados con prácticas antimonopolio y reglamentación. Soy coautor del libro Modern Industrial Organization (Organización industrial moderna), texto líder en el campo de la organización industrial; además, he publicado numerosos artículos en revistas académicas y libros. Además, soy coeditor de Journal of Law and Economics (Revista de Legislación y Economía), una publicación líder que edita análisis de economía aplicada a la investigación en asuntos legales y relacionados con la organización industrial y presto (o he prestado) mis servicios como editor de diversas revistas académicas.

3. Además de mi experiencia académica, soy Director ejecutivo sénior de Compass Lexecon, una empresa consultora que se especializa en la aplicación de la economía a cuestiones legales y relacionadas con las reglamentaciones. Desde octubre de 2006 hasta enero de 2008, fui Fiscal General Adjunto para Análisis Económico de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los EE. UU., el puesto más elevado ocupado alguna vez por un economista de la División Antimonopolio. También me desempeñé como jefe de la Comisión de Modernización Antimonopolio (Antitrust Modernization Commission), creada en el año 2002 por el Congreso de los EE. UU. para evaluar las leyes antimonopolio de los EE. UU. He ofrecido testimonio como experto ante diversos tribunales estatales y federales, el Congreso de los EE. UU., diversas agencias reguladoras estatales y federales y tribunales extranjeros; además, fui asesor de varios organismos gubernamentales como el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio. Se adjunta mi curriculum vitae como Apéndice I de este informe.

4. ICANN me ha solicitado que analice desde una perspectiva económica la introducción anticipada por parte de ICANN de nuevos nombres de dominios genéricos de primer nivel (gTLD) y que identifique y trate los beneficios y los costos asociados con la propuesta de ICANN. Al hacerlo, también evaluaré diversas inquietudes elevadas por la División Antimonopolio del Departamento de Justicia (Department of Justice, DOJ) de los EE. UU., por la Agencia Nacional de Información y Telecomunicaciones (National Telecommunications Information Agency, NTIA) del Departamento de Comercio de los EE. UU., y en comentarios de terceros enviados a ICANN ya sea en respuesta a su propuesta de introducir nuevos gTLD o como respuesta a mis dos informes preliminares

anteriores.¹ Junto con este análisis, también analizo si sería necesario imponer límites de precios que restrinjan los importes y los futuros aumentos de precios cobrados por los registros de estos nuevos gTLD para alcanzar las posibles ventajas comparativas de los nuevos gTLD.

5. Este informe se combina con mis dos informes preliminares que analizan el mecanismo propuesto por ICANN para la introducción de nuevos gTLD y los actualiza.² En este informe también se analizan parcialmente determinados comentarios efectuados en respuesta a mis informes preliminares.

B. DESCRIPCIÓN GENERAL Y RESUMEN

6. Concluyo que el marco propuesto por ICANN para la introducción de nuevos gTLD probablemente facilite el ingreso al sistema y genere competencia nueva por los gTLD principales como, por ejemplo, *.com*, *.net* y *.org*. Al igual que otras medidas activas que eliminan restricciones artificiales respecto del ingreso, el probable efecto de la propuesta de ICANN será aumentar el resultado, reducir los precios e incrementar el nivel de innovación. Esta conclusión está basada en los principios

-
1. Ver la carta escrita por Deborah A. Garza y dirigida a Meredith A. Baker con fecha 3 de diciembre de 2008 (“Carta del DOJ”) y la carta redactada por Meredith A. Baker para Peter Dengate-Thrush con fecha 18 de diciembre de 2008 (“Carta de la NTIA”). La carta de la NTIA también solicita información acerca del efecto de los nuevos gTLD sobre la estabilidad y la seguridad del Sistema de Nombres de Dominios, factores que son analizados en este informe. (http://www.ntia.doc.gov/reportsarchive_2007_2008.html). Si desea consultar los comentarios recibidos por ICANN, ingrese en <http://forum.icann.org/lists/competition-pricing-prelim> and <http://forum.icann.org/lists/gtld-guide>.
 2. Informe preliminar de Dennis Carlton con relación al Impacto de nuevos gTLD en de los consumidores, marzo de 2009; y Análisis preliminar de Dennis Carlton con respecto a los límites de precio para registros de Internet de nuevos gTLD, marzo de 2009.

fundamentales que establecen que la competencia promueve el bienestar de los consumidores y las restricciones al ingreso al sistema impiden la competencia.

7. Tanto el DOJ como la NTIA y diversas entidades han expresado inquietudes respecto de la posibilidad de que la introducción de nuevos gTLD pudiera perjudicar el bienestar de los consumidores creando confusión entre ellos e imponiendo costos propios de titulares de marcas registradas al exigir la necesidad de efectuar registros “defensivos” ineficientes de nombres de dominios en nuevos gTLD. Si bien generalmente la introducción promueve el bienestar de los consumidores, también se deben considerar correctamente los derechos de propiedad que protegen las inversiones de las empresas en el establecimiento de una reputación y un nombre comercial. Si no se protegen esos derechos de propiedad, los rivales se sentirán incentivados a “uso deliberado” de la reputación creada por sus contrincantes al imitar marcas comerciales o adoptar marcas muy similares y, en consecuencia, crear posibles confusiones en los consumidores. Ante la ausencia de mecanismos alternativos para proteger marcas comerciales, la expansión en la cantidad de gTLD podría imponer costos sobre los titulares de marcas comerciales incentivándolos a que inicien registros “defensivos” con el único propósito de proteger su propiedad intelectual.

8. Esta posibilidad, y el perjuicio que se ocasiona en el bienestar de los consumidores, es reconocida por la legislación existente con relación a marcas comerciales y por los análisis económicos de propiedad intelectual. Sin embargo, en la medida en que la introducción de nuevos gTLD genere inquietudes relacionadas con la propiedad intelectual, se las podrá abordar a través de mecanismos de resolución de disputas existentes y modificaciones diseñadas correctamente en los procedimientos de ICANN para proteger la propiedad intelectual. Ante la disponibilidad de estos

mecanismos alternativos para resolver disputas relacionadas con marcas comerciales, la solución draconiana de restringir el ingreso al sistema probablemente perjudicaría el bienestar de los consumidores en comparación con enfoques basados en estas alternativas.

9. Tanto el DOJ como la NTIA y otros autores de comentarios sugieren que se debe demorar toda medida sobre la propuesta de ICANN hasta que ICANN finalice el estudio económico que autorizó en el año 2006 para determinar si el mercado de registro de dominios es un mercado económico o si cada TLD funciona como un mercado independiente. Si bien se erige como una interesante pregunta merecedora de análisis, la evaluación del impacto de la propuesta de ICANN relacionada con los gTLD sobre el bienestar de los consumidores no depende de la respuesta a dicho interrogante. De hecho, incluso si los nuevos gTLD no compiten con *.com* ni con los demás TLD principales para registrantes existentes, es probable que, no obstante, los consumidores disfruten de significativos beneficios a raíz de los nuevos gTLD debido a un mayor nivel de competencia para registrantes nuevos y un mayor grado de innovación que, probablemente, sea fomentado por la introducción.

10. También llego a la conclusión de que no es necesario imponer límites de precios sobre los importes cobrados por los operadores de registros de nuevos gTLD para garantizar que los consumidores puedan beneficiarse con los nuevos gTLD. Quienes proponen límites de precios sugieren que es necesario imponer importes máximos en el cobro de registros para nuevos gTLD porque se podrían cobrar precios elevados a los titulares de marcas comerciales para proteger sus marcas comerciales y debido a las inquietudes con relación a que los registrantes de nuevos gTLD podrían tener la

necesidad de abonar precios elevados debido a sus elevados costos para cambiar a otros registros.

11. Sin embargo, la capacidad de ICANN para proteger a los titulares de marcas comerciales a través de mecanismos de resolución de disputas existentes y modificaciones diseñadas correctamente en los procedimientos de ICANN para proteger la propiedad intelectual implica que no es necesario imponer límites de precios para proteger a dichos titulares. Además, el hecho de que los registrantes de nuevos gTLD abonen costos por cambiar de registro tampoco representa motivo razonable para imponer límites de precios. Las tarifas cobradas por nuevos gTLD enfrentarán la competencia de registros existentes y de otros participantes que ingresan al sistema; y los operadores de registros de nuevos gTLD que intenten actuar en forma oportunista elevando precios enfrentarán el importante riesgo de perjudicar su reputación y de perder futuros clientes. Es más, la imposición de límites de precios para nuevos gTLD puede inhibir el desarrollo y la aceptación en el mercado de esos gTLD al limitar la flexibilidad de precios disponible para nuevos participantes con respecto a la prestación de servicios de nuevos registros sin generar beneficios importantes a registrantes de nuevos gTLD.

II. ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA DE ICANN

A. ECONOMÍA DEL SISTEMA DE NOMBRES DE DOMINIOS

12. Pese a la introducción de varios gTLD nuevos en los últimos años, la actividad actual de Internet sigue estando bajo el control de una reducida cantidad de registros. Por ejemplo: actualmente el TLD *.com* tiene más de 80 millones de nombres de dominio registrados mientras que *.net* y *.org* tienen aproximadamente 12 y 7 millones

de nombres de dominio registrados respectivamente.³ Pese a que se ha introducido una pequeña cantidad de nuevos gTLD en los últimos años, sólo han alcanzado logros limitados en términos de atracción de registrantes y actividad de Internet. Por ejemplo: tanto *.info* como *.biz*, ambos introducidos en 2001, han atraído aproximadamente 5 y 2 millones de nombres de dominio respectivamente.⁴

13. Actualmente, todos los contratos firmados entre ICANN y los gTLD sin patrocinio que operan los registros incluyen precios máximos y límites sobre futuros aumentos de precios permisibles que se podrán cobrar a los registrantes.⁵ A su vez, los registradores cobran tarifas a los registrantes sin regulación de ICANN. Habitualmente, los registradores deben ocuparse de varios registros y ofrecen diversos servicios adicionales a los registrantes como alojamiento y diseño de sitios web.

14. Los registrantes que se suscriben a un nombre de dominio de Internet en particular deben asumir determinados costos cuando cambian de registro porque el TLD es un componente del nombre de dominio que, por definición, no se puede transferir entre registros. Es decir, si el registrante que opera el sitio web *cars.com* desea pasar al registro *.net*, deberá adoptar *cars.net* (de encontrarse disponible) u otro nombre de dominio *.net*. Los costos de transferencia que asumen los registrantes pueden incentivar a que los registros y registradores actúen en forma oportunista elevando los precios. Sin

3. Informes mensuales de operadores de registros de ICANN, enero de 2009.
(<http://www.icann.org/en/tlds/monthly-reports/>)

4. Ídem

5. Consultar, por ejemplo, la Sección 7.3 del Contrato de registros *.com* firmado entre ICANN y VeriSign, con fecha 1 de marzo de 2006. Los gTLD sin patrocinio (*.com*, *.biz*, *.info*, *.name*, *.net*, *.org*, *.pro*) tienen límites de precios; todos los gTLD patrocinados (*.aero*, *.asia*, *.cat*, *.coop*, *.jobs*, *.mobi*, *.museum*, *.tel*, *.travel*) que, en la mayoría de los casos son de menor envergadura que los gTLD sin patrocinio, no tienen límites de precios.

embargo, la competencia *ex ante* para atraer registrantes nuevos, al igual que el perjuicio a la reputación del registro o registrado, limita su capacidad para incurrir en conductas de ese tipo.

15. Un aumento en la cantidad de gTLD incrementa la cantidad de alternativas disponibles para los consumidores y, en consecuencia, brinda la posibilidad de mayor nivel de competencia, precios reducidos y mayor resultado. La disponibilidad de nuevos gTLD también ofrece más oportunidades para que los registros y los registradores desarrollen servicios o modelos comerciales innovadores que podrían brindar importantes oportunidades para mejorar el grado de bienestar de los consumidores.

B. PROCEDIMIENTOS PROPUESTOS POR ICANN PARA IMPLEMENTAR NUEVOS GTLD

16. ICANN ha propuesto un marco para autorizar nuevos gTLD. El borrador de la Guía del postulante de ICANN detalla las diversas fases del proceso de revisión de ICANN y los requisitos que se deben cumplimentar para lograr la aprobación.⁶ ICANN evaluará las capacidades tanto técnicas como financieras del postulante, el efecto del gTLD propuesto en la posible confusión de los consumidores y los efectos del gTLD propuesto en la estabilidad de Internet.⁷

17. Las solicitudes de gTLD quedan sujetas a objeciones que pueden ser presentadas por diversos participantes, incluidos los registros de TLD existentes, otros postulantes, titulares de derechos de propiedad intelectual (como marcas comerciales) y

6. Consultar el Programa de nuevos gTLD de ICANN: Segundo borrador de la Guía del postulante, 18 de febrero de 2009 (“Borrador de la Guía”), (<http://icann.org/en/topics/new-gtlds/comments-2-en.htm>).

7. Borrador de la Guía, pág. 2-2.

terceros.⁸ Se pueden efectuar objeciones por una cantidad limitada de motivos como, por ejemplo, confusión de cadenas, derechos legales (por ejemplo: infracciones a la ley de marcas comerciales), moralidad y orden público y objeción de la comunidad.

18. ICANN también ha iniciado un proceso para analizar las inquietudes de titulares de marcas comerciales con relación a la introducción de nuevos gTLD. ICANN conformó el Equipo de recomendaciones para la implementación (Implementation Recommendation Team, “IRT”). Este equipo ha emitido un informe, que se analiza más detalladamente a continuación e incluye recomendaciones relacionadas con los nuevos mecanismos de protección de marcas comerciales para mitigar estas inquietudes.

C. RESUMEN DE INQUIETUDES ELEVADAS ACERCA DE LA PROPUESTA DE ICANN DE EXPANDIR LOS gTLD

19. Tanto el DOJ como la NTIA y diversas entidades han expresado sus inquietudes con respecto a la posibilidad de que la introducción de nuevos gTLD pudiera perjudicar a los consumidores o a los titulares de marcas comerciales. A modo de resumen general, en estos comentarios se refleja la visión de que la introducción de nuevos gTLD perjudicará a los consumidores (registrantes) al crear confusión e imponer significativos costos a los titulares de marcas comerciales obligándolos a establecer registros “defensivos” con los nuevos gTLD a fin de proteger sus marcas comerciales y nombres de dominios existentes. En los comentarios presentados por el DOJ y por otros participantes también se sostiene que la introducción de nuevos gTLD posiblemente no

8. Todo participante que objete una solicitud debe abonar una tarifa por presentación de disputa; se espera que esta tarifa sea de \$1,000 a \$5,000. En esa instancia, el postulante tiene 30 días para responder (y abonar la misma tarifa). Posteriormente, ambas partes enviarán el pago anticipado para cubrir los procedimientos relacionados con la resolución de la disputa; los pagos serán reembolsados a la parte que resulte favorecida (Borrador de la Guía, páginas 1-24 a 1-25).

genere un nivel de competencia lo suficientemente mayor como para reducir los precios o mejorar el servicio que se presta a los consumidores.⁹

20. Por ejemplo: la Asociación de publicistas nacionales establece que los nuevos gTLD generarán mayores “costos de administración de marcas y crearán nuevas oportunidades para que terceros infrinjan, cometan *phishing* (falsos direccionamientos) e incurran en otras prácticas de engaño. Como resultado, los titulares de marcas comerciales y los consumidores serán perdedores netos”.¹⁰ De igual manera, la Cámara de Comercio de los EE. UU. llegó a la conclusión de que “el programa de gTLD propuesto [...] obligará a que las empresas inviertan millones de dólares en registros de dominio defensivos y litigios [...]”¹¹ El Informe Kende sostiene “que la introducción propuesta de nuevos gTLD podría conllevar importantes costos adicionales y cargas sobre los recursos”.¹²

21. El DOJ establece la conclusión de que “la necesidad de muchos registrantes de adquirir dominios en muchos o en la mayoría de los gTLD permite que cada operador de registros de gTLD les imponga costos por adquirir dominios

9. AT&T expresa inquietudes similares en su informe económico emitido como respuesta a mis dos informes preliminares. Consultar “Evaluación de informes preliminares de ICANN sobre la competencia y la fijación de precios” de Michael Kende, con fecha 17 de abril de 2009 (“Informes Kende”) presentado en representación de AT&T. Actualmente, estoy redactando un informe independiente que aborda determinados aspectos del Informe Kende.

10. Carta de la ANA, pág. 1. (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/mail2.html>)
 “Phishing” es “una técnica de engaño cibernética en la que los delincuentes intentan obtener información personal confidencial dirigiendo a los usuarios a sitios web falsos pero de aspecto legítimo”. (Fuente: <http://onlinebusiness.about.com/od/onlinebusinessglossary/g/phishing.htm>, con último acceso el día 17 de febrero de 2008)

11. Carta de la Cámara de Comercio de los EE. UU., pág. 1.
 (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/index.html>)

12. Informe Kende, pág. 11.

simplemente ante la mera existencia de un gTLD. [...] Ante la evidencia de estos hallazgos, creemos que la introducción de nuevos gTLD conforme al RFP podría imponer significativos costos adicionales para el registro de dominios sobre muchos consumidores y que muchos operadores de registros de nuevos gTLD pueden tener poder de mercado en relación con los registrantes”.¹³ El Informe Kende también sugiere que regular los precios de registros como los de nuevos gTLD podría exigir pagos elevados por parte de los titulares de marcas comerciales porque “los registros defensivos son mucho menos susceptibles a los precios que los registros nuevos básicos”.¹⁴

22. Además, tanto la NTIA como el DOJ expresan su preocupación relacionada con el proceso de solicitud y revisión en sí propuesto por ICANN. Debido a la existencia de inquietudes relacionadas con la posibilidad de que los gTLD nuevos tengan poder de mercado sobre sus registrantes, tanto el DOJ como la NTIA recomiendan que ICANN emplee la metodología de licitación competitiva para asignar nuevos TLD. Según este método, los postulantes presentan ofertas en las que se especifican los precios máximos y los aumentos de precios permisibles.¹⁵ Además, el DOJ y la NTIA recomiendan que, en casos en que no se pudiera implementar una licitación competitiva, ICANN incorpore condiciones directamente en su contrato con los nuevos registros para evitar el ejercicio del poder de mercado.¹⁶ Por último, el DOJ sugiere que ICANN exija licitaciones competitivas periódicas para la renovación de contratos de registro.¹⁷

13. Carta del DOJ, pág. 3.

14. Informe Kende, pág. 12.

15. Carta del DOJ, pág. 7 y carta de la NTIA, pág. 2.

16. Comprendo que el contrato propuesto vigente firmado entre ICANN y los registros de nuevos gTLD incorpora un requisito que establece que los registros deben ofrecer una opción de registro de 10 años a los registrantes.

17. Carta del DOJ, pág. 7 y carta de la NTIA, pág. 2.

III. LOS CONSUMIDORES PROBABLEMENTE SE BENEFICIEN A RAÍZ DE LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS gTLD.

23. Los comentarios efectuados por la NTIA, el DOJ y otras entidades se concentran adecuadamente en el impacto de los nuevos gTLD en el bienestar de los consumidores pero creo que han llegado a una conclusión errónea.¹⁸ En esta sección se demuestra que, dada la disponibilidad de mecanismos alternativos para abordar inquietudes acerca de la confusión de los consumidores y los registros defensivos (que se analiza a continuación), el plan de ICANN para introducir nuevos gTLD probablemente beneficie a los consumidores al facilitar el ingreso al sistema. Se espera que esto permita ofrecer nuevos servicios a los consumidores, que mitigue el poder de mercado asociado con los TLD *.com* y otros TLD principales y que incremente el nivel de innovación. Como resultado, la propuesta del DOJ, la NTIA y otras entidades que sugiere demorar o incluso impedir la implementación de nuevos gTLD probablemente no resulte compatible con los intereses de los consumidores. Llego a la conclusión de que dichas restricciones sobre el resultado son innecesarias y de que las inquietudes que motivan tales restricciones se pueden abordar sin necesidad de recurrir a restricciones de ingreso draconianas que, esencialmente, congelarían la cantidad de TLD menos de quince años después de la primera implementación comercial de Internet.

18. Carta del DOJ, pág. 2, "...se debe revisar el enfoque general de ICANN respecto de los nuevos gTLD para brindar mayor espacio de consideración a los intereses de los consumidores. ICANN debe sopesar más cuidadosamente el posible perjuicio a los consumidores con relación a los posibles beneficios para los consumidores..."

A. LAS POLÍTICAS QUE FOMENTAN EL INGRESO AL SISTEMA ANALIZAN INQUIETUDES ACERCA DEL PODER DE MERCADO ASOCIADO CON LOS TLD .COM Y OTROS TLD PRINCIPALES

24. Tanto el DOJ como otras entidades han expresado su preocupación con respecto al poder de mercado ostentado por los gTLD .com y otros gTLD principales.¹⁹ En la medida en que lo hagan, sin embargo, la propuesta de ICANN de expandir la cantidad de TLD disponibles podría servir para limitar toda inquietud relacionada con este tema. Tal como lo indican las Pautas de fusión horizontal, el ingreso tiene el potencial de “contrarrestar los efectos competitivos que generan la inquietud”.²⁰ En términos más generales, se reconoce que el ingreso desempeña una función central en la conservación de mercados competitivos.²¹ Por lo tanto, en la medida que los TLD .com y otros TLD principales tengan alguna cuota de poder de mercado en la actualidad, la expansión de la cantidad de TLD podría restringirlo en el futuro.

25.

El DOJ sostiene que “... es poco probable que la creación de gTLD adicionales restrinja el ejercicio del poder de mercado por parte de TLD existentes...”²² Sin embargo, el DOJ parece concentrarse en el efecto de los nuevos TLD sobre los registrantes existentes y no en el impacto en la competencia para registrantes nuevos. Por ejemplo: el DOJ especula que “es difícil que otros TLD puedan superar los efectos de la red que otorgan tanto valor a los registros .com a los consumidores”.²³ Sin embargo, todo poder de mercado asociado con .com atraerá a nuevos participantes con estrategias

19. Consultar, por ejemplo, la carta de DOJ, pág. 3 y el informe Kende, pág. 17.

20. Pautas de fusión horizontal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y de la Comisión Federal de Comercio, pág. 25.

21. Consultar, Carlton, *Modern Industrial Organization*, 4ª Edición, páginas 77-82.

²². Carta del DOJ, pág. 1.

²³. Carta del DOJ, pág. 2.

centradas en dirigir a más registrantes a los nuevos gTLD. Restringir la oportunidad para que los nuevos participantes compitan por dichas ganancias necesariamente tiene un efecto de protección y preservación de las ganancias del registro *.com* y de sus registradores.

26. Tanto la teoría económica como la evidencia empírica indican que la eliminación de barreras que impidan el ingreso al sistema probablemente conllevará varios efectos beneficiosos para el bienestar de los consumidores: precios más bajos, resultados expandidos y mayor nivel de innovación. Los beneficios de la introducción son el mayor conjunto de alternativas del que disponen los consumidores y, en términos más generales, la mayor elasticidad de demanda que deben enfrentar las firmas existentes, factor que les representa un incentivo para reducir su precio. El bienestar de los consumidores se ve realzado porque se incrementa la variedad de productos y se expanden los resultados, lo que genera un incremento en el excedente de los consumidores. Un análisis empírico del efecto de la introducción de nuevos gTLD, como *.info* y *.biz*, en los resultados y la fijación de precios probablemente contribuiría a que podamos comprender los efectos de la introducción sobre el bienestar de los consumidores pero, tal como se explica a continuación, incluso si dicho estudio indicara que esta introducción no genera una reducción en los registros o las tarifas *.com*, no llevaría a la conclusión de que la introducción no fue beneficiosa.²⁴

27. El DOJ sugiere que es posible que los nuevos gTLD no ofrezcan un nivel sustancial de competencia para *.com* y otros TLD existentes, enfatizando la ubicuidad de

24. Los datos sobre registros y precios necesarios para realizar un estudio de ese tipo son conservados por los registros, no por ICANN.

.com y el hecho de que los registrantes *existentes* asumen significativos costos para pasar a otro TLD. Incluso si éste fuera el caso, esta lógica no se extiende a la competencia entre *.com* y nuevos gTLD para atraer registrantes *nuevos*. El aumento de la cantidad de alternativas disponibles para los registrantes nuevos representa un incentivo para que los registros de gTLD nuevos y existentes reduzcan sus precios, mejoren la calidad del servicio y ofrezcan servicios innovadores en su afán de competir por atraer registrantes nuevos. Tenga presente que este beneficio se conserva aún si los precios de *.com* siguen siendo regulados a través de límites de precios porque la competencia tiene la facultad de inducir a registros de TLD regulados para que reduzcan sus precios por debajo de esos límites y para que desarrollen servicios nuevos y mejorados.

28. Además, aún si la introducción de nuevos gTLD no afectara los precios cobrados por *.com* y otros gTLD existentes, la introducción probablemente seguiría incrementando el bienestar de los consumidores, aspecto que tanto la NTIA como el DOJ parecen ignorar. Cuando los registrantes seleccionan un nuevo gTLD en vez de uno existente, dejan claro que prefieren la expansión en la cantidad de alternativas disponibles. En otras palabras, la expansión en la cantidad de alternativas disponibles (incluidos los TLD y los nombres de segundo nivel) por sí misma probablemente incremente el bienestar de los consumidores.

29. Eliminar las barreras que impiden el ingreso al sistema probablemente también fomente la innovación. Ante la ausencia de competencia por parte de nuevos gTLD, los registros y registradores que prestan servicios en dominios *.com* y otros TLD principales hacen frente a incentivos limitados para desarrollar tecnologías nuevas o servicios mejorados que pudieran ayudar a atraer clientes nuevos. Sin embargo, ante la restricción ausente sobre los nuevos gTLD, los posibles nuevos participantes del registro

sentirán la motivación de desarrollar tecnologías y métodos nuevos en un intento por superar la ventaja preexistente de *.com*. A su vez, esto incrementa los incentivos que deben enfrentar los registradores de *.com* y otros registros pertinentes en su esfuerzo por firmar contrato con registrantes nuevos.²⁵

30. La expansión de la cantidad de gTLD probablemente facilitará la implementación de diversas innovaciones. Por ejemplo:

- Un gTLD dedicado a la industria de servicios financieros podría requerir que los registrantes ofrezcan transacciones seguras. La certificación otorgada en el nombre del gTLD, por lo tanto, brinda información valiosa a los consumidores que desean efectuar transacciones financieras seguras por Internet.
- Un nuevo gTLD puede ofrecer Nombres de dominio internacionales de modo que una URL (por ejemplo: <http://www.google.com>) pueda ser presentada en el idioma de la región, lo que facilita que los registradores suministren productos en servicios multilingües.
- Se espera que los nuevos gTLD concentren sus esfuerzos en prestar servicios a mercados altamente especificados, como los consumidores y proveedores de una determinada firma mientras que otros, tal vez, se concentrarán en prestar servicios a diversos registrantes en un área geográfica determinada.²⁶

25. Consultar Carlton and Perloff, *Modern Industrial Organization*, 4ª Edición, pág. 564.

26. Carta de Connecting.NYC Inc. a ICANN (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/index.html>).

31. Tal como lo sugieren estos ejemplos, muchos de los beneficios de los nuevos gTLD pueden ser materializados incluso si el nuevo gTLD no compite actualmente en términos de precio con los TLD existentes. Por ejemplo: la expansión en la cantidad de gTLD que fomentó el mayor nivel de innovación o simplemente expandió los registros y la utilización totales de Internet generaría mejoras en el bienestar de los consumidores incluso si los nuevos gTLD operan en mercados antimonopolio y no son *.com*. Por supuesto, se podría reducir a un mínimo la posible confusión de los consumidores al tener solamente un único gTLD (*.com*), pero resulta poco probable que eso interesara a los consumidores. A continuación, analizo este tema con más detalle.

32. El DOJ expresó su inquietud de que “algunos gTLD nuevos previstos por RFP probablemente tengan poder de mercado...”²⁷ Sin embargo, incluso si fuese cierto, este hecho por sí mismo tampoco ofrece fundamentos para restringir la introducción. Incluso si determinados gTLD nuevos tuvieran cierto poder de mercado, permitir su introducción seguiría mejorando el bienestar de los consumidores, de la misma manera que una introducción que derivase en la creación de un duopolio a partir de un monopolio mejora el bienestar de los consumidores incluso si ambos duopolios suelen tener poder de mercado. Para ilustrar este punto, imaginemos una industria con varios productos diferenciados en la que cada uno tiene cierto poder de mercado. Resulta inconcebible que a una persona pudiera parecerle deseable en términos generales restringir la introducción a una industria de ese tipo basándose en la visión de que la introducción no logrará erosionar el poder de mercado de los productos existentes.

27. Carta del DOJ, pág. 1.

B. PROBABLEMENTE, LOS NUEVOS gTLD BENEFICIEN A LOS CONSUMIDORES INCLUSO SI NO COMPITEN DIRECTAMENTE CON .COM

33. Los nuevos gTLD también pueden mejorar el bienestar de los consumidores al brindar información a los usuarios de Internet que les facilite la navegación, incluso si los nuevos gTLD gozan de una capacidad de sustitución limitada con *.com*. Esto se debe a que la probabilidad de que los nuevos gTLD sean diseñados para prestar servicios a los consumidores requiere que *.com* no cumpla bien con esa función. Por ejemplo: como los nombres de dominio incluyen contenido de información que resulta valioso para los consumidores, es posible que algunos gTLD faciliten la navegación y la búsqueda en Internet de los consumidores dirigiéndolos más rápidamente a sitios web con el contenido deseado. Por ejemplo, es posible que los TLD específicos de compañías (como *.Ford*) permitan que los clientes de Ford obtengan información de productos más fácilmente, además de mejorar la interacción de proveedores y concesionarios con Ford. En forma similar, los nuevos TLD genéricos, como *.cars*, podrían permitir que los consumidores obtengan información genérica sobre automóviles más fácilmente y, además, mejorar la capacidad para acceder a los sitios web de fabricantes de automóviles, proveedores y otros consumidores de automóviles que utilicen este gTLD para alojar sus sitios web.

C. LA EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA DE ICANN NO EXIGE UN ESTUDIO DETALLADO DEL ALCANCE DE LA COMPETENCIA ENTRE TLD.

34. Tal como se indicó más arriba, tanto el DOJ como la NTIA recomiendan que ICANN postergue la introducción de nuevos gTLD hasta haber estudiado el alcance de la competencia entre TLD conforme a las pautas que estableció la Junta directiva de

ICANN en 2006.²⁸ En ese momento ICANN propuso analizar los siguientes aspectos, entre otros: (i) determinar si cada TLD funciona como un mercado económico independiente; (ii) los efectos de los costos de transferencia a otro dominio involucrados en el traspaso de un TLD a otro (iii) el efecto de la estructura de TLD existente en la fijación de precios por parte de los participantes.

35. Si bien estos temas son interesantes desde el punto de vista económico, el análisis de estas cuestiones no es necesario para evaluar la propuesta de ICANN relacionada con gTLD. Pese a que actualmente, los dominios *.com* (o cualquier otro TLD) ejerciten poder de mercado, no existe fundamento alguno para concluir que los nuevos gTLD no mejorarán el bienestar de los consumidores al crear productos nuevos y fomentar la innovación, y probablemente promuevan la competencia futura con *.com* y otros TLD. Además, las inquietudes relacionadas con la confusión de los consumidores, el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet y la posibilidad de que los nuevos gTLD motiven nuevos registros defensivos también plantean el interrogante de si los TLD existentes constituyen mercados antimonopolio independientes o si son debidamente considerados como parte de un mercado más amplio.

D. EXIGIR UNA PRUEBA DE LAS VENTAJAS COMPETITIVAS ANTES DE AUTORIZAR LA INTRODUCCIÓN PROBABLEMENTE PERJUDIQUE EL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES.

36. Las partes que presentaron comentarios sobre la propuesta de ICANN, incluidos el DOJ y la NTIA, sugieren que, debido a la existencia de posibles costos que se imponen a titulares de marcas comerciales y otros costos impuestos por los nuevos gTLD, se deberán comprobar las ventajas competitivas de los nuevos gTLD antes de que

28. Ver la carta del DOJ, pág. 6 y la carta de la NTIA, pág. 1.

ICANN autorice su uso.²⁹ Por ejemplo: la NTIA sostiene que “no queda claro si se ha abordado y determinado correctamente la pregunta determinante respecto de si los posibles beneficios para los consumidores compensan con creces los costos”.³⁰ Este enfoque no es compatible con la visión aceptada a nivel general (descrita más arriba) de que la introducción beneficia a los consumidores al expandir resultados y reducir precios.

37. Restringir la capacidad de ICANN para expandir la cantidad de gTLD resulta eficiente desde una perspectiva económica sólo si los costos generados a raíz de los nuevos gTLD, incluido el mayor nivel de confusión de los consumidores o los costos más elevados relacionados con la monitorización y el cumplimiento legal de las marcas comerciales, exceden los posibles beneficios para los consumidores de nuevos gTLD que, probablemente, incluyan precios más bajos para nombres de dominio, un nivel más elevado de resultados y mayor grado de innovación. Tal como se indicó anteriormente, muchos de estos beneficios de los nuevos gTLD y de dominios establecidos sobre esos gTLD se pueden materializar incluso si los nuevos gTLD no compiten con TLD existentes.

38. Exigir a los participantes que justifiquen el ingreso al sistema en función del costo/beneficios, sin embargo, probablemente derive en un importante perjuicio para los consumidores porque puede resultar muy difícil predecir *a priori* la ventaja competitiva de los métodos o las tecnologías de una nueva empresa facilitados por la introducción. La literatura económica demuestra que las innovaciones son una fuente principal del crecimiento en GNP y del bienestar de los consumidores a largo plazo. En

29. Ver, por ejemplo, la carta del DOJ, pág. 2, la carta de la NTIA, pág. 1 y el comentario enviado por AT&T a ICANN el 15 de diciembre de 2008

(<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/>).

30. Carta de la NTIA, pág. 1.

particular, Robert Solow, ganador del premio Nobel de Economía en 1987 por su trabajo sobre las fuentes de crecimiento económico, sostuvo en su conferencia al recibir el Premio Nobel que “la tasa de crecimiento...depende enteramente de la velocidad del proceso tecnológico”.³¹ Basándose en esta tradición y en su reconocido libro, *Innovation and Growth in the Global Economy (La innovación y el crecimiento en la Economía global)* Gene Grossman y Elhanan Helpman describen la innovación como “el motor del crecimiento a largo plazo”.³²

39. La literatura económica también enfatiza que las innovaciones y los productos nuevos generan importantes mejoras en el bienestar de los consumidores, mientras que las políticas de reglamentación que limitan o retrasan el ingreso al sistema y la extensión de la innovación pueden reducir sustancialmente dicho bienestar. Como parte de su extensa investigación sobre ganancias en el bienestar de los consumidores generadas por nuevos bienes de consumo, Jerry Hausman ha determinado que “la introducción de servicios de telefonía celular ha derivado en ganancias en el bienestar de los consumidores que actualmente exceden los \$25,000 millones por año” y que el costo sobre el bienestar de los consumidores debido al retraso en la reglamentación de esta introducción fue cercano a los \$100,000 millones.³³ En su libro “The Economics of New Goods” (“La economía de los nuevos bienes de consumo”) Timothy Bresnahan y Robert Gordon revisan la literatura económica y llegan a la conclusión de que “evidentemente,

31. Robert M. Solow, Conferencia del Premio Nobel, 8 de diciembre de 1987.

32. Gene Grossman y Elhanan Helpman, 1993, *Innovation and Growth in the Global Economy*, pág. 18.

33. Jerry Hausman, 1998, “New Products and Price Indices”, sitio web de NBER, http://www.nber.org/reporter/fall98/hausman_fall98.html.

los nuevos bienes de consumo son el núcleo del progreso económico”.³⁴ En su trabajo del año 2002 sobre ganancias en el bienestar de los consumidores derivadas de la introducción de la minivan, Amil Petrin señala que “...se generan importantes mejoras en la calidad de vida de los consumidores a raíz de la competencia ya que las firmas se apropian de las ganancias de sus competidores al buscar nuevos bienes de consumo que les otorguen cierto poder de mercado temporario”.³⁵ 40. Como esto lo sugiere, las restricciones sobre la introducción probablemente promuevan bienestar de los consumidores solamente en circunstancias muy poco habituales. Sin embargo, la imposición de tales restricciones probablemente beneficie a los participantes de mercados existentes al limitar la competencia de firmas que ofrecen servicios innovadores y nuevos modelos comerciales. Es poco probable que toda acción que proteja cualquier poder de mercado que pudieran ostentar los dominios *.com* y otros gTLD beneficie a los consumidores.

IV. LAS INQUIETUDES EXPRESADAS ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE MARCAS COMERCIALES NO SON COMPATIBLES CON LA IMPOSICIÓN DE RESTRICCIONES SOBRE LA INTRODUCCIÓN.

41. Tal como se indicó anteriormente, tanto el DOJ como otras entidades sostienen que los titulares de marcas comerciales percibirán la necesidad de registrar nombres de dominio con los registros de nuevos gTLD exclusivamente con fines defensivos para evitar los costos asociados con el uso incorrecto de su nombre comercial por parte de terceros.³⁶ En otras palabras, tanto el DOJ como otras entidades sostienen que se debe restringir la introducción porque dicha competencia podría incrementar los

34. Timothy Bresnahan and Robert Gordon, 1997, *The Economics of New Goods*, pág. 1.

35. Amil Petrin, 2002, “Quantifying the Benefits of New Products: The Case of the Minivan,” *Journal of Political Economy*, pág. 705. The Case of the Minivan,” *Journal of Political Economy*, pág. 705.

36. Ver, por ejemplo, la carta del DOJ, pág. 5.

costos impuestos sobre los titulares de marcas comerciales para proteger su propiedad intelectual. En esta sección se demuestra que, si bien los costos asociados con la defensa de marcas comerciales son reales, se dispone de otros mecanismos además de la restricción de la introducción para abordar estas inquietudes y que estas alternativas pueden preservar los beneficios de un mayor grado de competencia que derive de la introducción.

A. LA FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA PARA LA PROTECCIÓN DE MARCAS COMERCIALES NO JUSTIFICA LA RESTRICCIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS GTLD.

42. Los nombres de dominio ayudan a reducir los costos relacionados con la búsqueda de la información disponible en Internet y los registrantes seleccionan nombres de dominio para atraer consumidores a sus sitios.³⁷ En consecuencia, los registrantes tienen inquietudes relacionadas con la posibilidad de que otros sitios con nombres similares pudieran crear confusión, elevar los costos de búsqueda de los consumidores, dar lugar al uso deliberado de la reputación del registrante y perjudicar la capacidad del registrante para atraer visitantes a su sitio.

43. Como esto lo sugiere, la función económica de los nombres de dominio está relacionada con la función económica de las marcas comerciales, que también protege la propiedad intelectual del titular de la marca comercial al evitar la confusión creada por los esfuerzos de los rivales por usar deliberadamente la reputación del titular de la marca comercial. En forma similar, los registrantes tienen un importante interés por proteger sus nombres de dominio de la imitación y el uso deliberado por parte de terceros

37. Las mejoras en los motores de búsqueda podrían ofrecer otro método valioso mediante el cual los consumidores puedan identificar y encontrar sitios web.

que intentan utilizar un nombre comercial protegido o que resulte tan similar a una marca comercial protegida como para crear confusión.

44. En su análisis de la función económica de las marcas comerciales, William Landes y Richard Posner explican que:

...una marca comercial es una palabra, símbolo u otro elemento distintivo usado para distinguir un bien de consumo o servicio producido por una firma de bienes de consumo o servicios de otras firmas. Para cumplir con su función de designación, una marca comercial o nombre comercial...no se debe duplicar. Permitir que otro fabricante de café descafeinado venda su producto con el nombre “Sanka” anularía el beneficio del nombre...Si la legislación no lo evita, el uso deliberado del nombre podría destruir el capital de información inherente de una marca comercial y la posibilidad del uso deliberado podría, por ende, eliminar el incentivo para elaborar una marca comercial de valor propio en primera instancia.³⁸

45. Los términos “genéricos”, sin embargo, generalmente no se pueden usar como marcas comerciales.³⁹ Según se define en Landes and Posner, “por definición, un nombre o término genérico no es el nombre de una marca sino de un producto en su totalidad: ‘aeronave’ y ‘computadora’ son dos ejemplos”.⁴⁰ La ausencia de protección legal para términos genéricos se condice con los principios de eficiencia económica porque, al otorgar marcas comerciales con esos términos a una firma, se pueden elevar los costos de búsqueda de los consumidores y obstaculizar la competencia de otras firmas. Otorgar protección legal para términos genéricos tampoco cumple un objetivo en la protección de los incentivos necesarios para que las firmas inviertan en la creación de

38. W. Landes and R. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press of Harvard University Press (2003), páginas. 166-168.

39. Landes and Posner, Capítulo 7, pág. 190. Existen excepciones a esta afirmación general. Por ejemplo: un término puede ser genérico con relación a algunos bienes de consumo (y, por ende, no estar protegido) pero se puede utilizar como marca comercial en relación con otros bienes de consumo. Por ejemplo: la palabra “apple” es un término genérico en referencia a las frutas (manzana) pero se utiliza como marca comercial en el ámbito de la informática.

40. Landes and Posner, páginas 190-91.

una reputación y de capital de información inherentes al término. Tal como se explica en

Landes and Posner:

... si se le otorga el derecho exclusivo a una sola firma para que utilice la palabra o las palabras que identifican a un producto en su totalidad, como diferente de una marca individual del producto, se perjudicará la competencia con otras firmas que producen el mismo producto. En consecuencia, si un fabricante específico de computadoras personales no pudiera utilizar los términos “computadora personal” o “PC” en su material publicitario o etiquetas porque otra firma tiene los derechos exclusivos sobre esos términos, quizás debería describir su producto como “una máquina capaz de procesar textos y efectuar cálculos y manipular datos a alta velocidad, empleando una unidad central de procesamiento,” etc... Como resulta más difícil recordar frases largas que frases breves, es muy posible que una descripción extensa transmita menos información útil acerca del producto de la empresa que una sola palabra o una frase breve; de esa manera se elevarán los costos de búsqueda.⁴¹

46. Los nombres de dominios de Internet pueden basarse tanto en marcas comerciales (por ejemplo: *Ford.com*) como en términos genéricos (*cars.com*), y los nuevos gTLD permitidos conforme a la propuesta de ICANN también podrían incluir tanto marcas comerciales (*.Ford*) como términos genéricos (*.cars*). La evaluación económica de la propuesta de ICANN señala cuestiones distintivas para los gTLD que utilizan términos genéricos y marcas comerciales y refleja el interés opuesto de proteger la propiedad intelectual de los titulares de marcas comerciales y promover el uso no restringido de términos genéricos.

47. La protección de marcas comerciales se extiende a los nombres de dominio de modo que, por ejemplo, solamente Ford tiene el derecho de utilizar o no permitir que terceros utilicen nombres de dominio como *Ford.com* y, de igual manera, de registrar *.Ford* como un gTLD.⁴² En 1999, el Congreso promulgó la Ley de Protección

41. Landes and Posner, pág. 175.

42. Ley de Protección del Consumidor contra el Uso No Autorizado de Marcas Comerciales en Internet, noviembre de 1999.

del Consumidor contra el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet para clarificar la función de las marcas comerciales en nombres de dominio y evitar el “uso no autorizado de marcas comerciales en Internet” (es decir, intentos por parte de firmas de adquirir nombres de dominios, incluidos los que involucran a marcas comerciales, con el fin de revenderlos a los titulares de las marcas comerciales). ICANN también estableció mecanismos para resolver disputas por nombres de dominios que surjan en los gTLD existentes; por ejemplo: en 1999, estableció que su Política uniforme de resolución de disputas (Uniform Dispute Resolution Policy, UDRP) en la que se fijaban procedimientos para resolver disputas por nombres de dominio.⁴³ Como se analiza a continuación, ICANN también ha iniciado un proceso para abordar las inquietudes de los titulares de marcas comerciales y mejorar los mecanismos para resolver disputas acerca del uso de marcas comerciales en nombres de dominio.

48. No obstante, tal como enfatizan diversos comentarios sobre la propuesta de ICANN en relación con gTLD, los titulares de marcas comerciales todavía deben esforzarse por monitorizar el uso no autorizado de sus marcas y hacer cumplir sus derechos de propiedad. Muchos titulares de marcas comerciales manifiestan su inquietud relacionada con la posibilidad de que la introducción de nuevos gTLD exigirá la imposición de costos adicionales para monitorizar y hacer cumplir el uso debido de estas marcas comerciales, incluido el ingreso de registros “defensivos” que no cumplen ningún fin a los efectos de mejorar la eficiencia y son iniciados exclusivamente para proteger la propiedad intelectual del titular de la marca comercial.⁴⁴ Simultáneamente, sin embargo,

43. Conforme a estos procedimientos, un objetante eleva un reclamo ante un prestador de servicios de resolución de disputas aprobado por ICANN que sigue las políticas y los procedimientos especificados por ICANN para tratar la presentación.

44. Leer, por ejemplo, los comentarios enviados por Microsoft y por US Telecom a

resulta importante destacar que los registrantes que utilizan términos genéricos en nombres de dominio también tienen un interés personal por restringir la competencia limitando el uso de estos términos por parte de rivales comerciales en nombres de dominio y gTLD, pese a que existe un limitado beneficio potencial en términos de reducir los costos de monitorización y cumplimiento en tales circunstancias a raíz de la limitación en el uso de términos genéricos.

49. De hecho, un significativo beneficio potencial de la introducción de nuevos gTLD sería facilitar la expansión en el uso de términos genéricos en nombres de dominio. Tal como se analizó más arriba, el uso de dichos términos puede promover el bienestar de los consumidores al reducir los costos de búsqueda que deben asumir los usuarios de Internet. Por ejemplo: de establecerse *.cars* como gTLD probablemente se facilitaría la capacidad que tienen los usuarios de Internet para identificar información relacionada con automóviles y, probablemente, también ayudaría a que los registrantes atrajeran visitantes a sus sitios.

**B. LAS RESTRICCIONES SOBRE LA INTRODUCCIÓN
PROBABLEMENTE SEAN UN MECANISMO POCO EFICIENTE
PARA PROTEGER MARCAS COMERCIALES.**

50. Si bien al proteger las marcas comerciales y la propiedad intelectual se promueve el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica exige que se proteja a los titulares de marcas comerciales con el mínimo costo posible. Es poco probable que las restricciones a la introducción sean la forma más eficiente de proteger a los titulares de marcas comerciales.

ICANN, 15 de diciembre de 2008 (<http://forum.icann.org/lists/gtld-guide/>).

51. Actualmente, se dispone de mecanismos para proteger el uso de marcas comerciales en nombres de dominio. Tal como se mencionó más arriba, además de la legislación referente a marcas comerciales, ICANN cuenta con la UDRP para resolver disputas que indiquen que un registrante es propietario de un nombre de dominio que infringe una marca comercial existente. Si bien se resuelve una importante cantidad de disputas en forma rutinaria con estos procedimientos y es posible que se registre cierta insatisfacción con estas reglas por parte de los titulares de marcas comerciales, las restricciones a la introducción son un enfoque extremo para abordar inquietudes relacionadas con marcas comerciales si se considera la existencia de enfoques alternativos (como modificar los mecanismos existentes de resolución de disputas) que también pueden ayudar a alcanzar estos objetivos y, a la vez, preservar los beneficios de la introducción para los consumidores.

52. Por ejemplo: la literatura económica demuestra que se pueden evitar solicitudes frívolas de gTLD o impugnaciones frívolas de nombres nuevos exigiendo que la parte que pierda una impugnación acarree el costo legal de ambas partes. Con reglas del estilo “paga el perdedor”, una persona que no es titular de una marca comercial e intenta obtener un nombre de dominio o un gTLD basado en una marca comercial tendría que abonar los cargos legales del titular de la marca comercial y todo cargo administrativo relacionado en caso de que el titular de la marca comercial lograra impugnar el nombre de dominio o gTLD. La imposición de esta clase de reglas desalentaría todo intento frívolo por parte de personas que no sean titulares de marcas comerciales de obtener nombres de dominio basados en los términos de una marca comercial o que sean tan similares a dichos términos como para crear confusión; también

se eliminaría la necesidad de registros defensivos.⁴⁵ Con una versión más extrema de la regla del estilo “paga el perdedor”, se podrán imponer multas a las partes que posean nombres e infringen una marca comercial.⁴⁶

53. Además, ICANN ha iniciado un proceso para evaluar las inquietudes presentadas por los titulares de marcas comerciales al solicitar recomendaciones para mejorar los mecanismos destinados a proteger la propiedad de los titulares de marcas comerciales que ayudan a evitar el uso no autorizado de marcas comerciales en nombres de dominio. En el mes de marzo de 2009, ICANN conformó el IRT con el propósito de considerar y recomendar propuestas para ayudar a proteger los derechos legales de los titulares de marcas comerciales concentrándose en (pero sin limitarse a) cuestiones que pudieran surgir con respecto a la introducción de nuevos gTLD.⁴⁷

54. Recientemente, el IRT ha publicado un informe que propone nuevos mecanismos para proteger a los titulares de marcas comerciales. Algunas de las propuestas son: crear un centro de intercambio de información sobre la propiedad intelectual centralizado para respaldar a los registros de nuevos gTLD; instituir un mecanismo para bloquear el registro de nombres de dominio con determinadas marcas comerciales protegidas en el ámbito mundial (aquellas incluidas en la Lista de marcas protegidas en el ámbito mundial) tanto en el espacio de nombres de dominio de primer nivel como en el de nombres de dominio de segundo nivel; y crear una sede física para

45. J. Hughes and E. Snyder, “Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence,” 38 J. Law and Econ. 225 (1995).

46. A fin de garantizar que las firmas cuenten con suficientes fondos para abonar las multas, ICANN podría exigir que se emita un bono al momento de elevar una disputa o de registrar un dominio.

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

llevar adelante procedimientos acelerados en caso de infracción y abuso flagrantes de marcas comerciales. Las recomendaciones del IRT a la Junta directiva de ICANN se encuentran en revisión actualmente y se anticipa la recepción de más comentarios públicos.

55. Por último, la expansión en la cantidad de TLD conforme a la propuesta de ICANN no parecería presentar ningún problema nuevo con relación al cumplimiento y la monitorización de marcas comerciales que no surjan en el sistema existente de nombres de dominio. Por ejemplo: consideremos el intento de Ford por proteger su nombre de dominio *Ford.com*. La firma ya mantiene y monitoriza numerosos nombres alternativos (*Fordvehicles.com*, *Lincoln.com*, entre otros). No queda claro en qué medida la introducción de un nuevo gTLD (por ejemplo: *.cars*) diseñado para sitios relacionados con automóviles podría seguir aumentando el esfuerzo requerido y los costos asociados a la monitorización del uso de las marcas de Ford. La introducción de las marcas comerciales de Ford en el gTLD *.cars* genera la misma inquietud que en otros gTLD y, por ende, parece no generar problemas nuevos en relación con la identificación o monitorización de marcas comerciales en nombres de dominio.

C. APARENTEMENTE, LOS Oponentes SOBRESTIMAN LA MAGNITUD DE LAS INQUIETUDES RELACIONADAS CON “REGISTROS DEFENSIVOS”.

56. Si bien las inquietudes relacionadas con el impacto de los gTLD en la necesidad de “registros defensivos” merecen extrema atención, se conoce relativamente poco acerca del alcance de dichos registros. El informe económico de AT&T pretende documentar el alcance de los “registros defensivos” pero parece sobrestimar la magnitud de tales inquietudes. Más específicamente, el Informe Kende presenta datos de

MarkMonitor para cinco firmas “representativas” y sugiere que más del 99 por ciento de los registros de estas firmas son “defensivos”. El Dr. Kende define a los registros defensivos como aquéllos que “redireccionan el tráfico de visitantes a un registro central” y sostiene que esta clase de registros cumple con el único propósito de “evitar el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet”.⁴⁸

57. Sin embargo, muchos registros que “redireccionan tráfico” a otros sitios cumplen fines productivos al atraer y retener tráfico de Internet, no sirven simplemente para evitar el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet. El Dr. Kende no efectúa distinción alguna entre estos tipos alternativos de registros “defensivos”.⁴⁹ Por ejemplo, los siguientes tipos de registros que redireccionan tráfico de visitantes a otros sitios ayudarían a atraer tráfico y no servirían solamente para evitar el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet:

- Registros que involucran nombres de marcas comerciales y dirigen el tráfico de visitantes al sitio web de una matriz corporativa.
- Registros que involucran nombres de marcas comerciales que ya se encuentran en uso activo.

48. Informe Kende, pág. 7. En forma más detallada, el Dr. Kende define a los registros defensivos de la siguiente manera: “Registro defensivo: Estos registros no son únicos dado que no resuelven problemas, redireccionan el tráfico a un registro central ni incluyen contenido exclusivo; por ejemplo: registros con errores tipográficos de un nombre utilizado como marca comercial. Se los registra para evitar el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet; o bien, son recuperados de manos de intrusos cibernéticos que los registraron primero”.

49. El Dr. Kende no ha presentado los datos ni los formularios de sondeo que conforman el fundamento de su análisis. Como resultado, no queda claro si las personas que contestaron el sondeo consideran a todos los registros que simplemente redireccionan tráfico a otros dominios como inversiones “defensivas” no productivas o si esta aseveración proviene de una interpretación del Dr. Kende.

- Registros que involucran nombres de marcas comerciales no utilizados actualmente que pudieran ser usados en el futuro.
- Registros que involucran errores ortográficos habituales que redireccionan el tráfico de visitantes al sitio central.

58. Tan solo como ejemplo, actualmente mi propia firma (Compass Lexecon) posee varias docenas de registros además de *compasslexecon.com*. Entre ellos podemos mencionar a *compass.com* y a *lexecon.com*, los registros que eran propiedad de las dos compañías que se fusionaron para formar Compass Lexecon.⁵⁰ Estos dominios no alojan contenido actualmente; en cambio, dirigen el tráfico de visitantes a *compasslexecon.com*. Al conservar estos registros se evita la posible pérdida de tráfico de visitantes generada por personas que pudieran desconocer el cambio de nombre de la firma. Sin embargo, estos registros serían considerados como “registros defensivos” no productivos según el estándar adoptado por el Dr. Kende.

59. Las firmas conservan registros “defensivos” por innumerables motivos que poco tienen que ver con la protección de marcas comerciales⁵¹ Indudablemente, algunos registros se efectúan para prevenir el abuso de marcas comerciales. Sin embargo, como el Dr. Kende no efectúa distinción alguna entre “registros defensivos” diseñados exclusivamente para prevenir el uso no autorizado de marcas comerciales en Internet y los que se emplean para ayudar a atraer y conservar tráfico de Internet

50. Además, Compass Lexecon posee diversos registros .cc y registros relacionados que dirigen el tráfico al sitio *compasslexecon.com*.

51. A fin de citar un ejemplo adicional, es posible que las firmas registren diversos nombres de dominio de “zona inversa” para monitorizar el origen del tráfico de Internet. Estos nombres de dominio serían clasificados como “defensivos” por el Dr. Kende pero están completamente desvinculados con cualquier intención de proteger marcas comerciales.

(redireccionándolo a otro sitio) en su resumen de los datos de MarkMonitor, exagera las consecuencias adversas de la propuesta de ICANN respecto de los gTLD.

60. Además, el éxito relativamente limitado de nuevos TLD como *.info* y *.biz* sugiere que los registros defensivos revisten menor importancia que la sugerida por AT&T y otros autores de comentarios. Desde su introducción en el año 2001, *.info* ha atraído 5 millones de registrantes y *.biz* a 2 millones, cifras muy inferiores a los aproximadamente 80 millones de registrantes que se deciden por *.com*.⁵² Si bien es posible que algunos de los registros para nombres de dominio bajo los nuevos gTLD hayan sido efectuados con propósitos defensivos, la cantidad limitada de registros para nuevos gTLD indica que la amplia mayoría de registrantes *.com* no encontró ningún motivo que lo obligara a efectuar registros defensivos en los nuevos gTLD.

V. ES POCO PROBABLE QUE LOS LÍMITES DE PRECIOS GENEREN IMPORTANTES BENEFICIOS PARA LOS CONSUMIDORES.

61. Diversas partes han sugerido que se someta a los nuevos gTLD a límites de precios similares a los impuestos a *.com* y a los demás TLD principales sin patrocinio como *.net*, *.org*, *.info* y *.biz*, entre otros.⁵³ Las dos inquietudes primordiales que motivan esta propuesta son: (i) la posibilidad de que se cobren precios extremadamente competitivos por registros defensivos a los titulares de marcas comerciales y (ii) la posibilidad de que cobren precios extremadamente competitivos a los registrantes involucrados como resultado de los costos que deben asumir por pasar a otro registro. En esta sección se demuestra que ambas inquietudes no son pertinentes.

A. LA DISPONIBILIDAD DE MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA PROTEGER A LOS TITULARES DE MARCAS

52. Informes mensuales de operadores de registros de ICANN, enero de 2009.

53. Ver, por ejemplo, la carta de la NTIA, pág. 2 y la carta del DOJ, pág. 7

COMERCIALES IMPLICA QUE NO ES NECESARIO IMPONER LÍMITES DE PRECIOS PARA PROTEGER A LOS CONSUMIDORES.

62. Tanto el DOJ como otras entidades sugieren que imponer límites de precios sobre los nuevos gTLD es una medida adecuada porque los nuevos gTLD podrán cobrar precios extremadamente competitivos debido a que la demanda de registros defensivos probablemente resulte “altamente rígida”.⁵⁴ Sin embargo, la demanda de dichos registros probablemente resulte altamente rígida solamente si los mecanismos de resolución de disputas implementados para hacer cumplir los derechos de propiedad son ineficientes.

63. Tal como se analizó más arriba, ya se han implementado mecanismos para resolver disputas e ICANN ha participado activamente en procedimientos diseñados para modificar y mejorar estos mecanismos. Ante la existencia de propuestas debidamente diseñadas para proteger a las marcas comerciales, no existe motivo alguno para suponer que los nuevos gTLD podrán cobrar precios excesivos o que existirá la necesidad de imponer límites de precios. Según se analiza más detalladamente a continuación, la imposición de límites de precios probablemente desaliente la inversión en nuevos gTLD y la experimentación con nuevos modelos comerciales con el potencial de impugnar TLD .com y otros TLD principales para nuevos registrantes.

B. LOS COSTOS DE TRANSFERENCIA CREAN INCENTIVOS PARA COMPETENCIA “EX ANTE” ENTRE PROVEEDORES.

64. Los registrantes que adoptan un nombre de dominio de Internet en particular deben asumir costos por cambio de registros porque el uso del TLD en el nombre de dominio no permite transferir direcciones de Internet entre registros. En otras

54. Informe Kende, pág. 12.

palabras, el titular de un nombre de dominio que desee cambiar de registros deberá, como mínimo, adoptar un nuevo TLD. Se imponen costos de transferencia para diversos productos e industrias y la existencia de dichos costos, en cierto grado, puede hacer que los clientes queden en deuda con sus proveedores. Esto puede crear un incentivo para que los operadores de registros actúen en forma oportunista elevando precios a niveles superiores en relación con lo que podrían esperar los registradores al momento de obtener su nuevo nombre de dominio una vez que un registrante obtiene un nuevo nombre de dominio. Quienes proponen la incorporación de límites de precios para servicios de registro en los contratos de registro podrían argumentar que dichos límites eliminan el riesgo de tales conductas oportunistas por parte de los registros.

65. Sin embargo, la competencia entre proveedores para atraer nuevos clientes en mercados caracterizados por costos de transferencia limita o elimina el incentivo y la capacidad para actuar en forma oportunista por parte de los proveedores. Por ejemplo: un proveedor que impone un precio inesperado o incrementos no razonables de precios perjudicará rápidamente su reputación y eso afectará enormemente su capacidad para seguir atrayendo clientes nuevos. En consecuencia, incluso ante la ausencia de límites de precios, la competencia puede reducir o eliminar el incentivo para que los proveedores actúen en forma oportunista.

66. La literatura económica reconoce la función de la competencia “ex ante” para desalentar la conducta oportunista por parte de proveedores de productos que involucran costos de transferencia. Por ejemplo: un estudio académico líder sobre costos de transferencia señala:

El poder de monopolio que obtienen las firmas sobre sus respectivos segmentos de mercado deriva en una vigorosa

competencia por participación en el mercado antes de que los consumidores se hayan vinculado con los proveedores.⁵⁵

67. En la literatura económica también se reconoce que una firma que actúa en forma oportunista en su trato con consumidores que deben hacer frente a costos de transferencia probablemente sufra perjuicios en su reputación que limitarán su capacidad para atraer clientes nuevos a largo plazo.

... todos los vendedores tienen compradores “cautivos” a corto plazo. No deberíamos preocuparnos por ligeros grados de poder de monopolio, el mercado libre se ocupará de dicho poder mucho antes de lo que pudiera hacerlo la intervención de la legislación antimonopolio. El vendedor que explote su “monopolio” de repuestos descubrirá que perdió muchos compradores de su equipo original al siguiente período comercial.⁵⁶

68. Esta opinión también se ve reflejada en Carl Shapiro (1995), el actual Fiscal General Adjunto de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los EE. UU., en su análisis de la decisión de la Suprema Corte de los EE. UU. en *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*⁵⁷ Este caso involucró la denuncia de que Kodak infringía las leyes antimonopolio limitando la capacidad de sus clientes para obtener repuestos de cualquier firma que no fuera Kodak. Shapiro llega a la conclusión de que los proveedores que se desempeñan en mercados en crecimiento hacen frente a los incentivos más poderosos para preservar su reputación y, por ende, evitan incurrir en

55. Klemperer, Paul. “Markets with Consumer Switching Costs” *Quarterly Journal of Economics* 102 (1987), 375-394, pág. 377. Investigué conclusiones similares en mi propio análisis del caso *Kodak*. Carlton, Dennis. “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why *Aspen* and *Kodak* are Misguided,” *Antitrust Law Journal* 68 (2001), 659-683, pág. 679.

56. Posner, Richard. *Antitrust Law*, 2ª Edición. Chicago: University of Chicago Press, 2001, pág. 230.

57. Shapiro, Carl. “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of *Kodak*,” *Antitrust Law Journal* 63 (1994), 483-511.

conductas oportunistas.⁵⁸ Esto se debe a que, en un mercado en crecimiento, una firma oportunista arriesga pérdidas futuras más importantes en comparación con las firmas similares en mercados estables o en retroceso. En consecuencia, el fundamento para imponer límites de precio es más débil en industrias de crecimiento rápido.

69. La competencia *ex ante* sirve para proteger tanto a consumidores desinformados, que deben hacer frente a un mayor riesgo de incrementos oportunistas en los precios, como a consumidores más informados ya que ambos grupos de consumidores abonan los mismos precios. Además, se pueden negociar otros mecanismos contractuales para evitar que los proveedores incurran en conductas oportunistas. Por ejemplo: las empresas y los clientes pueden firmar contratos a largo plazo con condiciones de renovación que especifiquen la capacidad del proveedor para modificar los precios con el transcurso del tiempo.

C. LA COMPETENCIA ENTRE REGISTROS TLD EXISTENTES Y NUEVOS LIMITA LAS INQUIETUDES RELACIONADAS CON CONDUCTAS OPORTUNISTAS.

70. Ya en 1998, la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission, “FTC”) llegó a la conclusión de que la existencia de costos de transferencia impuestos sobre los titulares de nombres de dominio no dio origen a un significativo impedimento para la privatización del Sistema de nombres de dominios de Internet. En respuesta a la solicitud de recibir comentarios sobre este tema presentada por la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información, la FTC concluyó que:

Parecería factible que la ausencia de la capacidad de transferencia de nombres de dominio entre registros podría imponer un costo de transferencia sobre los usuarios que cambien de registros... En

58. Shapiro (1994), pág. 490.

consecuencia, desde el punto de vista teórico es posible que un proveedor eleve los precios futuros a clientes cautivos...

En el análisis económico de mercados con costos de transferencia se ha identificado una cantidad de factores que, en circunstancias apropiadas, puede reducir la capacidad y el incentivo de un proveedor para actuar en forma oportunista con respecto a sus clientes cautivos....

En general, llegamos a la conclusión de que si bien existe la posibilidad de que un proveedor actúe en forma oportunista, los beneficios potenciales para los clientes que surgen de la mayor competencia (al igual que las posibles reducciones en los precios y las mejoras en la calidad) representan argumentos en favor de [asignar registros a firmas sin fines de lucro].⁵⁹

71. Actualmente, la competencia entre diversos TLD reduce la cantidad de inquietudes relacionadas con conductas oportunistas por parte de los registros de nuevos gTLD que pudieran surgir a partir de los costos de transferencia impuestos sobre los registrantes de nuevos nombres de dominio. En primer lugar, los registros de nuevos gTLD deben hacer frente a la competencia de una amplia variedad de alternativas, incluidos los TLD principales existentes (.com, .net, .org), los TLD existentes menos establecidos (por ejemplo: .info, .biz), TLD en código de país, TLD patrocinados (como .museum, .aero) y otros nuevos participantes en el ámbito de gTLD. La mera existencia de estas alternativas implica que es poco probable que los nuevos gTLD logren atraer una importante cantidad de registrantes nuevos si incurren en conductas oportunistas que perjudiquen su reputación. Bajo estas circunstancias, no es necesario imponer límites de precios para proteger a los registrantes que hagan uso de registros de nuevos gTLD.

72. Las inquietudes relacionadas con conductas oportunistas por parte de operadores de registros también se ven limitadas en la medida de que los nuevos gTLD

59. Comentario del personal de los Departamentos de economía y competencia de la FTC: “Con relación a la mejora de la administración técnica de nombres y direcciones de Internet”, 23 de marzo de 1998, pág. 3-4.

ofrezcan servicios con el uso de registradores existentes. Se podría suponer que la participación continua de los registradores en la oferta de servicios relacionados con nombres de dominio les permita estar bien informados acerca de posibles conductas oportunistas por parte de los operadores de registros y los posicionen de tal manera como para alejar a posibles clientes de nuevos gTLD que actúen de esta manera.

73. El hecho de que los TLD principales existentes se encuentren sujetos actualmente a límites de precios restringe aún más la capacidad de los operadores de registros de nuevos gTLD para cobrar precios no competitivos. Más específicamente, los contratos vigentes firmados entre el Departamento de Comercio de los EE. UU., ICANN y VeriSign limitan los incrementos de precios que puede cobrar VeriSign a los registradores para los TLD .com y .net. Diversos TLD sin patrocinio adicionales (como .info y .biz) también están sujetos a límites de precios. Pese a que la idoneidad de estos límites de precios puede ser merecedora de debate, la existencia de los topes máximos limitan los precios que pueden cobrar los nuevos gTLD, lo que limita los importes que pueden cobrar los operadores de registros principales.

74. Si bien la mayoría de los TLD principales está sujeta a límites de precio, algunos nuevos TLD patrocinados como *.museum*, *.travel* y *.tel*, no lo están. No tengo conocimiento de ninguna reclamación presentada por registradores o usuarios finales que obtienen servicios de estos nuevos TLD patrocinados que indique que sus registros hayan actuado en forma oportunista al elevar precios de forma significativa a clientes existentes. Este hecho sirve como evidencia adicional de que no es necesario imponer límites de precios para proteger a los registrantes de conductas oportunistas por parte de los registros de nuevos gTLD.

75. Por último, el crecimiento sostenido de los servicios de Internet reduce aún más la cantidad de inquietudes relacionadas con conductas oportunistas por parte de los operadores de registros de nuevos gTLD. Como se mencionó más arriba, los incentivos para incurrir en conductas oportunistas son menores en industrias de crecimiento rápido. La cantidad de nombres de dominios registrados, así como el uso integral de Internet, ha crecido drásticamente en los últimos años y se espera que continúe su rápido ascenso. Además, la cantidad de usuarios de Internet en los EE. UU, ha aumentado de aproximadamente 31 millones en 1997 a 90 millones en 2000 y a más de 183 millones en 2007.⁶⁰ Las proyecciones indican que Internet conservará esta tasa de crecimiento en el futuro. Por ejemplo: se proyecta una sextuplicación en el tráfico de IP total 2012 entre 2007 y 2012.⁶¹ Bajo estas circunstancias, los operadores de registros de nuevos gTLD que actúen en forma oportunista deberían hacer frente a la pérdida de significativas oportunidades comerciales en el futuro.

VI. CONCLUSIÓN

76. Los beneficios del ingreso irrestricto son ampliamente reconocidos y la introducción de nuevos gTLD probablemente beneficie a los consumidores al someter a *.com* y a otros gTLD a un mayor nivel de competencia, ampliar las opciones disponibles para los consumidores y facilitar la innovación. Paralelamente, las aseveraciones que indican que la introducción de nuevos gTLD requerirá la implementación masiva de registros defensivos parecen ser exageradas y no condecirse con la observación

60. Resumen estadístico de los Estados Unidos 2007: Uso de Internet y Servicios en línea (<http://www.census.gov>)

61. Consultar “Cisco Visual Networking Index – Forecast and Methodology, 2007-12”, documento que puede encontrarse en http://newsroom.cisco.com/dlls/2008/prod_061608b.html

frecuentemente señalada en relación con una limitada cantidad de registros en gTLD introducidos en los últimos años. El marco legal existente y los procedimientos establecidos por ICANN brindan mecanismos para proteger las marcas comerciales y ocuparse de las inquietudes relacionadas con la confusión de los consumidores. De ser necesario, ICANN podría crear diversos mecanismos adicionales como protección contra el abuso de marcas comerciales existentes. Es poco probable que la solución draconiana de impedir la introducción como medio para prevenir la necesidad de efectuar registros defensivos represente un mecanismo eficiente para abordar estos costos porque priva a los consumidores de los beneficios de la introducción.

77. Además, no existe un fundamento económico para imponer límites de precios sobre los registros de estos nuevos gTLD. Los procedimientos existentes y propuestos por ICANN diseñados para proteger los derechos de los titulares de marcas comerciales reducen la necesidad de efectuar registros defensivos y de imponer límites de precios para proteger a los titulares de marcas comerciales. Además de las inquietudes relacionadas con la protección de los titulares de marcas comerciales, se dispone de una amplia variedad de mecanismos de mercado que protegen a los consumidores que deben asumir costos de transferencia, como ser los titulares de nombres de dominios de registros de nuevos gTLD. Ante la ausencia de límites de precios, los operadores de registros de nuevos gTLD que intenten actuar en forma oportunista elevando los precios a los registradores una vez que los registrantes firman su contrato para obtener nombres de dominio deberán hacer frente a un importante riesgo de perjudicar su reputación y de perder futuros clientes. Estos riesgos se acentúan por la disponibilidad de nombres de dominio ofrecida por una amplia variedad de registros alternativos, por el hecho de que

los precios cobrados por los registros principales ya están sujetos a límites de precios y por el esperado crecimiento sostenido de Internet. Paralelamente, exigir a los nuevos gTLD que limiten sus precios reduce su flexibilidad al momento de atraer clientes nuevos, entrando así en conflicto con el inteligente objetivo de ICANN de fomentar la competencia en la oferta de servicios de registro al facilitar la introducción de nuevos gTLD.

78. En resumen, debido a la capacidad y el incentivo de ICANN para modificar procedimientos existentes y adoptar otros novedosos que protejan los derechos de propiedad de los registrantes, sería un error abordar esta inquietud en esta instancia a través de la solución draconiana de prohibir todos los nuevos gTLD.