



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Referencia: Medidas cautelares de urgencia – Ley 1437
Radicación: 11001-03-26-000-2019-00146-00 (64832)
Demandante: Neustar, Inc.
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y otros

Tema: Medidas cautelares en trámite de arbitraje de inversión. Competencia del Consejo de Estado. Se confirma decisión que las negó porque no se encuentra acreditada la apariencia de buen derecho.

AUTO

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición presentado por Neustar, Inc contra el auto proferido el 30 de octubre de 2019 por el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera, en el cual se negó una solicitud de medidas cautelares de urgencia.

El Despacho es competente para adoptar la presente decisión, toda vez que se trata de un recurso de reposición que debe ser decidido por el mismo funcionario que dictó la providencia impugnada¹. En este caso, el suscrito magistrado actúa en reemplazo del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, quien terminó su periodo constitucional.

No se considera procedente atender la solicitud de decisión por parte de los tres consejeros que integran la Subsección B, en la medida que esta decisión implica alterar la competencia legal para resolver el recurso de reposición interpuesto contra una decisión de ponente. A juicio del Despacho no están dados los presupuestos del artículo 63 A de la Ley 270 de 1996, y el asunto se está atendiendo de manera preferente dada la naturaleza y la urgencia de la petición.

¹ Artículo 318 del CGP.



I. Antecedentes

1.- El 18 de septiembre de 2019, la sociedad Neustar Inc (en adelante <<Neustar>>), presentó la siguiente solicitud de medidas cautelares:

<<... que mientras se tramita el arbitraje bajo el TLC y hasta que se decida sobre el fondo de la disputa notificada el pasado 7 de junio de 2019 de conformidad con la Sección B del Capítulo del TLC, ordene al Estado Colombiano que no agrave la disputa internacional de inversión, preserve la Concesión hasta que termine la disputa internacional de inversión para no hacer nugatoria la ejecución de un laudo favorable y, en consecuencia:

- i. **Ordene al MINTIC – República de Colombia, la suspensión del Mapa de ruta para el proceso de selección del Dominio. CO y la suspensión de las decisiones y actuaciones para iniciar un proceso administrativo de selección objetiva para la contratación de un “nuevo administrador del Dominio .CO a partir del año 2020.**
- ii. *En caso que el acto administrativo de apertura de selección de un nuevo administrador se haya proferido, la suspensión del acto administrativo de apertura del proceso de selección objetiva.*
- iii. *Ordene al MINTIC – República de Colombia, la suspensión de todos los contratos, actos y las medidas dictadas, que tengan por objeto asesorar, estudiar, analizar o estructurar, el proceso de selección objetiva para la contratación de un “nuevo administrador” del Dominio .CO a partir del año 2020, o una similar.*
- iv. *Ordene al MINTIC – República de Colombia, abstenerse de realizar declaraciones públicas, a los medios de comunicación y redes sociales, incluidas páginas oficiales de internet, que puedan generar un juicio o exposición pública negativa en contra de los inversionistas en los medios de comunicación (trial by media)*
- v. *Ordene al MINTIC – República de Colombia, que formalice la prórroga de la Concesión 019 de 2009 hasta el año 2030, apruebe las garantías y suscriba documento motivado con .CO Internet.*
- vi. *Ordene al MINTIC – República de Colombia que negocie de buena fe en lo que resta de la etapa de consultas y negociaciones de acuerdo al artículo 10.15 del TLC; las mejoras de las contraprestaciones, en consecuencia que estudie las ofertas de los inversionistas y presente*



las suyas de buena fe, coopere positivamente sin avisar de su posición de dominio como autoridad pública>>

2.- La solicitud se fundamentó, desde el punto de vista procesal, en lo dispuesto por el artículo 10.18.3 del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (en adelante el <<TLC>>), la regla 39 (6) del Tratado que contiene las reglas de Arbitraje del Centro Internacional de arreglo de Disputas de Inversión (en adelante <<Ciadi>>) y el artículo 234 del CPACA.

3.- En lo sustancial, se fundó en la necesidad de <<preservar los derechos e interés que el TLC le confiere a NEUSTAR, INC, incluyendo, pero sin limitarse, a los derechos derivados de la inversión consistente en el Contrato de Concesión 0019 de 2009>> suscrito entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (en adelante <<Mintic>>) para administrar el dominio .CO, para lo cual el solicitante realizó las siguientes afirmaciones:

3.1.- Que el 3 de septiembre de 2009 se celebró el contrato de concesión No. 00019 de 2009 entre Neustar/.CO Internet y el Mintic (en adelante el <<Contrato>>), el cual tuvo por objeto <<la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás de la naturaleza del ccTDL .CO y para prestar servicios>>. Su ejecución inició el 7 de febrero de 2010.

3.2.- El artículo 2 de la Ley 1065 dispuso que cuando la administración del dominio .CO se confiriera a particulares, <<la duración del convenio podrá ser hasta de 10 años, prorrogables, por una sola vez, por un lapso igual al del término inicial>>

3.3.- Desde el inicio del proceso de selección, el Mintic garantizó la prórroga del contrato al futuro administrador. Según los pliegos, la minuta y el contrato, solo se requería cumplir con unos formalismos como <<la ampliación y extensión de la garantía y la suscripción previa de un documento que así lo dispusiera>>.

3.4.- El 3 de febrero de 2014, el Mintic autorizó la modificación del contrato para permitir que Neustar tomara el control del 100% de las acciones de .CO Internet, con el fin de adelantar planes de inversión más agresivos y ampliar la base de distribuidores y usuarios del dominio .CO. De este modo, Neustar esperaba garantizar su derecho a la primera opción de la prórroga, a lo que ha dedicado importantes esfuerzos y recursos.

3.5.- Neustar se basó en el TLC, las leyes colombianas, la concesión y sus derechos derivados, para invertir en Colombia a través de .CO Internet, fortaleció su capacidad internacional global, comprometió recursos en la



administración, promoción y comercialización de ccTLD.CO, e invirtió 109 millones de dólares en la compra del 100% de las acciones de .CO Internet.

3.6.- La Concesión es un activo de propiedad de Neustar que, según el artículo 10.28 del TLC, goza de protección por tener las características de una inversión, en cuanto implica i) el compromiso de capitales; ii) la expectativa de obtener ganancias y utilidades; iii) la asunción de un riesgo; iv) tiene la forma de contrato de gestión o concesión, entre otros. Por esta condición, tiene derecho a no ser expropiado y a que se le garantice un trato mínimo, justo y equitativo.

3.7.- El 21 de septiembre de 2018, Neustar manifestó su intención de continuar con la Concesión, para lo cual, de buena fe, ofreció reestructurar las prestaciones y la vinculación de otros mecanismos para lograr la transformación digital en Colombia.

3.8.- El Ministerio contestó la solicitud de prórroga mediante comunicación del 22 de noviembre de 2018, en la que señaló que esa entidad tenía la potestad de hacerlo, con desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 1065 de 2006.

3.9.- El 27 de diciembre de 2018 Neustar insistió ante el Mintic sobre su voluntad de prorrogar el contrato y la disposición de iniciar conversaciones para formalizarla.

3.10.- El 5 de marzo de 2019, .CO internet insistió ante el Mintic en la necesidad de avanzar en el proceso de negociación de la prórroga *<<que entendía como no automática, sino que se daría a través de negociación, donde varias condiciones del contrato se podrían modificar>>*.

3.11.- A los tres días de enviada la comunicación anterior, .CO Internet y Neustar fueron sorprendidos con un requerimiento del Mintic para que *<<en una semana entregara un programa de transición de la totalidad de los registros de dominios de .CO al posible nuevo concesionario y su cronograma de manera que la misma pudiera ser realizada antes del 2 de febrero de 2020>>*.

3.12.- Luego de varios meses a la espera de la decisión sobre la prórroga, el Gobierno informó por los medios de comunicación que abriría la licitación para la administración del dominio .CO.

3.13.- Por su parte Neustar, formalizó, el 22 de mayo de 2019, una oferta económica consistente en el pago de USD \$200M, mediante: i) un incremento de las contraprestaciones del 6.3% al 28% o el equivalente a USD\$110 M durante los próximos 10 años, además de un pago anticipado al Mintic de USD\$50M; ii) una contraprestación de USD \$10M destinados a programadas de inversión social y desarrollo de economía digital; iii) un plan de presencia en



línea para todas las Pymes de USD \$90M en 10 años y iv) un incremento de la inversión de mercadeo de USD \$5M anuales.

3.14.- El Mintic no contestó la oferta económica e ignoró las promesas de prórroga que hizo al inversionista y, por el contrario, ha agilizado las actuaciones para <<expropiar>> la Concesión con lo cual: i) desconoce el derecho de Neustar a la prórroga hasta el 2030; ii) el derecho a negociar de buena fe la oferta de mejora económica presentada, garantizada por el derecho internacional (el TLC).

3.15.- La <<expropiación>> de la Concesión generaría la responsabilidad internacional de Colombia y perjuicios irremediables para la Nación de, por menos, US\$350 millones, lo que puede ser evitado si el Mintic cumple con las garantías otorgadas a los inversionistas en la ley, el TLC y la Concesión.

3.16.- Ante la decisión del Estado Colombiano se seguir adelante con la estructuración de la licitación y desatender la solicitud de prórroga y la oferta económica antes señalada, Neustar notificó, el **7 de junio de 2019**, al Mintic y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la existencia de una disputa internacional de inversionista – Estado con la República de Colombia, por violaciones del TLC, relativas al estándar mínimo, trato nacional, trato nación más Favorecida (CFM) y no expropiación sin indemnización, lo que hizo al amparo de los artículos 10.15 y 10.16.2 del TLC.

3.17.- Luego de notificada la disputa y cuando Neustar esperaba reunirse con el Gobierno para negociar la prórroga, el Mintic desatendió su obligación internacional de suspender toda actuación que pudiera entorpecer, frustrar la negociación y agravar la disputa internacional.

3.18.- Para el solicitante, se debe aplicar el derecho internacional garantizando los derechos del inversionista previstos en el TLC, entre otros, a la no expropiación, pues a los Estados les está proscrito oponer normas de derecho interno para omitir o rehusar el cumplimiento de las obligaciones de origen internacional o comunitario (regla consuetudinaria del derecho internacional público recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969).

3.19.- Para Neustar, la petición de medidas cautelares satisface los requisitos del artículo 231 del CPACA, por cuanto:

- i) La reclamación de .CO Internet/Neustar está fundada en derecho.
- ii) Neustar/.CO Internet es titular de los derechos a la formalización de la prórroga, a la preservación del *statu quo* mientras dura el proceso y, a la no agravación de la disputa;
- iii) Es más gravoso para el interés público negar las medidas que concederlas;



- iv) Existen serios motivos para considerar que si no se ordena la medida cautelar, los efectos del laudo arbitral serían nugatorios.
- v) Existe *apariencia de buen derecho* porque el artículo 2 de la Ley 1065 de 2006 y los términos de la Concesión garantizan el derecho a la prórroga, lo que fundamenta, adicionalmente en los derechos consagrados por el TLC a favor del inversionista de garantizar sus expectativas legítimas, actuar de buena fe, no expropiar sus derechos y no lo discriminar. Estima violados los derechos otorgados a los inversionistas en el capítulo 10 del TLC (artículos 10.3, 10.4, 10.5:1, 10.7:1 y 10.7:2)
- vi) Es más gravoso para el interés público negar las medidas cautelares que concederlas. Al accederse a la medida cautelar el Estado se economizaría los costos de una licitación, eliminaría el riesgo de que el <<nuevo operador>> incumpla el contrato y termine recibiendo menos ingresos de los prometidos en la oferta de Neustar/ .CO Internet, los costos del arbitraje internacional y el pago de la indemnización a .CO Internet y Neustar de no menos de US\$350 millones. El Estado está expuesto a diversos riesgos (económico, técnico, de incumplimiento de las obligaciones internacionales, de incapacidad del nuevo operador, de seguridad nacional al quedar el dominio en manos de países no amigos y de detrimento patrimonial).

4.- Mediante auto del 30 de octubre de 2019, el magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera, rechazó de plano la petición bajo la consideración de que una solicitud de medidas cautelares al amparo del artículo 10.18.3 del TLC solo es procedente cuando las reclamaciones *estén sometidas a arbitraje* y no cuando solo se haya *notificado al Estado la intención* de someter una reclamación a arbitraje. Toda vez que en el presente caso el solicitante solo había notificado la intención de someter la disputa a arbitraje y no la había sometido aún a este mecanismo de solución de controversias, se consideró improcedente la solicitud.

A lo anterior se adicionó que, de conformidad con el artículo 589 del CGP que permite la solicitud, decreto y práctica de medidas cautelares por fuera del proceso, se requiere que exista una solicitud de práctica de pruebas extraprocesales, lo que no ocurre aquí.

5.- El 14 de noviembre de 2019, el apoderado de Neustar interpuso recurso, en el que solicitó:

- Adicionar el auto en el sentido de que la petición de urgencia también es para proteger el activo consistente en la Concesión, que tiene derecho a la prórroga hasta el año 2030 de acuerdo con el derecho internacional y local.



- Revocar el auto y decretar las medidas cautelares urgentes de carácter internacional
- Ordenar al Mintic que no adelante ningún acto que lleve a la terminación y liquidación anticipada de la Concesión.

Fundamentó su recurso en lo siguiente:

5.1.- La interpretación de los textos legales internacionales realizada en el auto del 30 de octubre de 2019, no es consistente con la literalidad de los mismos y la decisión no resolvió todas las solicitudes presentadas, en especial la de protección de los activos del inversionista.

La solicitud no tenía por objeto, exclusivamente, prevenir que las acciones del Mintic agraven la disputa sino *<<principalmente, buscan preservar el derecho de mantener la inversión mientras se decide de fondo una demanda que no se ha podido presentar porque se debe esperar 90 días desde la notificación de intención para presentar la notificación de arbitraje>>*.

5.2.- Es *<<claro que, en el momento de constituirse el tribunal arbitral de inversión, este podrá tomar la decisión de mantener la medida cautelar o revocarla, si el Despacho accede a las solicitudes aquí presentadas. Lo que no podrá hacer ese tribunal arbitral internacional, es tomar las medidas cautelares que aquí solicitamos, porque para la fecha en que se constituya, el MINTIC, como lo ha anunciado tantas veces, ya habrá adjudicado la concesión a un tercero>>*

5.3.- La disputa es, principalmente, sobre el tratado: violación de las obligaciones de la sección A, realización de actos ilegales frente a los derechos derivados de la inversión cubierta del solicitante, necesidad de protección de la inversión y por ende, de la prórroga y garantía de negociación de mejoras para el Estado.

5.4.- Las normas internacionales habilitan la presentación de medidas cautelares, incluso, antes de la notificación del arbitraje.

6.- Junto con el recurso aportó aviso de convocatoria de la licitación pública No. MTIC – LP-01-2019 y proyecto de pliego de condiciones publicado el 5 de noviembre de 2019.

7.- El 3 de diciembre del 2019, la Secretaría de la Sección envió el expediente al despacho de la consejera María Adriana Marín en atención a la terminación del periodo constitucional del magistrado Carlos Alberto Zambrano Barrera y al hecho de que, con anterioridad, la doctora Marta Nubia Velásquez Rico, quien estaba encargada del despacho del doctor Zambrano, se había declarado impedida.



8.- El 18 de febrero del 2020 la consejera María Adriana Marín se declaró impedida.

9.- El 25 de febrero de 2020, los apoderados de Neustar y .CO Internet presentaron memorial en el que solicitaron que la decisión en el presente asunto fuera adoptada en la próxima Sala de Sección, por los consejeros que conforman la Subsección B, por importancia jurídica, carencia de antecedentes y para prevenir afectación grave al patrimonio nacional.

En este memorial, se informó, adicionalmente, que en el despacho del consejero Ramiro Pazos Guerrero cursa solicitud de medidas cautelares de urgencia y carácter internacional, formulada por la sociedad .CO Internet (radicado 64.831); que el objeto de las dos solicitudes <<está ligado>>; que, en cumplimiento de la exigencia establecida en el auto del 9 de octubre de 2019 (expediente 64.831), en nombre de las dos compañías (.CO Internet y Neustar), el 23 de diciembre de 2019, presentaron solicitud de arbitraje ante el CIADI; y que, el 13 de febrero de 2020, presentaron *nueva solicitud de medidas cautelares* en el expediente 64.831.

Al memorial del 25 de febrero de 2020 se adjuntó copia de la nueva solicitud de medidas cautelares presentada en el proceso 64.831.

10.- Finalmente es necesario indicar que, el 22 de octubre de 2019, la sociedad Central Comercializadora de Internet S.A.S. solicitó ser reconocida como tercero interesado e impugnadora en el presente trámite, solicitud que funda en que: i) es una empresa colombiana, experta en la provisión del servicio de dominios de internet; ii) desde el año 2018 le propuso al Mintic una alianza público privada para la administración, operación y promoción del dominio .CO.; y iii) tiene un fundado y legítimo interés en participar en el proceso de selección del nuevo administrador del dominio. Esta petición fue reiterada mediante memorial presentado el 29 de noviembre de 2019 y del 17 de febrero de 2020.

II.- Consideraciones

11.- En relación con el requisito que se consideró incumplido en el auto del 30 de octubre de 2019, relativo a que la reclamación haya sido sometida a arbitraje, basta señalar que este fue cumplido por el solicitante con la presentación de la solicitud de arbitraje ante la Secretaría General del CIADI, lo que fue acreditado con la copia de la carta del 24 de diciembre de 2019, mediante la cual esa institución dejó constancia de haber recibido una << copia electrónica de la solicitud de arbitraje presentada por Neustar, Inc y .CO Internet S.A.S contra la República de Colombia >> (folios 439 y 440).



12.- Por lo anterior, resulta necesario resolver de fondo la solicitud de medidas cautelares, la que será decidida teniendo en cuenta las normas invocadas por el solicitante, esto es:

12.1.- Lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 10.18 del TLC, según el cual quien someta una reclamación a arbitraje puede *<<iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o la empresa mientras dure la tramitación de arbitraje>>*.

Esta norma tiene un pie de página (No. 9) en el que se dispone que el tribunal judicial o administrativo de la parte demandada, al resolver las medidas, **aplicará la legislación de dicha parte**. Precisa la norma:

*<<En una medida cautelar como alguna de las descritas en el párrafo 3 (incluyendo las medidas que buscan preservar evidencia y propiedad mientras esté pendiente la tramitación de la reclamación cometida a arbitraje), **un tribunal judicial o administrativo de la Parte demandada en una controversia sometida a arbitraje de conformidad con la Sección B, aplicará la legislación de dicha Parte, incluyendo sus reglas sobre conflicto de leyes, así como las normas de Derecho Internacional que puedan ser aplicables>>**. (se resalta)*

12.2.- La regla 39 (6) del tratado que contiene las reglas de Arbitraje del Ciadi, según la cual las partes podrán solicitar *<<a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses>>*.

12.3.- El artículo 234 del CPACA según el cual *<<desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, **cuando cumplidos los requisitos para su adopción**, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior>>*.

Esta solicitud debe cumplir con los mismos requisitos establecidos por el artículo 231 del CPACA. La diferencia radica en que no requiere traslado previo a la solicitante y en que, de accederse a ella, deberá constituirse la caución que se fije para el efecto.

12.- No comparte el Despacho la afirmación del solicitante acerca de que, por tratarse de una solicitud de medidas cautelares presentada con fundamento en el artículo 10.18.3 del TLC, los requisitos del artículo 231 del CPACA deben *<<tomarse de forma blanda>>*, pues como se observa de la simple lectura de la



mencionada regla junto con el pie de página que la complementa, la autoridad judicial debe dar aplicación a la legislación de la demandada, que no es otra que el CPACA, dado el carácter de controversia de derecho público. Por la misma razón, tampoco se estima procedente la aplicación del artículo 589 del CGP, el cual, tal como se precisó en el auto recurrido, se refiere al decreto de medidas cautelares en la práctica de pruebas extraprocesales y aquí no se está resolviendo una solicitud de esa clase. En suma, la solicitud será estudiada con fundamento en los artículos 231 y siguientes del CPACA.

13.- En este caso, se estima cumplido el carácter urgente de la medida, para dar aplicación al artículo 234 del CPACA, toda vez que, según lo ha informado en solicitante² y se constata en la página web del Mintic³, de acuerdo con el cronograma de la licitación, la audiencia de adjudicación tendrá lugar el día 27 de marzo de 2020.

14.- Sin embargo, el Despacho confirmará la decisión de negar la medida cautelar de urgencia solicitada porque no encuentra satisfecho el requisito legal de *apariencia de buen derecho* previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 231 del CPACA⁴. Siendo el estudio de este requisito suficiente para adoptar la decisión, el despacho no se pronunciará sobre los demás.

15.- El estudio de la *apariencia de buen derecho* previsto como requisito en la legislación colombiana para decretar una medida cautelar *autosatisfactiva* de urgencia, que implica otorgarle provisionalmente el derecho al peticionario antes de oír a la contraparte y antes de tramitar un proceso en el que ésta tenga la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, comporta el deber para el juzgador de realizar el examen de las peticiones, argumentos y medios de prueba ofrecidos por el solicitante. A partir de ese examen debe concluir que, de no existir nuevas pruebas o nuevos argumentos, el Juez le otorgaría al solicitante en el fallo, lo que pide en la medida.

² Folio 421, página 6 de la solicitud de medidas cautelares de urgencia radicada el 13 de febrero de 2020 en el proceso 64.831.

³ <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/125640:MinTIC-publica-adenda-a-los-pliegos-de-condiciones-de-la-licitacion-publica-del-dominio-CO>

⁴ El artículo 231 del CPACA dispone que cuando se trate de medidas cautelares distintas a la suspensión provisional de los actos administrativos, deberá cumplirse, en forma concurrente, con los siguientes requisitos:

<<1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.**

<<2. **Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.**

<<3. **Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.**

4. **Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:**

a) **Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o**

b) **Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios>>.**



Dicho estudio, tal y como lo prevé expresamente el artículo 229 del CPACA no implica incurrir en *prejuzgamiento*, pues quien incurre en *prejuzgamiento* es el juzgador que, al decidir de fondo el proceso, mantiene la posición inicial sin considerar las posiciones, argumentos y pruebas debatidos durante su desarrollo.

16.- La doctrina española en relación con la ley de patentes, que contiene una norma en la que también se dispone que la decisión de la medida cautelar no implica prejuzgamiento, ha dicho:

<<Precisamente porque la ley de patentes permite que se puedan adoptar medidas cautelares innovativas, el legislador se preocupa por señalar que <<la resolución que recaiga sobre la petición de las medidas cautelares no prejuzgará en absoluto la que pueda dictarse en virtud de la acción que se ejercite en el procedimiento de fondo correspondiente...>>

<<La dicción del artículo 136.2, en ocasiones no ha sido entendida por algún órgano jurisdiccional. Así ocurre en el auto del J.P.L. de Madrid del 24 de noviembre de 1987. En este auto se sostiene la necesidad de interpretar restrictivamente las medidas cautelares apoyándose, entre otras razones, en el hecho de que aunque la ley diga que la resolución que se adopte sobre las medidas no debe prejuzgar la decisión del proceso principal, en la práctica sí se da el perjuicio. De ese modo afirma:

<<Por otra parte, aunque el artículo 136 dispone expresamente que la resolución que se tome sobre las medidas cautelares <<no prejuzgará en absoluto>> la que se dicte en el proceso principal es evidente que, de acordarse las medidas se resuelve preventivamente sobre el fondo, ya que se parte de la idea de que se atenta un derecho de propiedad industrial y se coarta una fabricación que puede provocar la ruina de una entidad acerca de lo que no se ha probado ni se ha resuelto en sentencia la titularidad de aquella propiedad>>

<<Dadas estas afirmaciones, concluye que el artículo 133 de la ley debe ser interpretado restringidamente.

<<La ley al recoger la afirmación del artículo 136.2 está recordando al Juez su obligación de resolver el asunto principal de acuerdo con las alegaciones y las pruebas practicadas en el proceso, sin que su fallo venga predeterminado por lo que resolvió al adoptar las medidas cautelares.”⁵

17.- Neustar fundamenta la apariencia de buen derecho en dos razones: i) el derecho a la prórroga, con fundamento en la ley y el Contrato; y ii) la necesidad de protección de sus derechos como inversionista de los Estados Unidos, amparados en el capítulo 10 del TLC, consistentes en la garantía de sus

⁵ Cucarella, Luis Andrés, Estudios en estudios en homenaje a la doctora Teresa Puente, página 594.



expectativas legítimas, en actuar de buena fe, no expropiar sus derechos y no discriminar.

18.- En la primera parte de esta decisión se señalaran las razones por las que no se considera que Neustar cuente con apariencia de buen derecho para solicitar la prórroga del contrato por un término adicional de 10 años, con fundamento en el Contrato y en la ley. En la segunda parte se expondrán las razones por las que se considera que tampoco cuenta con apariencia de buen derecho fundada en la violación de sus derechos como inversionista de los Estados Unidos de América, amparados en el TLC.

A.- Las razones por las que no se considera que Neustar tenga apariencia de buen derecho a la prórroga por un término adicional de 10 años, a partir de lo estipulado en el contrato y en la ley que lo rige.

19.- El solicitante, afirma que el Estado Colombiano está desconociendo lo pactado en el Contrato y en la ley que lo rige, en relación con la *obligación* de prorrogar el término inicial de 10 años estipulado en el mismo por un lapso igual. Expresa textualmente:

<<i>j) La notificación de la disputa y la notificación de la intención de arbitraje presentadas bajo la Sección B del Capítulo 10 del TLC y la presente solicitud de CO Internet/Neustar están fundadas en derecho.</i>>

79.- Este requisito a lo que la doctrina ha denominado <<fumus boni iuris>> o apariencia de buen derecho. El artículo 2 de la Ley 1065 de 2006 y los términos de la Concesión garantizan el derecho a la prórroga de esta, luego de cumplir con algunos formalismos, que CO Internet cumplió.>>

20.- Precisa, en varios apartes de su solicitud y en el recurso de reposición, que no se trata de una prórroga automática, sino del derecho a pactar una prórroga por el término de 10 años más. En otros apartes se refiere a su derecho a la primera opción de prórroga y a que su oferta sea considerada por el Gobierno, la que, adicionalmente, estima superior a las condiciones económicas que se están exigiendo en la licitación. También afirma que dicha expectativa de prórroga se deriva de los pliegos, la minuta y el contrato.

21.- En el trámite no se observa una sola prueba que evidencie que el Gobierno Colombiano, desde la apertura de la licitación que dio lugar al Contrato se haya comprometido a prorrogarlo por un término igual al inicial, o que haya garantizado dicha prórroga de alguna manera.

22.- La cláusula cuarta del Contrato, sobre vigencia y plazo establece:

<<CUARTA: VIGENCIA Y PLAZO. El presente contrato de concesión tendrá una vigencia de diez (10) años el cual comenzará a computarse a



partir de la autorización del ICCANN a EL CONCESIONARIO para la realización de las actividades propias del dominio, siempre y cuando para tal época la Universidad de los Andes, en coordinación con el concesionario, hubiese realizado de manera oportuna y adecuada todas y cada una de las actividades propias del proceso de transición.

Parágrafo: **El plazo pactado podrá ser prorrogado en la forma y términos en que se establezca en la legislación vigente al momento de efectuarse, el cual no podrá ser inferior al inicialmente establecido**, para lo cual se ha de requerir de la ampliación y extensión de la (s) garantía (s) y de la suscripción previa de un documento que así lo disponga, en el cual deberán señalarse las circunstancias que lo motivaron.>>

23.- Y el artículo 2 de la Ley 1065 de 2006, dispone:

<<Artículo 2°. Naturaleza. Para todos los efectos, la administración del registro de nombres de dominio.co es una función administrativa a cargo del Ministerio de Comunicaciones, cuyo ejercicio podrá ser conferido a los particulares de conformidad con la ley. **En este caso, la duración del convenio podrá ser hasta de 10 años, prorrogables, por una sola vez, por un lapso igual al del término inicial.>>**

24.- Un análisis simplemente textual de lo pactado en el Contrato, no permite inferir que la entidad estatal Concedente hubiese contraído la *obligación* de prorrogar el contrato y el concesionario hubiese adquirido el *derecho* a obtener dicha prórroga; tampoco permite deducir que la única condición para que naciera el *derecho* del concesionario fuera el cumplimiento de las <<formalidades>> relativas a la ampliación de las garantías y la suscripción de un documento exponiendo las motivaciones. En las estipulaciones, tanto del contrato como de la ley, se señala textualmente que el plazo pactado <<podrá>> ser prorrogado lo que implica considerar que el Gobierno tenía la posibilidad de prorrogar o buscar otra alternativa para continuar con la prestación del servicio a la expiración del término de la concesión.

25.- Está demostrado que en el año 2014, esto es, casi a los 5 años de celebrado el Contrato, se suscribió el Otrosí No. 3 (folios 56 a 68) en el que se eliminó la condición contractual según la cual <<el control efectivo sobre el concesionario, entendido este en los términos de la ley 222 de 1995, en cualquiera de las modalidades de participación de que se trate, no podrá ser objeto de modificación o cambio por lo menos dentro de los primeros cinco (5) años y por tanto se requiere del concesionario que no disminuya por cinco (5) años los porcentajes de participación nacional que fueron objeto de puntaje, en el mismo porcentaje presentado en la propuesta>>



En este sentido, se autorizó el CONCESIONARIO para *<<modificar su participación accionaria, siempre y cuando esta situación no genere un perjuicio en la idónea ejecución del objeto y obligaciones contractuales siempre que se mantengan como mínimo las condiciones técnicas y de operación ofrecidas en la propuesta presentada dentro de la Licitación Pública No.- 02 de 2009.>>*

26.- En la cláusula tercera del mencionado otrosí se dispuso que, en cuanto no se modifiquen o adicionen las demás estipulaciones del *<<CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN No. 0019 de 2019, estas permanecerán sin modificación alguna>>*

27.- Se observa que a partir del Otrosí No. 3, Neustar obtuvo el 100% de la participación accionaria en la Concesionaria y que, efectivamente, dicha participación se dio con el objeto de realizar una mayor inversión y posicionamiento del dominio .CO; de esta intención dan cuenta los antecedentes consignados en el otrosí. No obstante lo anterior, el término del Contrato y las reglas de la prórroga no fueron objeto de ninguna modificación, por lo que resulta claro que el activo de Neustar, adquirido a partir de ese momento, era la *ejecución de un contrato que tenía 5 años de vigencia*, en la medida que ya se habían ejecutado los primeros 5 años, del término total de 10.

28.- Se resalta que en el mencionado otrosí no existe ninguna evidencia que permita afirmar, o al menos inferir, que el Gobierno se comprometió a extender el plazo del Contrato en 10 años más, y es claro que el inversionista tenía a su cargo evaluar los términos de la concesión en dicho momento, antes de realizar la inversión.

29.- Así las cosas, aunque en la solicitud y en el recurso se hace referencia al derecho de Concesionario a que el contrato le sea prorrogado, a que tenía la primera opción de prórroga y derecho a que el Gobierno negociara la oferta que realizó, no se observa que ese derecho tenga fundamento legal, contractual o convencional. La prórroga del contrato era una opción, por la que el Gobierno no optó.

30.- También atenta contra la *apariencia de buen derecho* de la petición:

30.1.- La circunstancia de que el peticionario afirme primero que tiene derecho a la prórroga con el simple cumplimiento de una formalidad y, luego, indique que en realidad lo que el Estado ha desconocido es el derecho del concesionario a tener una primera opción o a renegociar su concesión para que el plazo del Contrato se adicione por diez años más, en condiciones distintas a las pactadas, pues este planteamiento desvirtúa la primera posición.

30.2.- El hecho de que se haga referencia a la negativa del Estado Colombiano a *negociar* nuevas condiciones propuestas por el Concesionario fundada en



estudios hechos por el Ministerio que el peticionario controvierte, sin que se indique el sustento jurídico que permita deducir el pacto de un procedimiento determinado en el que, a partir de parámetros objetivos, se hubiese previsto el ejercicio de esta prerrogativa, para considerarla como un derecho.

31.- A la luz de lo anterior, las respuestas del Mintic a la oferta presentada para ajustar las condiciones y pactar la prórroga o adición del contrato, calificadas por el peticionario de inoportunas, incompletas o insuficientemente motivadas, no pueden estimarse como razones suficientes para considerar que tiene apariencia de buen derecho a la prórroga del Contrato.

B.- No existe apariencia de buen derecho derivada de la alegada violación de sus derechos como inversionista de los Estados Unidos de América, amparados en el TLC.

32.- El solicitante también funda la apariencia de buen derecho en que el <<TLC garantiza la no expropiación de los derechos de los inversionistas de Estados>>

33.- Para este efecto ha señalado que <<Neustar/.CO Internet es titular de la inversión consistente en el Contrato de Concesión 0019 de 2009 de acuerdo al artículo 10.28 del TLC, la cual goza de la protección de acuerdo con el mismo Tratado, en contra de la expropiación, y a que se garantice un trato mínimo, justo y equitativo, respecto del mismo. Neustar por su parte es titular de la totalidad de las acciones de .CO Internet.>>

34.- Es cierto que Neustar es un inversionista de los Estados Unidos y que, desde la suscripción del Otrosí No. 3, fue titular de una inversión en los términos del artículo 10.28 del TLC.

35.- Esta norma define inversión como <<todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de un riesgo>>. Y una de las formas de inversión es un contrato de concesión (literal e del artículo 10.28 del TLC).

36.- Por el hecho de ser titular de una inversión (contrato de concesión No. 19 de 2009), no puede afirmarse que tenga un activo por 10 años más o que tenga derecho a la prórroga del contrato.

37.- El activo del cual es titular está representado por el derecho a explotar la concesión por el término legal y contractualmente establecido (10 años). Es claro que si el Estado Colombiano pretendiera cercenar ese derecho e impedir la ejecución del Contrato en los términos en los que el mismo se pactó, estaría



afectando un activo de propiedad de un inversionista, amparado por el TLC; pero la inexistencia del derecho a la prórroga hace inexistente un activo más allá de la vigencia del contrato.

38.- Como consecuencia de la inexistencia de un activo amparado más allá de la vigencia de la concesión, no puede afirmarse que el Estado Colombiano esté expropiando a Neustar. Expropiar, en su acepción más general y común es <<privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho>>⁶.

39.- Si Neustar no es titular del derecho a la prórroga, no puede considerarse expropiado por no acceder a ella. Por tal razón, no se observa violación a las reglas 10.7:1 de <<no expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización>> y 10.7:2 <<de pagar la compensación ... sin demora y al valor justo de mercado>> del TLC.

40.- Tampoco puede considerarse que se haya afectado algún derecho protegido por el Capítulo Diez del TLC, de los que ha invocado el solicitante. En efecto:

40.1.- No se le está afectando una <<expectativa legítima>>, punto sobre el cual se precisa que no se allegó a la actuación ninguna prueba en la que se demuestre que el Gobierno haya prometido o garantizado la prórroga. Por lo mismo, no se encuentra acreditada la violación al principio de buena fe.

40.2.- No se ha demostrado que se le haya dado un tratamiento injusto, inequitativo (regla 10.5:1 del TLC) o discriminatorio. Por el contrario, según se observa en el informe de participantes publicado en la página web del Mintic⁷, .CO Internet S.A.S, presentó oferta en el proceso de licitación y está participando a la fecha en términos de igualdad con los demás competidores. El estándar de trato justo y equitativo establecido en el artículo 10.5 no implica dar un trato privilegiado respecto del que se otorga a otros.

40.3.- Tampoco se encuentra acreditado que se haya concedido un trato <<menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas>> (regla 10.3). Por el contrario, la decisión del Estado de abrir licitación en la que ha participado .CO Internet S.A.S, es indicadora de que ha dado un trato igual a de los inversionistas nacionales.

40.4.- Por la misma razón, no se observa violación de la regla 10.4 de trato no menos favorable que a inversionistas de cualquier otra parte.

⁶ Definición RAE

⁷ <https://www.mintic.gov.co/porta/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/125976:MinTIC-publica-lista-de-proponentes-de-la-licitacion-del-dominio-CO>



41.- Por las razones indicadas no se observa una apariencia de buen derecho derivada de la violación de los derechos que como inversionista de los Estados Unidos garantiza el TLC.

C.- Otras cuestiones:

42.- Finalmente, se negará la solicitud de reconocimiento como tercero interesado presentada por Central Comercializadora de Internet S.A.S, toda vez que la intervención de terceros regulada en los artículos 223 y siguientes del CPACA está autorizada por la ley para los procesos judiciales y no para los trámites judiciales de medidas cautelares extraprocesales como el que nos convoca.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia del 30 de octubre de 2019.

SEGUNDO: NIÉGASE la solicitud de reconocimiento como tercero interesado presentada por Central Comercializadora de Internet S.A.S. **RECONÓZCASE** personería al abogado Juan Carlos Gómez Jaramillo como apoderado de esa compañía, en los términos del poder visible a folio 359.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado