



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

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

Radicación: 11001032600020190014500 (64.831)
Asunto: Medidas cautelares de urgencia
Actor: .CO Internet S.A.S.
Demandado: Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Procede el despacho a decidir la solicitud de medidas cautelares de urgencia formulada por las sociedades Neustar Inc. y .CO Internet S.A.S. en contra de la Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en adelante, MINTIC, en el marco de la reclamación suscitada entre las mencionadas partes por la no prórroga del contrato de concesión n.º 19 de 2009 y la apertura del proceso de selección del nuevo administrador del dominio.co.

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de septiembre de 2009, previo el agotamiento del respectivo proceso de selección, el MINTIC y la sociedad .CO Internet S.A.S. suscribieron el contrato de concesión n.º 19 para la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás de la naturaleza del dominio.co (fls. 16 a 46, c. ppal). El plazo inicial del contrato fue por diez años, prorrogable por un término igual, los cuales iniciaron el 7 de febrero de 2010 (fls. 37 y 47, c. ppal, cláusula cuarta y consideraciones del otrosí n.º 3 a la concesión n.º 19).
2. La concesionaria le solicitó al MINTIC que prorrogara la concesión de manera sistemática, sin ningún éxito (fls. 60 a 74, c. ppal, comunicaciones cruzadas entre las partes de la concesión).

3. Afirma la sociedad .CO Internet S.A.S. que, a través de noticias periodísticas, se enteró de la decisión del Gobierno Nacional de iniciar un proceso de selección para contratar otro concesionario del dominio.co, decisión que el MINTIC confirmó formalmente al contratista con posterioridad (fls. 123 rev. a 124 rev, c. ppal, notificación de intención de demanda arbitral).

4. Igualmente, afirma que intentó solucionar la controversia por medio de consultas y negociaciones, hasta el punto que el 7 de junio de 2019 notificó de la disputa de inversión al MINTIC, en los términos del Capítulo 10, Sección B, artículo 15 y siguientes del Tratado de Promoción Comercial entre Estado Unidos y Colombia (TLC) (fls. 75 a 83, c. ppal).

5. Ante la imposibilidad de solucionar la controversia a través de consultas y negociaciones, el 16 de septiembre de 2019, la referida sociedad le notificó al MINTIC la **intención de sometimiento a arbitraje internacional de inversión** por la negativa de formalizar la prórroga y la renegociación de la condiciones de la concesión (fls. 117 a 134, c. ppal).

6. El 18 de septiembre de 2019, .CO Internet S.A.S., en el marco arriba descrito, solicitó a esta Corporación el decreto de las siguientes medidas cautelares de urgencia (fls. 1 y 2, c. ppal):

1. Solicito respetuosamente 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 10 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 el documento motivo 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 y en consecuencia que estudie las ofertas de los inversionistas y presente las suyas de buena fe, coopere positivamente y sin abusar de su posición de dominio como autoridad pública.

2. Las medidas, conductas, actos y decisiones del Estado colombiano que se describen más adelante, agravan el statu quo de la actual controversia; amenazan con dificultar o imposibilitar el cumplimiento posterior de un laudo definitivo a favor sobre la controversia y suponen un desconocimiento por parte del Gobierno colombiano a sus obligaciones previstas en el TLC celebrado con los Estados Unidos de América, suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006 y aprobado el 4 de julio de 2007 mediante ley 1143.

7. El 9 de octubre de 2019, el despacho rechazó de plano esas medidas cautelares, como quiera que no estaba cumplida la solicitud o notificación de arbitraje, en los términos del Tratado de Libre Comercio –TLC-, entre E.E.U.U. y Colombia y las normas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI- (fls. 190 a 198).

8. El 6 de noviembre de 2019, el despacho, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la solicitante confirmó la anterior decisión y, además, negó las aclaraciones y adiciones solicitadas frente a la misma (fls. 242 a 248).

9. El 24 de diciembre de 2019, el CIADI, a través de una consejera jurídica, envió copia electrónica de la solicitud de arbitraje presentada por los

memorialistas por los hechos que aquí se estudian al señor Presidente de la República, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Igualmente, informó que fueron pagados los derechos de registro de la solicitud de arbitraje (fls. 319 y 320).

10. El 10 de enero de 2020, mediante el otrosí n.º 4, las partes de la concesión n.º 19 acordaron incluir la cláusula trigésima séptima sobre la duración de la extensión, encaminada a evitar traumatismos con la adjudicación del proceso de selección del dominio.co. En esa cláusula se acordó que la concesión seguiría por 240 días calendario después de su terminación, como mínimo, o 365 días calendario, como máximo, en el evento de que Neustar no resultara adjudicataria. En caso contrario, de ser adjudicataria, se extendería por 240 días calendario a partir de su terminación o de la finalización de la etapa de transición, lo que ocurra primero (fls. 369 y 370).

11. El 17 de enero de 2020, el despacho negó unas nuevas aclaraciones frente a la decisión que resolvió la reposición y también denegó un recurso de reposición frente a un nuevo asunto (266 a 269).

12. El 13 de febrero de 2020, Neustar Inc. y la CO Internet S.A.S. presentaron nuevamente una solicitud de medidas cautelares urgente, esta vez, a su juicio, con la satisfacción de la exigencia echada de menos por el despacho (fls. 271 a 293). En este documento solicitan (fl. 273):

1. Con el fin de no agravar la disputa internacional y para no hacer nugatoria la protección preventiva de los derechos del inversionista, mientras el Tribunal arbitral internacional asume competencia del caso, y decide si mantiene, revoca o modifica las medidas cautelares que pueda decretar el H. Consejo de Estado de Colombia, y que aquí se piden, solicito:

Principales

i. Ordene al Mintic-República de Colombia suspender de manera inmediata, los efectos del acto administrativo que dio apertura al proceso de selección de Licitación Pública n.º MTIC-LP-01-2019 (resolución 3316 de 2009) y con ello el cronograma contenido en el mismo, para la selección del nuevo operador del ccTLDco;

ii. Como consecuencia de lo anterior, ordene al Mintic-República de Colombia suspender de manera inmediata el Proceso de Selección Pública n.º MTIC-LP-01-2019 para la selección del nuevo operador del ccTLDco, hasta tanto el Tribunal Internacional de inversión asuma competencia y decida si mantiene las medidas cautelares que el H. Despacho decreta, o si las suspende, modifica, revoca o toma unas nuevas;

iii. Una vez suspendida la resolución 3316 de 2019 y el Proceso de Licitación Pública n.º MTIC-LP-01-2019, ordene al Mintic-República de Colombia, suscribir una extensión del plazo de la concesión 019 de 2009 con .CO Internet, hasta que el tribunal internacional se constituya, y decida si mantiene las medidas cautelares que el H. Despacho decreta, las suspende, modifica, revoca o toma unas nuevas.

2. En caso de no prosperar las anteriores solicitudes, de manera subsidiaria solicito:

Subsidiarias de las principales

En subsidio de las principales y subsidiarias de las principales, las que determine el H. Despacho que garanticen a .Co Internet, hasta que el tribunal internacional se constituya, y decida si mantiene, suspende, modifica o revoca las medidas cautelares que el H. Despacho decreta, o si toma unas nuevas, que sirvan para preservar las condiciones del contrato, y en consecuencia garanticen que Colombia no continúe agravando la disputa.

12.1. Los fundamentos son similares a los presentados inicialmente. Además, señalan nuevas condiciones restrictivas para su participación en la licitación pública del dominio.co, algunas de ellas superadas gracias a la intervención de la Procuraduría General de la Nación. Insisten en el grave daño al patrimonio público que causaría la terminación del contrato de concesión n.º 19 y la contratación de un nuevo operador en las condiciones señaladas en el proceso de selección adelantado actualmente y que finaliza el 27 de marzo de 2020.

12.2. Advierten que este tipo de medidas son de común utilización en el derecho comparado; afirman que el MINTIC ha obrado con desconocimiento del principio de transparencia, como quiera que ha sostenido reuniones a puerta cerrada con algunos competidores y, además, viene forzando modificaciones a algunas condiciones esenciales de la concesión n.º 19.

12.3. Sostienen que a través de las medidas se busca evitar la agravación de la disputa. Igualmente, que las normas internacionales protegen al

inversor para que no le sean expropiados sus derechos y, por lo tanto, deben aplicarse de manera preferente frente a las normas del derecho interno. Afirman que sería más gravoso no decretar las medidas, en tanto se perdería una concesión actualmente más favorable que la propuesta por el MINTIC en su proceso de selección.

12.4. Finalmente, estiman que la negativa de las medidas causaría un perjuicio irremediable, si se tiene en cuenta la inminencia de la adjudicación. Además, la adjudicación de la concesión a un tercero privaría a las sociedades solicitantes de realizar su objeto social y supondría una expropiación de su derecho, por lo que quedarían relegadas a una reparación indemnizatoria.

II. CONSIDERACIONES

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

13. El artículo 10.18.3. del TLC entre E.E.U.U. y Colombia prescribe que este tipo de medidas por fuera del proceso arbitral y judicial se pueden solicitar ante el *“tribunal judicial o administrativo del demandado”*¹. En el

¹ Ese artículo prescribe: “**Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes // 1. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1 (b)) sufrió pérdidas o daños. // 2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que: // (a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Acuerdo; // y (b) la notificación de arbitraje esté acompañada, (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10. 16.1(b). de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16. // 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2(b), el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) pueden 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 de la empresa mientras continúe la tramitación del**

ordenamiento jurídico interno, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para conocer de las controversias en las que sean parte las entidades públicas, en este caso la Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, MINTIC (artículo 104 CPACA). Por lo expuesto, es claro que le corresponde a esta jurisdicción conocer del presente asunto.

14. Vale señalar que las medidas cautelares de urgencia en estudio son especiales, como quiera que se formulan por fuera del trámite de un proceso judicial y ante un juez distinto al competente, lo que las hace diferentes de las reguladas en el CPACA (artículos 229 a 241). Por lo tanto, tampoco es posible aplicarles las reglas de competencia de estas últimas, razón por la cual se impone la aplicación del numeral 14 del artículo 149 del CPACA², que asigna a esta Corporación el presente asunto en única instancia, toda vez que no existe una regla especial de competencia para el mismo.

15. El presente asunto corresponde decidirlo al despacho sustanciador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125 y 243 del CPACA y las demás razones expuestas en los autos proferidos con anterioridad sobre el particular; sin embargo, vale poner de presente que en atención a la solicitud de los memorialistas, el ponente llevó el presente asunto a la Sala de la Subsección, la que en sesión extraordinaria del 11 de marzo de 2020 decidió que el asunto se resolviera por el ponente, como quiera que no están dadas

arbitraje¹. // 4. (a) Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje: (i) por una violación de una autorización de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(B); o (ii) por una violación de un acuerdo de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(C). si el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) ha sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o corte del demandado, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante. (b) Para mayor certeza, si el demandante elige someter una reclamación del tipo descrito en el subpárrafo (a), ante una corte judicial o tribunal administrativo del demandado o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, el demandante no puede, a partir de ese momento, someter la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B” (se destaca).

² Ese numeral es del siguiente tenor literal: “**COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.** El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: // 14. De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia”.

las exigencias legales para desplazar esa competencia y, en caso de decretarse las medidas, se violaría el derecho defensa de la afectada, en tanto el recurso de súplica sería improcedente.

2. DE LA CUESTIÓN DE FONDO: MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA ESPECIALES

16. Para resolver, el despacho precisa que al negar el trámite de las medidas cautelares de urgencia mediante autos del 9 de octubre y 6 de noviembre de 2019, se echó de menos el cumplimiento de un requisito para el efecto: la notificación del arbitraje. Para arribar a esa conclusión, después de una interpretación sistemática de las normas internacionales aplicables, se concluyó que el artículo 10.18.3 del TLC entre E.E.U.U. y Colombia permite la solicitud de medidas cautelares de urgencia en el escenario de la notificación de arbitraje y no de la notificación de intención de arbitraje, oportunidad en la que presentaron su solicitud las memorialistas.

17. El despacho revisó integralmente el artículo 10.18 del TLC entre entre E.E.U.U. y Colombia, que regula sobre las limitaciones al consentimiento. En el numeral 1 de ese artículo se señala un límite temporal para someter a arbitraje las reclamaciones. En el numeral 2 se impone, entre otros, la renuncia a reclamaciones judiciales o administrativas internas. El numeral 3 determina que, sin perjuicio de esa renuncia, los solicitantes pueden iniciar o continuar una medida cautelar ante los jueces internos, con el fin de proteger sus derechos e intereses mientras se tramita el arbitraje.

18. Así, para el despacho la posibilidad de pedir medidas cautelares se regula dentro del tema de consentimiento. Esta exigencia, de conformidad con las normas internacionales analizadas, es propia de la notificación del arbitraje, no así de la intención de notificación de arbitraje. Por lo tanto, la oportunidad para pedir las medidas solicitadas ocurre una vez se cumpla con el sometimiento de la reclamación al arbitraje. Por este motivo se rechazó de plano la solicitud, toda vez que no se había cumplido con el requisito de notificación del arbitraje.

19. Frente al cumplimiento de esa exigencia, el artículo 10.16.4 del TLC referido prescribe:

Una reclamación se considerará sometida a arbitraje conforme a esta Sección, cuando la notificación o la solicitud de arbitraje (“notificación de arbitraje”) del demandante:

(a) A que se refiere el párrafo 1 del Artículo 36 del Convenio del CIADI sea recibida por el Secretario General;

(b) A que se refiere el Artículo 2 del Anexo C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI sea recibida por el Secretario General;

(c) A que se refiere el Artículo 3 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, conjuntamente con el escrito de demanda a que se refiere el Artículo 18 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, sea recibida por el demandado;

O (d) a que se refiera cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera reglas de arbitraje seleccionadas bajo el párrafo 3 (d) sea recibida por el demandado (...). (Se subraya).

20. Los literales a) y b) del artículo 10.16.4 citado que se refieren a las normas CIADI, que según los memorialistas son aplicables, coinciden en la exigencia de que la notificación o solicitud de arbitraje sea recibida por el Secretario General del CIADI. En el presente caso, esa exigencia está cumplida, toda vez que el CIADI recibió el pago de los derechos de registro de la solicitud de arbitraje y la comunicó a los demandados, Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 319 y 320).

21. En consecuencia, procede el despacho a pronunciarse sobre el fondo de la solicitud, con el fin de verificar si están dados los requisitos para el efecto.

21.1. Para empezar, se tiene que la inminencia de la adjudicación del proceso de selección del dominio.co puede ser considerada una situación que habilita su estudio como una medida cautelar de urgencia, en los términos del artículo 234 del CPACA.

21.2. El artículo 10.18.3 del TLC entre E.E.U.U. y Colombia prescribe que el único propósito de las medidas cautelares allí reguladas es “*preservar los*

derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje". Igualmente, el pie de página 9 del citado artículo dispone que en ese tipo de medidas el tribunal judicial o administrativo aplicará la legislación de la parte demandada, incluyendo sus reglas sobre conflicto de leyes, así como las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables. En efecto, el tenor literal es el siguiente:

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 sometida 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 destaca).

21.2. En esos términos, el despacho determinará si las exigencias del artículo 10.18.3 citado están dadas, en tanto es la norma internacional aplicable al asunto. Igualmente, en los términos del pie de página del mismo artículo, se revisarán las exigencias del derecho interno contenidas en el artículo 231 del CPACA, a saber: (i) que la solicitud esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) 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 que concederla; (iv) que se cause un perjuicio irremediable al demandante, y (v) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

21.3. Frente a la preservación de los derechos e intereses de las reclamantes, se precisa que estas alegan tener el derecho de prórroga de la concesión n.º 19 de 2009, así (fls. 278 y 279):

22. La controversia se refiere, en general, a la decisión arbitraria, irrazonable y caprichosa del Estado de i) no formalizar la prórroga del contrato de concesión 0019 de 2009 entre .CO Internert y el MinTic, aun cuando se solicitó conforme a derecho, desde septiembre de 2018 y por ii) rehusarse a

negociar la mejora de las condiciones de este contrato para la promoción comercial y la administración del dominio de nivel superior del país (ccTLD) “.CO” en abierto desconocimiento de:

A. Los derechos de Neustar/.CO Internet en virtud del contrato, la normatividad colombiana y TLC, así como de las consecuencias económicas que tiene para la nación su desconocimiento en el escenario internacional.

B. Los óptimos resultados en los primeros diez años de la concesión,

C. Los fundamentos jurídicos y técnicos para formalizar la prórroga,

D. Las mejores condiciones ofrecidas por .CO Internet como base de negociación, y

E. Los requisitos mínimos de planeación y la premura con la que se adelanta la licitación, a pesar de los riesgos económicos, técnicos y de seguridad que la misma representa.

23. En cumplimiento del artículo 2 de la Ley 1065 y el pliego de condiciones, se incorporó en el contrato una cláusula para prorrogar la concesión por un período adicional de diez años (parágrafo de la cláusula cuarta), la cual solamente requiere formalizar la ampliación y extensión de la (s) garantía (s), así como suscribir previamente un documentos explicando los motivos de esta.

24. Neustar y .CO Internet han realizado importante esfuerzos e inversiones para lograr el posicionamiento global y desarrollo comercial del dominio .CO que incluyen, pero no se limitan a, tres anuncios de Super Bowl, patrocinio durante los últimos 10 años a través de más de 100 alianzas de mercadeo, mercadeo en línea, vallas publicitarias en Times Square (Nueva York) y un sin número de otras inversiones masivas en mercado y posición de marca. Durante los últimos nueve años, Neustar/CO Internet ha patrocinado consistentemente un promedio de entre 800 y 1000 eventos de inicio y desarrollo de negocios en los cinco continentes para introducir el TLD de Colombia a la población global de negocios y para hacer crecer los registros y el uso de los dominios. Además, Neustar/.CO Internet ha abierto oficinas de mercadeo y ventas en India, UE, Australia, Estados Unidos y Colombia haciendo un esfuerzo considerable para asegurar que el TLD se licenciara también en China, abriendo un mercado adicional que añadirá registros sustanciales en los años venideros. Neustar y .CO Internet han invertido más de USD\$60 Millones solo el (sic) desarrollo comercial del dominio.

25. Esos esfuerzos convirtieron al dominio .CO en uno de los dominios más dinámicos y de más rápido crecimiento del mundo. En menos de una década, el espacio de nombres de dominios .CO creció de menos de 28.000 nombres de dominios registrados sólo en Colombia en el año 2009, a casi 2.3 millones en cerca de 200 países y territorios, lo que lo convierten en el 20 TLD más grande del mundo (de aproximadamente 1.500) y el segundo más grande de América Latina.

26. En este contexto, el 21 de septiembre de 2018, .CO Internet manifestó su intención de formalizar la prórroga de la concesión al Gobierno, en ejercicio

de los derechos que le confiere la Ley 1065 de 2006, la cláusula cuarta de la concesión en conjunto con otras disposiciones legales colombianas y el TLC.

27. El MinTic ignoró estos esfuerzos de .CO Internet de formalizar la prórroga y la oferta del 22 de mayo, explicada más adelante. A pesar de los riesgos y costos del nuevo proceso de estructuración y selección, y los trámites de re-delegación del dominio ante el ICANN, el MinTic construyó motivos jurídicos y técnicos equivocados para negar la formalización de la prórroga, no negociar la oferta y justificar la apertura de la licitación (se subraya).

21.4. En la comunicación referida en el numeral 26 del aparte citado, radicada ante el MINTIC con el número 935805 el 21 de septiembre de 2018, .CO Internet S.A.S. manifestó a la señora Ministra Silvia Constaín Rengifo (fls. 60 y 61):

De manera atenta deseamos expresar nuestro compromiso por seguir aportando en el crecimiento, estabilidad y seguridad para el ccTLD.CO con los más altos estándares de calidad e innovación tecnológica, tal como lo hechos venido haciendo desde el inicio del contrato de la referencia en el año 2010.

Para ello y en virtud del párrafo de la cláusula cuarta del contrato de concesión, por la presente expresamos nuestro interés en optar por la prórroga por un término de 10 años del contrato mencionado en el asunto de la referencia.

En este mismo sentido, afirmamos nuestro compromiso en continuar y aumentar nuestros esfuerzos de trabajo para desarrollar las iniciativas de apoyo al emprendimiento digital en Colombia. Adicionalmente, continuar el aporte de nuestros recursos y capacidades, en los esfuerzos nacionales en procura de mejorar la condiciones de seguridad digital, cyber-defensa y de inteligencia en el análisis de amenazas cibernéticas contra el Gobierno Nacional. Todo esto destacando que nuestra casa matriz ha realizado grandes avances en los últimos años en la promoción del dominio con la construcción de una red de comercialización sólida y diversificada al tiempo que ha invertido grandes recursos en la implementación de nuevas redes de protección del entorno digital y en infraestructura informática, todo lo cual nos permite estar a la vanguardia en la gestión confiable del ccTLD.CO.

Somos conscientes del dinamismo de la industria y de que una prórroga del contrato conllevaría a trabajar en una reestructuración del conjunto de contraprestaciones, donde además de revisar la fórmula y valores de cálculo de la misma, se puedan vincular en la discusión otros mecanismos que, en su conjunto, mejorarían la contribución del ccTLD.CO a los esfuerzos de transformación digital en Colombia.

Hacemos propicia esta oportunidad para solicitarle una reunión de trabajo cuando usted lo disponga y así presentarle con mayor detalle cada uno de los puntos indicados en esta comunicación.

En espera de sus comentarios, quedamos de Usted.

21.5. El despacho observa que el fundamento de las reclamantes para solicitar la prórroga descansó en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1065 de 2006 y el parágrafo de la cláusula 4ª de la concesión n.º 19. Lo mismo se reprodujo en esta sede de medidas cautelares.

21.6. La Ley 1065 de 2006³, en sus cuatro artículos, definió la actividad de administración del registro de nombres de dominio.co (artículo 1); señaló la naturaleza de esa actividad como de función administrativa y la posibilidad de concederlo a los particulares por el término de 10 años, prorrogables (artículo 2); estableció las reglas de la contraprestación al concesionario y, finalmente, fijó su vigencia. En el artículo 2, para lo que aquí interesa, se consignó:

*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** (se subraya y destaca).*

21.7. Por su parte, en el parágrafo de la cláusula 4ª de la concesión n.º 19 de 2009, las partes acordaron:

*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 (se destaca).*

21.8. De lo expuesto, el despacho echa de menos razones jurídicas suficientes para acceder, en sede de medida cautelar de urgencia, a la suspensión del nuevo proceso contractual destinado a adjudicar en concesión el dominio.co, y que, como consecuencia, se ordene la

³ Vale advertir que de acuerdo con el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 quedaron derogadas todas las normas que le fueran contrarias, en especial, entre otras, de la Ley 1065 de 2006; sin embargo, esta última ley se encontraba vigente en su integridad para cuando se suscribió el contrato, razón por la cual, en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, es el régimen jurídico aplicable.

suscripción de “*una extensión del plazo de la concesión n.º 019 de 2009*”, toda vez que, en principio, no se advierte de manera clara que la prórroga de la relación contractual, cuyo plazo se venció, fuera imperativo para las partes, como quiera que no se desprende así del artículo 2 de la Ley 1065 de 2006 y la cláusula contractual citada deja, al parecer, un margen de discrecionalidad para la administración.

21.9. Sobre la posibilidad de que un contrato de concesión sea prorrogado automáticamente, el artículo 36 de la Ley 80 de 1993 prescribía:

El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de diez (10) años, prorrogable automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión.

PARÁGRAFO. Los contratos vigentes para la prestación del servicio de radio difusión sonora, quedan prorrogados automáticamente por el término para el cual fueron otorgados, siempre y cuando no exceda el lapso de diez (10) años.

21.10. La Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “*automáticamente*” y “*dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión*” del referido inciso primero del artículo 36 y el párrafo de esa misma disposición de la Ley 80 de 1993, por las razones siguientes⁴:

Aún cuando es explicable el señalamiento de un término amplio de vigencia -diez (10) años-, para los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones, porque la naturaleza del objeto contractual y el interés público subyacente así lo demandan, no parece razonable que con base en una justificación de esta índole se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia (art. 333 de la C.P.)⁵ y

⁴ Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, exp. D-3277.

⁵ Cita original: Según el artículo 333 de la Constitución “*La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades*”. Así, la libre competencia supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita, tarea en la que está comprometido el propio Estado. En la sentencia C-535 de 1997, la Corte delimitó el alcance de la libre competencia en los siguientes términos: “*La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual*

de acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones. A este respecto, repárese que en virtud de lo dispuesto en el canon 75 de la Carta Política, el espectro electromagnético es un bien público, inenajenable e imprescriptible, sujeto a gestión y control del Estado, le impone a éste el deber de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso⁶ (...).

Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar [con] la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica

deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores. El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración”.

6 Cita original: La Corte Constitucional ha rechazado por inconstitucional el mecanismo de la prórroga automática en los contratos de concesión de servicios públicos. En la Sentencia C-350 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, dijo lo siguiente al analizar la prórroga establecida para los contratos de concesión de servicios de televisión: “En esta perspectiva, la pregunta que surge es si la prórroga prevista en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, la cual algunos entienden “automática” en la medida en que obligaba al concedente, no así al concesionario, siempre y cuando que se cumplieran los presupuestos previstos en dicha norma, esto es que el concesionario obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales establecidas para el efecto por la CNTV, impedía o restringía el acceso democrático al uso del espectro electromagnético, o la garantía de igualdad de oportunidades que el Estado debe ofrecer a “todos” los ciudadanos que aspiren a utilizarlo para realizar el derecho a fundar medios masivos de comunicación, que para ellos consagró el artículo 20 de la Constitución. Para la Corte, si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que “todos” los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta”.

en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos.

En este evento, lo razonable es que la prórroga deba hacerse por medio del acuerdo de voluntades entre la administración y el contratista antes del vencimiento del término inicialmente pactado y no como lo ordena el primer inciso del artículo 36 que se revisa, según el cual “dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formación de la concesión”, ya que por imperativo constitucional el obrar administrativo requiere de la colaboración voluntaria de los particulares contratistas por medio de un acuerdo creador de relaciones jurídicas (contrato). En efecto, no hay que olvidar que quien contrata con el Estado no es un contratista ordinario sino un colaborador que coopera en la consecución de objetivos públicos.

21.11. Como se observa, la razón para declarar inexecutable los apartes demandados radicó en que es necesario que la administración cuente con la posibilidad de evaluar los beneficios de la prórroga. En esa dirección, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que frente a la posibilidad de prórroga del contrato *“la administración deberá definir su conveniencia, bajo criterios de proporcionalidad, que no de arbitrariedad”*⁷ (...) lo contrario supondría el aval para prórrogas automáticas, las cuales pretermen tales análisis (...). De suerte que son las necesidades que se pretenden satisfacer las llamadas a definir la extensión temporal en que deben cumplirse los contratos^{8,9}.

21.12. Además, la referida disposición del artículo 36 de la Ley 80 de 1993 fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. A su vez, el artículo 27 de esta ley subrogó dicha disposición, la cual quedó así:

DE LA PRÓRROGA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y DE TELEVISIÓN. El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones,

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 28.205.

⁸ Cita original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de julio de 2014, exp. 21.184.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 28.205. En la misma dirección: Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, exp. 30.834, M.P. Hernán Andrade Rincón.

incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas.

21.13. Por su parte, el artículo 34 de la Ley 1978 de 2019¹⁰, *“por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones”*, reitera la prohibición de prórrogas automáticas, en materia de concesiones de espacios de televisión en el canal nacional de operación pública.

21.14. Lo expuesto pone de presente la realidad actual del ordenamiento jurídico interno, en el sentido de prohibir las prórrogas automáticas.

21.15. Advierte el despacho que la anterior consideración no constituye un prejuzgamiento, toda vez que será el juez competente el que definirá esa controversia de manera definitiva; sin embargo, este análisis es necesario, exclusivamente, para determinar la procedencia, oportunidad y urgencia de la medida solicitada. En efecto, se tiene que los fundamentos jurídicos de la solicitud de las medidas en estudio, en principio, no ponen en evidencia un derecho de prórroga que deba protegerse de forma precautelar.

21.16. Por lo anterior, el despacho no encuentra que la solicitud esté razonablemente fundada en derecho y, por consiguiente, tampoco podría decirse que las reclamantes son titulares, aunque sea sumariamente, del derecho a la prórroga (numerales 1 y 2 del artículo 231 del CPACA), por cuanto esa posibilidad no encuentra un fundamento jurídico claro en su solicitud ni en el ordenamiento jurídico interno. Esto sería suficiente para negar la medida, pero para ahondar en razones, se tiene además:

¹⁰ Ese artículo prescribe: *“CONCESIONES DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN EN EL CANAL NACIONAL DE OPERACIÓN PÚBLICA. Las concesiones de espacios de televisión del canal nacional de operación pública, de que trata el artículo 41 de la Ley 1753 de 2015, tendrán un término de duración de veinte (20) años, que serán prorrogables hasta por veinte (20) años. Esta disposición será aplicable a los contratos de concesión de espacios de televisión del canal nacional de operación pública, de que trata el artículo 41 de la Ley 1753 de 2015, vigentes a la fecha de entrada en vigor de la presente ley. En ningún caso, la prórroga será gratuita ni automática”*.

21.17. Calificar de arbitraria la decisión de la administración de abstenerse de prorrogar el contrato no es jurídicamente posible en este momento, en tanto el estado probatorio de la actuación es precario. Efectivamente, tan solo se cuenta con la copia del contrato de concesión n.º 19 y de sus otrosíes n.º 3 y 4 (fls. 36 a 53, 364 a 371), el cruce de comunicaciones antes del vencimiento del contrato entre las partes de la concesión, incluidos los trámites de arbitraje internacional (fls. 60 a 133, 167 a 186 y 203), algunos pantallazos de noticias relativas al proceso de selección del dominio.co (fls. 135 a 139, 186 a 189, 204 a 209), copia de los contratos de prestación de servicios profesionales para la asesoría jurídica, económica y financiera especializada para la estructuración legal del proceso de selección referido (fls. 146 a 160), solicitud de acompañamiento e intervención preventiva a la Procuraduría General de la Nación (fls. 359 a 363) y el proyecto de pliegos de condiciones de la nueva licitación para la adjudicación del dominio.co y la adenda n.º 1 al pliego de la Licitación Pública n.º MTIC-LP-01-2019 (fls. 340 a 355, 372 a 376).

21.18. En esa dirección, vale advertir que desde el 10 de diciembre de 2018, el Comité Asesor en materia de políticas del dominio.co del MINTIC recomendó la realización de un nuevo proceso de selección con el acompañamiento de un tercero experto. En ese documento, con base en un informe presentado al referido Comité, se citaron los fundamentos jurídicos, técnicos y financieros de esa decisión, así (fls. 61 a 66):

Conclusión desde el punto de vista jurídico

Acorde con lo anterior, se recomienda como la mejor opción acudir a un nuevo proceso de contratación que resulta en un nuevo contrato de concesión, el cual puede ser estructurado a partir de la información y conclusiones técnicas, financieras y jurídicas contenidas en este documento, ya sea por una consultoría externa contratada para el efecto, a sea a partir de la integración de un equipo de funcionarios y asesores in house, designados exclusivamente para organizar y estructurar el proceso contractual y acompañar el proceso licitatorio hasta el momento de la adjudicación. (...)

En esa medida, la estructuración del proyecto para adjudicar la administración del dominio .co a un nuevo operador privado, va a tener características normativas propias de la Ley 80 de 1993, en cuanto contrato

de concesión, así como de la Ley 1065 de 2006 en la medida en que es la norma que establece (i) el alcance de las actividades relacionadas con la administración de este dominio, (ii) la naturaleza jurídica del dominio .co, (iii) su vinculación con el sector de las telecomunicaciones y el interés público, (iv) la duración o plazo del contrato a celebrar, (v) los elementos básicos del modelo económico a partir del cual se deberá calcular el esquema tarifario que el concesionario empleara para la explotación económica del servicio concesionado, (vi) las bases a partir de las cuales se podrá establecer la contraprestación económica que deberá pagar el concesionario a favor del Ministerio por la explotación comercial del dominio .co y (vii) la función básica de regulación que debe asumir el Ministerio como entidad encargada legalmente de la función administrativa que implica la gestión del dominio co. (...)

De manera paralela al proceso descrito, se debe contratar la interventoría externa que debería tener un proceso concesional con este valor e importancia. Este proceso de selección del interventor debería realizarse de manera similar al proceso de contratación del concesionario de tal manera que para el inicio del periodo de transición se cuenta ya con la interventoría.

Conclusión desde el punto de vista Técnico

El concesionario en Colombia debe proveer los servicios técnicos relacionados a continuación teniendo en cuenta el modelo “Registry-Registrar” adoptado para el ccTLD y los requerimientos técnicos mínimos del servicio actual así como las referenciados por ICANN para la operación del TLD.com en <https://www.icann.org/resources/agreement-com-2012> 12-01-en.

Para garantizar la confiabilidad, estabilidad, seguridad y resiliencia del ccTLD, el contratista debe proveer por lo menos veinte (20) nodos de servidores DNS, incluyendo uno (1) en Colombia, que deben estar conectados a internet con redes redundantes (redes ISP diferentes) para asegurar la continuidad del servicio, y prestando el servicio con tecnología DNS anycast.

En conformidad con las normativas de ICANN respecto a la interoperabilidad y continuidad del registro, el contratista debe cumplir con las siguientes especificaciones: DNS, EPP DNSSEC, IDN, IPV6, Base de Datos de la zona raíz de IANA, Filtrado de entrada de red.

Para los Servicios de Registro que constituyen operaciones críticas del registro, el concesionario debe realizar las siguientes actividades mínimas: (...)

Para asegurar la estabilidad de los servicios del ccTLD al momento de realizar la transición técnica, el contratista debe garantizar que la operación del dominio sea transparente y se realice sin impactos al servicio. Esta transición es necesaria realizada con base en buenas prácticas y marcas de referencia correspondientes que minimicen los riesgos asociados y también teniendo en cuenta los Procesos de Transición de Registro establecidos en <https://www.icann.org/resources/pages/transition-processes-2016-04-11-es>.

Así mismo garantizar las actividades de transición con el futuro contratista por lo menos con seis meses de anticipación a la terminación del contrato.

Conclusión desde el punto de vista Financiero

Conclusiones

La metodología que permite valorar adecuadamente una concesión e incorporar la información financiera suministrada en flujos de caja descontados.

La información financiera histórica de la concesión es el insumo clave para proyectar los flujos de una posible concesión. Así se partió del promedio histórico presentado hasta el cierre de 2017 para realizar las proyecciones correspondientes.

El costo de oportunidad asociado al negocio se estima en 11,76% nominal, por lo que la rentabilidad del concesionario debería ser equivalente.

Al incorporar diferentes valores iniciales para el concesionario, se encuentran contraprestaciones que van desde 36,48% hasta 52,58% de acuerdo con los escenarios presentados.

Para tener una medida de rentabilidad es necesario cobrar un valor inicial que permita calcular una Tasa interna de retomo pues las inversiones en CAPEX no son lo suficientemente significativas para poder calcular la rentabilidad de la empresa.

El supuesto que mayor efecto tiene en los resultados, es la tasa de crecimiento de los registros.

Se sugiere implementar al escenario 2 de aquellos que han sido presentados, por requerir un valor inicial equiparable al EBITDA que se obtiene actualmente y por determinar un valor de la contraprestación suficientemente atractiva para que las empresas decidan presentarse al proceso de licitación.

Los indicadores financieros se determinaron con base en otros procesos licitatorios, y sus valores se fijaron teniendo en cuenta el comportamiento del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones) y el desempeño financiero del concesionario actual.

Recomendaciones finales del documento

Teniendo en cuenta que el plazo de ejecución del actual contrato de concesión para la administración del dominio .co vence en febrero de 2020, se recomienda adelantar algunas acciones antes de la finalización del año 2018, con el propósito de que el Ministerio tenga el panorama claro para los siguientes diez (10) años de concesión del dominio.

El Ministerio debe definir la alternativa a emplear para garantizar la continuidad del servicio después de febrero de 2020, es decir, si prorroga el actual contrato de concesión (en tal caso, por cuánto tiempo será esa prórroga puesto que la norma permite que sea por un lapso igual, o menor), teniendo en cuenta que en esta prórroga se debe considerar previamente

una renegociación con el fin de tener una modificación del porcentaje de contraprestación.

Independientemente de que la entidad escoja una prórroga o un proceso nuevo, esta definición no debería demorarse más de un mes (agosto de 2018), como quiera que, en el caso de un nuevo proceso de contratación, se requieren estudios previos, estudio de mercado, estructuración de la concesión, proceso de selección, tanto del concesionario como de la interventoría y un periodo de transición, etapas que en su conjunto pueden tomar un año más.

Si la definición arroja como resultado un nuevo proceso de contratación, la entidad debe establecer de qué manera adelantara los estudios previos de estructuración de la concesión, es decir, si va a adelantarlo con un equipo de funcionarios y asesores de la entidad, o si para el efecto, va a contratar un estudio de estructuración mediante la selección de una consultoría interdisciplinaria por medio de un concurso de méritos. Teniendo en cuenta el tiempo que puede tomar la contratación del consultor y la entrega de sus resultados la entidad debería tener resuelto este asunto a más tardar al finalizar septiembre del presente año, puesto que el concurso de méritos, más la entrega de los resultados definitivos incluyendo el pliego de condiciones borrador pueden tomar aproximadamente ocho (8) meses (es decir, de octubre de 2018 a mayo/junio de 2019)

Una vez entregados los documentos finales de estructuración, se debe proceder de inmediato a realizar el proceso de licitación pública para la selección del concesionario nuevo, proceso que debe tomar aproximadamente entre dos (2) y tres (3) meses (julio-agosto-septiembre 2019). De esta manera se garantiza que, con el contrato adjudicado a finales de septiembre de 2019 la entidad pueda realizar un proceso de transición adecuado y con tiempos razonables y proporcionales a la complejidad del tema.

De manera paralela al proceso descrito, se debe contratar la interventoría externa que debería tener un proceso concesional con este valor e importancia. Este proceso de selección del interventor debería realizarse de manera simultánea con el proceso de contratación del concesionario, de tal manera que para el inicio del periodo de transición se cuenta ya con la interventoría.

21.19. El 18 de marzo de 2019, ese mismo Comité ratificó su recomendación, lo que el MINTIC le comunicó al contratista el 10 de abril de 2019 (fls. 70). Efectivamente, en esta última señaló que en “*cesión de fecha 18 de marzo de 2019 el comité asesor en materia de políticas del ccTLD.co, decidió continuar con la estructuración del proceso de selección (licitación pública), para escoger el operador para la administración del dominio .co*” (fl. 88 rev). En la comunicación del 21 de junio de ese mismo año, el MINTIC le reiteró a su contratista (fl 88):

Tal y como ya fue informado por este Ministerio en comunicaciones emitidas los días 10 de abril y 15 de febrero de 2019 y radicada en sus oficinas, de las cuales anexamos copia, la entidad ha tomado la decisión de iniciar un nuevo proceso de selección objetivo para escoger el operador que, a partir de febrero de 2020 lleve a cabo la gestión integral del dominio .co, de conformidad con las mejores prácticas y las tendencias internacionales recientes en el sector. Como ya fue explicado en la respuesta mencionada, el Ministerio entiende que la opción más adecuada y conveniente es realizar un nuevo proceso de selección, por lo que la prórroga al actual contrato no resulta viable.

21.20. De otro lado, en relación con los reparos del contratista frente a la licitación, el MINTIC respondió así (fs. 356 a 358):

Nuevamente, nos encontramos ante acusaciones de su parte que carecen de sustento y resultan contrarias a la realidad. Por ello, una vez analizados los distintos numerales de su comunicación en cuales pretende fundamentar su "protesta formal", nos permitimos darle respuesta a cada uno de ellos de la siguiente manera:

1. En relación con el numeral (1), en el cual señala que "Co Internet/Neustar han demostrado siempre la mejor disposición de iniciar y mantener un dialogo que le permitiera ejercer el derecho legítimo de seguir ejecutando la concesión. Sin embargo, el MINTIC se ha negado, sistemáticamente, a materializar dicha dialogo y por el contrario ha excluido al .Co internet/ Neustar de cualquier posibilidad de negociación. (...)", este Ministerio le reitera lo ya señalado en la comunicación del 21 de junio de 2019, por medio de la cual se les informo que desde el mes de abril de 2019, la Entidad tomó la decisión de iniciar un nuevo proceso de selección objetiva para escoger un nuevo operador, que a partir de febrero de 2020 lleve a cabo la gestión integral del dominio .co, por lo que no es acertado que se señale que el Ministerio no ha dado respuesta a sus comunicaciones y propuestas de prórroga del contrato de concesión actual. (...)

MinTIC conserva su derecho de iniciar un proceso de selección abierto para la continuación de la operación de .CO a partir de la terminación del plazo actual del contrato.

3. El Plan de Acción del proceso de selección dominio .CO fue publicado el 22 de mayo de 2019 con el objeto de informar al público en general de los análisis y estudios que venía realizando el MinTIC en el marco de la estructuración de un nuevo proceso de selección. Si bien, como Usted menciona, en dicho plan se indicó que en el trimestre 2, "se realizaría una reunión de presentación del proyecto a los posibles interesados, para buscar pluralidad de oferentes", en dicho plan se advirtió asimismo que los hitos descritos tendrían carácter ilustrativo e indicativo, por lo que podrían sufrir variaciones. Dicha reunión no fue realizada tiempo señalado en el Plan de Acción, y Usted omite en su comunicación que el Plan de Acción fue objeto de actualización, como se evidencia en el documento publicado en el micrositio, <https://micrositios.mintic.gov.co/dormrinio.co/>. La única presentación del proceso de selección que ha sido convocada y realizada por el MinTIC, además de la Audiencia de Riesgos y Aclaraciones prevista en el

pliego de condiciones de la Licitación Pública No. MTIC-LP-01-2019 es la que tuvo lugar en Montreal, Canadá, abierta al público en general, en el marco de la reunión de ICANN, a la que nos referiremos posteriormente.

4. En cuanto a la presencia del MinTIC en Nueva York el 23 de septiembre de 2019, se le informa que la misma se dio en el marco del evento denominado "Business Council for International Understanding (BCIU)", organizado por ProColombia, en el que participó la señora Ministra de TICs, en el cual estuvieron presentes diversas compañías del sector TIC, incluido como Usted menciona la empresa Afiliás. Sin embargo, con contundencia este Ministerio le informa que no ha convocado ni celebrado reunión alguna que hubiera tenido por objeto el proceso de selección con Afiliás o con algún otro competidor de .CO Internet /Neustar.

5. En cuanto a la presentación del proceso de selección el 6 de noviembre de 2019 en la reunión de ICANN, en Montreal, Canadá, se le informa que una vez publicados los borradores del pliego de condiciones en el SECOP II, se solicitó a Procolombia la divulgación del evento de ICANN, que tenía como propósito la realización de una presentación de los aspectos principales del proceso de selección a cualquiera que tuviera a bien presentarse en la Sala dispuesta al efecto. En dicha exposición se realizó una descripción del proceso, contenida en una presentación de power point, que fue puesta a disposición del público en general en el micrositio <https://micrositios.mintic.gov.co/dominio.co/>, donde se encuentran los documentos relacionados con el proyecto sobre Dominio.CO. El Ministerio no realizó invitaciones personales a dicha presentación. El encuentro que Usted señala con funcionarios del MinTIC, en nada desconoce lo anterior, ni de él puede derivarse la existencia de un deber alguno frente a su empresa, ni frente a cualquier otra.

Como Usted bien conoce, dado que ha presentado observaciones a través de distintas personas en la Licitación Pública No. MTIC-LP-01-2019 y ha presentado diversas comunicaciones al respecto en este Ministerio y ante otras autoridades, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones de dicho proceso de selección le permiten a Usted y a cualquier otro interesado solicitar reuniones uno a uno a través del correo electrónico dominio@mintic.gov.co y de estas se deja un registro que es publicado en el SECOP II, En tal sentido, el Mintic ha celebrado la siguiente reunión 1 a 1:

Reunión celebrada el 5 de diciembre de 2019, solicitada de Central Comercializadora de Internet, mediante correo electrónico recibido el 20/11/2019. El registro de dicha reunión se encuentra publicado en el SECOP II.

Reunión celebrada el día 20 de diciembre de 2019, solicitada por la empresa Central Nic mediante correo electrónico recibido el 17/12/2019. El registro de dicha reunión se encuentra publicado en el SECOP II.

Hasta la fecha ni .co Internet, ni Neustar han solicitado reunión alguna, por lo cual sus referencias a trato discriminatorio resultan incomprensibles.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta más que evidente que sus afirmaciones en las que pretende endilgar a las actuaciones de este Ministerio falta de transparencia y trato igualitario son totalmente infundadas y ajenas a la realidad de un proceso de selección objetiva, abierto y

competitivo que ha sido estructurado y desarrollado, en estricto apego a los principios que rigen la contratación administrativa en Colombia, y en el cual la empresa que Usted representa, al igual que cualquier otro competidor que cumpla con las reglas previstas en el pliego de condiciones, cuenta con todas las garantías para participar y proponer al Estado Colombiano su mejor oferta, en beneficio del patrimonio público.

21.21. De todos esos documentos se puede concluir, preliminarmente, que el MINTIC esgrimió razones jurídicas, técnicas y financieras para no prorrogar la concesión en estudio, cuya validez o pertinencia no corresponde juzgar en esta sede, sino que su estudio será materia de la decisión del fondo del asunto. Igualmente, contrató asesoría externa y especializada para adelantar el proceso de selección cuestionado, lo que, en principio, descarta una actuación arbitraria que imponga acceder a lo solicitado. La Procuraduría General de la Nación, como da cuenta la solicitud de acompañamiento, está vigilando el proceso de selección en cuestión y, además, el MINTIC ha atendido las recomendaciones de los reclamantes, como estos mismos lo manifestaron en su escrito de medidas cautelares (fls. 280 y 281).

21.22. En todo caso, los documentos son insuficientes para concluir, en forma preliminar, la presencia de una arbitrariedad que, en sede precautelar y mediante un juicio de ponderación, haga pensar que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que decretarla. En esos términos, tampoco está satisfecha la exigencia del numeral 3 del artículo 231 del CPACA.

21.23. Podría pensarse que la prórroga del contrato de concesión y la suspensión del proceso de contratación evitaría un perjuicio irremediable (literal a) numeral 4 del artículo 231 del CPACA); sin embargo, preliminarmente, no se encuentra un fundamento normativo en la solicitud de los reclamantes, tanto de derecho interno como de derecho internacional, que respalde la prórroga pedida por las memorialistas.

21.24. De otro lado, para decretar la suspensión de un proceso de selección contractual, el numeral 2 del artículo 230 del CPACA exige que *“no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción”*. El hecho de que las reclamaciones de las sociedades, en este momento, tengan un alto componente económico, hace pensar, por el momento, que la decisión final, bajo el amparo del principio de reparación integral, tendrá, en principio, efectos jurídicos económicos equiparables a los solicitados con la medida en estudio, por lo que tampoco podría pensarse que los efectos de la sentencia que habrá de dictarse serían nugatorios (literal b) numeral 4 del artículo 231 del CPACA).

21.25. Por su parte, los reparos de legalidad frente al proceso de selección deben ventilarse a través de los mecanismos procesales pertinentes y con el cumplimiento de las exigencias que ellos imponen. Vale reiterar que ese proceso de selección, como los mismos memorialistas reconocen, está bajo la supervisión de los órganos de control, lo cual hace que estén dadas las garantías internas para que las actuaciones del MINTIC se ajusten al ordenamiento jurídico, es decir, existen otras medidas para conjurar lo que pretenden las medidas cautelares.

21.26. Frente a los cálculos de los memorialistas, en los que al parecer se pone en evidencia la inconveniencia de la no prórroga de la concesión n.º 19 y de adelantar un nuevo proceso de selección, se impone un debate probatorio, no sólo con las pruebas de una de las partes, sino de la contraparte y demás medios de pruebas que se soliciten para demostrar sus posiciones.

21.27. Por último, se observa que el MINTIC y las sociedades peticionarias firmaron el otrosí n.º 4, en los términos expuestos en el numeral 10 de esta providencia, en el que acordaron una extensión de la duración de la concesión. En efecto, en caso de que Neustar, que concurrió al proceso de selección, no resultara adjudicataria, se acordó que la concesión seguiría como mínimo 240 y como máximo 365 días calendario, con lo cual,

actualmente, se garantiza la continuidad del servicio público y se descarta su afectación.

21.28. En suma, las normas, tanto de derecho interno como internacionales invocadas por los solicitantes, en principio, no otorgan un derecho automático frente al decreto de las medidas cautelares, sino que las habilitan para proteger los derechos e intereses de los reclamantes. En el presente asunto, en línea con las exigencias de las normas pertinentes del derecho internacional e interno (artículo 231 del CPACA), no se observa que ese riesgo se pueda materializar, al menos de forma preliminar.

21.29. En esos términos, se negarán las medidas cautelares de urgencia solicitadas.

22. En mérito de lo expuesto, el despacho,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las medidas cautelares de urgencia solicitadas, en los términos de la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría **REMITIR** copia de la presente decisión con destino al expediente 2019-0146 (64832), para lo pertinente.

TERCERO: NOTIFICAR del presente asunto al Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

CUARTO: Una vez en firme esta decisión, **ARCHÍVESE** la presente solicitud.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Expediente: 64.831
Actor: .CO Internet
Demandada: Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
Niega medidas cautelares de urgencia

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado