

**DEBIDA DILIGENCIA JURÍDICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y
RÉGIMEN APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN, REGULACIÓN Y
CONTROL DEL DOMINIO .CO**

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES NO.
644 DE 2019**

**ENTRE EL FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES Y
DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS**



OCTUBRE DE 2019

TABLA DE CONTENIDO

DEFINICIONES, SIGLAS Y ABREVIATURAS	4
1 INTRODUCCIÓN.....	5
2 Identificación y Revisión de las Normas Aplicables a la Administración, Regulación y Control del Dominio .CO	7
2.1 ICANN, IANA y la Formación de los dominios ccTLD	7
2.2 Recuento normativo y jurisprudencial	8
2.2.1 Antecedentes jurisprudenciales.....	8
2.2.2 Primeras políticas de dominio .co	9
2.2.3 La Ley 1065 de 2006.....	10
2.2.4 Modelo del dominio y políticas a partir de la Ley 1065 de 2006.....	11
2.2.5 Las Leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019	16
3 Análisis de la Situación Actual y Estado de Ejecución del Contrato de Concesión No. 0019 de 2009	21
3.1 Licitación Pública No. 002 de 2019.....	21
3.1.1 Funciones del administrador.....	22
3.1.2 Remuneración del administrador.....	26
3.1.3 Plazo del contrato	27
3.1.4 Desarrollo del proceso de selección.....	27
3.2 El Contrato de Concesión 19 de 2009	29
3.2.1 Proceso de transición y redelegación 2009-2010	30
3.2.2 Modificaciones al Contrato de Concesión	40
3.2.3 Del plazo del contrato de concesión y la viabilidad de su prórroga .	41
3.2.4 Análisis respecto a la posibilidad de prórroga por 10 años del contrato de concesión	42
3.2.5 Remuneración al concesionario y participación del MinTIC	49
3.2.6 Obligación de información e informes que debe presentar el concesionario	50
3.2.7 Incumplimientos y sanciones	55
3.2.8 Garantías	56
3.2.9 Solución de controversias	57
3.2.10 Cláusulas exorbitantes	57
3.2.11 Liquidación del contrato.....	58
4 ALTERNATIVAS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO	59
4.1 Antecedentes de un nuevo proceso de selección.....	59
4.1.1 Informe del gobierno pasado	59
4.1.2 Plan de Acción	59
4.1.3 Recomendaciones del Comité Asesor	60
4.1.4 Acompañamiento de Expertos de la UIT	60
4.2 Características de la Transacción	62
4.2.1 Ambiente contractual mediante un contrato innominado	67



4.2.2	Ambiente regulado mediante actos administrativos	69
5	MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA TRANSICIÓN	71
5.1	Modificación bilateral del contrato.....	71
5.2	Modificación unilateral del contrato.....	72



DEFINICIONES, SIGLAS Y ABREVIATURAS

- “ccTLD”: Se refiere al código de dos letras asignado a cada país bajo el estándar ISO 3166-1 y que identifica a un país en Internet. En el caso de Colombia, el ccTLD corresponde al .co.
- Dirección IP: es el número único que se da a cada computadora conectada a Internet.
- “DNS” (Sistema de Nombres de Dominio):_Se refiere al sistema jerárquico y descentralizados que permite la asociación de diferentes recursos a direcciones IP y éstas a un nombre de dominio, como se especifica en los RFC 1034, 1035 expedidos por Internet Engineering Task Force.
- “IANA”: Autoridad de Números Asignados en Internet. Es la entidad encargada de la coordinación técnica de algunos elementos esenciales para el funcionamiento de Internet. IANA es responsable del mantenimiento de identidades únicas de registradores de Internet, que incluyen los nombres de dominios, parámetros de protocolo, direcciones IP y Sistemas Autónomos de Números.
- “ICANN”: Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números de Internet. Es una organización sin ánimo de lucro que coordina el DNS. ICANN apoya a IANA en la ejecución de las funciones técnicas relacionadas con la administración de los parámetros de protocolo, los recursos numéricos de Internet y los nombres de dominio.
- “LACTLD”: Latin American and Caribbean ccTLDs Organization.
- “SRS” (Sistema de Registro Compartido): Es la plataforma, de propiedad del operador de registro, en la cual los diferentes registradores tienen acceso para crear, modificar, suprimir y definir las características de los nombres de dominio operados en un dominio de nivel superior.
- “UDRP”: Se refiera a la Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio Uniformes de ICANN.
- “Whois y RDAP”: son protocolos TCP de pregunta/respuesta utilizados para la consulta de una base de datos con el fin de determinar el propietario de un nombre de dominio o dirección IP en internet.



1 INTRODUCCIÓN

Conforme lo establecido en el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES NO. 644 DE 2019, celebrado entre el FONDO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES (en adelante, FONTIC) y DURÁN & OSORIO ABOGADOS ASOCIADOS (en adelante, D&O) el 28 de junio de 2019, cuyo objeto es la *“prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica especializada en materia de derecho público, contratación estatal y derecho de telecomunicaciones y TIC con el objeto de fortalecer la gestión misional de la entidad para el cumplimiento de los objetivos estratégicos en el marco del MIG y su dimensión estratégica, a través del apoyo al Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones en la estructuración legal del proceso de selección del tercero que tendrá a su cargo la administración, promoción, operación técnica y mantenimiento del dominio .co, así como brindar el acompañamiento requerido para la subasta del espectro”*, el presente documento contiene el informe de debida diligencia jurídica de la situación actual y régimen aplicable a la administración, regulación y control del dominio .co.

De acuerdo con lo señalado en el numeral 1 del literal B de la cláusula segunda del Contrato de Prestación de Servicios, y en el numeral 4.1 de la Propuesta de servicios jurídicos especializados al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, “MinTIC”), la debida diligencia comprende las siguientes actividades, que han sido desarrolladas por el equipo de profesionales de D&O durante la ejecución del Contrato No. 644 de 2019, bajo la supervisión de la Dirección de Desarrollo de la Industria TI:

- a. La identificación y revisión de las normas aplicables a la administración, regulación y control del dominio .co;
- b. La revisión y análisis de los estudios con que cuenta el MinTIC para la estructuración del proceso de selección;
- c. El análisis de la situación actual, estado de ejecución y plazo del Contrato de Concesión No. 00019 de 2009, así como de las normas aplicables a su prórroga, e identificación de alternativas para el MinTIC;
- d. La definición de lineamientos para que el MinTIC de respuesta a las comunicaciones del concesionario Co Internet S.A.S relacionadas con la duración y prórroga del contrato de concesión No. 00019 de 2019 o con la estructuración de un nuevo proceso de selección.



- e. La identificación de los mecanismos jurídicos con que cuenta el MinTIC para designar al administrador del dominio .co, sus ventajas, desventajas y riesgos.

Una vez recibida y analizada la información relevante, proporcionada por el MinTIC y realizadas reuniones y mesas de trabajo con funcionarios y asesores del MinTIC, el presente documento contiene los análisis y las conclusiones derivados de las actividades señaladas en los literales a., c. y e. anteriores.

En cuanto a las actividades indicadas en el literal b., según el mecanismo de trabajo acordado con el MinTIC para la ejecución de los servicios, los análisis y las observaciones del equipo de D&O a los estudios en curso legales, técnicos y financieros han sido presentados y discutidos en las distintas reuniones llevadas a cabo con el equipo del MinTIC y con sus asesores, y se reflejan en los documentos de la estructuración del proceso de selección del operador del dominio.co, particularmente, en los pliegos de condiciones y en la minuta de contrato. De igual forma, la actividad señalada en el literal d., ha sido realizada mediante la revisión de las comunicaciones que recibidas del MinTIC y la proposición y discusión de lineamientos para la elaboración de borradores de comunicaciones de respuesta, con el equipo del MinTIC y sus asesores.



2 IDENTIFICACIÓN Y REVISIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES A LA ADMINISTRACIÓN, REGULACIÓN Y CONTROL DEL DOMINIO .CO

2.1 ICANN, IANA Y LA FORMACIÓN DE LOS DOMINIOS CCTLD

Con la fundación de Internet, como una red de comunicación electrónica¹, surgió la necesidad de formar direcciones que permitieran identificar los diferentes dispositivos conectados a la misma. Fue así como se crearon las direcciones IP², que asignan a cada dispositivo, servidor o página web, un número de identificación único. Las direcciones IP, tanto en su versión antigua (IPv4'S) como en la más reciente (IPv6'S), resultaban difíciles de relacionar y memorizar. Por dicho motivo, se diseñó el sistema de nombres de dominio –DNS– que traduce las direcciones IP a letras. Dentro de este sistema, cuya zona de raíz, es decir los servidores de más alta jerarquía, es administrada por “Internet Assigned Numbers Authority” - IANA, se encuentran los dominios de nivel superior o “TLDs”³.

De acuerdo con IANA⁴, existen seis diferentes grupos de TLDs:

- Dominios de nivel superior geográficos (ccTLD).
- Dominios de nivel superior genéricos (gTLD).
- Dominios de nivel superior de infraestructura (ARPA).
- Dominios de nivel superior genéricos restringidos (grTLD).
- Dominios de nivel superior patrocinados (sTLD).
- Dominios de nivel superior de prueba (tTLD).

Los dominios de nivel superior geográficos (ccTLD) son dominios de dos letras usados y reservados para un país o territorio independiente. La asignación de qué letras corresponden a cada país fue hecha conforme al estándar internacional ISO 3166-1.

A Colombia le fue asignado el dominio “.co”. Al ser IANA la administradora de la zona de raíz del DNS, las delegaciones, re-delegaciones o transferencias de los dominios de nivel superior geográficos -ccTLD- deben ser realizadas ante ésta, siguiendo las

¹ Merriam-Webster. “Internet”. Consultado el 2 de julio de 2019. (<https://www.merriam-webster.com/dictionary/Internet>)

² ICANN. Internet Protocol (IP) Addresses. Consultado 2 de julio de 2019. (<https://www.icann.org/en/system/files/files/ip-addresses-beginners-guide-04mar11-en.pdf>)

³ RFC 1591. Internet Engineering Task Force (IETF). Marzo de 1994. (<https://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>) Consultado 18 de julio de 2019.

⁴ Internet Assigned Numbers Authority -IANA- Root Zone Databse. (<https://www.iana.org/domains/root/db>) Consultado 4 de julio de 2019.

directrices establecidas en el documento RFC 1591 “Domain Name System Structure and Delegation”⁵ y los Principios del Governmental Advisory Committee (GAC)⁶. Estos documentos constituyen protocolos, principios y estándares que permiten la comunicación de toda la red de Internet, dentro de unos parámetros de confiabilidad y seguridad de la información.

Hoy en día, las funciones de IANA relacionadas con la administración de los parámetros de protocolo, los recursos numéricos de Internet y los nombres de dominio son realizadas por una organización sin ánimo de lucro denominada Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet - ICANN⁷, en virtud de un contrato firmado entre ésta y el Gobierno de los Estados Unidos, el 17 de marzo de 2003⁸.

2.2 RECUENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.2.1 *Antecedentes jurisprudenciales*

Los primeros antecedentes jurisprudenciales relacionados con la administración del dominio .co, se encuentran en el concepto número 1.376 de 2001 de la Sala de Consulta y Servicio Civil⁹ y en la sentencia del 10 de julio de 2002 del Consejo de Estado¹⁰. Los pronunciamientos se dieron con ocasión de que la Universidad de los Andes –en su calidad de administradora del dominio “.co” desde el 24 de diciembre de 1991– decidió abrir un proceso licitatorio con el fin de entregar la operación del dominio a un operador internacional. Al respecto, el Consejo de Estado concluyó principalmente que:

⁵ RFC 1591. Internet Engineering Task Force (IETF). Marzo de 1994. (<https://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt>) Consultado 18 de julio de 2019.

⁶ Governmental Advisory Committee. Principles and guidelines for the delegation and administration of country code top level domains (<https://gac.icann.org/principles-and-guidelines/public/principles-cctlds.pdf>) Consultado el 4 de julio de 2019.

⁷ ICANN. About ICANN. (<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>) Consultado el 4 de julio de 2019.

⁸ Contract Between ICANN and the United States Government for Performance of the IANA Function. (17 March 2003) (<https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/iana-contract-2003-03-17-en>) Consultado 4 de julio de 2019.

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1376 de diciembre 11 de 2001 C.P. César Hoyos Salazar.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección IV, Sentencia AP 0465-01 del 10 de julio de 2002. C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

- El dominio .co no es un bien en sentido jurídico, aunque si tiene un notorio interés público.
- Al tener un notorio interés público, es susceptible de amparo a través de la acción popular.
- Puede ser administrado por una entidad privada, pero la entidad delegataria no puede cambiar el objeto ni la función de la delegación.
- Al ser un asunto relacionado intrínsecamente con las telecomunicaciones, el Gobierno nacional es competente, por medio del Ministerio de Comunicaciones, para actuar en su planeación, regulación y control.
- El Ministerio de Comunicaciones incurrió en una omisión al permitir que la Universidad de los Andes administrara el dominio .co sin expresa designación por parte del Gobierno Nacional y sin adelantar una efectiva supervisión sobre dicha administración.

De este modo, el Consejo de Estado sentó las primeras consideraciones jurídicas concernientes a la naturaleza del dominio de nivel superior ccTLD .co, así como a la competencia del Ministerio de Comunicaciones –hoy MinTIC– para su administración, regulación y control, ordenándole además que asumiera directamente o por medio de quien designara, la administración y manejo del dominio .co. y expidiera la regulación correspondiente, teniendo en cuenta los criterios internacionales de delegación desarrollados por la IANA.

2.2.2 Primeras políticas de dominio .co

Con base en estos pronunciamientos y teniendo en cuenta las prácticas adoptadas por las entidades internacionales que administran los dominios a nivel global y las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) en la materia, el Ministerio de Comunicaciones –hoy MinTIC– emitió la Resolución 600 de 2002, por medio de la cual se regula el dominio .co.

Dicha resolución estableció que el dominio .co es un recurso del sector de las telecomunicaciones, de interés público, bajo la planeación, regulación y control del Estado, y que su administración podría ser realizada directamente por el Estado o a través de terceros que demostraran suficiente capacidad técnica, administrativa y financiera.



Asimismo, dispuso que el Ministerio diseñaría e implementaría un régimen integral que regulara la materia y, en tal sentido, se dictaron las Resoluciones 20 de 2003 y 1455 de 2003, que se describen en la Tabla siguiente:

Resoluciones del MinTIC relacionadas con el dominio .co 2002 - 2006		
Resolución 600 de 2002	<i>"Por medio de la cual se regula parcialmente la administración del dominio .co"</i>	Derogada por la Resolución 1652/2008
Resolución 20 de 2003	<i>"Por medio de la cual se establece el procedimiento a seguir por el Ministerio de Comunicaciones para la fijación de las condiciones de administración del dominio .co"</i>	Derogada por la Resolución 1652/2008.
Resolución 1455 de 2003	<i>"Por medio de la cual se regula la administración de registros del dominio.co."</i>	Derogada por la Resolución 1652/2008.

Fuente: Elaboración propia.

Dichas resoluciones fueron derogadas por la Resolución 1658 de 2008, que reguló la administración del ccTLD .co y estableció la política de delegación de nombres de dominio bajo el ccTLD .co, con fundamento en las disposiciones de la Ley 1065 de 2006, por medio de la cual se *"define la administración de registros de nombres de dominio.co y se dictan otras disposiciones"*.

2.2.3 La Ley 1065 de 2006

En línea con los pronunciamientos jurisprudenciales y las resoluciones previas del Ministerio de Comunicaciones, la Ley 1065 de 2006 definió la administración del registro de nombres de dominio .co como una actividad a cargo del Estado e identificó al dominio .co como un recurso del sector de las telecomunicaciones de interés público:

"Artículo 1º. Definición. La administración del registro de nombres de dominio.co es aquella actividad a cargo del Estado, que tiene por objeto la organización, administración y gestión del dominio.co, incluido el mantenimiento de las bases de datos correspondientes, los servicios de información asociados al público, el registro de los nombres de dominio, su funcionamiento, la operación de sus servidores y la difusión de archivos de zona del dominio, y demás aspectos relacionados, de conformidad con las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes.

Parágrafo. Para los efectos de esta ley, el nombre de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a Colombia -.co-, es un recurso del sector



de las telecomunicaciones, de interés público, cuya administración, mantenimiento y desarrollo estará bajo la planeación, regulación y control del Estado, a través del Ministerio de Comunicaciones, para el avance de las telecomunicaciones globales y su aprovechamiento por los usuarios.”

De otra parte, la Ley 1065 definió la administración del dominio .co como una función administrativa a cargo del Ministerio de Comunicaciones, delegable en particulares, en los términos siguientes:

“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.”

Finalmente, su artículo 3 dispuso el pago de una contraprestación por el derecho de uso que otorga el registro del nombre de dominio y facultó al Ministerio para fijar dichas sumas, o para establecer valores mínimos y/o máximos o fórmulas para ello, en caso en que la función fuese conferida a un particular.

2.2.4 Modelo del dominio y políticas a partir de la Ley 1065 de 2006

En el año 2007 se consideró necesario crear un Comité de Apoyo para la implementación de la administración del dominio .co por parte del entonces Ministerio de Comunicaciones, que lo acompañara en la transición de su administración por parte de la Universidad de Los Andes, en el marco de la Ley 1065 de 2006.

De acuerdo con la Resolución 999 de 2007, el Comité se integró por el Director de Investigación y Planeación del Programa Agenda de Conectividad; el Coordinador del Grupo de Soporte Operacional y Tecnológico del Ministerio de Comunicaciones; el abogado asesor de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comunicaciones; el Director de Desarrollo del Sector del Ministerio de Comunicaciones; dos profesionales de la Dirección de Desarrollo del Sector del Ministerio de Comunicaciones y un experto en finanzas y asuntos relacionados, designado por la Ministra de Comunicaciones, con funciones relacionadas con la transferencia de la administración del dominio .co, teniendo en cuenta las prácticas adoptadas por IANA e ICANN y las mejores prácticas internacionales en la materia.

Dicha Resolución fue derogada por la Resolución 284 de 2008, mediante la cual el Ministerio de Comunicaciones adoptó el “*modelo de tercerización total excluyente*”



para la administración del dominio.co, de acuerdo con el cual el Estado mantiene la definición de la política del dominio .co y se encarga a un tercero, denominado “Registry”, de la administración del dominio y éste centraliza la relación con múltiples registradores (“Registrars”), que son quienes comercializan los nombres de dominio bajo el ccTLD .co frente a los clientes.

La Resolución 284 fue derogada parcialmente por la Resolución 1652 de 2008, que reguló en detalle la administración del ccTLD .co y estableció la política de delegación de nombres de dominio bajo el ccTLD .co. El artículo 7 de dicha Resolución, identifica las siguientes funciones y actores, que definen el modelo de operación y delegación:

Función	Actor
Sponsoring Organization Definición de política, regulación y control del ccTLD .co Líder de la representación del Gobierno colombiano ante el Comité Asesor de Gobiernos del ICANN	Ministerio de Comunicaciones (hoy MinTIC)
Asesoría al Gobierno en la definición de políticas	Comité Asesor en materia de política para el ccTLD .co
Administrador del ccTLD .co: administra y promueve el dominio .co <ul style="list-style-type: none"> • Coordina la relación con los registradores • Define el modelo de contraprestaciones • Lleva la relación con ICANN • Lleva la relación con los entes de resolución de conflictos • Invitado permanente del Comité Asesor • Ejerce la función técnica (mantenimiento de bases de datos, conexiones) 	Particular contratado para ello
Registradores acreditados por el administrador <ul style="list-style-type: none"> • Comercializan los nombres de dominio • Soporte técnico y facturación y otros servicios • Mantienen una conexión con el administrador y actualiza las bases de datos (No debe tener vínculos con el administrador) 	Particulares a través de las cuales los usuarios pueden adquirir un nombre de dominio bajo el ccTLD .co
Interesados en la titularidad y titulares de dominio	Clientes

Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, se mantiene el modelo de tercerización excluyente. Sin embargo, en cuanto a los nombres de dominio de solicitante restringido (.edu.co, .mil.co, .gov.co, .org.co), su asignación no se realiza ante los registradores, sino directamente ante el administrador del ccTLD co.

Por otra parte, la Resolución 1652 de 2008 reguló, los siguientes aspectos:

- Criterios y principios que rigen la delegación de nombres de dominio, su transferencia, renovación y la administración del ccTLD .co., incluido el principio de “First come first served” para la delegación de nombres de dominio (artículo 2)
- Criterios para solicitar un nombre de dominio bajo el ccTLD .co y lista de dominios restringidos (artículo 3)
- Derechos y obligaciones de los titulares de nombres de dominio bajo el ccTLD .co (artículo 4)
- Suspensión y cancelación de nombres de dominio bajo el ccTLD .co. (artículo 5)
- Definición del mecanismo de resolución de disputas entre los titulares de un nombre de dominio y terceros (artículo 6)
- Lineamientos de la relación entre el administrador y los registradores (artículo 8)
- Procedimientos relacionados con la administración de los nombres de dominio (artículo 9)
- Contraprestaciones por el registro de nombres de dominio (artículo 10)
- Lineamientos generales para la transición entre la Universidad de los Andes y el siguiente administrador (artículo 11)
- Lineamientos de registro en segundo nivel (artículo 12)

La Resolución 1652 de 2008 fue modificada por la Resolución 147 de 2011, para dejar a la dinámica del mercado y bajo la responsabilidad del administrador, la definición del número de registradores acreditados y para definir un término de evaluación de las implicaciones técnicas y económicas de la transición o modelo de convivencia dual entre las extensiones .gov.co y .gob.co. Asimismo, fue modificada por la Resolución 2715 de 2011, para regular el registro de los nombres de dominio de solicitante restringido (.edu.co, .mil.co, .gov.co, .org.co).

La siguiente Tabla identifica las resoluciones relacionadas con política del dominio .co dictadas luego de la entrada en vigencia de la Ley 1065 de 2006:



Resoluciones del MinTIC relacionadas con el dominio .co 2006 - 2018		
Resolución 999/2007	<i>"Por la cual se crea un Comité de Apoyo para la implementación de la administración del dominio.co por el Ministerio de Comunicaciones."</i>	Derogada por la Resolución 284/2008.
Resolución 284/2008	<i>"Por la cual se adopta el modelo operativo para la administración del dominio .co"</i>	Derogada parcialmente por la Resolución 1652/2008.
Resolución 1250/2008	<i>"Por el cual se crea un Comité en materia de política del ccTLD .co"</i>	Derogada por la Resolución 3278/2018.
Resolución 1652/2008	<i>"Por medio de la cual se regula la administración del ccTLD .co y se establece la política de delegación de nombres de dominio bajo el ccTLD .co"</i>	Modificada por la Resolución 147/2011 y por la Resolución 2715/ 2011.
Resolución 2459/2009	<i>"Por la cual se señalan algunas reglas para el periodo de transición del actual administrador del ccTLD .co al nuevo administrador designado mediante la licitación 002 de 2009"</i>	Pierde vigencia por cumplimiento de su objeto.
Resolución 147/2011	<i>"Por la cual se modifica las Resoluciones 1250 de 2008 y 1652 de 2008"</i>	Artículos 1 y 2 derogados por la Resolución 3278/2018.
Resolución 2715/2011	<i>"Por la cual se modifica la Resolución 1652 de 2008 y la Resolución 147 de 2011"</i>	
Resolución 2387/2013	<i>"Por la cual se modifican las resoluciones 1250 de 2008 y 147 de 2011"</i>	Derogada por la Resolución 3278/2018.
Resolución 3278/2018	<i>"Por la cual se regula el Comité Asesor en materia de ccTLD.co y se derogan las resoluciones N. 1250 de 2008, 2387 de 2013, y el artículo 1 de la Resolución 147 de 2011"</i>	

Fuente: Elaboración propia.

2.2.4.1 El Comité Asesor en materia de política del ccTLD .co

Con el objeto de brindar acompañamiento y asesoría al Ministro de Comunicaciones en desarrollo del modelo operativo de tercerización excluyente, mediante Resolución 1250 de 2008, se creó un Comité en materia de política del ccTLD .co, integrado por el Ministro de Comunicaciones o su delegado; el Director de la Dirección de Desarrollo del Sector y el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, y como invitados permanentes, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, el Director de la Unidad Administrativa de Derechos de Autor y el Rector de la Universidad de los Andes.



La Resolución 1250 señaló como funciones del Comité: asesorar al Ministerio de Comunicaciones en temas relacionados con la política del ccTLD .co; recibir informes generados por el administrador del ccTLD .co sobre el cumplimiento de la política del ccTLD .co y sugerir recomendaciones al Ministerio de Comunicaciones sobre política para el ccTLD .co y analizar las necesidades de la comunidad de Internet de Colombia y tendencias en materia de políticas de los ccTLD a nivel mundial.

La Resolución 147 de 2011 modificó la composición del Comité, el cual quedó integrado por el Ministro o el Viceministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; el Director de Comunicaciones o su delegado; el Subdirector para la Industria de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o su delegado y el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica o su delegado, e incorporó entre otros invitados permanentes a un representante del administrador del ccTLD .co.

Dichas disposiciones fueron derogadas por la Resolución 3278 de 2018, que integró el Comité con los siguientes miembros, con derecho a voz y voto:

- El Viceministro de economía digital
- El Director de Desarrollo de la Industria de TICs
- El Secretario General
- El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica
- El Jefe de la Oficina para la gestión de ingresos del Fondo.

Esta Resolución eliminó a los invitados permanentes y señaló que se podrían invitar a las personas que, por su especial conocimiento, pudieran opinar frente a los temas de política del ccTLD .co

Las funciones del Comité son las siguientes:

- Asesorar al MinTIC en temas relacionados con el ccTLD .co;
- Proponer y recomendar las políticas sobre la administración, mantenimiento y desarrollo del ccTLD .co;
- Recomendar la implementación, modificación y revisión de la normativa referente al ccTLD .co;
- Recomendar la adopción del modelo de operación y gestión que mejor se ajuste a las necesidades del Estado Colombiano, teniendo en cuenta las políticas internacionales que se dicten sobre la materia;
- Adoptar su propio reglamento interno;

- Las demás que le sean asignadas por el MinTIC.

Debe tenerse en cuenta que, según lo establece la misma Resolución, el Comité no supe las funciones y competencias de la Dirección de Desarrollo de la Industria TI en materia de dominio, incluyendo los aspectos de política y gestión del proyecto, así como los procesos precontractuales necesarios para seleccionar tanto al tercero responsable de realizar el registro de nombres de dominio .co como a la firma interventora.

2.2.5 Las Leyes 1341 de 2009 y 1978 de 2019

El 30 de julio de 2009, entró en vigor la Ley 1341 de 2009 por medio de la cual “se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, la cual establece el marco general que regula el sector.

En lo que respecta al dominio ccTLD .co, la Ley 1341 de 2009, en su artículo 18, numeral 20, atribuyó al MinTIC, la función de fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del dominio .co¹¹:

“Artículo 18: El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá, además de las funciones que determinan la Constitución Política, y la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(...)

20. Fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.co-.”

Adicionalmente, la Ley 1341 de 2009 señaló en su artículo 37, numeral 7, que serán recursos del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -FONTIC- aquellos que reciba el Estado con ocasión de la explotación del dominio .co:

¹¹ De acuerdo con información entregada por el Mintic , el 3 de abril de 2018 se interpuso una acción popular ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Actor: Eulalia Del Rosario Gómez Paz, radicado número 25000-23-41-000-2018-00356-00), que pretende que el MinTIC traslade inmediatamente a la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC- el ejercicio de todas las funciones y trámites referentes a la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás propias del ccTLD .co. y se abstenga de prorrogar el contrato de concesión No. 19 de 2009. La demanda fue contestada por el MinTIC el 26 de noviembre de 2018 y en esa misma fecha se solicitó la nulidad procesal de todo lo actuado, por indebida notificación.

“Además de lo señalado en el artículo anterior, son recursos del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

(...)

7. Las sumas que perciba el Estado como consecuencia de la explotación directa o indirecta del ccTLD.co.”

Finalmente, el artículo 73 de la Ley 1341, derogó expresamente la Ley 1065 de 2006, en los términos siguientes:

*“Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, **quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6o de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.**”* (se destaca)

Como se observa, el inciso segundo del artículo 73 señala que las normas citadas –incluida la Ley 1065– quedan derogadas en cuanto sean contrarias a lo previsto en dicha ley.

Al respecto, es relevante señalar que el propósito general de la Ley 1065 de 2006 de regular varios aspectos de la forma en que debe ser administrado el ccTLD en Colombia, es incompatible con la amplia facultad que la Ley 1341 de 2009 le concedió al MinTIC para fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del Dominio .CO, sin ningún lineamiento adicional. Por lo tanto, partir de la entrada en vigor de la Ley 1341 de 2009, es el MinTIC y no directamente el legislador, quien define las políticas de administración del dominio -.co.¹²

Para fortalecer esta interpretación, con fundamento en el segundo inciso del artículo 27 del Código Civil¹³, acudimos a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley

¹² En las Resoluciones del MinTIC 147 de 2011 y 2715 de 2011, relativas al dominio .co, se señala expresamente que la Ley 1065 fue derogada por la Ley 1341 de 2009.

¹³ Señala el artículo 27:

“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

1341, confirmando que la intención del legislador era –efectivamente– derogar la Ley 1065 de 2006 en su totalidad. En tal sentido, señala el cuadro comparativo entre el texto del proyecto de ley aprobado en Cámara y el texto propuesto para segundo debate en Senado:

*“El objetivo de regular integralmente las TIC en esta ley, hace necesario introducir preceptos de ley que corresponden al funcionamiento adecuado del dominio .co. **Por lo anterior, se propone derogar la ley 1065 de 2006** “por la cual se define la administración de registros de nombres de dominio.co y se dictan otras disposiciones”. En esta línea, se incorporarán en este proyecto de ley los demás aspectos que generen piso legal adecuado para la correcta explotación y administración del recurso ccTLD.co.*

(...)

En consistencia con lo planteado frente al dominio .co, se convino adicionar la función que pretende poner en cabeza del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la determinación de las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.co-.¹⁴(se destaca)

Como se observa, la intención del legislador de derogar la Ley 1065 es clara y expresa.

Adicionalmente, la derogatoria de dicha ley es consecuente con el criterio de interpretación finalista y de utilidad de las normas¹⁵. Si el legislador no tenía la intención de retirar del ordenamiento jurídico la Ley 1065 de 2006, no hubiera tenido sentido incluirla en la lista de normas del artículo 73 de la Ley 1341. En efecto, un planteamiento según el cual la ley 1065 seguiría vigente por no ser contraria a la ley 1341, conduciría a hacer completamente inútil la inclusión de la Ley 1065 de 2006 en dicho listado.

Por las anteriores consideraciones, resulta claro que la Ley 1065 de 2006 fue derogada por la Ley 1341 de 2009.

*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma **o en la historia fidedigna de su establecimiento.**” (se destaca)*

¹⁴ Gaceta del Congreso Número 87 de 2009, páginas 33 y 34.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, el 25 de julio de 2019 fue sancionada la Ley 1978, por medio de la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). En cuanto a la materia que nos ocupa, esta nueva ley modificó el numeral 20 del artículo 18 de la Ley 1341, en los términos siguientes:

“El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tendrá, además de las funciones que determinan la Constitución Política, y la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(...)

20. Fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo, así como administrar el uso del nombre de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a Colombia -.co-.”

Como se observa, la amplia facultad a cargo del MinTIC referida a la administración, promoción y desarrollo del dominio .co prevista en la Ley 1341, fue mantenida por la Ley 1978 de 2019, la cual, adicionalmente, incorporó la administración del dominio .co a cargo del MinTIC. En consecuencia, con la expedición de la Ley 1978 en dichos términos, se confirmó la intención del legislador de derogar la Ley 1065.

Al respecto, señaló la Oficina Jurídica del MinTIC en Memorando con registro número 192073005 del 9 de septiembre de 2019, dirigido al Director de la Industria de TI que:

“(…) Establecido lo anterior, resulta fundamental destacar que la Ley 1341 de 2009 en el inciso segundo del artículo 73, en relación con derogatorias y vigencia, dispuso la derogatoria expresa de la Ley 1065 de 2006, en los siguientes términos:

(...)

*Conforme con la norma antes descrita, la derogatoria procede frente a lo referente a las actividades que estén reguladas en la normatividad citada dentro del inciso segundo del artículo 73, como lo es la Ley 1065 de 2006, pues en el artículo 1° de la Ley 1065 de 2006 se determina la administración del registro de nombre de dominio.co como aquella **actividad** a cargo del Estado, como se lee a continuación:*

(...)

Así las cosas, el propósito general de la Ley 1065 de 2006 de regular varios aspectos en cuanto a la administración del ccTLD en Colombia es incompatible con la amplia facultad que la Ley 1341 de 2009, modificada por

la Ley 1978 de 2019, le concedió al MinTIC para fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo y administración del dominio .CO.

(...)

Las anteriores consideraciones permiten arribar a la siguiente conclusión: la Ley 1065 de 2006 fue derogada expresamente por la Ley 1341 de 2009”

De acuerdo con lo anterior, el MinTIC es la entidad competente para administrar y para fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del dominio .co –incluyendo la definición de las reglas de un nuevo proceso de selección para elegir al operador del dominio .co–, en aplicación de los principios que rigen la actuación administrativa, tal y como lo estableció la Ley 1341 de 2009 y se reitera en la nueva Ley 1978 de 2019.



3 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y ESTADO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 0019 DE 2009

3.1 LICITACIÓN PÚBLICA NO. 002 DE 2019

Según la información que reposa en el SECOP¹⁶, el 2 de abril de 2009, el entonces Ministerio de Comunicaciones dio apertura a la Licitación Pública No. 002 de 2009, para “*concesionar la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás propias de la naturaleza del ccTLD .co*”.

El pliego de condiciones de la Licitación Pública señaló que, teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales y de conformidad con las previsiones de la Ley 1065 de 2006 y la Resolución 284 de 2008, se adoptó el modelo de tercerización excluyente, para lo cual se llevaría a cabo un proceso de selección del administrador del ccTLD, con el cual se celebraría un contrato de concesión:

*“Como resultado del estudio adelantado, **el modelo que mitiga los posibles riesgos técnicos, de logística y operativos en la administración del ccTLD .co, y que minimiza los costos de inversión iniciales y anuales para el Ministerio de Comunicaciones, es el de tercerización total excluyente** por lo cual este Ministerio adopta como modelo para la administración del ccTLD .co el de **mantener la política en cabeza del Ministerio y tercerizar mediante un proceso de selección objetiva** que conforme a la ley; permita que el administrador del ccTLD .co, **bajo la modalidad del contrato de concesión**, realice las actividades propias de la administración y registro del ccTLD .co.”* (se destaca)

Según lo precisó el mismo pliego, la implementación del modelo se adelantaría de acuerdo con las reglas del mismo pliego de condiciones, del contrato de concesión, la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, la Ley 1065 de 2006 y sus decretos, circulares y acuerdos reglamentarios, así como las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes.



¹⁶ Colombia Compra Eficiente. Sistema SECOP I. Proceso Número LP 02-2009. (<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-42144>) Revisado el 5 de agosto de 2019.

3.1.1 Funciones del administrador

En cuanto al alcance de las labores del administrador, bajo el modelo adoptado, el pliego de condiciones dispuso que tendría 3 funciones fundamentales:

Función de promoción:

- Promover el uso del ccTLD .co para su registro, tanto en un segundo como en un tercer nivel, para lo cual debe desarrollar actividades para posicionar el ccTLD .co y desarrollar una red de registradores con altos estándares de calidad, de acuerdo con los lineamientos definidos por el Ministerio de Comunicaciones.
- Administrar las relaciones con los registradores acreditados, controlar su desempeño y tomar las acciones correctivas y preventivas requeridas.
- Asegurar soporte adecuado a los registradores acreditados.
- Planear, ejecutar y controlar la política de transición.
- Planificar, ejecutar, y controlar el “Plan de Ofrecimiento Gradual para el registro del ccTLD .co en un Segundo Nivel” de acuerdo con los lineamientos brindados en la política de transición y las mejores prácticas internacionales en la planificación, ejecución y verificación de periodos de “sunrise”¹⁷.
- Definir lineamientos para el contrato entre los registradores acreditados y titulares de nombres de dominio bajo el ccTLD .co y garantizar su cumplimiento (Adenda 2)

Función de Administración:

- Implementar y asegurar todos los planes, procesos, procedimientos y controles requeridos para dar cumplimiento a la política del ccTLD (Resolución 1652 de 2008)
- Administrar el ccTLD .co bajo la supervisión del Ministerio de Comunicaciones.

¹⁷ El periodo *sunrise* es una práctica que tiene ICANN en los dominios genéricos, la cual permite a los dueños de marcas registrar por adelantado nombres de dominio que correspondan a sus respectivas marcas, con anterioridad a que los mismos estén disponibles para el público en general. Para profundizar al respecto ver: ICANN. About Sunrise Processes & Procedures. (<https://www.icann.org/resources/pages/sdrp-2013-10-31-en>)



- Definir y sostener una estructura organizacional que genere confianza a los diferentes actores del modelo del ccTLD .co.
- Contar con un profesional con el rol de seguridad de informática en su equipo de trabajo, quien será responsable de asegurar todas las medidas de seguridad técnica y física.
- Administrar la relación con los entes de resolución de conflictos de acuerdo con la Política de Resolución de Disputas de Nombres de Dominio Uniformes -UDRP- de ICANN.
- Asegurar mecanismos de comunicación efectivos con el Ministerio de Comunicaciones e ICANN y participación mínima en eventos ICANN y la Latin American and Caribbean ccTLDs Organization -LACTLD-.
- Adoptar un código de conducta para administrar el ccTLD .co de manera imparcial y sin discriminación alguna, operar el ccTLD de acuerdo con el interés público y respetar la información de los titulares de registros de los dominios del .co (minimizar riesgo de abuso del WHOIS, etc.).
- Cumplir los indicadores de gestión.
- Gestionar en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, las acciones requeridas para garantizar la re delegación del administrador del ccTLD .co ante las organizaciones competentes en el tema.
- Informar sobre cualquier cambio de los cuatro (4) cargos directivos objeto de calificación en el proceso de selección.
- Presentar los siguientes informes (en los primeros 5 días hábiles del periodo siguiente):
 - Reporte mensual del avance de los diferentes planes que se requieran definir y ejecutar durante el contrato.
 - Informe mensual que muestre el comportamiento de los indicadores de gestión (frente a las metas acordadas con el Ministerio de Comunicaciones).
 - Reportes con periodicidad mensual o menor que incluya información sobre transacciones del administrador desglosado por: nuevos registros, traslados, suspensiones, cancelaciones y cambios entre

otros; registradores acreditados; otras estadísticas sugeridas por el concesionario o que se acuerden a futuro.

- Reporte mensual sobre los ingresos recibidos con el nivel de desglose que se acuerde con el Ministerio de Comunicaciones.
- Reporte mensual sobre el desempeño de los registradores acreditados, incluyendo información sobre el proceso de acreditación para registrador del ccTLD .co
- Reporte final: El concesionario deberá preparar un informe final ciento ochenta (180) días antes de la finalización del contrato que contenga información que sea de utilidad para dar inicio al nuevo proceso de selección para administrar el ccTLD .co.
- Reportes periódicos sobre auditorias realizadas e informe anual de auditoria.
- Reporte anual sobre la confiabilidad de los datos contenidos en WHOIS y sobre la imagen del ccTLD .co tanto a nivel local como internacional (Adenda 2)
- Reportes que sean solicitados por el Ministerio de Comunicaciones para poder ejercer sus actividades de control y supervisión.

Función técnica:

El Anexo 2 del pliego de condiciones (Descripción técnica del servicio a contratar), dispuso que el contratista debería proveer, como mínimo, los siguientes servicios técnicos, de manera consistente con los estándares definidos para el gTLD .com por parte de ICANN:

- *“Para el ccTLD .co, el contratista debe contar con por lo menos cinco (5) puntos de servidores DNS, incluyendo uno (1) en Colombia y los otros cuatro (4) deben estar conectados a la Internet en lugares y redes diferentes para asegurar su funcionamiento en caso de daño temporal de cualquiera de los servidores. Los servidores del DNS deben estar conectados a la Internet a través de los anillos de alta velocidad del mundo, y utilizar la tecnología anycast. Con lo anterior, se espera asegurar la seguridad, estabilidad y confiabilidad del Sistema de Nombres de Dominio para el ccTLD .co*
- *Operar y mantener el servidor primario del ccTLD .co*



- *Operar y mantener los servidores secundarios del ccTLD .co*
- *Compilar, generar y propagar los archivos de zona (zone files) del ccTLD .co*
- *Operar el ccTLD .co bajo un registro THICK*
- *Garantizar accesibilidad pública, verosímil y actualizada de la base de datos de nombres de dominios (WHOIS) del ccTLD .co*
- *Establecer un back-up para los archivos de zona del ccTLD .co e información registrada para el nombre de dominio.*
- *Dar cumplimiento con los estándares definidos por la Internet Engineering Task Force (IETF), incluyendo RFC 1035, RFC 2181, RFC 1034, RFC 1101, RFC 2182 y RFC 2234, otros RFC aplicables, así como las políticas definidas por ICANN o las que se definan a futuro durante la ejecución del contrato.*
- *En cualquier momento, cada servidor debe poder manejar una carga de solicitud de datos equivalente a tres veces el valor pico de tales solicitudes del servidor más cargado en condiciones normales. Esto con el fin de garantizar la continuidad del servicio.*
- *Cada servidor debe tener conectividad permanente y con ancho de banda amplio para soportar las necesidades del requisito anterior. La conectividad a Internet debe ser tan diversa como sea posible. Adicionalmente los servidores deben tener mecanismos para aceptar conectividad IP de cualquier proveedor de Internet.*
- *Desarrollar y distribuir entre los registradores acreditados para el ccTLD .co el “extensible provisioning protocol software” (EPP) para facilitar una interfase segura y eficiente entre el administrador del ccTLD .co y los registradores, así como proveer soporte técnico a éstos.*
- *Instalar y operar sistemas de comunicaciones en concordancia con las mejores prácticas en la materia. El contratista debe implementar comunicaciones autenticadas y debe documentar todas las prácticas y la configuración de todos los sistemas.*
- *Definir e implementar planes de contingencia y continuidad de la operación del DNS.*
- *Definir e implementar un plan de seguridad informática: El contratista debe desarrollar e implementar un plan de seguridad de informática. El contratista*



deberá actualizar el plan de manera anual y entregarlo al Ministerio cuando este lo requiera.

- *Asegurar que los datos de los registros de nombres de dominio bajo el ccTLD .co se manejan bajo altos estándares de seguridad, así mismo, debe velar por la protección de los mismos para evitar prácticas como el spam.*
- *Prestar el servicio de registrador para los dominios de solicitante restringido (.org.co, .edu.co, .gov.co y .mil.co) y brindar un soporte adecuado a dichos solicitantes.*
- *Garantizar la transición de la operación de dominios en colaboración con la Universidad de los Andes de la situación actual (Anexo 3) a la estructura propuesta, asegurando en todo momento la estabilidad del DNS. Así mismo garantizar la transición técnica con el futuro contratista con por lo menos seis meses de anticipación a la terminación del contrato.*
- *Es necesario que el sistema de información propuesto por el proponente tenga mecanismos de trazabilidad vr.gr. log de auditoria, que facilite las actividades de control y supervisión por parte del MINCOM.”*

Para la verificación del cumplimiento de tales funciones, el anexo 6 del pliego de condiciones previó los siguientes indicadores de gestión, cuyas metas en su mayoría serían definidas por el oferente en su propuesta:

- Crecimiento en el registro
- Crecimiento en los ingresos
- Visibilidad del Ministerio
- Nivel de satisfacción de los usuarios
- Crecimiento de registradores acreditados
- Casos para resolución de controversias
- Porcentaje de disponibilidad del sistema
- Tiempo para registrar un dominio
- Tiempo para publicar en la red
- Tiempo de procesamiento
- Seguridad y cumplimiento de política
- Oportunidad de solicitudes.

3.1.2 Remuneración del administrador

La remuneración del concesionario, por la ejecución de tales actividades, se previó como la diferencia resultante de restar de los ingresos brutos recibidos: (i) la



participación para el Ministerio de Comunicaciones; (ii) el valor de la interventoría y (iii) el valor de la fiducia.

La participación del Ministerio era definida en la propuesta económica, como el porcentaje sobre los ingresos brutos obtenidos por la administración del dominio .co, por rango de número de dominios registrados, con un valor no inferior al 5.7% de los ingresos brutos generados, que aumenta al paso que aumenta el número de registros:

- Rango No. 1: Entre 0 y 1.700.000 registros
- Rango No. 2: Entre 1.700.001 y 3.500.000 registros
- Rango No. 3: Entre 3.500.001 y 7.000.000 registros
- Rango No. 4: Mas de 7.000.001 registros

3.1.3 Plazo del contrato

En cuanto al plazo de ejecución de las obligaciones, señaló el numeral 2.2. del pliego de condiciones una duración del contrato de concesión de 10 años, contados a partir de la fecha de modificación de datos en IANA:

“2.2. PLAZO DE EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

*Atendiendo lo dispuesto en el Artículo 2do de la Ley 1065 de 2006, **el contrato de concesión resultante de esta licitación, tendrá una duración de diez (10) años.***

El término de duración de la ejecución de todas y cada una de las actividades objeto del contrato de concesión comenzará a computarse a partir de la fecha en que el IANA/ICANN realice la modificación de datos del IANA para el ccTLD .co para la realización de las actividades propias del dominio.

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.” (destacado)

3.1.4 Desarrollo del proceso de selección

Los hitos de la Licitación Pública se resumen en la siguiente Tabla:

Fecha	Actuación
2 de abril de 2009	Publicación del proyecto de pliego de condiciones
15 de mayo de 2009	Respuesta a las observaciones y sugerencias al proyecto de pliego de condiciones
19 de mayo de 2009	Apertura de la Licitación Pública, mediante Resolución No. 1292 del 19 de mayo de 2009
21 de mayo de 2009	Audiencia de Presentación y Aclaración de Riesgos
3 de junio de 2009	Respuesta a las observaciones en audiencia y Adenda 1
11 de junio de 2009	Respuesta a las observaciones recibidas y Adenda 2
18 de junio de 2009	Respuesta a las observaciones extemporáneas y Adenda 3
19 de junio de 2009	Respuesta a las observaciones adicionales recibidas y Adenda 4
23 de junio de 2009	Respuesta a las observaciones adicionales recibidas
24 de junio de 2009	Acta de cierre y presentación de ofertas
15 de julio de 2009	Informe de Evaluación
16 de julio de 2009	Adenda 5
11 de agosto de 2009	Adenda 6
13 de agosto de 2009	Adjudicación, mediante Resolución No. 2121 de 13 de agosto de 2009

Fuente: Elaboración propia.

Como consta en el Acta de Recibo de Propuestas del 24 de junio de 2009, a la Licitación Pública No. 002 de 2009 se presentaron 2 proponentes:

- Promesa de Sociedad .CO Internet S.A.S., integrada por Arcelandia S.A. y Neustar INC.
- Verisign Switzerland S.A.

En dicha acta se dejó constancia de las propuestas económicas de los proponentes, según se describe en la siguiente Tabla:

Rango de registros	% de participación en los ingresos brutos	
	PSF .CO Internet SAS	Verisign Switzerland SA
No. 1: Entre 0 y 1.700.000	6%	45%
No. 2: Entre 1.700.001 y 3.500.000	7%	52%
No. 3: Entre 3.500.001 y 7.000.000	45%	56%
No. 4: Más de 7.000.001	75.1%	61%
Consolidado	25.01%	No se indica

De acuerdo con el informe de evaluación, la propuesta presentada por Verisign Switzerland S.A. no cumplió con los requisitos técnicos relacionados con la acreditación de por menos 500.000 registros de acceso público bajo un ccTLD; no presentó componentes del plan de transición; no presentó la propuesta de lista restringida, ni el plan financiero; no presentó el componente de alianzas estratégicas



del plan de negocios, entre otros. En consecuencia, sólo la propuesta presentada por la Promesa de Sociedad .CO Internet S.A.S. fue habilitada y, como tal, quedó en primer lugar en el orden de elegibilidad.

Mediante Resolución No. 2121 de 13 de agosto de 2009, se adjudicó la Licitación Pública 002 de 2009 a la Promesa de Sociedad .CO Internet S.A.S.

3.2 EL CONTRATO DE CONCESIÓN 19 DE 2009

El 3 de septiembre de 2009, como resultado del proceso de Licitación Pública No. 002 de 2009, se celebró entre el Ministerio de comunicaciones (hoy MinTIC) y la empresa Co Internet S.A.S, el contrato de concesión No. 00019 de 2009, para la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás propias de la naturaleza del dominio territorial ccTLD .co, por cuenta y riesgo del concesionario. Señala la cláusula primera:

"Primera: Objeto.- El presente contrato de concesión tiene por objeto otorgar por el término de diez (10) años, la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás propias de la naturaleza del ccTLD .co para que se cumplan las funciones definidas en el Capítulo 1.1 Introducción y preste el servicio de acuerdo con lo definido en el Capítulo 2.1.1 Descripción del Servicio a Contratar del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 02 de 2009; en los términos de la propuesta presentada, la Constitución Política de Colombia, de las leyes nacionales, locales e internacionales que regulan la materia; por cuenta y riesgo de EL CONCESIONARIO y bajo la vigilancia y control de EL CONCEDENTE."

Las partes suscribieron el Acta de Inicio del contrato de concesión el 10 de febrero de 2010, en la cual se indica expresamente que el plazo del contrato es de diez (10) años a partir de la fecha de iniciación (7 de febrero de 2010) con lo cual la fecha de terminación corresponde al 6 de febrero de 2020, como se evidencia en la siguiente imagen del acta:



INFORMACIÓN DEL CONTRATO		
Contrato No. 00019 de 2009	Contratista: .CO INTERNET S.A.S.	
<p>Objeto: Otorgar por el término de diez (10) años, la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás propias de la naturaleza del ccTLD .CO para que se cumplan las funciones definidas en el Capítulo "1:1 Introducción" y preste el servicio de acuerdo con lo definido en el Capítulo "2.1.1 Descripción del Servicio a Contratar" del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 02 de 2009; en los términos de la propuesta presentada, la Constitución Política de Colombia, de las leyes Nacionales, locales e internacionales que regulan la materia, por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO y bajo la vigilancia y control del CONCEDENTE.</p>		
Fecha de iniciación (dd/mm/aa): 07/02/2010	Fecha de Terminación: 06/02/2020	
Valor \$: No Aplica	Plazo: Diez (10) años	Registro Presupuestal No. : No Aplica

En el Acta de inicio se dejó asimismo constancia de que previamente había sido suscrita el acta de cierre de la etapa de transición con la Universidad de los Andes.

3.2.1 Proceso de transición y redelegación 2009-2010

El pliego de condiciones de la Licitación Pública exigió como parte de la propuesta técnica, la presentación de un plan de transición, para cumplir con la transición técnica con la Universidad de los Andes, realizar la redelegación, firmar los contratos con los registradores, cumplir la transición entre las entidades gubernamentales, poner en operación los procesos del administrador claves misionales y de soporte y otros objetivos que planteara el proponente. En tal sentido, el plan de transición contenido presentado por la Promesa de Sociedad .CO Internet S.A.S. tuvo el siguiente alcance:

- La transición técnica con la Universidad de los Andes (migración de funciones primarias de registro –SRS, DNS, WHOIS–, implementación del nodo DNS y la base de datos espejo locales; transición de los registrantes de tercer nivel heredados a los nuevos registradores.
- El procesamiento de la redelegación del ccTLD .co
- La firma de los contratos titulares con registradores (reasignación de los contratos de los registrantes a .CO INTERNET.
- La migración de los dominios de .gov hacia .gob.co¹⁸

¹⁸ En las reuniones del Comité Asesor número 14 de 2010 y 15 de 2011, el Comité recomendó al gobierno no adelantar la transición de los dominios .gov.co a .gob.co, debido a las dificultades y costos adicionales que ha implicado en otros países de la región adelantar este proceso. Una vez cumplido el periodo de nueve meses para que el Ministerio evaluara las implicaciones técnicas y



- La puesta en operación de los procesos del Administrador claves, misionales y de soporte (soporte para el cliente, operaciones con registradores, apoyo para la implementación de registradores locales, como objetivo extra propuesto, y funciones de registrador de dominios de acceso restringido).

De otra parte, con posterioridad a la firma del contrato de concesión, el Ministerio de Comunicaciones emitió la Resolución 2459 de 2009, por la cual se señalaron algunas reglas para el período de transición de la Universidad de los Andes al nuevo administrador designado mediante la Licitación.

De acuerdo con el párrafo del artículo 1 de dicha resolución, el proceso de transición y re-delegación se definió como *“el periodo temporal comprendido entre el momento del cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato de concesión de la licitación 002 de 2009 hasta que .CO Internet S.A.S. asuma plenamente el desarrollo de sus funciones como administrador del dominio ccTLD .co.”*.

Por su parte, la redelegación se definió como el cambio de registro de entidad patrocinadora del dominio ccTLD .co, y de los contactos administrativo y técnico asociados, conforme las prácticas internacionales aplicables.

La Resolución 2459 previó los siguientes aspectos del proceso:

- **Componentes:**

- (i) La aprobación por parte de las autoridades internacionales competentes (IANA e ICANN) y el visto bueno.
- (ii) La aprobación del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica.

- **Etapas:**

- (i) Primera etapa: período entre el inicio del proceso de transición hasta la redelegación.
- (ii) Segunda etapa: período temporal comprendido desde el final de la primera etapa hasta el final del proceso de transición.

económicas de la transición o modelo de convivencia dual entre las extensiones, mediante Resolución 2715 de 2011, el Ministerio decidió no llevar a cabo el proceso de migración de dominios de .gov.co hacia .gob.co.



- **Información requerida:** aquella necesaria para que CO Internet S.A.S pueda:
 - (i) Desarrollar el diseño de la base de datos del registro.
 - (ii) Desarrollar el modelo de migración de datos.
 - (iii) Asegurar la continuidad en la operación de los registros bajo ccTLD .co existentes, una vez culmine el periodo de transición y de redelegación.
- **Confidencialidad:** Respecto de los derechos de que trata el artículo 15 de la Constitución Política y los derechos de propiedad intelectual involucrados de que trata el artículo 61 de la Constitución Política.

En cuanto al desarrollo del proceso de transición, en la información que nos fue suministrada se encuentran las siguientes actas:

- *“Acta de entrega de información física y en medio electrónico de clientes de dominio .co dentro de la entrega definitiva de la administración de NIC Colombia (Universidad de Los Andes), al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) y .CO Internet S.A.S.”*, suscrita el 10 de febrero de 2010, por medio de cual la Universidad hace entrega formal de información relacionada con: (i) los dominios registrados desde el 11 de diciembre de 2009 hasta el 5 de febrero de 2010; (ii) la administración del dominio .co; (iii) las cuentas de correo que manejaba el NIC .co en la Universidad hasta el 5 de febrero de 2010.
- *“Acta final de cierre de la transición de la Administración del dominio .co entre NIC Colombia (Universidad de Los Andes) y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y su Concesionario .CO Internet S.A.S.”*, suscrita el 18 de febrero de 2010, en la cual el Ministerio declara y reconoce que a partir de su fecha, cesa la administración técnica del dominio .CO y la consecuente responsabilidad por parte de la Universidad y asume la administración, a través del concesionario; salvo por determinados compromisos de la Universidad relacionados con el contrato de archivo de datos; la puesta a disposición de los 2 servidores de la Universidad entre 1 y 6 meses, para ayudar a tener una transición más segura y robusta y las reglas relacionadas con la facturación y cobro de los servicios allí señaladas. Asimismo, dicha acta definió un procedimiento para la asignación y facturación de los dominios, en los términos siguientes:
 - La Universidad facturó por sus servicios hasta el 20 de enero de 2010.



- El concesionario no cobraría nuevamente a los usuarios que pagaron a la Universidad el registro de nombres de dominio.
 - La Universidad recibiría el pago de las facturas emitidas y pendientes de pago y, al recibir el pago, remitiría un informe al concesionario para que éste cambiara el estado de pago de estos dominios en sus registros. Dicho informe debía ser remitido antes del 1 de marzo de 2010, fecha a partir de la cual los registros se entenderían como no cancelados.
 - Los dominios nuevos o por renovar no facturados entre el 21 de enero y el 6 de febrero de 2010, serían asignados a un registrador acreditado, que los facturaría.¹⁹
- *“Acta financiera de entrega final del NIC Colombia (Universidad de los Andes), al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC)”*, suscrita el 30 de julio de 2010, en la cual se deja constancia que la Universidad hace entrega al MinTIC de los dineros recibidos por concepto de servicios no prestados a los titulares de nombres de dominio .co., de acuerdo

¹⁹ Respecto de la facturación y recaudo, el Acta señaló, textualmente, lo siguiente:

“5.3 FACTURACIÓN, RECUADO DE CARTERA E IMPUESTOS: Las partes intervinientes dejan constancia que la UNIVERSIDAD facturó por sus servicios, hasta el día 20 de enero de 2010.

5.3.1. El CONCESIONARIO manifiesta y declara, y el MINISTERIO y la UNIVERSIDAD aceptan que, en aras de salvaguardar la calidad y el respeto en el servicio prestado a los usuarios y hasta la fecha de su vencimiento, .CO no cobrará, nuevamente, suma de dinero alguna a aquellos usuarios que hayan cancelado con antelación, y a favor de la UNIVERSIDAD, el valor correspondiente al registro de sus nombres de dominio.

5.3.2. Con respecto a aquellas facturas emitidas por la UNIVERSIDAD pero aun no canceladas por los usuarios respectivos, la UNIVERSIDAD deberá, al recibir el pago de las facturas correspondientes, remitir al CONCESIONARIO, por escrito, un informe que le permita al CONCESIONARIO cambiar el estado de pago de estos dominios en sus registros. En todo caso, la información relacionada con estos pagos debe ser informada por la UNIVERSIDAD al CONCESIONARIO, antes del día 1 de marzo de 2010, fecha a partir de la cual, el CONCESIONARIO entenderá que los saldos pendientes se encuentran en calidad de no cancelados y podrá proceder a la suspensión de los servicios de registro a esos dominios.

5.3.3. Las Partes intervinientes, acuerdan y así lo aceptan, que los dominios nuevos o por renovar, que no hayan sido facturados entre el 21 de enero y el 6 de febrero de 2010, serán asignados a un registrador acreditado y éstos los facturarán.

5.3.4. EL MINISTERIO deberá indicar a LA UNIVERSIDAD, dentro de los treinta (30) días siguientes a la suscripción de la presente Acta, el procedimiento apropiado para hacer efectivo el traslado antes referido.”



con la liquidación²⁰ efectuada desde el 6 de febrero de 2008 hasta el 6 de febrero de 2010, fecha en la cual culminó el proceso de transición entre la Universidad de Los Andes y .CO Internet S.A.S.

De otra parte, en cuanto al proceso surtido ante ICANN, se consultó el reporte realizado por el equipo de ICANN a su junta directiva, del cual se destacan los siguientes elementos²¹:

- En junio de 2007, representantes del Ministerio se reunieron con representantes de Root Zone Management de ICANN, para conocer los requerimientos y el proceso de la redelegación. ICANN recomendó la adopción de un enfoque abierto y transparente para la adopción de un administrador apropiado para el .co.
- Posteriormente, hubo varios intercambios, en los que el Ministerio señaló su interés en redelegar el dominio .co a su nombre, antes de cualquier decisión o proceso para seleccionar un nuevo administrador, con el fin de que el Ministerio asumiera la responsabilidad por el dominio .co y pudiera delegar el dominio en quien seleccionara. Sin embargo, ICANN desaconsejó ese proceder y el 28 de mayo de 2008, comunicó al Ministro que, a menos que hubiese un operador propuesto, no podría realizarse la debida diligencia requerida para el proceso de redelegación.
- En agosto de 2009 se seleccionó el concesionario que tendría a su cargo la operación del dominio .co y en septiembre, la Universidad solicitó a ICANN su consejo acerca de cómo proceder respecto de la futura transferencia, a lo

²⁰ En el Acta se señala que la suma a devolver correspondió a Mil setecientos sesenta y dos millones ciento doce mil ochocientos sesenta y seis pesos con setenta y un centavos (\$1.762.112.876,71), calculados de acuerdo con el siguiente método:

“1. Teniendo en cuenta que el valor de cada dominio era de \$160.000 por un periodo de dos (2) años, se discriminó el total de las facturas comprendidas entre el 06/02/2008 al 06/02/2010.

2. El número de días para el cálculo de acuerdo al período anterior es de 730 días.

3. El cálculo del valor a devolver al MINTIC se realizó de acuerdo a la fecha de inicio y fin del servicio de dominio, teniendo como referencia el día de corte febrero 6 de 2010.

Los pagos de facturas realizadas posteriormente al día 6 de febrero de 2010 según la fórmula aplicada, le corresponde al concesionario del MINTIC, .CO Internet S.A.S.”

²¹ Documento consultado en <https://www.iana.org/reports/2009/co-report-24nov2009.html> el 19 de septiembre de 2019.



cual ICANN recomendó presentar su punto de vista, de forma honesta, al ser requerido su consentimiento. Asimismo, recomendó no hacer la transferencia real de las operaciones de registro antes de que hubiera sido completado el proceso de redelegación.²²

- El 17 de septiembre de 2009, IANA recibió la solicitud de redelegación por parte del Ministerio y, posteriormente, hubo discusiones respecto del rol del Ministerio incluido en la solicitud como organización patrocinadora (“*sponsoring organization*”), por considerar que el rol del Ministerio se limitaba al de regulador, sin un papel real frente a la operación directa del dominio. En consecuencia, el 5 de noviembre de 2009, se modificó la solicitud para indicar como organización patrocinadora a CO Internet SAS.
- El 8 de octubre de 2009, la Universidad comunicó a IANA que había entregado un ejemplo de la data al concesionario para asegurar que pudiera ser leída y que el actual registro de los datos sería entregado previa aprobación del requerimiento por parte de ICANN.
- El 19 de noviembre de 2009, IANA recibió una nueva solicitud, en la que se señaló como organización patrocinadora a CO Internet SAS. El equipo de ICANN confirmó a los candidatos propuestos como contactos administrativo y técnico para operar el dominio .co.
- En cuanto a la evaluación del requerimiento, señala el reporte lo siguiente:
 - ***Elegibilidad:*** el TTLD .co es elegible para delegación de acuerdo con la política de ICANN, en tanto es el código que representa a Colombia, de acuerdo con la ISO 3166-1.
 - ***Interés público:*** La elección del nuevo operador se dio a través de un proceso público; el Ministerio, como entidad competente, fue consultado; la aplicación es consistente con la ley colombiana y hay una política para el dominio .co, establecida en la Resolución 1652 de 2008, cuyas futuras modificaciones serán consultadas con el comité asesor de dominio.

²² Al respecto, señala el Reporte, lo siguiente:

“In early September, the University wrote to ICANN asking for advice on what is required of them with respect to any possible future transfer. They were advised to honestly present their views on the current operator should they be asked to consent to any future transfer. With respect to migration of registry data, staff advised that the actual transfer of registry operations should not be conducted prior to the successful completion of a redelegation process with ICANN, and in the interim they may wish to work with any future operator on ensuring they can read their data formats using sample data.”

- **Basado en el país:** el concesionario es una sociedad constituida en Colombia; el contacto administrativo se entiende residente en Colombia, operaciones significativas se desarrollarán en Colombia y los datos del registro se depositarán y serán recuperables en Colombia.
- **Estabilidad:** La solicitud se considera no contestada y la Universidad dio su consentimiento y aceptó trabajar con el nuevo operador para realizar la transferencia. El nuevo operador propuso un proceso de transferencia que debería mantener la estabilidad del dominio .co durante el proceso de transición.
- **Competencia:** El nuevo operador ha proporcionado un plan operativo y técnico completo para la operación del dominio .co, que fue revisado durante el proceso de selección; pertenece en parte a Neustar, que es un operador con experiencia, y para el back-end se utilizará el registro, DNS y Whois de Neustar.
- **Riesgos específicos:** compromiso de no implementar la práctica de búsqueda con comodines o “wildcard”, que pone en riesgo la seguridad y estabilidad del DNS.
- **Procedimiento de evaluación:** luego de analizada la solicitud y realizados los requerimientos correspondientes, la junta directiva de ICANN toma la decisión, teniendo en cuenta su misión de asegurar una operación estable y segura del sistema de identificación de Internet.
- **Propósito de la evaluación:** determinar la capacidad de la organización patrocinadora de cumplir los siguientes criterios: (i) operación del dominio en el país, incluyendo la organización y el contacto administrativo; (ii) el dominio debe ser operado en una forma justa y equitativa para todos los grupos en la comunidad de Internet; (iii) las partes interesadas en el dominio deben estar de acuerdo en que el nuevo operador propuesto es idóneo y la opinión del gobierno nacional es tomada muy seriamente; (iv) el dominio debe ser operado de forma competente; bajo estándares técnicos y mejores prácticas y (v) Los riesgos de la estabilidad deben ser adecuadamente considerado y tratados, en particular, en cuanto a la continuación del funcionamiento de los identificadores existentes.



- **Método de evaluación:** evaluación de la organización patrocinadora y su método de operación, incluyendo: (i) detalles específicos de la forma de operación de la delegación de la zona raíz (Root Zone); (ii) opinión de la comunidad local de Internet; (iii) aspectos legales y carácter de administrador; (iii) apoyo del gobierno nacional. Asimismo, se consulta la opinión del administrador actual y el plan de transferencia, en caso de redelegación, para garantizar el funcionamiento estable y continuo del dominio.

La documentación recibida se analiza, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión de zona raíz y la organización patrocinadora, y el solicitante puede subsanar deficiencias de la solicitud. Asimismo, se realizan verificaciones técnicas en la infraestructura DNS de la organización patrocinadora, para garantizar la correcta configuración del nombre de dominio en los servidores y el procedimiento de consultas del TLD. Si se detectan anomalías, el equipo de IANA trabaja en ellas con el solicitante.

El resultado de la evaluación es entregado a la junta directiva de ICANN para que decida acerca de la procedencia de la solicitud.

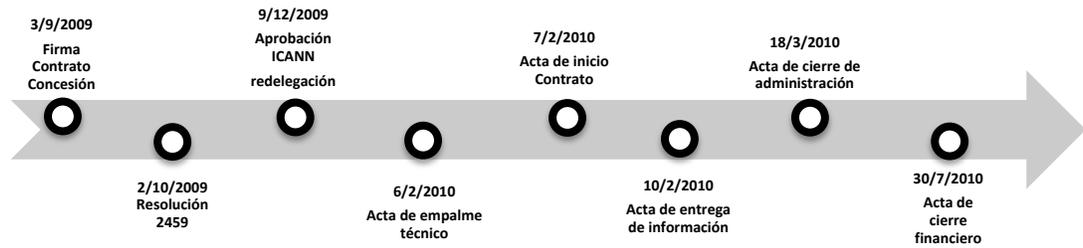
De acuerdo con los considerandos del *“Acta financiera de entrega final del NIC Colombia (Universidad de los Andes), al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC)”*, el 9 de diciembre de 2009, la junta directiva de ICANN aprobó la redelegación del dominio .co al concesionario CO Internet SAS²³.

Según señala el concesionario en el documento denominado *“Reporte de Integración y Gestión”*, al cual se hace referencia en el numeral 3.2.6 de este documento, el 23 de diciembre de 2009 dicho concesionario fue notificado de la aprobación.

La siguiente línea de tiempo resume los principales hitos del proceso de transición desarrollado desde la firma del contrato de concesión No. 00019 de 2009 hasta la suscripción del acta de cierre financiero:



²³ Los datos actuales de la delegación pueden ser consultados en <https://www.iana.org/domains/root/db/co.html>



Fuente: Elaboración propia.

Del proceso descrito se evidencia la necesidad de establecer un conjunto de reglas que permitan lograr una transición ordenada y segura entre el actual administrador y aquél que sea seleccionado por el MinTIC para operar el dominio .co, una vez finalice el plazo del contrato de concesión 0019 de 2009. Dichas reglas deberán abarcar, al menos los siguientes aspectos:

- Definición de los elementos de la transición (información, técnicos, administrativos y financieros)
- Requerimientos mínimos administrativos, técnicos y de seguridad.
- Plazos estimados para cada una de las actividades del proceso.
- Reglas de facturación, cobro y registro.

Asimismo, será necesario precisar el proceso de redelegación ante IANA, de acuerdo con las políticas y prácticas vigentes.²⁴ De la información consultada en el portal web de IANA, se estima relevante destacar los siguientes aspectos a tener en cuenta en el proceso²⁵:

- **Duración**: No hay un plazo establecido para la duración del proceso, sino que depende de cada caso concreto, la comunicación con las partes y la postura de ellas. Solicitudes que cumplen con todos los requisitos en detalle, pueden tomar entre 1 y 2 meses, mientras que casos muy complicados puede tomar varios años.
- **Inicio**: El procedimiento debe ser iniciado una vez el solicitante se dirija formalmente a IANA indicando que asumiría la posición de manager e

²⁴ Información acerca del proceso de redelegación puede ser consultado en <https://www.iana.org/help/cctld-delegation> ; <https://www.iana.org/help/operational-plans>.

²⁵ <https://www.iana.org/help/cctld-delegation-answers>

indicando la forma en la que será operado el dominio, pero en todo caso, antes de que la transferencia haya tenido lugar. La transferencia de operaciones debe suceder después de que la solicitud ha sido aprobada.

- **Contacto previo**: Se puede y es recomendable contactar a IANA antes de enviar la solicitud formal, para entender el procedimiento y explicarles el trabajo que se ha realizado.
- **Rol de manager**: Tiene el rol de manager la organización que define y administra la política para el ccTLD, aunque contrate con otra compañía la operación técnica del back-end. Esta última puede ser el contacto técnico.

En cuanto a si el regulador puede ser el *manager*, se señala que el manager debe ser responsable activo de la operación del ccTLD. En consecuencia, se indica que si el regulador ejecuta el registro del dominio por sí mismo y se cumplen los demás criterios, sería apropiado que el regulador sea el administrador del ccTLD.

No obstante lo anterior, aunque los documentos de IANA no son explícitos en cuanto a las condiciones para la aceptación de un regulador como manager, de la consulta de su base de datos de la zona raíz de IANA en la que se registran los administradores de todos los TLDs, se pudo observar que existen cuarenta (40) organizaciones de carácter gubernamental que figuran como manager de los respectivos nombres de dominio, y que corresponden a ministerios, agencias de regulación o similares que a su vez han contratado la operación técnica del dominio. El listado se presenta como Anexo a este documento. Lo anterior permite concluir que para IANA no es un requisito la operación directa del dominio, sino el establecimiento de las condiciones adecuadas para garantizar la estabilidad del dominio correspondiente.

- **Presencia local**: el *manager* y el contacto administrativo deben ser residentes del país y estar sujetos a la ley de dicho país.
- **Apoyo de la comunidad local de Internet**: puede ser acreditada a través de consultas con dicha comunidad; documentos que analicen las alternativas que fueron consideradas y expresiones de apoyo de representantes de la comunidad.

Las políticas y prácticas vigentes de la IANA, no incluyen la aprobación del proceso de redelegación por parte del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica, que se indicó para el proceso de transición anterior en la Resolución 2459 de 2009.

Finalmente, se debe tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en la Descripción Técnica del Servicio, contenida en el Anexo 2 del pliego de condiciones de la Licitación Pública 002 de 2009, el concesionario tiene la obligación de *“garantizar la transición técnica con el futuro contratista con por lo menos seis meses de anticipación a la terminación del contrato.”*

3.2.2 Modificaciones al Contrato de Concesión

El contrato de concesión No. 0019 de 2009 fue objeto de modificación en 3 ocasiones, según se describe en la siguiente Tabla:

Otrosí	Fecha	Objeto
No. 1	18/09/2009	Aclarar el contrato para corregir el NIT de concesionario, por error de digitación en el contrato original.
No. 2	14/04/2010	<p>Modificar la cláusula quinta del contrato, respecto a la remuneración del concesionario, para suprimir el encargo fiduciario y establecer que los pagos al MinTIC deberán hacerse directamente al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -FONTIC-.</p> <p>Lo anterior, por considerar que <i>“de conformidad con el artículo 37 de la Ley 1341 de 2009, las sumas que perciba el Estado como consecuencia de la explotación directa o indirecta del ccTLD .co, le corresponden al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por lo tanto, no se hace necesario que los recursos sean pagados al FONTIC a través de un encargo fiduciario.”</i></p> <p>La cláusula quinta queda así: <i>“El valor del presente contrato es indeterminado. La remuneración será la diferencia que resulte de restar de los ingresos brutos recibidos, la cantidad porcentual aceptada en la propuesta como participación para el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al igual que la que resulte de aplicar a tal resultado la suma equivalente a la remuneración de la interventoría, la cual será estimada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en un valor fijo trimestral en pesos constantes de 2009 determinado en el anexo 10 del pliego de condiciones del proceso de selección; conforme a lo dispuesto especialmente en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de octubre 28 de 1993 y en el de las demás normas que la reglamentan, adicionan o modifican; es decir, conforme a lo dispuesto sobre el particular en el pliego de condiciones definitivo de la Licitación Pública No. 02 de 2009, exceptuando lo indicando en el numeral 6.5.1.1 Pagos periódicos respecto del pago a través de una entidad fiduciaria por cuanto el concesionario deberá pagar directamente al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.”</i></p>
No. 3	03/02/2014	<ul style="list-style-type: none"> Se elimina la condición contractual, según la cual, durante 5 años, el control efectivo sobre el concesionario no podría ser objeto de modificación y no se podrían disminuir los porcentajes de participación nacional que fueron objeto de puntaje.



		<p>En tal sentido, el otrosí permitió al concesionario modificar su participación accionaria, “siempre y cuando esta situación no genere un perjuicio en la idónea ejecución del objeto y obligaciones contractuales y siempre que se mantenga como mínimo las condiciones técnicas y de operación ofrecidas en la propuesta presentada dentro de la Licitación Pública No. 02 de 2009.”</p> <ul style="list-style-type: none">• Se adicionó la cláusula trigésima séptima, “apoyo a programas de MINTIC”, según la cual el concesionario se comprometió a brindar apoyo económico y logístico al MinTIC en mínimo dos eventos o programas por año y en una suma equivalente a 340 SMLMV del año en el que se desarrollen los programas o eventos.
--	--	--

Fuente: Elaboración propia.

3.2.3 Del plazo del contrato de concesión y la viabilidad de su prórroga

El contrato de concesión 019 de 2009 tiene un plazo de 10 años, tal como lo señalan de manera expresa sus cláusulas primera y cuarta. Establece la cláusula primera:

“El presente contrato de concesión tiene por objeto otorgar por el término de diez (10) años, la promoción, administración, operación técnica, mantenimiento y demás propias de la naturaleza del ccTLD .co para que se cumplan las funciones definidas en el Capítulo “1.1. Introducción” y preste el servicio de acuerdo con lo definido en el Capítulo “2.1.1. Descripción del Servicio a Contratar” del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 02 de 2009; en los términos de la propuesta presentada, la Constitución Política de Colombia, de las leyes Nacionales, locales e internacionales que regulan la materia; por cuenta y riesgo de EL CONCESIONARIO y bajo la vigilancia y control de EL CONCEDENTE.” (se destaca)

Por su parte, la cláusula cuarta reitera la vigencia de 10 años del contrato de concesión, en los términos siguientes:

“El presente contrato de concesión tendrá una vigencia de diez (10) años el cual comenzará a computarse a partir de la autorización del ICANN 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.” (se destaca)

Asimismo, el numeral 2.2 del pliego de condiciones estableció 10 años como plazo de ejecución de las obligaciones contractuales.



De acuerdo con lo anterior, las partes al suscribir el Acta de Inicio del Contrato el 7 de febrero de 2010, señalaron como plazo del contrato 10 años y como fecha de terminación, el 6 de febrero de 2010. En consecuencia, se trata de un contrato con un plazo fijo, expresamente establecido en 10 años.

3.2.4 Análisis respecto a la posibilidad de prórroga por 10 años del contrato de concesión

De la información recibida, se desprende que, desde diciembre de 2018, el concesionario ha venido presentando ante el MinTIC un conjunto de comunicaciones dirigidas a negociar una prórroga del contrato de concesión por un plazo adicional de 10 años, a lo cual el Ministerio ha respondido que dará inicio a un proceso competitivo para seleccionar al nuevo administrador del dominio .co.²⁶ Dichas comunicaciones se resumen en la siguiente tabla.

Radicado	Fecha	Objeto	Comentario
955263	27/12/2018	Solicita al MinTIC iniciar negociaciones para la prórroga del contrato de concesión por 10 años adicionales (incluye concepto de Ricardo Hoyos Duque)	El MinTIC responde que tan pronto se adopte una decisión respecto a la futura administración del dominio .co, se lo comunicará al concesionario (Rad. 192011188 de 15/02/2019)
191010681	05/03/2019	Solicita que se conformen los equipos de negociación de la prórroga y se defina una hoja de ruta para ello	El MinTIC responde que se va a continuar con la estructuración de un nuevo proceso de selección (Rad. 192027599 de 10/04/2)
191025099	22/05/2019	Presenta oferta inicial para negociación de prórroga del contrato por 10 años	El MinTIC responde que, en aplicación del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, cuenta con 3 meses para dar respuesta (Rad. 192047252 de 12/07/2019) El MinTIC responde que ha tomado la decisión de iniciar un nuevo proceso de

²⁶ Asimismo, nos fue informado que CO Internet SAS presentó ante el MinTIC y ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MINCIT), un conjunto de comunicaciones relacionadas con una disputa de inversión en el marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Dichas comunicaciones no se encuentran dentro del alcance del contrato de prestación de servicios No. 666 de 2019, celebrado con el FONTIC, por lo que no son objeto de la presente debida diligencia.



			selección (Rad. 192050579 de 21/07/2019)
191028192	10/07/2019	Solicita se indique el acto administrativo mediante el cual se acogieron las recomendaciones del Comité Asesor de Dominio	El MinTIC responde que dicha decisión no implica la expedición de un acto administrativo (Rad. 192052853 de 3/07/2019)

Fuente: elaboración propia.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario analizar si existe una obligación a cargo del MinTIC de prorrogar el contrato de concesión 019 de 2009, así como la viabilidad de una prórroga consensuada entre las partes.

3.2.4.1 Obligación de prorrogar

En nuestro concepto, el MinTIC no está obligado a prorrogar el contrato de concesión No. 19 de 2009, por los siguientes motivos.

Primero, es necesario dejar claro que en ningún caso puede considerarse que la prórroga del contrato No. 19 de 2009 sea un derecho adquirido o incluso una expectativa legítima del Concesionario .CO Internet S.A.S. Como se señaló en el numeral 3.2.3 anterior, el contrato de concesión tiene un plazo fijo de 10 años, vencido el cual las obligaciones y derechos derivados del contrato habrán de extinguirse. De acuerdo con lo anterior, el único derecho adquirido que tiene .CO Internet S.A.S. es el de ostentar la calidad de concesionario hasta el vencimiento del contrato de concesión 019 de 2009.

Cierto es que el párrafo de la misma cláusula cuarta considera la *posibilidad* de la prórroga del contrato de concesión 019 de 2009, en los términos siguientes:

*“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.”*

Al respecto, habrá de tenerse en cuenta que la cláusula está pactada precisamente como una posibilidad (“podrá prorrogarse”) y no como un imperativo (“deberá prorrogarse” o “se prorrogará”), pues un pacto de tal naturaleza habría sido ilegal bajo el derecho colombiano.



En efecto, la prórroga automática de cualquier tipo de concesión administrativa se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano desde la emisión del Decreto-Ley 222 de 1983²⁷, estando vedado incluso al legislador la introducción de este tipo de cláusulas.

Es así como la Corte Constitucional, en sentencia C-949-01 con ponencia de Clara Inés Vargas, declaró inexecutable aquellas disposiciones del artículo 36 de la Ley 80 de 1993 que establecían la prórroga automática de las concesiones de telecomunicaciones y de radiodifusión sonora, para lo cual presentó los siguientes argumentos:

“La norma acusada señala que el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones no podrá exceder de diez años, prorrogable automáticamente por un lapso igual, medida que en criterio de la Corte resulta a todas luces inconstitucional si se tiene en cuenta que el término de duración real de esta clase de contratos será de veinte años, con lo cual se limita injustificadamente la libre competencia de los oferentes y se vulnera el derecho constitucional de acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético, garantías que se encuentran consagradas en los artículos 333 y 75 de la Ley Fundamental, respectivamente.

*En efecto, aún cuando en materia de la contratación estatal el legislador está dotado de un amplio margen de configuración normativa, que en principio lo habilitaría para diseñar mecanismos que le permitan a las entidades estatales lograr la continuidad en la prestación de los servicios públicos-como el de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones-, **no encuentra la Corte una justificación objetiva y razonable para restringir mediante la medida cuestionada el derecho a la libre competencia de los demás oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras para desarrollar este objeto contractual.**”²⁸ (se destaca)*

²⁷ Decreto-Ley 222 de 1983. Artículo 58:

“En ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviere vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas.”

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas.

Esta misma línea ha sido sostenida por el Consejo de Estado tanto a nivel de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Concepto de 19 de mayo de 2010, radicación 1984²⁹), como de la Sección Tercera (sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación 15239).

De lo anteriormente dicho se colige que ni en el contrato de concesión 019 de 2009 fue pactada una prórroga automática, ni podía haberse efectuado tal pacto sin que el mismo resultara absolutamente nulo por resultar contradictorio de manera directa con la Constitución Política, de lo cual se concluye además que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico colombiano que le confiera a .CO Internet S.A.S. el derecho a la prórroga automática del contrato.

Segundo, y atendiendo a las consideraciones hechas en el concepto de Ricardo Hoyos Duque –que fue presentado al Ministerio por el Concesionario, junto a la comunicación del 27 de diciembre de 2018, con radicado 955263– no es posible considerar que exista una expectativa legítima de prórroga por parte del concesionario como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y la disposición de negociación de la contraprestación. El hecho que durante la ejecución del contrato No. 19 de 2009 no hubiese incumplimientos probados o multas³⁰, no quiere decir que el contratista adquiera una expectativa de prórroga del contrato, puesto que es su obligación cumplir con el contrato bajo las condiciones pactadas.

3.2.4.2 Posibilidad de prórroga

Para determinar la viabilidad de una prórroga consensuada entre el MinTIC y el actual concesionario por 10 años adicionales y con un aumento en la participación del Ministerio, según ha sido propuesto por el concesionario actual, es necesario entender los límites que ha marcado el Consejo de Estado a la modificación de cualquier elemento sustancial de los contratos estatales.

En Concepto 2263 del 17 de marzo de 2016, el Consejo de Estado señaló que no es posible la modificación de los contratos estatales respecto de aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva:

“— Límites relacionados con la variación del objeto y con el contenido sustancial del contrato y del pliego de condiciones.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P: William Zambrano. Diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010). Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984).

³⁰ El contrato de concesión bajo análisis sólo prevé un supuesto de multa, referido al incumplimiento del concesionario en más de la mitad de los indicadores de gestión, revisados trimestralmente.

No es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad de oportunidades.³¹ (se destaca)

Esta postura ha sido ratificada por el Consejo de Estado en las siguientes sentencias:

Sentencia	Contenido
Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 25 de febrero de 2011, radicación 1966	Las modificaciones contractuales de aspectos sustanciales del pliego vulneran el principio de libre concurrencia.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080	El poder de modificación de la Administración es limitado y debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente.
Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012, expediente 23966.	La variación del objeto contractual proyectado o la modificación sustancial de los términos de referencia, vulneran los principios constitucionales y legales de transparencia al igual que orientan la función administrativa
Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 25802.	El alto tribunal no ha dudado en decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato cuando se termina ejecutando un objeto diferente al contratado y se presentan variaciones sustanciales a lo inicialmente pactado.

Fuente: Elaboración propia con base en el Concepto 2263 de 2016 del Consejo de Estado.

Ahora bien, en el presente caso la propuesta económica fue criterio de evaluación de acuerdo con el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 02 de 2009, que precedió la celebración del contrato de concesión:

“5.2.3 EVALUACIÓN ECONÓMICA

El proponente debe presentar su propuesta económica. En ella debe presentar los porcentajes de participación sobre los ingresos brutos

³¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2263 de 2016. C.P. Edgar González López. 17 de marzo de 2016.



obtenidos por la administración del dominio .co por rango de número de dominios registrados, que recibirá el Ministerio de Comunicaciones, sugiriendo un valor no inferior al 5.7% de los ingresos brutos generados por la administración del ccTLD .co y aumentando los porcentajes al paso que aumenta el número de registros reconociendo la economía de escala que se genera.

(...)

Para efectos de la evaluación económica, se tomarán los datos presentados por los proponentes habilitados, en sus propuestas económicas, y se calcularán los valores consolidados de las propuestas económicas tal como se muestra a continuación:

$$Xi = (20\% * P1) + (40\% * P2) + (30\% * P3) + (10\% * P4)^{32}$$

En principio, bajo los criterios jurisprudenciales expuestos, si la contraprestación del concesionario incidía directamente en la evaluación económica de la propuesta, ésta no podría ser modificada sustancialmente. De un análisis somero de la jurisprudencia arriba citada, se concluiría –por lo tanto– que una alteración sustancial a la contraprestación, como la propuesta por el concesionario, no parecería viable en el régimen de contratación pública colombiano.³³ Contrario sensu, una prórroga del plazo del contrato, sin una alteración sustancial en la contraprestación, sería viable.

Sin embargo, semejante aproximación conduciría al absurdo de que, si aplicamos exegéticamente los criterios jurisprudenciales antes expuestos, sería jurídicamente viable prorrogar el contrato de concesión No. 19 de 2009 por 10 años adicionales con la remuneración actual, y jurídicamente inviable prorrogarlo modificando la remuneración a favor de la entidad estatal.

Para resolver esta incongruencia, atendiendo criterios de razonabilidad, sirve de apoyo la opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la consulta con número de radicación 2278 de 2016, donde se señaló:

³² Pliego de Condiciones Definitivo. Numeral 5.2.3. Evaluación Económica.

³³ La misma conclusión aplicaría en el supuesto que se quisieran adoptar las prácticas internacionales en una eventual prórroga. En efecto, los análisis que vienen realizando los expertos técnicos y financieros contratados por el Ministerio señalan que las tendencias del mercado internacional en cuanto a esquema de negocio, forma de pago y plazo de la contratación de los operadores de nombres de dominio geográficos difieren diametralmente de las condiciones pactadas en el contrato de concesión 19 de 2019.

*“Sin embargo, no toda modificación se considera una vulneración de una condición esencial del contrato, sino solo **aquellas que fortalecen o favorecen la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando la competencia.**”³⁴*

De acuerdo con ello, un aumento sustancial de la contraprestación a favor del MinTIC resultaría en una modificación que no fortalecería la posición del adjudicatario frente a la competencia, sino que la desfavorecería o disminuiría, en beneficio de la posición contractual de la entidad estatal y del interés público, que tendría una mayor participación en los ingresos derivados del contrato.

Sin embargo, aun en el caso en que efectivamente la prórroga del contrato de concesión implicara una mejora evidente para el Estado Colombiano en las condiciones económicas a su favor, comparadas con las que ha venido obteniendo en estos últimos 10 años –recuérdese que la participación del MinTIC actualmente está entre un 6% y un 7%, de acuerdo con el rango de registros³⁵–, surge la razonable duda de si la comparación no debe ser esa, sino que debe hacerse, más bien, comparando la oferta de prórroga que ha sido comunicada al Ministerio por el actual concesionario, con otra posible propuesta de un competidor en las circunstancias *actuales*. Dicho de otra manera, la prórroga de un contrato –por definición– tiene la potencialidad de cercenar la competencia y la libre concurrencia, principios constitucionales fundamentales que han servido de apoyo a varios de los conceptos jurisprudenciales a los que nos hemos referido.

Por ello, en dado caso que el Ministerio decidiera prorrogar por 10 años más el actual contrato de concesión, tendría que justificar por qué era más beneficioso para el interés público efectuar dicha prórroga, teniendo en cuenta el principio esencial de la libre concurrencia y la protección a la competencia, aplicable a la contratación pública, como medida para la salvaguarda del interés público. Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado:

“La jurisprudencia y la doctrina, nacional y extranjera, han señalado la existencia de restricciones de orden jurídico a la posibilidad de modificar los contratos, dentro del marco del principio de legalidad de las actuaciones de la administración, y orientada principalmente a preservar los principios de origen legal, de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2278. 5 de julio de 2016. C.P. Germán Bula Escobar.

³⁵ Como dato de análisis, se tiene que la propuesta del otro competidor que se presentó en la Licitación del año 2009, para el rango No. 1 de registros fue de 45%; aunque su propuesta fue rechazada por otras razones, según se indica en el numeral 3.1.4 de este documento.

*En este orden de ideas, **parece surgir una tensión entre las facultades otorgadas a la administración para orientar el contrato al fin de interés público —inherente al servicio público a su cargo—, y los derechos de los licitadores o interesados en un proceso de selección para que se respete el contenido inicial, propio del principio de igualdad y del derecho a la competencia. Si este fuera el planteamiento, no habría duda que debería prevalecer el primero.** Al fin y al cabo, el derecho a la competencia es el medio más idóneo, —y no un fin en sí mismo—, para garantizar el bienestar de la comunidad.*

***No obstante, las dos finalidades y derechos en realidad atienden al mismo objetivo: obtener en régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida.** De esta forma, la administración al celebrar sus contratos, y los particulares al colaborar con ella, y cumplir una función social que implica obligaciones, satisfacen la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.*

***En la medida en que se preserven estos principios y se garantice un proceso de competencia como la fórmula adecuada y necesaria para una selección objetiva de la oferta más favorable, se salvaguarda el mismo fin de interés público**³⁶. (se destaca)*

En consecuencia y teniendo en cuenta que el principio de libre concurrencia debe ser la regla general, es el sometimiento al mercado, la forma de garantizar que el Estado ha obtenido la mejor opción disponible para el patrimonio público.

3.2.5 Remuneración al concesionario y participación del MinTIC

De acuerdo con la cláusula quinta del contrato de concesión, modificada mediante otrosí No. 3 del 14 de abril de 2010, descrito en el numeral 3.2.2 de este documento, la remuneración al concesionario corresponde a los ingresos brutos recibidos por la administración del dominio .co, menos el porcentaje de participación para el MINTIC; el valor fijo trimestral para la remuneración de la interventoría y el valor de la fiducia —la cual fue eliminada con el Otrosí No. 3—.

Asimismo, según lo previsto en el párrafo de la cláusula décima cuarta, al concesionario le corresponden “*las eficiencias y/o los demás ingresos adicionales*”

³⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2263 de 2016. C.P. Edgar González López. 17 de marzo de 2016.

generados con ocasión de la administración del ccTLD .co como por ejemplo, ingresos por acreditación de registradores y/o los provenientes de otras líneas de negocio implementadas por el concesionario que se llegaren a concretar en desarrollo de la concesión.”

El método de cálculo del valor a pagar al Ministerio se encuentra establecido en el numeral 6.5.1.1.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública 002 de 2009, teniendo en cuenta el porcentaje de los ingresos brutos ofertados por el concesionario, de acuerdo con los rangos de registros descritos en la tabla contenida en el numeral 3.1.4 de este documento.

Así, una vez verificado el número de registros del ccTLD .co a la fecha de corte e identificado el porcentaje aplicable, según el rango, se calcula del total de ingresos brutos recibidos y relacionados directamente con la administración del ccTLD .co (registro, renovación y transferencia, entre otros) y los ingresos adicionales generados con ocasión de la administración del ccTLD .co (ingresos por acreditación de registradores y otras líneas de negocios) y se define el valor a pagar al Ministerio.

De acuerdo con la información señalada en el Plan de Acción publicado por el MinTIC³⁷, entre los años 2010 y 2015 el número de registros estuvo dentro del rango No. 1 (entre 0 y 1.700.000 registros), correspondiendo al MinTIC un porcentaje del 6%, mientras que entre 2015 y la fecha, el número de registros aumentó al rango No. 2: (entre 1.700.001 y 3.500.000 registros), correspondiendo al MinTIC un 7% de participación sobre los ingresos brutos del concesionario de este rango de registros y un 6% sobre el número de registros que se encuentra en el rango No. 1. Señala dicho Plan que a diciembre de 2018 se contabilizó un total de 2.228.000 dominios .co registrados.

Según la información contenida en el Informe de Actividades y Reporte de Comportamiento de Registradores del Contrato de Concesión No. 19 de 2009, para el periodo del mes de abril de 2019, el número de registros de dominio era de 2.256.668 registros.

3.2.6 Obligación de información e informes que debe presentar el concesionario

La cláusula décima sexta del contrato de concesión establece la potestad del Ministerio de exigir al concesionario la información que considere necesaria para verificar el cumplimiento de sus obligaciones, así como inspeccionar la infraestructura.



³⁷ https://www.mintic.gov.co/porta1/604/articles-100681_recurso_1.pdf

Asimismo, la cláusula novena del contrato de concesión establece la obligación del concesionario de presentar ante el Ministerio los informes que le sean requeridos, así como informes relacionados con los indicadores de gestión, las transacciones del administrador, los ingresos recibidos, comportamiento de los registradores acreditados, informes anuales e informes de auditoría. Dicha cláusula dispone expresamente, la obligación del concesionario de presentar un informe final, en los términos siguientes:

“Novena: Registro e informes del Concesionario: El Concesionario deberá presentar ante EL CONCEDENTE los informes que éste requiera, y los siguientes informes:

(...)

8. Reporte final el cual deberá ser presentado ciento ochenta (180) días antes de la finalización del contrato que contenga información que sea de utilidad para dar inicio al nuevo proceso de selección para administrar el ccTLD .co.”

El 4 de julio de 2019, mediante comunicación con Radicado 191032043, el concesionario presentó como reporte final, un documento denominado *“reporte de integración y gestión”*, el cual *“contiene un resumen de la concesión y lineamientos del programa de transición”*. De dicho documento, se considera relevante destacar lo siguiente:

- Señala que mediante el contrato de concesión se otorgó a .CO Internet S.A.S. una concesión *“por 20 años conformada por dos periodos de 10 años”* y que *“desde el año 2010, .CO Internet SAS estableció su plan de negocio con una perspectiva de 20 años donde los primeros años serían de gran inversión para desarrollar el .CO.”* Dicha afirmación es contraria a lo establecido en el contrato, como se analizó en el numeral 3.2.3 de este documento.
- En cuanto a la *función de promoción*, el documento señala que:
 - Cuenta con 134 registradores acreditados *“que con sus servicios de registro y áreas de interés comercial aseguran un cubrimiento geográfico acorde con los intereses de crecimiento del dominio .CO.”* y que 4 de ellos tienen sede comercial en Colombia (Central Comercializadora de Internet, Clickpanda, Dominio YA y BlackSip).³⁸
 - Se han desarrollado programas de marketing, a través de publicidad en el sitio web principal de registradores; publicidad en la página de



³⁸ La Lista completa de registradores acreditados se encuentra en las páginas 18 y 19 del *“reporte de integración y gestión”*.

dominios de registradores, página de arribo .CO, resultados de búsqueda, marketing vía email, marketing en canales sociales y publicidad de nombres Premium.

- 9 de los 10 TOP registradores, según el ranking propuesto en la web <https://webhosting.info/domain-registrar-statistics>, son registradores del .CO.
 - El concesionario dispone de un sistema de soporte técnico a registradores con disponibilidad 24/7.
 - El concesionario realiza actividades orientadas al posicionamiento del dominio .CO en Colombia, incluyendo alianzas con emprendedores digitales y anualmente establece los objetivos y se define el plan de mercadeo ajustándose a los cambios de la industria.
- En cuanto a la *función de administración*:
 - Comprende el aseguramiento del cumplimiento de las políticas aplicables a la delegación de nombres de dominio en el ccTLD .CO, incluida su exigencia a los registradores en el marco de la relación contractual y el proceso de acreditación; la participación en LACTLD e ICANN y la contribución financiera a dichas entidades; la integración de la Mesa Colombiana de Gobernanza de Internet www.gobernanzadeinternet.CO, visitas técnicas a las instalaciones de Neustar por parte del supervisor del contrato y transferencia de conocimiento.
 - Señala el cumplimiento de los indicadores de gestión exigidos en el contrato de concesión (crecimiento del registro, ventas, imagen de dominio .CO y visibilidad del MinTIC, nivel de satisfacción de clientes, crecimiento de registradores, resolución de controversias, indicadores técnicos –disponibilidad del sistema para los servicios de SRS, Nameservers y Whois–, tiempo de publicar en la red de servidores DNS y Whois, tiempo de procesamiento en las acciones de adición, borrado y modificación de objetos, resolución de nombres de dominio, resolución de Whois y resolución de nameservers–)
 - Indica que el valor de la contraprestación pagada al MinTIC entre los años 2010 y 2018 es de \$36,246,524,000.

- En cuanto a la *función técnica*:



- Describe la gestión asociada a la operación de la infraestructura tecnológica (IT) y de seguridad digital (SD) del ccTLD .CO, de acuerdo con 6 componentes: plataforma de registros de nombre de dominio, Whois y RDAP —nuevo estándar de directorio de usuarios registrados en un dominio—; plataforma de nube híbrida para desplegar y proveer servicios de resolución de nombres de dominio (DNS); infraestructura de nube híbrida de nodos de mitigación y centro de operaciones de seguridad (SOC); plataforma de gestión de amenazas e incidentes; infraestructura mixta de respaldo y recuperación de datos y una plataforma compartida de gestión de relaciones con los clientes.
- Describe la estrategia de seguridad digital (SD) asociada al ccTLD .CO, para proteger y asegurar la integridad, estabilidad, resiliencia, confiabilidad e imagen del dominio .CO.; en particular el procedimiento ágil de cumplimiento de dominios (RDCP) y su sistema de mitigación de amenazas de registro (RTMS).
- Lineamientos para el programa de transición: éste busca asegurar una transición integral y ordenada que garantice las operaciones del registro. Se presenta un “esquema plantilla” que incluye las fases generales, pasos y consideraciones de un programa de transición, para ser usada como punto de partida por el MinTIC.
 - En términos generales, plantea el siguiente alcance:
 - Funciones de registro con un mínimo de 2 instancias físicas del sistema, operando una como soporte de la otra.
 - Adecuación de los sistemas de registro a las reglas de negocio definidas en las políticas del ccTLD .CO
 - Proceso de migración de las bases de datos del registro, ambiente de pruebas y ejecución de la migración final de los datos.
 - Procedimiento y mecanismo de custodia de datos.
 - DNS y Whois.
 - Procesos y transferencia de zona desde .CO Internet.
 - Mecanismos de réplica del DNS a nivel global con un mínimo de 30 nodos distribuidos a nivel global.
 - Implementar nodo DNS en Colombia
 - Diseñar mecanismo de transferencia de los servidores DNS de .CO Internet y Neustar (UltraDNS)
 - Implementar un sistema de ciberseguridad para ataques DDoS que tenga como mínimo 11Tbps de capacidad global en 10-14 nodos.



- Tener un SIC y un NOC con un equipo especializado que de soporte para combatir ataques y eventualidades 24x7x365.
 - Sistema para controlar el abuso de dominios que permita darles de baja rápidamente a dominios que sean usados para el abuso.
 - Políticas de privacidad de la información y mecanismos de acceso a la información del WHOIS.
 - Mecanismos de seguridad para la gestión de la información de registro y para la estabilidad de la gestión del DNS.
 - Plan de desarrollo de marca, mercadeo y desarrollo de comunidad.
 - Relacionamiento con los registradores.
 - Oficinas de soporte al cliente en Colombia.
 - Plan de comunicaciones a registrantes para informar sobre el cambio de entidad de registro y registrador.
 - Documentación y respaldo del registro de los dominios de solicitante restringido y mecanismos de pago.
 - Trámite de redelegación ante IANA – ICANN.
 - Programa de transición por parte de los proponentes.
- Indica una duración entre 10 y 19 meses, de acuerdo con las siguientes fases:
 - Fase 0: definiciones básicas
 - Fase 1: preparación de la transición
 - Fase 2: prueba de la transición
 - Fase 3: Pre-transición e incorporación
 - Fase 4: Transición
 - Fase 5: Transición DNS y DNSSEC
 - Describe un conjunto de riesgos y amenazas que pueden tener lugar en un proceso de transición.

Entendemos que la supervisión del contrato de concesión se encuentra verificando el contenido de este documento, así como la información técnica que ha sido recibida del concesionario.

De otra parte, el 26 de julio de 2019, mediante comunicación con Radicado 192059553, el Supervisor del Contrato solicitó al concesionario la presentación del informe final señalado en la cláusula novena, señalando la información mínima que debería contener (plan de transición; full *backup* y *export* de las bases de datos y programa mensual de actualización; proceso de redelegación; lecciones aprendidas; lista de entidades autorizadas con acceso al Sistema de Registro Compartido y

evidencia del uso RDAP dentro del .co). El concesionario dio respuesta mediante comunicación con Radicado 191037772 del 6 de agosto de 2019, en la que señaló, entre otros aspectos, que técnicamente no es posible presentar un plan de transición sin la información relevante.³⁹

Posteriormente, el 5 de septiembre de 2019, mediante comunicación con Radicado 191043175, el concesionario –en respuesta a la comunicación del MinTIC del 26 de agosto de 2019, Radicado 192068729– presentó documento de información complementaria al reporte de integración y gestión, relacionada con el programa de transición, la base de datos del registro compartido SES, la base de datos del registro de facturación, la base de datos del balance y estado de cuentas y saldos pendientes de cobro con registradores en los últimos 5 años, DNS maestro y esclavo para todos los niveles TLD en concesión, registros de CO-ZONA, WHOIS, problemas de servicio, eventos y costos, liquidación de contraprestaciones al MinTIC, registros Premium, promociones y descuentos en los últimos 3 años; información que, entendemos, está siendo igualmente objeto de análisis por parte de la supervisión.

3.2.7 Incumplimientos y sanciones

El contrato de concesión establece en su cláusula décima primera, la imposición de multa por incumplimiento de los indicadores de gestión establecidos en el Anexo 6 del pliego de condiciones, en los términos siguientes:

“Cuando exista un incumplimiento, por causa imputable al concesionario, en más de la mitad de los indicadores de gestión cuya revisión sea trimestral, implicará la imposición de una multa equivalente de hasta el diez por ciento (10%) de la participación ofrecida por el concesionario durante el trimestre objeto de evaluación.”

Por su parte, la cláusula décima segunda establece el procedimiento para la imposición de multas “*por cualquier deficiencia o infracción*”. Además de las multas señaladas en la cláusula décima primera, el contrato establece la cláusula penal pecuniaria, prevista en la cláusula trigésima en caso de incumplimiento definitivo de las obligaciones del concesionario o de declaratoria de caducidad, la cual se encuentra prevista en la cláusula vigésima cuarta, cuando ocurran hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario que

³⁹ En dicha comunicación, el concesionario señaló además que el MinTIC estaría pretendiendo hacer una “terminación anticipada”, por considerar que el contrato de concesión actual tendría como fecha de terminación febrero de 2030 y no febrero de 2019; argumento que contradice sus posturas previas frente al plazo de duración del contrato. Al respecto, el MinTIC dio respuesta en comunicación del 26 de agosto de 2019, Radicado 192068729.

afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y que evidencien que pueden conducir a su paralización, así como en los eventos previstos en la ley.

En caso de caducidad, el contrato prevé la obligación del concedente de presentar ante IANA/ICANN la solicitud de redelegación dentro de los 5 días hábiles siguientes al acto que declara la caducidad, *“para reasumir la administración del ccTLD .co mientras se designe un nuevo Administrador.”*

De acuerdo con la información recibida del MinTIC, durante la ejecución del contrato de concesión no ha habido procedimientos sancionatorios por incumplimiento.

3.2.8 Garantías

De acuerdo con la cláusula décima tercera del contrato de concesión, el concesionario debe constituir y mantener vigentes las siguientes garantías, que amparan sus obligaciones:

Amparo		Vigencia
Cumplimiento	Como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal y no inferior al 10% del valor del contrato	Igual al plazo del contrato más el plazo de la liquidación
Pago de salarios y prestaciones sociales	No inferior al 5% del valor del contrato	Igual al plazo del contrato y 3 años más
Calidad del servicio	Como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal y no inferior al 10% del valor del contrato	Igual al plazo del contrato más el plazo de la liquidación
Responsabilidad Extracontractual	No inferior al 5% del valor del contrato ni inferior a 200SMLMV	Por todo el período de ejecución del contrato

Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con la información recibida, dichas garantías fueron renovadas el 25 de junio de 2018, con vigencia hasta el 3 de septiembre de 2019, salvo por la garantía de pago de salarios:

Amparo	Vigencia	Valor asegurado (en pesos)
Cumplimiento	30/09/2019	\$986,678,733.50
Pago de salarios y prestaciones sociales	03/09/2022	\$493,339,366.75
Calidad del servicio	03/09/2019	\$986,678,733.50

Responsabilidad Extracontractual	03/09/2019	\$493,339,366.75
---	------------	------------------

Fuente: Elaboración propia.

Mediante comunicación del 8 de agosto de 2019, radicado No. 192062731, la supervisión del contrato solicitó la ampliación de las vigencias de las garantías, teniendo en cuenta que el contrato finaliza el 6 de febrero de 2020.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que las garantías deberán permanecer vigentes no sólo durante el plazo de ejecución del contrato, sino también durante el plazo de su liquidación, señalado en la cláusula trigésima segunda del mismo contrato.

3.2.9 Solución de controversias

La cláusula octava del contrato de concesión prevé la solución directa de diferencias entre las partes, a través de mecanismos como el arreglo directo, la conciliación, la amigable composición y la transacción y su cláusula vigésima señala que las diferencias de carácter exclusivamente técnico, que requieran especiales conocimientos técnicos o científicos, se someterán al concepto técnico de 3 expertos designados de común acuerdo por las partes.

En cuanto al juez del contrato, la cláusula décima novena dispone que las diferencias que surjan entre las partes como consecuencia de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación, liquidación e interpretación del contrato, se someterán a un tribunal de arbitramento en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, conformado por 3 árbitros colombianos, para las controversias de mayor cuantía y por un árbitro, para aquellas de menor cuantía. La mayor cuantía es definida como un valor superior a la sumatoria total de la participación del Ministerio durante un año, de la época de la controversia.

De acuerdo con la información recibida, ninguno de estos mecanismos ha sido utilizado por las partes durante la ejecución del contrato de concesión, así como tampoco los mecanismos de solución directa de controversias, previstos en la cláusula décima octava.

3.2.10 Cláusulas exorbitantes

Las cláusulas vigésima quinta, vigésima sexta y vigésima séptima, establecen la interpretación unilateral, la modificación unilateral y la terminación unilateral, de acuerdo con las disposiciones de la Ley 80 de 1993. Se trata de potestades excepcionales de carácter legal con la que cuentan las entidades estatales en el

régimen de contratación pública, cuyo objetivo es la protección del interés público⁴⁰ y que pretenden garantizar la continuidad del servicio, en circunstancias excepcionales.

De la información recibida, no se encuentra que dichas cláusulas hayan sido aplicadas durante la ejecución del contrato de concesión.

3.2.11 Liquidación del contrato

El contrato de concesión prevé en su cláusula trigésima segunda un plazo de 4 meses para la liquidación bilateral del contrato y, en caso de no llegarse a un acuerdo, uno de 2 meses para su liquidación unilateral.

La liquidación debe señalar:

- Cumplimiento del objeto del contrato
- Modificaciones del contrato
- Relación de multas y demás sanciones impuestas
- Ejecución económica del contrato, saldos y formas de pago
- Acuerdos, conciliaciones y transacciones relacionados con diferencias entre las partes
- Garantías
- Declaración de paz y salvo
- Relación de bienes que se restituyen al Concedente y estado⁴¹
- Obligaciones posteriores a la liquidación
- Desacuerdos y mecanismos de solución.

⁴⁰ Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Luis Guillermo Dávila Vinueza. Tercera Edición. Pág. 609.

⁴¹ La cláusula vigésima octava señala que *“en el evento en que en desarrollo del objeto del contrato, EL CONCESIONARIO reciba para tales efectos bienes estatales, las partes acuerdan que, al finalizar el término de la concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y que se encuentran identificados como tales en la propuesta pasen a ser propiedad de EL CONCEDENTE, sin que por ello éste deba efectuar compensación alguna.”*

4 ALTERNATIVAS PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO

4.1 ANTECEDENTES DE UN NUEVO PROCESO DE SELECCIÓN

4.1.1 Informe del gobierno pasado

En julio de 2018, y en preparación al empalme con el nuevo gobierno, el Viceministerio de Economía Digital elaboró el documento denominado “*Análisis Respecto de la Administración, Promoción, Operación Técnica y Mantenimiento del Dominio .CO en Colombia*”. Este documento presenta un análisis jurídico, técnico y financiero, al igual que unas recomendaciones para el nuevo gobierno, respecto de la administración del dominio -.co-.

En lo concerniente al análisis jurídico, menciona que prorrogar el plazo del actual contrato de concesión implicaría mantener un modelo financiero en el que la contraprestación económica a favor del Ministerio resulta baja frente a la rentabilidad que produce el negocio. Propone que la prórroga del Contrato solo es aconsejable si va de la mano con una renegociación económica de contrato.

Sin embargo, expone que el nuevo gobierno cuenta con la opción de estructurar un nuevo proceso de selección, que a juicio de quienes elaboraron dicho documento, correspondería a un contrato de concesión bajo los principios y reglas del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, acorde con los elementos esenciales establecidos en la Ley 1065 de 2006. Adicionalmente, recomienda la inclusión de los siguientes elementos en el contrato de concesión: (i) cláusulas compensatorias y de revisión, (ii) estimación, tipificación y asignación de riesgos, (iii) cesión de contratos de registradores, (iv) acreditaciones internacionales por parte del ICANN y (v) reglas respecto al periodo de transición.

4.1.2 Plan de Acción

Como se señaló previamente, en marzo de 2019, el MinTIC publicó el plan de acción para el proceso de selección del nuevo operador que estará a cargo de la administración, promoción, operación técnica y mantenimiento del dominio -.co-. A grandes rasgos, este documento explica: (i) qué es un nombre de dominio; (ii) qué es el dominio -.co-; (iii) hace un resumen ejecutivo del mercado actual de dominios ccTLD y; (iv) da unas guías de lo que sería el proceso de selección del nuevo operador.

El plan de acción fue desarrollado con base en la publicación realizada por el CENTR⁴², la cual expone la situación del mercado global de TLDs a diciembre de 2018.

⁴² CENTRstats. Global TLD Report. Q4 2018. 26 ed.

El Ministerio usó también los informes presentados por el concesionario a diciembre de 2018. En estos documentos se evidencia la importancia del dominio –.co– en el mercado de los TLDs, siendo el 21º dominio de nivel superior con mayor número de registros en el mundo.

En todo caso, es de señalar que el plan de acción es un documento indicativo de carácter no vinculante para el Ministerio, por lo que su contenido podrá ser modificado posteriormente.

4.1.3 Recomendaciones del Comité Asesor

De acuerdo con la información recibida, desde la entrada en vigor de la Resolución 3278 de 2018, el Comité Asesor en materia de ccTLD.co se ha reunido dos veces. En estas reuniones se ha discutido como eje central las opciones con las que cuenta el MinTIC para definir la operación del dominio –.co– una vez se termine el plazo del contrato de concesión no. 19 de 2009.

En su primera reunión, el Comité Asesor en materia del ccTLD⁴³ estudió el documento del gobierno anterior “*Análisis respecto de la administración, promoción y mantenimiento del dominio .Co en Colombia*”. En esta ocasión, consideró que si bien podría ser una hoja de ruta para la toma de decisiones relacionados con el dominio –.co–, este no puede considerarse como un documento que permita la estructuración de un proceso de selección. Teniendo en cuenta la especialidad y especificidad técnica que tiene la administración de los dominios ccTLD, el Comité sugirió la contratación de un experto en la materia con la finalidad de apoyar al Ministerio en la estructuración de un proceso contractual.

Por su parte, en el Acta No. 2 del 18 de marzo de 2019, consta como el Comité Asesor analizó las alternativas para la continuación de la administración del dominio –.co–. El Comité estudió las posibilidades de prorrogar el Contrato de Concesión No. 19 de 2009 o de iniciar la estructuración de un proceso de selección para elegir al nuevo operador. Realizado el análisis correspondiente, el Comité recomendó continuar con la estructuración del proceso de selección.

4.1.4 Acompañamiento de Expertos de la UIT

En diciembre de 2018, el MinTIC firmó con la Unión Internacional de Telecomunicaciones –UIT– el Anexo No. 8 del Acuerdo Administrativo de Cooperación Técnica No 1 de 1997.

⁴³ Mediante Acta No. 1 del 10 de diciembre de 2018.

El objeto del anexo celebrado fue: *“Prestar los servicios profesionales para apoyar, asesorar, acompañar, y orientar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia –MinTIC en los asuntos relacionados con la estructuración de un modelo contractual que permita concesionar a un ente externo al MinTIC, la administración, mantenimiento, promoción y operación del registro de nombres de dominio de nivel superior de código de país –ccTLD– de Colombia .co. en el marco de una transición entre la gestión que desarrolla el actual Concesionario y la que desarrollará el futuro Contratista del Ministerio para esta gestión integral.”*⁴⁴

De conformidad con el anexo en mención, el MinTIC cuenta con el acompañamiento de los expertos de la UIT, Jim Prendergast, Michael Palage, Antonio García Zaballos y Olga Cavalli, que incluye, principalmente, las siguientes labores:

- Identificar las principales tendencias internacionales y potenciales cambios futuros del mercado de nombres de dominio en el nivel superior –TLD–; haciendo énfasis en aquellos relacionados con los códigos de país a nivel global y en la región de Latinoamérica y el Caribe.
- Apoyar en el análisis e identificación de mejores prácticas a nivel global y en la región Latinoamericana y el Caribe (ventajas y desventajas), de acuerdo con los requerimientos establecidos por ICANN / IANA, y mejores prácticas a nivel internacional.
- Análisis de políticas de DNS establecidas por ICANN/IANA.
- Presentar estudios que contengan las principales recomendaciones al MinTIC de Colombia, teniendo en cuenta (i) las tendencias internacionales, (ii) los resultados y productos derivados de la gestión del actual Concesionario, (iii) los potenciales futuros cambios del mercado de ccTLD, y (iv) la normatividad colombiana vigente en torno al tema.
- Presentar estudios con las recomendaciones respecto a los aspectos y condiciones para diseñar un proceso de selección objetiva que permita la administración eficiente del ccTLD de Colombia, .co.

Entendemos que, a la fecha de presentación de este documento, continúa el acompañamiento de los expertos, de cara a la estructuración de un proceso de selección del operador del dominio .co.



⁴⁴ Estudio Previo General del Anexo No. 8 del Acuerdo Administrativo de Cooperación Técnica No 1 de 1997. Página 4.

4.2 CARACTERÍSTICAS DE LA TRANSACCIÓN

De lo señalado en el capítulo de antecedentes es posible concluir que las condiciones en las que se desarrolla el registro de nombres de dominio han cambiado sustancialmente desde el momento en que se celebró el contrato de concesión 019 de 2009 hasta el día de hoy.

Tal como lo señalamos en el numeral 2.2.5 de este mismo documento, la Ley 1065 de 2006 se encuentra derogada y por lo tanto, resulta aplicable lo previsto en la Ley 1341 de 2009 –en la redacción introducida por la Ley 1978 de 2019– de acuerdo con la cual es competencia del MinTIC determinar las políticas para la administración, desarrollo y mantenimiento del dominio .co. Esta competencia ha de ejercerse en el marco de la relación que, en el contexto comercial y tecnológico existente en la actualidad el cual cuenta con ciertas características relevantes que han sido puestas de presente por los expertos contratados por el MinTIC en los documentos relacionados en el numeral 4.1 anterior:

- a) La infraestructura que de manera general se utiliza para el registro de nombres de dominio bajo un determinado ccTLD está disponible en el mercado, bajo la modalidad de servicios prestados por diversos proveedores a nivel internacional. De acuerdo con lo anterior, el objeto del contrato no implica la adquisición de infraestructura, ni la reversión de la misma.
- b) Como consecuencia de lo anterior, la relación entre el contratista y el Estado busca suplir dos necesidades fundamentales:
 - i. Suplir al Estado de los servicios informáticos requeridos para el sistema de registro del dominio .co.
 - ii. Desarrollar las actividades de comercialización del dominio .co.

Como puede advertirse, la relación que se plantea con el Estado es muy especial, sin que encaje en las categorías contractuales previstas en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1508 de 2012, especialmente en las de concesión y prestación de servicios.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, los contratos de concesión son una especie de asociación público privada (en adelante “APP”), que a su vez define esta Ley como:

“un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las

partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.”

De la definición de las APP pueden destacarse dos elementos que se encuentran ausentes en la transacción que se propone en este caso: De una parte, no existe provisión de bienes públicos, pues como se ha señalado anteriormente el Estado no espera adquirir bien alguno como consecuencia de este contrato, pues la infraestructura requerida para el registro de nombres de dominio no es adquirida por la autoridad del dominio, sino que es propiedad de un tercero que presta servicios a dicha autoridad.

Por otra parte, no existe vinculación de capital privado, pues en este caso no hay financiación alguna. Al respecto, es de señalar que la referencia a “*vinculación de capital privado*” se hace a los contratos en los que la adquisición del activo y/o su construcción se hace con cargo a recursos de capital y deuda del contratista del Estado. Dichos recursos a su vez son repagados con cargo a la retribución pactada en el contrato, la cual puede estar asociada o no a la explotación del activo.

De ahí la relación que hace la misma definición de las APP entre el mecanismo de pago y la disponibilidad del activo, la cual se desarrolla en el artículo 5 de la misma Ley, y que de manera general implica que el contratista no percibe retribución alguna por parte del Estado hasta tanto el activo no esté disponible, de lo cual se deriva el requerimiento de capital privado para su adquisición o construcción.

Adicionalmente y de acuerdo con lo señalado en el artículo 31 de la misma Ley 1508 de 2012, en los contratos de APP deberán especificarse los bienes muebles e inmuebles que, por estar afectos al servicio público, serán objeto de reversión. En este caso, ninguno de los bienes será objeto de reversión pues no es del interés del Estado adquirirlos.

Resulta también relevante señalar que la transacción propuesta tampoco se adecua a la figura de concesión de servicios de telecomunicaciones, prevista en el artículo 33 de la Ley 80 de 1993, norma que también fue objeto de derogatoria por parte de la Ley 1341 de 2009, en tanto lo allí dispuesto haga referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulte contraria a las normas y principios contenidos en la mencionada ley 1341.

Al respecto, es necesario señalar que el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 –en la redacción introducida por la Ley 1978 de 2019– dispone que la prestación de redes y servicios de telecomunicaciones está sometida a la habilitación general regulada en esa Ley, de lo cual se colige que no existen en este momento servicios de telecomunicaciones –diferentes de la televisión y la radiodifusión sonora

expresamente exceptuados en el mismo artículo 10– cuya prestación dependa o esté sometida a un contrato de concesión.

Pero adicionalmente debe considerarse que el registro de nombres de dominio no podría ser considerado como un servicio de telecomunicaciones, pues la Resolución 202 de 2010, aun vigente hasta tanto se expida un nuevo glosario de términos de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 de la Ley 1341 de 2009, define los servicios de telecomunicaciones como aquellos “*ofrecidos por los proveedores de redes y servicios para satisfacer una necesidad específica de telecomunicaciones de los usuarios*”. Esta misma Resolución define las telecomunicaciones como “*emisión, transmisión y recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radiofrecuencia, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos*” lo cual dista de la actividad desarrollada por el encargado del registro de nombres de dominio, quien se encarga de una actividad que si bien es indispensable en el contexto de Internet, no es en sí misma un servicio de telecomunicaciones, sino una actividad de carácter informático que permite a los usuarios de Internet el acceso a ubicaciones identificadas con el correspondiente nombre de dominio.

De hecho, el actual concesionario del ccTLD de Colombia no se encuentra registrado como un prestador de redes y servicios, ni su contrato de concesión está contemplado para el régimen de transición al que se refiere el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, ni jurídicamente habría forma de adecuarlo al régimen de habilitación general.

Cierto es que lo anteriormente señalado se aparta del concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2001, que con ponencia de Cesar Hoyos Salazar calificó la administración del nombre de dominio como un servicio de telecomunicaciones. Al respecto, es de advertir que el razonamiento del Consejo de Estado en ese momento tuvo como marco el Decreto-Ley 1900 de 1990 y la Ley 72 de 1989, normas hoy derogadas y en todo caso expedidas antes de la masificación de Internet. También es relevante señalar que dicho concepto surge en el contexto de determinar el papel del Estado frente a la administración del ccTLD de Colombia, considerando un marco normativo que, a diferencia del existente, no mencionaba esta actividad.

Ahora bien, aunque el registro de nombres de dominio asociados al ccTLD de Colombia no sea un servicio de telecomunicaciones, ello no significa que tal actividad no deba considerarse como un servicio público. Al respecto, consideramos adecuado partir de la definición de servicio público construida por Montaña Plata⁴⁵ quien

⁴⁵ MONTAÑA PLATA, Alberto, El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo, Universidad Externado, p. 179.

señala que el servicio público corresponde a “*un conjunto de actividades con carácter no autoritativo de interés general prestadas por la Administración o los particulares, cuyo desarrollo es responsabilidad de la administración pública y por consiguiente sujetas a un régimen jurídico especial*”.

Como puede advertirse, la administración del registro del ccTLD encaja perfectamente en esta definición, pues la misma Ley 1978 de 2019 confió al MinTIC el desarrollo de esta actividad, dotando a la entidad de las competencias para desarrollar un marco jurídico especial para la misma, que puede incluir su prestación a través de particulares.

Lo anterior también se adecúa a la definición de servicio público contenida en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo de acuerdo con la cual:

“Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”⁴⁶

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado de manera directa o indirecta, por los particulares, o por las comunidades organizadas. La primera categoría se refiere a los casos en los que el Estado a través de sus agencias presta un servicio público, mientras que la segunda –la prestación indirecta por parte del Estado– se refiere a aquellos eventos en los que el servicio es prestado por particulares bajo la responsabilidad del Estado. La prestación por los particulares se refiere a aquellos casos en los que el servicio es prestado por éstos de manera directa, sin que medie un acto o contrato que los subordine al Estado.

En la siguiente tabla se presenta un ejemplo de cada una de estas categorías.

Forma de Prestación	Mecanismo Jurídico	Ejemplo	Fuente
Estado Directamente	Agencias Estatales	Administración de Justicia.	Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 116.
Estado Indirectamente	Habilitación + Regulación	Concesión para la Construcción y Operación de Infraestructura	Ley 80 de 1993 y Ley 1508 de 2012.



⁴⁶ Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 430.

Libre Competencia	Regulación	Sistema Financiero	Decreto 663 de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
-------------------	------------	--------------------	--

Si bien el contrato de concesión es el ejemplo más común de la prestación indirecta de los servicios públicos, no es la única manera en la que puede darse esta modalidad de prestación. Bien puede acudir a otras formas de contrato o a una relación de carácter reglamentario, tal como lo señaló el Consejo de Estado, al referirse a otro registro de carácter estatal, en este caso el Registro Único de Tránsito – RUNT:

“La expresión constitucional “prestación indirecta de los servicios públicos” implica que la titularidad del mismo está en poder del Estado, pero encarga a un tercero, que puede ser un particular o una empresa pública o mixta, para que lo preste en su nombre. Se presenta una separación entre el titular del servicio público y su gestor, de manera que en ningún caso el Estado se desprende de su obligación y el gestor lo será a título precario y temporal, esto es mientras dure la concesión, la delegación o el convenio, según el caso.

(...)

El legislador pudo haber dejado libre a la administración para que definiera la forma de prestar el servicio público registral correspondiente al Registro Único Nacional de Tránsito, o bien definirla en la propia ley, que fue lo efectuado en el caso objeto de análisis, pues el artículo 8° que se transcribió anteriormente, expresa sin ambages que este servicio se puede prestar o bien directamente por el Ministerio de Transporte o bien indirectamente “a través de entidades públicas o particulares” pero limitándolo al contrato de concesión según las voces del parágrafo 4°, excluyendo las otras formas de prestación indirecta de un servicio público como las que por vía de ejemplo se citaron anteriormente.(negrilla y subrayado no pertenecen al texto original)

Puesto que al inicio de este mismo numeral indicamos que el contrato de concesión no se adecuaba a esta categoría, como tampoco lo hace el contrato de prestación de servicios, en tanto no se trata de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, surge la necesidad de buscar el título al cual podría hacerse esta prestación indirecta del servicio público.

En este punto surgen dos opciones: De una parte, el desarrollo de un contrato innominado, cuyo objeto sería la operación del sistema de registro del dominio de internet de Colombia (ccTLD .co) o alternativamente, el desarrollo de un esquema puramente regulatorio, en el que el operador quede vinculado al servicio mediante



un acto administrativo particular, mas sin embargo sometido a una regulación del dominio de internet con carácter general.

4.2.1 Ambiente contractual mediante un contrato innominado

El primer mecanismo con el que cuenta el MinTIC, es desarrollar una licitación pública para la celebración de un contrato innominado cuyo objeto sería la operación del sistema de registro del dominio de internet de Colombia (ccTLD .co).

Los contratos innominados o atípicos son aquellos que por sus características no encajan dentro de ninguna de las categorías contractuales previstas en la ley⁴⁷. El fundamento legal de esta opción está en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, donde si bien se trae a título enunciativo algunos de los contratos que pueden celebrar las entidades estatales, éstas tienen permitido celebrar cualquier acto jurídico, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad, siempre que sea para el cumplimiento de los fines del Estado⁴⁸. El Consejo de Estado en varias ocasiones ha autorizado la celebración de contratos innominados a entidades públicas⁴⁹.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. 31 de julio de 2018. Rad. SC3047-2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁴⁸ Al respecto mencionan la Ley 80 de 1993.

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”

“ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.”

⁴⁹ Al respecto ver:

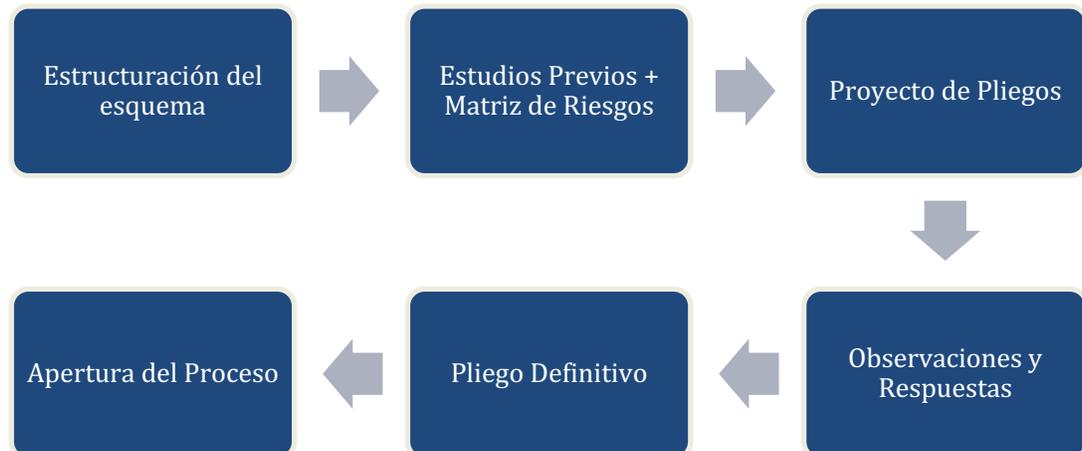
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Número 2386 del 5 de septiembre de 2018:

“La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un



En este caso, se desarrollaría una relación entre el Estado y el operador del sistema de registro en un ambiente contractual, el cual se caracteriza por estar constituido por relaciones bilaterales, las cuales en general tienen un carácter conmutativo⁵⁰ o de proporcionalidad de las prestaciones. Este modelo, frecuentemente utilizado en las relaciones del Estado con los particulares, crea una regulación específica para el servicio que es prestado en virtud del propio contrato, que además será gobernado por las normas de derecho público que le son aplicables tanto a los contratos estatales como a la actividad objeto del mismo.

Puesto que el contrato a celebrarse estaría sometido al mecanismo general de selección –licitación pública–, éste sería el procedimiento a seguir, en caso de considerar esta opción:



contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993.”

- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto Número 2286 de 26 de julio de 2016.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. M.P. Ramiro Saavedra.

⁵⁰ Código Civil. Artículo 1498:

“El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

4.2.2 Ambiente regulado mediante actos administrativos

La otra opción con la que cuenta el MinTIC para para designar al nuevo administrador del dominio –.co–, es creando un ambiente regulado. Entiéndase un ambiente regulado como la fijación de las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo de la actividad de administración del dominio –.co– mediante un acto administrativo de carácter general y la habilitación para administrar el dominio –.co– a un particular mediante la expedición de un acto administrativo de carácter particular. La regulación estaría fundamentada en la Ley 1341 de 2009, la cual establece la función del MinTIC de fijar las políticas de administración, mantenimiento y desarrollo del ccTLD –.co–. El marco legal que determina la Ley 1341 de 2009 es tan amplio que permite desarrollar tanto el marco regulatorio de la actividad, como el mecanismo de selección.

Es importante aclarar que en ningún caso puede considerarse que la constitución de un ambiente regulado para la administración del dominio –.co– implica que se trate del ejercicio de una función administrativa. El MinTIC no traspasa al particular funciones que le son propias, sino que define las condiciones en las que se desarrollará una actividad y en función de ello selecciona un particular.

En el caso en concreto, podría el MinTIC expedir una regulación mediante un acto administrativo de carácter general y otro de carácter particular que tengan el siguiente contenido:

1. Acto administrativo de carácter general:

- Regulación general de la actividad del operador del ccTLD. (política de administración)
- Regulación técnica de la actividad del operador del ccTLD. (política de mantenimiento)
- Retribución (política de administración)
- Regulación del proceso de selección (política de desarrollo)
- Regulación de la vigilancia y control del operador (política de desarrollo)
- Procedimiento para la modificación de la regulación

2. Acto administrativo de carácter particular:

- Consideraciones del desarrollo del proceso de selección
- Define quién es el nuevo operador
- Incorpora el derecho a que se aplique el procedimiento de modificación de la regulación



El proceso que debe llevarse a cabo para dar apertura al proceso de selección, dentro de sus propios matices, es similar en tiempos y contenido al que se debería hacer para realizar un proceso para la selección para adjudicar un contrato innominado.

Dicho proceso es el siguiente:



5 MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA TRANSICIÓN

Teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en el numeral 3.2.1 de este documento acerca de la necesidad de desarrollar un proceso de transición en el caso en que, con ocasión del proceso de selección del operador del dominio .co, se elija a un operador distinto del concesionario actual y siendo que, como se evidencia de lo señalado en el numeral 3.2.6 de este documento, si bien los pliegos de condiciones de la Licitación No. 002 de 2009 establecen la obligación del concesionario de *“garantizar la transición técnica con el futuro contratista con por lo menos seis meses de anticipación a la terminación del contrato.”*, y la cláusula novena del contrato exige al concesionario un reporte final que contenga información que sea de utilidad para dar inicio al nuevo proceso de selección para administrar el ccTLD .co., consideramos que el contrato actual no prevé de manera completa y suficiente la forma y condiciones en que debe realizarse la transición entre el concesionario actual y el nuevo operador, las cuales son imprescindibles para lograr una transición ordenada, oportuna y segura, en beneficio del interés público y la continuidad del servicio.

Lo anterior, teniendo en cuenta además los plazos que puede tomar un proceso de transición, el cual –según se nos ha indicado– está alrededor de 6 meses, así como la necesidad de surtir el proceso administrativo ante ICANN, al cual también nos hemos referido en este documento.

En tal sentido, se plantea la necesidad de analizar la viabilidad jurídica de modificar el contrato de concesión para definir mecanismos que permitan una transición ordenada entre el concesionario y el operador que surja eventualmente del proceso licitatorio.

5.1 MODIFICACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO

Considerando que el objeto de la modificación es permitir un adecuado proceso de transición, consideramos viable que las partes acuerden una modificación contractual para definir los mecanismos adecuados y extender el plazo del contrato sólo durante el tiempo estrictamente necesario para desarrollar el proceso de transición.

Sin embargo, considerando las posturas planteadas por el concesionario en las comunicaciones a las que nos hemos referido en el numeral 3.2.4 de este documento, resulta probable que el concesionario se niegue a celebrar una modificación contractual por un plazo diferente a 10 años, al que considera tener derecho.



Al respecto, reiteramos las conclusiones expuestas en dicho numeral, de acuerdo con las cuales el concesionario no tiene derecho alguno a que se le conceda una prórroga por 10 años, ni el MinTIC está obligado a hacerlo.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos necesario analizar el mecanismo de modificación unilateral del contrato, en el evento en que no se llegue a un acuerdo con el concesionario para efectuar una modificación del contrato.

5.2 MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

En caso de que no se llegue a un acuerdo entre el MinTIC y el concesionario para definir los mecanismos para la transición, mediante la modificación de mutuo acuerdo del contrato de concesión a la que nos hemos referido en el numeral 5.1 anterior, se hace necesario precisar si resultaría jurídicamente viable una modificación unilateral de dicho contrato para definir dichos mecanismos.

La modificación unilateral del contrato es una potestad excepcional de carácter legal con la que cuentan las entidades estatales en el régimen de contratación pública, cuyo objetivo es la protección del interés público⁵¹. En últimas, lo que se pretende es garantizar la continuidad del servicio⁵². Al ser una potestad de orden público, tiene naturaleza inalienable, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible⁵³.

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, se explicó la inclusión de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la necesidad de tomar medidas dirigidas a garantizar la prestación del servicio:

“Cuando se presenten circunstancias que amenacen la paralización de los servicios, la administración pública con fundamento en la prevalencia del interés público sobre el particular podrá tomar medidas que conduzcan a garantizar la continua y adecuada prestación del servicio. Estas medidas son la modificación e interpretación unilateral del contrato(...).

⁵¹ Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Luis Guillermo Dávila Vinueza. Tercera Edición. Pág. 609.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. Rad. 25000-2326-000-2000-00079-02. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

“Cada una de estas prerrogativas significa exactamente lo que su nombre indica, las circunstancias que las producen debe ser excepcionales o las previstas en la propia ley; los motivos deben ser graves ya que no cualquier hecho puede provocarlos; y además los motivos graves lo son por su inconveniencia para el interés público(...)⁵⁴.

De acuerdo con ello, la modificación unilateral se encuentra prevista en el artículo de 16 la Ley 80 de 1993, que establece:

“ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.”

Al respecto, ha indicado la Sala de Consulta y Servicio Civil los siguientes requisitos o características:

“Por su parte, el primer inciso del artículo distingue: i) ámbito temporal para realizar la modificación: durante la ejecución del contrato; ii) las situaciones fácticas que lo permiten: la paralización y la afectación grave del servicio público; iii) la finalidad: evitar dicha paralización o afectación; iv) los procedimientos para la modificación: el común acuerdo y el acto unilateral si no se obtiene aquel; y v) objeto material sobre el que recae la modificación: supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.”⁵⁵

Así, de acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil, la modificación unilateral:

- Sólo puede pactarse sobre un contrato vigente y que no esté en etapa de liquidación. En consecuencia, la modificación unilateral deberá tener lugar

⁵⁴ Exposición de Motivos. Ley 80 de 1993.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, de 15 de noviembre de 2013. Oficio No. 2299. Referencia Consulta formulada por el Ministerio de Transporte – con oficio 20131300114651 del 22 de marzo de 2013. Radicación interna: No. 2150.

dentro del plazo otorgado para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

- La paralización se refiere a la interrupción del servicio mientras que la afectación grave implica su continuidad, pero de mala calidad, y debe interpretarse en consonancia con los artículos 14 y 2.3 de la Ley 80. Al respecto indicó la Sala en el concepto citado anteriormente:

“Para la situación consultada, tanto la afectación como la mejora del servicio público deben ser realmente sustanciales, que redunden favorablemente en los diferentes aspectos y circunstancias de la prestación que se le entrega a la comunidad, como la oportunidad, eficacia, costo, generalidad, tecnología apropiada, el cumplimiento de los estándares de calidad generalmente aceptados, etc. La Administración debe ponderar los efectos de mantener el servicio en las condiciones inicialmente contratadas frente a los que se producirían en caso de terminación, y demostrar que sin la terminación se afectaría gravemente el servicio en un futuro más o menos cercano.

Los artículos 14 y 17 de la ley 80 no califican en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, puede ser razón suficiente para su terminación.”⁵⁶

- La finalidad de la modificación es evitar la paralización o la afectación antes de que tenga lugar, para lo cual se exige una labor de planeación y de prevención.
- La modificación se puede realizar de mutuo acuerdo o unilateralmente, por lo que si el mutuo acuerdo no se obtiene, la Administración deberá proceder a la modificación unilateral por acto administrativo, respetando en todo caso el principio de legalidad.
- Respecto al objeto de la adición, indicó la Sala:

“La Sala en el concepto 2148 del 23 de agosto de 2013, considerando la jurisprudencia y la doctrina citadas, sostuvo que la adición de los

⁵⁶ Si bien la cita transcrita hace referencia a la terminación unilateral, la Sala indicó en ese concepto que las mismas reflexiones son aplicables a la modificación unilateral.

contratos estatales consiste en una modificación a los mismos para (i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, en últimas, para el logro de la finalidad perseguida con el contrato, y/o (ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc., según la modalidad de remuneración pactada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de los precios estipulada inicialmente por las partes (Cláusulas de actualización o reajuste de valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la impresión, hecho del príncipe etc.)”⁵⁷

La cláusula vigésima sexta del contrato de concesión incluyó la posibilidad de la modificación unilateral en los siguientes términos:

“Cuando el interés público demande la modificación del presente contrato, EL CONCEDENTE mediante acta, propondrá a EL CONCESIONARIO el procedimiento para hacerla. Si EL CONCESIONARIO no acepta y EL CONCEDENTE lo considera indispensable para el interés público y el mejor cumplimiento del contrato, introducirá las modificaciones propuestas, lo decidirá así mediante resolución motivada, conforme a las normas que reglamenten la materia y contra dicha resolución procederán los recursos de Ley. En todo caso, EL CONCEDENTE deberá respetar la ecuación contractual establecida en la forma y términos de la propuesta aceptada, la cual forma parte integrante del presente contrato.”

Es pertinente anotar que la facultad de modificación unilateral de los contratos estatales es de regulación directamente legal, por lo que cualquier interpretación de una estipulación en un contrato en particular, que conduzca a una regulación distinta de la prevista en la ley, debe desecharse.

A continuación procederemos a analizar las reglas de la modificación unilateral aplicables al presente caso:

- **Ámbito temporal:** Deberá tener lugar antes de que culmine el plazo del contrato de concesión de 10 años, esto es antes del 6 de febrero de 2020.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, de 15 de noviembre de 2013. Oficio No. 2299. Referencia Consulta formulada por el Ministerio de Transporte – con oficio 20131300114651 del 22 de marzo de 2013. Radicación interna: No. 2150.

- **Situación fáctica de paralización y afectación grave del servicio:** En el caso que nos ocupa, la situación viene dada por la necesidad de establecer mecanismos para que el servicio continúe prestándose en condiciones de seguridad, disponibilidad y calidad, mientras se desarrolla un eventual proceso de transición que, por sus características y la necesidad de surtir un proceso de licitación pública, evidencia que deberá desarrollarse incluso una vez agotado el plazo del contrato actual.
- **Finalidad:** La modificación tendría por finalidad evitar que el servicio de registro se paralice o se afecte por la terminación del plazo del contrato actual, sin que se haya surtido el proceso de transición con quien sea seleccionado en la licitación pública como operador de registro. En este punto se debe mencionar que, si bien con ocasión de dicha licitación, podría ser seleccionado el mismo concesionario actual, con lo cual no habría necesidad de realizar un proceso de transición, lo cierto es que, dados los tiempos para surtir la licitación, y siendo que la modificación debe evitar la paralización o la afectación del servicio antes de que tenga lugar, la modificación se hace necesaria como medida de prevención.
- **Procedimiento:** Debe procurarse inicialmente una modificación de mutuo acuerdo, como paso previo a la modificación unilateral. Asimismo, de acuerdo con la cláusula vigésima sexta, la propuesta se realizará mediante acta, y la modificación unilateral se hará mediante resolución motivada.
- **Objeto:** En cuanto al objeto de la modificación unilateral, éste estaría referido a la definición de los mecanismos para desarrollar el proceso de transición y a la extensión del plazo del contrato por el tiempo necesario para ejecutar dicho proceso.

En cuanto a la remuneración y aspectos económicos del contrato durante el proceso de transición, se observa que el contrato introdujo una estipulación según la cual la modificación unilateral deberá respetar la ecuación contractual *“establecida en la forma y términos de la propuesta aceptada”*.

Esta última referencia no puede interpretarse (sería una interpretación *contra legem*) en el sentido de que sea obligatorio para la entidad mantener *idéntica* la remuneración originalmente pactada, pues las circunstancias que dan lugar a la modificación pueden indicar la procedencia de modificar incluso dicha remuneración, siempre que se justifiquen suficientemente las razones por las cuales, en las nuevas circunstancias que dan lugar a la eventual modificación, se hace necesario o conveniente para el interés



público –sin afectar las expectativas legítimas del contratista– cambiar las bases de cálculo de la retribución.⁵⁸

Señalado lo anterior, debemos advertir que en sentencia del 12 de octubre de 2017, el Consejo de Estado consideró que para que la modificación unilateral resulte válida, las causas que la justifican deben ser posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles.⁵⁹ En tal sentido, debe tenerse en cuenta que existe el riesgo de que se cuestione una modificación unilateral, por considerar que ha debido preverse la selección de un nuevo contratista con el tiempo suficiente para desarrollar el proceso de transición dentro del plazo contractual, así como posibles cuestionamientos respecto del cumplimiento del principio de planeación.

No obstante lo anterior, el mismo Tribunal y la doctrina⁶⁰ han considerado que es indiferente si las situaciones que dieron ocasión a la modificación unilateral eran conocidas, debieron serlo, si se previeron o no, y han señalado que la misma resulta incluso procedente en caso de error o culpa de la administración. Al respecto, ha señalado el Consejo de Estado:

“(...) el artículo 16 no califica en absoluto las circunstancias que pueden dar lugar a la parálisis o a la afectación grave del servicio, de manera que es indiferente que fueran conocidas o, si debieron serlo, si se previeron y fracasaron los mecanismos para su regulación, etc. En la actualidad, y dada la teoría constitucional que subyace en materia de prestación de servicios públicos a cargo del Estado, la mejor y más eficiente prestación de ellos, aún en caso de error o culpa de la administración, es razón suficiente para su modificación.”⁶¹

⁵⁸ Una interpretación de la previsión contractual que conduzca a que –en una eventual adición temporal del plazo originalmente previsto– aplicaría una absoluta intangibilidad de la retribución pactada para el plazo originalmente previsto del contrato (10 años), implicaría desconocer que la modificación unilateral del contrato, de ser necesario, puede conllevar cambios en las condiciones económicas. Aunque la jurisprudencia se ha referido a cambios a favor del contratista (i.e. el reconocimiento y pago de compensaciones e indemnizaciones al contratista afectado por el cambio en las condiciones existentes al momento de contratar. Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández), el mismo principio sería naturalmente aplicable para el caso contrario, siempre que el cambio, reiteramos, esté suficientemente sustentado y no afecte legítimas expectativas del contratista.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. Rad. 25000-2326-000-2000-00079-02. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo” Edición Duodécima. Ed. Civitas. Madrid 2004. Pág. 745.

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto de 2009. Rad. 11001-03-06-000-2009-00033-00(1952). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

Dicha postura dejaría a salvo la procedencia de la modificación unilateral. Sin embargo, permanecería el riesgo de cuestionamiento frente al cumplimiento del principio de planeación.



Anexo I.
Organizaciones de carácter gubernamental que figuran como *manager* de nombres de dominio

Ministerios		
.af	Afganistan	Ministry of Communications and IT
.bb	Barbados	Government of Barbados Ministry of Economic Affairs and Development Telecommunications Unit
.bm	Bermuda	Ministry of Home Affairs
.bt	Bhutan	Ministry of Information and Communications
.ki	Kiribati	Ministry of Communications, Transport, and Tourism Development
.kn	Saint Kitts and Nevis	Ministry of Finance, Sustainable Development Information & Technology
.la	Laos	Ministry of Posts and Telecommunications
.mm	Myanmar	Ministry of Transport and Communications
.ps	Palestina	Ministry Of Telecommunications & Information Technology, Government Computer Center.
.so	Somalia	Ministry of Post and Telecommunications
.tv	Tuvalu	Ministry of Finance and Tourism
.vc	San Vicente y las Granadinas	Ministry of Telecommunications, Science, Technology and Industry
.vn	Vietnam	Ministry of Information and Communications of Socialist Republic of Viet Nam
.ws	Samoa	Government of Samoa Ministry of Foreign Affairs & Trade
Reguladores		
.ae	United Arab Emirates	Telecommunication Regulatory Authority (TRA)
.bf	Burkina Fasso	ARCE-Autorité de Régulation des Communications Electroniques
.bh	Bahrain	Telecommunications Regulatory Authority (TRA)
.bj	Benin	Autorité de Régulation des Communications Electroniques et de la Poste du Bénin (ARCEP BENIN)
.bw	Bostwana	Botswana Communications Regulatory Authority (BOCRA)
.ci	Cote d' Ivoire	Autorité de Régulation des Télécommunications/TIC de Côte d'Ivoire (ARTCI)
.gd	Grenada	The National Telecommunications Regulatory Commission (NTRC)
.gw	Guinea Bissau	Autoridade Reguladora Nacional - Tecnologias de Informação e Comunicação da Guiné-Bissau
.kh	Cambodia	Telecommunication Regulator of Cambodia (TRC)
.kw	Kuwait	Communications and Information Technology Regulatory Authority
.ky	Cayman Islands	Utility Regulation and Competition Office (OfReg)
.om	Oman	Telecommunications Regulatory Authority (TRA)
.qa	Qatar	Communications Regulatory Authority
.vg	British Virgin Islands	Telecommunications Regulatory Commission of the Virgin Islands
.vu	Vanuatu	Telecommunications Radiocommunications and Broadcasting Regulator (TRBR)
.ve	Venezuela	Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)
.tg	Togo	Autorite de Reglementation des secteurs de Postes et de Telecommunications (ART&P)
.tl	East Timmor	Autoridade Nacional de Comunicações
Gobiernos		
.ai	Anguilla	Government of Anguilla
.fk	Falkland Islands	Falkland Islands Government
.gs	South Georgia and South Sandwich Islands	Government of South Georgia and South Sandwich Islands (GSGSSI)
.im	Isle of Man	Isle of Man Government
.me	Montenegro	Government of Montenegro
.sh	Santa Helena	Government of St. Helena
.to	Tonga	Government of the Kingdom of Tonga H.R.H. Crown Prince Tupouto'a
.ar	Argentina	Presidencia de la Nación – Secretaría Legal y Técnica

Fuente :Elaboración propia con información publicada por ICANN.

