

ARTICULACIÓN DE FUENTES PARA LA ADMINISTRACIÓN DEL DOMINIO .CO: ¿INSERCIÓN DE COLOMBIA EN EL ENTORNO INTERNACIONAL?¹

DANIEL PEÑA VALENZUELA² Y MARÍA CATALINA CARMONA³

INTRODUCCIÓN

Las conexiones por medio de la red global de Internet son una herramienta imprescindible en el mundo moderno, y constituyen el motor de una nueva dinámica para el manejo de las comunicaciones, el comercio y la tecnología. Esto es posible, en mayor medida, por el correcto funcionamiento del Sistema de Nombres de Dominio (en adelante DNS, por su sigla en inglés), el cual constituye una base de datos que traduce las direcciones IP (serie de números determinados por el protocolo de Internet asignado a cada computador) en palabras de fácil recordación, permitiéndoles a los usuarios de Internet conectarse con millones de computadores alrededor del mundo. Estas palabras, también llamadas *dominios*, permiten la identificación de un sitio de Internet, con lo cual se facilita el mercadeo y venta de toda clase de bienes y servicios en la red. Además, los nombres de dominio constituyen activos mercantiles en sí mismos, por lo que sobre ellos pueden recaer diversas transacciones, que pueden ir desde la venta de un dominio hasta la constitución de gravámenes sobre él⁴.

1. Este artículo expresa únicamente la opinión de los autores y no compromete la de ninguna entidad o institución.

2. Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia en contratación internacional, comercio electrónico y propiedad intelectual. Árbitro nacional e internacional. Con maestría LLM (London-UCL) y maestría DESS (Grenoble). Correo electrónico: danielpena@cavelier.com.

3. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora del Seminario sobre el Derecho de la OMC en la misma universidad (2007 a la fecha) y auxiliar de cátedra de Derecho Internacional Público (2007). Miembro de los equipos participantes en el concurso de Derechos Humanos René Cassin y Elsa Moot Court Competition sobre el derecho de la OMC (2005 y 2007). Abogada asociada de Cavelier Abogados.

4. La constitución de hipotecas sobre nombres de dominio es una práctica usada en Estados Unidos. Ver, entre otros, [www.firsttuesday.es/esp/det_evento/index.php?ub=masinfo&id=17], consultado el 4 de agosto de 2008; [www.lendingdomainnames.com] y [www.mortgage-domain-names.com], consultados el 13 de agosto de 2008.

El manejo inicial del DNS fue asignado a instituciones públicas en Estados Unidos, lo cual se volvió insostenible con el crecimiento de Internet. Por ello, en 1997 se propuso crear una nueva entidad de carácter privado, a la que se le transfirieran las funciones de la Internet Names and Assigned Numbers Association (en adelante IANA) y por medio de la cual se permitiera una mayor competencia y participación internacional en su regulación⁵. De esta manera, se creó la Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (en adelante ICANN), una entidad sin ánimo de lucro que se encargaría de la coordinación de los nombres de dominio, los números de Internet y de sus protocolos. Así, de un sistema regulado por el Estado, Internet se convirtió en un sistema autorregulado por la comunidad de Internet, en el que sus miembros son los que determinan las reglas técnicas y administrativas aplicables al sistema.

La función más importante de la ICANN es la preservación de la estabilidad y continuidad del sistema, lo que no obsta para que también garantice el desarrollo de la función comercial de los nombres de dominio. En desarrollo de lo anterior, ICANN delega la administración de un dominio particular en un *manager* o administrador, quien a su vez contrata con diferentes *registrars* o registradores acreditados por ICANN (tantos como sea posible) para que por medio de ellos los usuarios finales obtengan un registro de un nombre de dominio. El usuario final escoge al registrador que más le convenga, de acuerdo con los servicios y beneficios que cada uno ofrezca. La pluralidad de registradores permite la competencia en el mercado, lo que garantiza mejores precios y servicios para los usuarios finales.

En el caso colombiano, en 1991 ICANN, en ese entonces IANA, delegó la administración del dominio .co (código de país correspondiente a Colombia⁶) a la Universidad de los Andes (en adelante Uniandes), por ser la entidad más adecuada para dicha labor. En ese entonces, Uniandes había implementado una plataforma tecnológica que le permitía conectarse con una red mundial llamada Bitnet⁷ por medio de la Universidad de Columbia, en Nueva York. Esta conexión implicaba que las direcciones IP que utilizaba Uniandes le pertenecían a la Universidad de Columbia, por lo cual debieron ser liberadas cuando esta última decidió migrar a Bitnet II. Entonces, Uniandes decidió solicitar la delegación de la administración

5. Ver Departamento de Comercio de Estados Unidos–Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información, “Management of Internet Names and Addresses”, n.º 980212036-8146-02, 6 de mayo de 1998.

6. Este código está determinado por la Organización Internacional de Estandarización (ISO, por su sigla en inglés), según el documento ISO 3166-1, el cual le asigna a cada país un código de dos letras a partir de su nombre oficial. Ver International Organization for Standardization, “English Country Names and Code Elements”, disponible en [www.iso.org/iso/country_codes/iso_3166_code_lists/english_country_names_and_code_elements.htm], consultado el 13 de agosto de 2008.

7. Bitnet era la red financiada por IBM que se creó paralelamente a Usnet y Arpanet (redes que dieron origen a Internet), y ofrecía servicio de correo electrónico y de transferencia de archivos a centros educativos. Para la historia de Bitnet, ver Portal de Living Internet. Disponible en [www.livinginternet.com/u/ui_bitnet.htm], consultado el 13 de agosto de 2008.

del dominio .co, al no existir en el país un ente responsable de las asignaciones de direcciones y al tener la experiencia previa del manejo de Bitnet. Este proceso, y por consiguiente la participación de la Universidad y de Colombia en Internet, fue financiado con recursos privados y sólo hasta finales de 1993 se involucró el Estado colombiano mediante Colciencias y el Icfes⁸.

La participación del Estado colombiano no cambió la naturaleza de la relación de la Universidad con ICANN; desde sus inicios, esta fue una relación de carácter privado, entre entes privados y regida por las normas de derecho privado⁹. Sin embargo, a raíz de la participación del Ministerio de Comunicaciones, este decidió formularle al Consejo de Estado una consulta en relación con la naturaleza jurídica del dominio .co. En dicha oportunidad¹⁰, la Sala de Consulta del Consejo de Estado sostuvo que:

La administración del dominio .co y el derivado registro de los nombres de dominio en Colombia, para la red de la Internet, es un asunto relacionado intrínsecamente con las telecomunicaciones y en consecuencia, existe la competencia del Gobierno nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, para su planeación, regulación y control, de conformidad con las normas citadas en precedencia y las concordantes del Decreto 1130 de 1999, con mayor razón cuanto que el dominio .co como se explicó en el punto 2.5, constituye un recurso de interés público, respecto del cual el Estado colombiano debe velar por su adecuada utilización para hacer prevalecer el interés general, de acuerdo con el principio instituido por el artículo 1° de la Constitución Política.

A pesar de este concepto, Uniandes continuó con su labor privada y trató de expandir el servicio a nivel internacional¹¹, lo que dio origen a una acción popular en contra de la Universidad, la cual terminó en el Consejo de Estado, después de la apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió una sentencia en la que se abordó la naturaleza jurídica de la administración del dominio .co y la competencia del Estado para regularlo. En esta sentencia, el Consejo recordó que el dominio .co constituía un recurso de interés público, y que por estar relacionado intrínsecamente con las telecomunicaciones, el gobierno nacional era competente para regularlo, por lo que se le ordenó al Ministerio

8. Ver FERNANDO SALCEDO GÓMEZ. "Colombia: historia de la conexión de Uniandes a Internet", disponible en [www.interred.wordpress.com/2002/05/12/colombia-historia-de-la-conexion-de-uniandes-a-internet-2/], consultado el 13 de agosto de 2008.

9. Ver GERMÁN HERNÁNDEZ AGUILERA. "Exposición de motivos de la Ley 1065 de 2006, por la cual se define la administración de registros de nombres de dominio .co y se dictan otras disposiciones".

10. Ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, opinión del 11 de diciembre de 2001.

11. Ver Consejo Académico de la Universidad de los Andes, Acta n.º 118-2001. Disponible en [www.prof.uniandes.edu.co/dependencias/rectoria/secretaria-general/actas/118-2001/118-2001.htm], consultado el 13 de agosto de 2008.

de Comunicaciones asumir la administración del dominio¹². Específicamente, el Consejo le ordenó al Ministerio de Comunicaciones que, en un plazo perentorio (antes del 31 de diciembre de 2003), cumpliera con lo siguiente:

- (1) Asumir directamente o por medio de quien designe, dentro del pertinente marco legal, la administración y manejo del dominio .co y del directorio correspondiente;
- (2) Adecuar la actuación que ha adelantado la Universidad de Los Andes, tal como se indicó en la parte motiva de esta providencia;
- (3) Establecer la Delegación de la administración del dominio .co conforme se señaló en la parte considerativa;
- (4) Expedir la regulación necesaria de conformidad con las facultades otorgadas por la Ley 72 de 1989 (Artículos 1° y 2°) sobre los aspectos derivados de la delegación de la administración del dominio .co en atención a lo previsto en el párrafo transitorio del artículo 7° de la Resolución número 0600 de 2002.

Para dar cumplimiento a estas órdenes, el legislador promulgó la Ley 1065 de 2006, mediante la cual se reguló específicamente la administración del nombre de dominio .co. De acuerdo con esta ley, el dominio .co constituye un recurso de interés público del sector de las telecomunicaciones, cuya administración debe ejercerla el Ministerio de Comunicaciones en ejercicio de una función administrativa, la cual puede ser delegada en un particular.

La consagración de la administración del dominio .co como una función administrativa parece ir en contra de la naturaleza privada con la que fueron concebidos los nombres de dominio, por lo cual no es claro si es posible respetar y preservar la especialidad de los nombres de dominio a partir del marco normativo colombiano. Este artículo pretende responder este interrogante, para lo cual será necesario identificar todos los instrumentos que hacen parte de dicho marco normativo y cómo se articulan (I), para determinar, a partir de ello, el funcionamiento del modelo colombiano (II).

I. IDENTIFICACIÓN Y ARTICULACIÓN DE FUENTES DEL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DEL DOMINIO .CO

El componente obvio del marco normativo de la administración del dominio .co es la Ley 1065 de 2006, ya que esta constituye la regulación específica de los nombres de dominio en Colombia. Sin embargo, la Ley 1065 no regula el tema en su integridad, por lo que es necesario recurrir a otras fuentes para complementar

12. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de julio de 2002.

este marco normativo. En esta parte identificaremos cuáles son las demás fuentes relacionadas, y cómo se articulan de acuerdo con su posición jerárquica en el ordenamiento jurídico colombiano.

El artículo 1.º de la Ley 1065 establece que “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”. El artículo 2.º califica esta administración como una función administrativa a cargo del Ministerio de Comunicaciones, la cual puede ser conferida a un particular de conformidad con la ley.

De acuerdo con lo anterior, las fuentes involucradas, además de la propia Ley 1065 y la resolución 1652 de 2008 que la reglamenta¹³, incluyen en primer lugar a la Constitución Política, ya que, como establece su artículo 4.º, esta es norma de normas, y es la base sobre la cual se estructura el ordenamiento jurídico, por lo cual debe ser el punto de partida para la organización de las fuentes. En segundo lugar, encontramos a las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes, de conformidad con las cuales se debe ejercer la administración del dominio .co¹⁴. En tercer lugar, y en el mismo nivel jerárquico de la Ley 1065, debe incluirse la Ley 489 ya que esta regula el ejercicio de función administrativa por particulares, posibilidad que la Ley 1065 le otorga al Ministerio de Comunicaciones para delegar la administración del dominio. Finalmente, se deben incorporar el Código de Comercio y la costumbre mercantil internacional, como regulación de las actividades privadas que puede ejercer el administrador del dominio, complementarias a la función administrativa de que trata la Ley 1065, y contempladas en la Resolución 1652. A continuación nos referiremos en detalle a cada uno de los niveles jerárquicos.

En relación con el primer nivel, como se mencionó anteriormente, la Constitución es norma de normas, por lo que, “como fuente suprema del ordenamiento jurídico, ocupa el más alto rango dentro de la pirámide normativa y a ella debe estar subordinada toda la legislación¹⁵”. Por ello, la administración del dominio .co debe partir del marco proporcionado por la Constitución en los dos elementos que la componen: el ejercicio de la función administrativa y el ejercicio de la actividad privada que desarrolla el administrador en cuanto a la definición y ejecución de

13. La Resolución 1652 del 30 de julio de 2008 establece la política de delegación de nombres de dominio bajo el ccTLD.co y les da alcance a las diferentes actividades que puede realizar el administrador del dominio, a saber, promoción, administración y operación del dominio.

14. Ver artículo 1.º de la Ley 1065 de 2006.

15. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

una estrategia de fomento del registro y del uso del dominio .co, así como de su comercialización y promoción, entre otras¹⁶.

En cuanto a la función administrativa, el artículo 2.º de la ley de dominios permite que el Ministerio de Comunicaciones delegue esta función en un particular. El ejercicio de funciones administrativas por particulares está autorizado en el artículo 210 de la Constitución, de acuerdo con el cual “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”. En cuanto a la actividad privada del administrador, esta se ejerce de acuerdo con lo establecido en el artículo 333 de la Constitución, según el cual “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”. En cualquier caso, estas funciones deberán someterse a las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes, punto al que nos referiremos a continuación.

Las mencionadas prácticas y definiciones se encuentran en el segundo nivel jerárquico, por expresa remisión de la Ley 1065. Retomando la definición de la función administrativa consagrada en el artículo 1.º de esta ley, es importante resaltar que el legislador condicionó el ejercicio de esta función a las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes y no a la ley colombiana. Tal y como lo observa la exposición de motivos de la Ley 1065, las entidades creadoras y administradoras de los dominios de primer nivel son IANA e ICANN¹⁷, lo que significa que este recurso del sector de las telecomunicaciones no es de origen nacional, sino internacional. Por consiguiente, “no puede prescindir el ordenamiento jurídico colombiano de lo dispuesto por tales organismos, toda vez que son ellos los que a nivel mundial desarrollan la gestión de las direcciones IP, desarrollan estándares, crean nuevos dominios, controlan y habilitan a los registradores locales, funciones éstas que no dependen de la voluntad del legislador colombiano, pues escapan a su alcance y al de cualquier país en el mundo¹⁸”. Lo anterior significa que incluso antes de lo dispuesto por la propia Ley 1065, debe considerarse lo establecido por estos organismos.

Además de la subordinación expresa a estas prácticas contenida en la Ley 1065, éstas se encuentran en un nivel jerárquico superior a las leyes colombianas en virtud del reconocimiento del principio de derecho internacional según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado¹⁹”, establecido en el artículo 27 de la Convención

16. Ver Resolución 1652 de 2008 del Ministerio de Comunicaciones.

17. Como se aclaró en la introducción de este artículo, la IANA y la ICANN son entidades que fueron creadas para administrar el sistema de nombres de dominio, pero no son propiamente las creadoras de estos. No obstante, esta referencia que se hace en la exposición de motivos muestra el entendimiento del legislador del origen internacional del recurso, lo cual es suficiente para nuestros propósitos. Para una explicación detallada acerca del origen de los nombres de dominio, ver *supra* nota 5.

18. Ver “Exposición de motivos...”, cit., *supra* nota 6.

19. Según la Corte Constitucional, este principio fue incorporado indirectamente en el

de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²⁰. En nuestro caso, situar una ley interna en una jerarquía superior a la de las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes podría significar ir en contra de ellas, y por tanto violar este principio. Por ello, es necesario que estas prácticas se ubiquen en un nivel superior al de las leyes internas. Pero para que esta afirmación sea válida, el artículo 27 de la Convención de Viena debe enmarcarse en su contexto actual, de acuerdo con el cual las disposiciones de derecho interno no pueden justificar el incumplimiento de una obligación internacional²¹. En consecuencia, la primacía de las prácticas y definiciones de IANA/ICANN dependerá de si estas constituyen o no una obligación internacional.

Las obligaciones internacionales emanan de una de las fuentes de derecho internacional, las cuales tradicionalmente se han entendido incorporadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Entre las fuentes formales encontramos a los tratados internacionales y a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho²². A continuación analizaremos si las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes pueden ser catalogadas como alguna de estas dos fuentes.

En relación con los tratados internacionales, el artículo 2.º de la Convención de Viena establece que “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Las prácticas y definiciones de IANA/ICANN no podrían ser consideradas como un tratado ya que no representan un acuerdo celebrado por estados, o incluso entre estados y una organización internacional, debido a que estas organizaciones no fueron creadas por mandato de los estados, sino que su creación estuvo determinada por las necesidades de Internet.

En relación con la costumbre internacional, esta es fuente en la medida en que sea una “prueba de una práctica generalmente admitida como derecho²³”. En esta definición se plasman los dos elementos constitutivos de la costumbre: el elemento

artículo 9 de la Constitución de acuerdo con el cual “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 10 de agosto de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

20. Colombia aprobó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 mediante la Ley 406 de 1997.

21. “Las normas consuetudinarias son verdaderas normas de derecho positivo y tienen la misma fuerza vinculante que las normas escritas y plasmadas en tratados. El incumplimiento de una obligación cuyo fundamento reposa en una costumbre internacional acarrea las mismas consecuencias jurídicas que la violación de un tratado”. Ver JUAN JOSÉ QUINTANA. *Derecho internacional público contemporáneo*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2001, p. 82.

22. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere también a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas como la tercera fuente formal. Sin embargo, en este artículo nos referiremos únicamente a las dos primeras fuentes.

23. Ver artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

material (la práctica) y el elemento subjetivo, espiritual o psicológico (la *opinio juris*). “La práctica es el conjunto de actos del Estado y de otros sujetos de derecho internacional que se repiten de manera uniforme y constante durante un periodo determinado, hasta dar lugar a un uso o modelo de comportamiento dado. La *opinio juris* es la convicción subjetiva de tales sujetos de que al seguir dicho modelo de comportamiento o al plegarse a tales usos están acatando una norma jurídica que así lo establece²⁴”. En cuanto al primero, este puede comprobarse en las prácticas de IANA/ICANN, ya que estas siempre han perseguido los mismos valores e intereses (preservar la estabilidad y continuidad del sistema), han sido desarrolladas con base en los mismos procedimientos y se han aplicado durante un periodo extendido, que se remonta a los inicios del DNS. En cuanto al segundo, los miembros de la comunidad de Internet consideran a estas prácticas como obligatorias, tanto así que el funcionamiento del sistema con base en reglas diferentes es imposible²⁵; si un sujeto decide crear sus propios estándares, no podría participar en la red ya que para ello se necesita que todos los miembros de la comunidad compartan los mismos estándares. Este carácter obligatorio se refuerza con el reconocimiento que hacen los estados de la relevancia de estas prácticas, tal y como sucede en el caso colombiano con la incorporación de estas en la Ley 1065.

Por lo anterior, y al reunirse los elementos constitutivos de la costumbre internacional, es posible afirmar que las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes constituyen una verdadera fuente de derecho internacional. Prueba de ello es que, debido a que la costumbre obliga a sujetos que incluso no hayan participado en el procedimiento de formación de la costumbre, en caso en que un nuevo Estado sugiera en el contexto internacional y decidiera solicitar la delegación de su código de país correspondiente, este procedimiento se realizaría según las reglas dictadas por estas organizaciones. Por lo tanto, la afirmación realizada más arriba, de acuerdo con la cual las prácticas y definiciones internacionales se ubican por encima de la ley colombiana en relación con la regulación del dominio .co, es válida ya que estas constituyen obligaciones internacionales.

Esta prevalencia del orden internacional no interfiere con la supremacía de la Constitución, consagrada en su artículo 4.º. Como lo afirma la Corte Constitucional, en Colombia se aplica el principio de monismo moderado con prevalencia del orden internacional, de conformidad con el cual “las normas internas se deben leer de manera tal que su sentido se armonice al máximo no sólo con los preceptos del estatuto superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia²⁶”. Entonces, en el análisis del cumplimiento del principio de primacía del orden internacional sobre el interno, no se debe incluir a la Constitución, ya

24. Ver QUINTANA. Ob. cit., *supra* nota 17, p. 82.

25. Debido al estado actual de Internet, es necesario contar con protocolos unificados, de manera que se permita la comunicación e intercambio de información entre computadores situados en cualquier parte del mundo.

26. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

que en este caso el análisis de conformidad debe realizarse en sentido contrario; el orden internacional aplicable a Colombia debe ser conforme a la Constitución Política²⁷. Cuando el juicio de conformidad se realice con respecto a la ley, esta debe respetar los preceptos internacionales. En el caso de la administración del dominio .co, las demás fuentes mencionadas involucradas, a saber, la Ley 1065, la Ley 489, el Código de Comercio, la costumbre mercantil internacional o las políticas plasmadas en la Resolución 1652 deben respetar las prácticas y definiciones de la ICANN o la IANA.

Superado este tema, debemos ocuparnos del tercer nivel jerárquico, en el que se encuentran las leyes internas: Ley 1065 y Ley 489. La incorporación de la primera es apenas obvia, ya que ella constituye la regulación específica de la administración del dominio .co. Por su parte, la Ley 489 se incorpora ya que, en virtud de la autorización a particulares para el ejercicio temporal de funciones administrativas, contenida en el artículo 210 de la Constitución y el artículo 2.º de la Ley 1065, los particulares pueden ejercer estas funciones mediante un convenio suscrito con la entidad correspondiente, precedido de un acto administrativo en donde se establezcan las condiciones de la función por desempeñar, de conformidad con los artículos 110 a 112 de la Ley 489 de 1998²⁸.

Para determinar el alcance las leyes mencionadas es necesario establecer el ámbito de aplicación de cada una de ellas. Por un lado, la Ley 1065 regula la materia de la administración del dominio .co, la naturaleza jurídica de dicha administración y la contraprestación por el uso de un dominio. Por otro lado, la Ley 489 regula de manera general el ejercicio de funciones administrativas. Esta sólo se aplicará en la medida en que el particular al que le sea asignada la administración del dominio realice una actividad que entre en el ámbito de función administrativa, razón por la cual la remisión a Ley 489 es exclusiva para el artículo 2.º de la Ley 1065. Cualquier otra actividad que no se enmarque en la función administrativa debe estar regida por las reglas del derecho privado, como se sugiere a continuación.

En el cuarto nivel de la pirámide normativa se encuentran el Código de Comercio y la costumbre mercantil internacional, instrumentos que se incluyen como la regulación de la actividad privada del administrador. Esta actividad no está expresamente regulada en la Ley 1065 en razón del rápido desarrollo de Internet, por lo cual sujetarlo a una ley específica y detallada “no sólo sería ir en contra de la corriente mundial –que observa este tema como una actividad eminentemente particular–, sino poner en peligro el desarrollo del Internet en nuestro país y con él, el acceso a la masificación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, como escenario de desarrollo y crecimiento económico de nuestro país²⁹”.

27. Por ello la Corte Constitucional realiza un examen de constitucionalidad automático y anterior a la manifestación del consentimiento en obligarse por parte del Estado colombiano.

28. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-114 del 18 de enero de 1993, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

29. Ver “Exposición de motivos”, cit., *supra* nota 6.

En consecuencia, el Código de Comercio, o a falta de una norma aplicable, la costumbre mercantil internacional, deben regular. El Código de Comercio, o a falta de norma expresa la costumbre mercantil internacional debe regular las relaciones entre los actores del mercado (administrador, registradores y usuarios) y garantizar el flujo adecuado de los bienes (dominios) que en él se transan³⁰.

Finalmente encontramos la Resolución 1652 de 2008 del Ministerio de Comunicaciones, mediante la cual se establecen las políticas de administración del dominio .co. Esta resolución recoge y articula adecuadamente las fuentes arriba mencionadas, ya que parte de la base de la división de la función administrativa y la actividad privada del administrador y aclara cuáles son las tareas que se deben desarrollar en virtud de cada una.

Recapitulando, la regulación del sistema de administración de nombres de dominio en Colombia está compuesta por la Constitución Política, las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes, las leyes 1065 y 489, el Código de Comercio y la costumbre mercantil internacional, y la Resolución 1652 del Ministerio de Comercio. La base de tal estructuración es la naturaleza especial de los nombres de dominio, los cuales tienen un origen privado e internacional. En ese sentido, el funcionamiento del sistema en concreto debe respetar la especialidad del recurso.

Esta identificación y articulación de las fuentes nos permite concluir que existen dos instituciones diferentes relacionadas con el dominio .co: en primer lugar, el sistema de nombres de dominio, que vela por la estabilidad y continuidad del sistema, el cual en el ordenamiento jurídico colombiano es ejercido mediante una función administrativa. En segundo lugar, la actividad privada relacionada con la promoción y el desarrollo comercial de los dominios individualmente considerados. El modelo que aquí se plantea difiere del que se aplica en el resto del mundo en cuanto a que éste es eminentemente particular, mientras que el modelo colombiano incluye el desarrollo de una función administrativa. Sin embargo, como lo veremos a continuación, el modelo de administración planteado en Colombia no es un obstáculo para que el dominio .co se desarrolle todo su potencial.

II. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DEL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DEL DOMINIO .CO

Como se expuso al principio de este artículo, los nombres de dominio tienen una naturaleza jurídica especial, en razón de su proceso de creación. En virtud de

30. El interés de los particulares de aprovechar al máximo el potencial de los nombres de dominio ha dado lugar a un mercado secundario en el que los nombres de dominio se tranzan en un ambiente de competencia, de acuerdo con las condiciones dictadas por el propio mercado. Ver OECD - Directorate for Science, Technology and Industry Committee for Information, Computer and Communications Policy - Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, *The Secondary Market for Domain Names*, 12 de abril de 2006. Disponible en [www.oecd.org/dataoecd/14/45/36471569.pdf], consultado el 30 de julio de 2008.

este, la naturaleza de los nombres de dominio es privada, ya que fueron creados como respuesta a las necesidades que se presentaban dentro de un sistema privado (Internet). Así mismo, su origen internacional impide que cualquier estado ejerza soberanía sobre ellos, ya que su regulación está supeditada a las disposiciones de los organismos internacionales competentes. Esta especialidad es el hilo conductor de la articulación de fuentes arriba presentada. En esta segunda parte determinaremos cuál debe ser el funcionamiento del modelo en concreto, de manera tal que se respete la especialidad de los nombres de dominio, dentro del marco normativo colombiano. Para ello, abordaremos, en primer lugar, la función administrativa de que trata la Ley 1065, y en segundo lugar, las actividades que puede adelantar en un contexto privado.

En cuanto al primer punto, la Ley 1065 establece que la administración del registro de nombres de dominio .co es una actividad a cargo del Estado, la cual se clasifica como una función administrativa que puede ser ejercida por un particular. Retomando lo expuesto en la primera parte, esta actividad se debe ejercer de acuerdo con el artículo 210 de la Constitución y a las leyes correspondientes, que para el caso de la administración del dominio .co son las leyes 1065 y 489, de conformidad con las prácticas y definiciones de IANA/ICANN. En otras palabras, la función administrativa relacionada con el dominio .co se construye de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 1065, el cual define la administración del dominio, y de lo establecido en los artículos 110 a 112 de la Ley 489 que se refieren al ejercicio de funciones administrativas por particulares. El contenido de estas disposiciones implica, además, que la función administrativa de administración del dominio .co es una función compartida entre el administrador del dominio y el Ministerio de Comunicaciones, como se explica a continuación.

A cargo del administrador están todas las actividades mencionadas en el artículo 1.º de la Ley 1065, a saber, “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 los archivos de zona del dominio, y demás aspectos relacionados”. Entonces, el administrador tiene a su cargo tres actividades que entran en la órbita pública: la organización, la administración y la gestión del dominio. De esta manera, cuando el administrador ejerza alguna de estas actividades, como por ejemplo el mantenimiento de las bases de datos correspondientes, deberá hacerlo por medio de una función administrativa. Así, si el administrador decide contratar el mantenimiento de las bases de datos, este contrato se sujetará a las reglas de contratación estatal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 489³¹. Estas tres funciones deben seguir

31. El artículo 112 de la Ley 489 establece el régimen jurídico de los actos y contratos que se ejecuten en desarrollo de la función administrativa. De acuerdo a este artículo, “la celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifica la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe

lo dispuesto por ICANN, de manera que se mantenga informada a la organización de las operaciones del administrador, se garantice el acceso de esta a los archivos de zona, se paguen las contribuciones establecidas, y en general, se garantice la conformidad de la administración a las políticas de ICANN³².

Es necesario aclarar que esta función no constituye la prestación de un servicio público porque, en primer lugar, no se trata de la explotación de un bien de origen nacional sino de un recurso del sector de las telecomunicaciones de origen internacional³³. En segundo lugar, para que la administración del dominio .co fuera un servicio público necesitaría una consagración legal en ese sentido y, en este caso, la ley específica de dominios (Ley 1065) la definió como una actividad a cargo del Estado en ejercicio de una función administrativa, pero no como un servicio público. Es posible que una confusión tal se genere al examinar documentos de ICANN, según los cuales el administrador presta un servicio al público, es decir, en beneficio de la comunidad local relevante, y como tal, el administrador designado tiene el deber de servirle a su comunidad y a la comunidad global de Internet³⁴. En ese sentido, el servicio que presta el administrador es público porque está abierto a cualquier persona que desee acceder a él. Pero este carácter público del servicio no se relaciona con la concepción de servicio público de la ley colombiana, lo cual sería diferente si los documentos de ICANN se hubieran referido al concepto de *public utility*, figura equivalente al servicio público de la ley colombiana.

Pasando a las funciones que le corresponden al Ministerio de Comunicaciones, este debe ejercer la regulación, el control, la vigilancia y orientación de la función administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 489³⁵. En consecuencia, el Ministerio debe delinear las políticas generales para la administración del dominio, tal como lo hizo en la Resolución 1652, y debe velar por su correcta aplicación. En la misma línea, el Ministerio debe determinar el esquema contractual con el

el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. Igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales”.

32. Ver ICANN, “Model ccTLD Sponsorship Agreement - Triangular Situation”, 31 de enero de 2002. Disponible en [www.icann.org/cctlds/model-tscsa-31jan02.htm], consultado el 12 de agosto de 2008. En este documento se aprecian en detalle las obligaciones que adquiere el administrador con ICANN, las cuales se relacionan con la organización, administración y gestión del dominio, en la medida en que garantizan la operatividad del sistema, y las conexiones por medio del servidor de raíz.

33. Tal y como lo observa la exposición de motivos de la Ley 1065, las entidades creadoras y administradoras de los dominios de primer nivel son IANA e ICANN, lo que significa que este recurso del sector de las telecomunicaciones no es de origen nacional, sino internacional. Ver *supra* nota 6.

34. Ver Governmental Advisory Committee Secretariat. “Document for ccTLD Workshop 36”, Ginebra, 3-4 de marzo de 2003. Disponible en [www.gac.icann.org], consultado el 4 de agosto de 2008.

35. Según este artículo, “la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio”.

administrador, según los artículos 110 y 111 de la Ley 489³⁶, y aprobar el esquema de contraprestaciones³⁷. Finalmente, el Ministerio debe determinar mínimos y máximos de fórmulas para establecer la contraprestación en caso de observar irregularidades en la determinación de estas por parte del administrador³⁸. Esta contraprestación se causa por el derecho de uso otorgado al registrar un nombre de dominio específico, lo cual se enmarca en la actividad privada del administrador. En ese orden de ideas, la función del Ministerio se limita a los casos en los cuales el mercado de nombres de dominio presente alguna deficiencia en la determinación de los precios de los dominios. A continuación se explica en detalle la actividad privada del administrador.

Como se afirmó en la primera parte de este documento, la Ley 1065 no reguló la actividad privada relacionada con los nombres de dominio. De acuerdo con la exposición de motivos de la ley, “desarrollar una ley larga y detallada, no sólo sería ir en contra de la corriente mundial –que observa este tema como una actividad eminentemente particular–, sino poner en peligro el desarrollo del Internet en nuestro país y con él, el acceso a la gasificación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, como escenario de desarrollo y crecimiento económico de nuestro país”³⁹. En consecuencia, la actividad privada que desarrolle el administrador debe estar regulada por el régimen comercial privado contenido en el Código de Comercio y por la costumbre mercantil internacional⁴⁰.

La necesidad de recurrir a la costumbre mercantil internacional surge por la falta de definición legal de la actividad privada del administrador, la cual está mejor representada en la práctica reiterada y uniforme de los agentes comerciales internacionales de la comunidad de Internet. En efecto, una de las funciones de la costumbre mercantil es colmar las lagunas de la ley cuando a falta de norma expresa, las costumbres del lugar donde han surgido las relaciones o se han de cumplir las prestaciones pactadas surgen como regla de conducta, en este caso, las costumbres adoptadas por la comunidad de Internet.

36. El artículo 110 de la Ley 489 establece que “la atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso”. El artículo 111 establece los requisitos y condiciones para la atribución de funciones administrativas a particulares, los cuales son determinados por la entidad correspondiente.

37. El literal d, numeral 1 del artículo 111 de la Ley 489 establece que la entidad debe determinar “la forma de remuneración, si fuere el caso”.

38. El artículo 3.º de la Ley 1065 establece que “el derecho de uso que otorga el registro del nombre de dominio al usuario que lo solicita, dará lugar al pago de una contraprestación que se determinará tomando en cuenta las inversiones necesarias, su retorno, los gastos y los costos necesarios para la administración de dicha función, en el marco de los resultados del análisis comparativo a nivel latinoamericano en relación con el valor cobrado al usuario por dicha función, que debe realizar anualmente el Ministerio de Comunicaciones. De conformidad con lo anterior, y en caso de que el Ministerio de Comunicaciones decida conferir dicha función a los particulares, podrá fijar un mínimo y/o un máximo a la contraprestación cobrada por el particular escogido o establecer fórmulas que arrojen el valor a ser cobrado, en los términos de este artículo”.

39. Ver “Exposición de motivos”, cit., *supra* nota 6.

40. En los considerandos de la Resolución 1652 se acepta expresamente la inclusión de la costumbre mercantil internacional en el modelo del dominio .co.

Así, el administrador tiene la facultad de ejercer las siguientes actividades, en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada: promoción del dominio; comercialización y mercadeo del dominio; venta de dominios; manejo de la relación con los registradores; manejo de la relación con el usuario final; determinación del esquema de causación, cobro y recaudo de la contraprestación que paga el usuario final por el derecho de uso que otorga el registro de un nombre de dominio; y cobro de la contraprestación que paga el usuario final.

Vale la pena precisar que el registro particular de un nombre de dominio es una consecuencia de las actividades mencionadas en el párrafo anterior, y debe diferenciarse de la administración del registro de nombres de dominio, actividad que según el artículo 1.º de la ley es parte de la función administrativa. El registro de nombres de dominio debe ser entendido como el marco en el que el administrador desarrolla su actividad, lo cual es diferente del derecho de uso que obtiene el usuario final al registrar un nombre específico. Este último es la vía mediante la cual se establece la relación contractual entre el usuario final y el administrador y está fuera del alcance de la función administrativa que este desarrolla para preservar la estabilidad del sistema de nombres de dominio.

De acuerdo con lo anterior, el registro de un nombre de dominio específico constituye un acto privado, sujeto a las reglas del Código de Comercio y no a las del Código Contencioso Administrativo. En efecto, los dominios constituyen un activo mercantil, sobre el cual pueden recaer diversas transacciones, desde la venta de un dominio hasta la constitución de gravámenes sobre él. En consecuencia, pensar que el registro de un nombre de dominio es producto de un acto público impediría el surgimiento de mercados secundarios de nombres de dominio (compra-venta de nombres de dominio ya registrados), los cuales son una realidad del sistema de nombres de dominio.

Es importante recordar que el registro de un nombre de dominio no implica una revisión de la legalidad de este, como sí ocurre en el caso del registro de la propiedad industrial. En éste, la Superintendencia de Industria y Comercio examina el cumplimiento de los requisitos legales y abre el proceso para que cualquier interesado presente una oposición al registro. Al final del proceso, la Superintendencia emite un acto administrativo, sujeto a los recursos de reposición y apelación. El registro de un nombre de dominio particular no podría considerarse como un acto administrativo ya que ello sometería al registro a los recursos de reposición y apelación, sometiéndolo a las autoridades contencioso-administrativas colombianas. Esto tendría un impacto global, lo que podría suscitar la intervención de ICANN en la administración del dominio .co⁴¹.

Otra consecuencia de considerar el acto de registro de un dominio particular sería la sujeción de la contraprestación que paga el usuario final por el derecho de

41. Ver Governmental Advisory Committee. "Principles and Guidelines for the Delegations and Administration of Country Code Top Level Domains", Mar del Plata, 5 de abril de 2005.

uso que otorga el registro al régimen de derecho público. De acuerdo con la práctica internacional, el precio que paga el usuario final está determinado por las leyes del mercado, teniendo en cuenta las características de cada nombre de dominio en particular, y lo atractivo que este resulte para el mercado. Así, los dominios *premium*⁴² tendrán un mayor valor que un dominio ordinario, y viceversa. Dicha contraprestación es el eslabón final de las actividades privadas de comercialización y promoción del dominio que realiza el administrador, y por lo tanto debe ser entendida como el precio pactado en un contrato privado.

Por esta razón, considerar a la contraprestación que paga el usuario final como un tributo restringiría la actividad privada del administrador. Tampoco podría ser considerada como un tributo, en este caso una tasa⁴³, por reunir los elementos para ello. El Consejo de Estado definió la tasa como “una relación económica expresada en el pago del costo que hace el usuario de un servicio público prestado, caracterizado por existir una contraprestación y el factor de voluntariedad⁴⁴”. El servicio que presta el administrador no puede ser visto como un servicio público a la luz de la ley colombiana, por lo cual no podría cobrarse una tasa en desarrollo de una actividad que no sea catalogada como tal.

Asimismo, al ser la tasa una clase de tributo, esta debe reunir los elementos constitucionales consagrados en el artículo 338 de la Constitución, de acuerdo con el cual “la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos”. En este caso, no es posible verificar el primer elemento, ya que el beneficiario de la contraprestación es el administrador y no el Ministerio, lo que significaría imponer un tributo a favor de un particular. En segundo lugar, tampoco es posible verificar la existencia de una base gravable uniforme, ya que el precio que pagan todos los usuarios no es el mismo, al estar determinado por las condiciones del mercado⁴⁵ y no por la ley. Entonces, considerar que la contraprestación que paga el usuario final por el registro de un nombre de dominio es una tasa no sólo sería equivocado al no concordar con la definición de tasa, sino que además violaría el principio de legalidad tributaria.

Esta división entre la función administrativa y la actividad privada en relación con el dominio .co constituye la base sobre la cual debe estructurarse el funcionamiento del dominio .co. Retomando la pregunta con la que iniciamos este artículo,

42. Los dominios *premium* son aquellos que se componen generalmente de una sola palabra que se encuentra en el diccionario y que es de uso frecuente. Por lo tanto, al entrar esta palabra en un buscador de Internet, el dominio *premium* registrado aparecerá en los primeros resultados de la búsqueda.

43. Hay tres clases de tributos: impuestos, tasas y contribuciones. Las tasas mencionadas a las tasas se debe a que son la figura que más se ajustaría al registro de un nombre de dominio, en caso en que éste fuera parte de una función administrativa, ya que la tasa se refiere a la tarifa que paga un particular por utilizar libremente un servicio que proporciona el Estado.

44. Ver sentencia del Consejo de Estado del 4 de agosto de 1995.

45. Así lo reconoce el artículo 10 de la Resolución 1652 de 2008.

la cual cuestionaba si era posible preservar y respetar la especialidad de los nombres de dominio dentro del marco normativo colombiano, podemos afirmar que efectivamente sí es posible, si se articulan las fuentes relacionadas y si se aplican en la forma en que aquí se plantea. De esta manera, el dominio .co puede desarrollar todo su potencial y cumplir con la voluntad del legislador al querer “insertar a Colombia en el contexto global de Internet conforme a las prácticas internacionales aplicables⁴⁶”. En el marco normativo compuesto por la Constitución Política, las prácticas y definiciones de los organismos internacionales competentes, las leyes 1065 y 489, el Código de Comercio, la costumbre mercantil internacional y la Resolución 1652 de 2008, están todos los elementos necesarios para que el dominio .co entre en el mercado mundial como un dominio de alta categoría, sin que con ello se afecte la preservación del recurso. En todo caso, vale la pena advertir que el funcionamiento de este modelo depende de la correcta aplicación e interpretación de las fuentes, ya que la omisión de alguna o su interpretación errónea podrían sacar al dominio .co del contexto mundial, con lo que se perdería una gran oportunidad de desarrollo para el país.

CONCLUSIÓN

El modelo de administración del dominio .co es un reto para el regulador, en este caso, para el Ministerio de Comunicaciones, por lo específico del recurso de telecomunicaciones y por la diversidad de fuentes aplicables, con carácter internacional algunas de ellas y no siempre fáciles de encuadrar en esquemas tradicionales. También es novedoso el hecho de que su regulación pone en evidencia la necesidad de flexibilizar la noción de función administrativa y combinarla con el ámbito privado de actuación –en el marco de la peculiar pero idónea Ley 1065– que haga viable el modelo a los ojos de las prácticas internacionales y de organismos como ICANN que ejercen una supervisión sobre el sistema de nombres de dominio.

BIBLIOGRAFÍA

- Consejo Académico de la Universidad de los Andes. Acta n.º 118-2001. Disponible en [www.prof.uniandes.edu.co/dependencias/rectoria/secretaria-general/actas/118-2001/118-2001.htm]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 4 de agosto de 1995.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de julio de 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

46. Ver “Exposición de motivos”, cit., *supra* nota 6.

- Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 10 de agosto de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.
- Corte Constitucional. Sentencia C-114 del 18 de enero de 1993, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- Departamento de Comercio de Estados Unidos–Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información, “Management of Internet Names and Addresses”, n.º 980212036-8146-02, 6 de mayo de 1998.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Governmental Advisory Committee Secretariat. “Document for ccTLD Workshop 36”, Ginebra, 3-4 de marzo de 2003. Disponible en [www.gac.icann.org].
- Governmental Advisory Committee. “Principles and Guidelines for the Delegations and Administration of Country Code Top Level Domains”, Mar del Plata, 5 de abril de 2005.
- HERNÁNDEZ AGUILERA, GERMÁN. “Exposición de motivos de la Ley 1065 de 2006, por la cual se define la administración de registros de nombres de dominio .co y se dictan otras disposiciones”.
- ICANN. “Model ccTLD Sponsorship Agreement – Triangular Situation”, 31 de enero de 2002. Disponible en [www.icann.org/cctlds/model-tsca-31jan02.htm].
- International Organization for Standardization, “English Country Names and Code Elements”, disponible en [www.iso.org/iso/countrycodes/iso3166code/englist/englishcountrynamesandcodeelements.htm].
- Ley 406 de 1997.
- Ley 489 de 2000.
- Ley 1065 de 2006.
- Ministerio de Comunicaciones. Resolución n.º 1652, del 30 de julio de 2008.
- OECD - Directorate for Science, Technology and Industry Committee for Information, Computer and Communications Policy - Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, *The Secondary Market for Domain Names*, 12 de abril de 2006. Disponible en [www.oecd.org/dataoecd/14/45/36471569.pdf].
- [www.firsttuesday.es/esp/det_evento/index.php?ub=masinfo&id=17].
- [www.lendingdomainnames.com].
- [www.livinginternet.com/u/ui_bitnet.htm].
- [www.mortgage-domain-names.com].

