

REPÚBLICA DE COLOMBIA



INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 480 DEL 2011

( 10 OCT 2011 )

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada presentada por la Unión Temporal Jan de Nul – GEPISA para *“la profundización y el mantenimiento de las bahías interna y externa del canal de acceso al puerto de Buenaventura”*

**EL GERENTE GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO,**

En ejercicio de las facultades contenidas en la Ley 80 de 1993, su Decreto Reglamentario 4533 del 28 de noviembre de 2008, y el Decreto 1800 de junio de 2003, y

**CONSIDERANDO:**

1. Que conforme a lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política, *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.”*
2. Que en desarrollo de la disposición constitucional precitada, el artículo 1º de la ley 1ª de 1991 estableció que la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada, estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla de acuerdo con la ley.
3. Que el Decreto 1800 de 2003 creó el Instituto Nacional de Concesiones (en adelante INCO), como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con el objeto el de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.
4. Que el parágrafo 2º del artículo 32 de La ley 80 de 1993 estableció que *“Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una*

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada para la concesión del dragado del Canal de Acceso Público al Puerto de Buenaventura presentada por la Unión Temporal Jan de Nul - GEPSA

*resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta Ley.”*

5. Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1800 de 2003, es función del Instituto Nacional de Concesiones – en adelante INCO - estudiar la viabilidad y proponer esquemas de participación del capital privado de acuerdo con las políticas fijadas por el Ministerio de Transporte.
6. Que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 4533 de 2008, son consideradas ofertas de iniciativa privada *“los proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión.”*
7. Que el 6 de octubre de 2010, mediante petición en interés general radicada ante el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO bajo el número 2010-409023279-2, los representantes legales de la Unión Temporal Jan de Nul – GEPSA, sometieron a consideración de este Instituto oferta de iniciativa privada para la profundización y mantenimiento del canal de acceso al puerto de Buenaventura, proyecto al cual, en adelante y para todos los efectos, se hará referencia como la INICIATIVA PRIVADA.
8. Que mediante las Resoluciones No. 583 de 23 de diciembre de 2010, 138 de 8 de marzo de 2011, 168 de 29 de marzo de 2011 y 358 del 15 de julio de 2011, el INCO suspendió el término para el estudio de viabilidad de la INICIATIVA PRIVADA, a fin de poder consultar algunos aspectos de la misma con las autoridades competentes.
9. Que para valorar la viabilidad de la INICIATIVA PRIVADA, el INCO contrató a las compañías CB Ingenieros S.A, BONUS Banca de Inversión S.A., y Consultoría Contractual S.A.S., a efectos de que las mismas llevaran a cabo los estudios técnicos, financieros y jurídicos que apoyaran al Instituto Nacional de Concesiones INCO en el cumplimiento del Decreto 4533 de 2008 parágrafo 1º del artículo 7º.
10. Que del estudio financiero, técnico y jurídico de la oferta de INICIATIVA PRIVADA, el INCO ha podido determinar que la misma no es viable conforme a lo previsto en el Artículo 7º del Decreto 4533 de 2008, teniendo en cuenta que al tenor del Parágrafo 1º de la norma citada, *“Para efectos del presente decreto, se entenderá como viable aquella oferta de iniciativa privada que por sus características financieras, jurídicas y técnicas, sea conveniente y oportuna, se adecue a los planes de inversión y a las normas presupuestales y satisfaga necesidades contempladas en los planes de desarrollo.”*
11. Que las causales de inviabilidad de la INICIATIVA PRIVADA evidenciadas son las siguientes:
  - 11.1. Por virtud de lo previsto en el Artículo 4º numeral 5º del Decreto 4533 de 2008

Conforme a lo previsto en el Artículo 4º del Decreto 4533 de 2008, la oferta del proyecto presentada por el oferente de iniciativa privada debía incluir, como mínimo la evaluación del impacto ambiental y social del proyecto, para lo cual la Unión Temporal Jan de Nul – GEPSA consideraron *“que la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución 2682 de 22 de diciembre de 2006 se encuentra vigente y es suficiente para la ejecución del Proyecto. Lo anterior teniendo en cuenta que: (i) Las actividades de profundización que se sugieren realizar respetan las profundidades establecidas en la licencia ambiental vigente; (ii) Que dichas actividades (Ver Anexo 2) no producirán impactos ambientales adicionales a los inicialmente identificados y dimensionados en el Estudio de Impacto Ambiental presentado al Ministerio para el otorgamiento de la respectiva Licencia Ambiental otorgada mediante Resolución 2682 de 2006; (iii) Que el lugar de depósito será el mismo establecido en la licencia y (iv) Que no se presentarán variaciones de las otras condiciones existentes al momento de otorgarse la Licencia Ambiental, ni se requerirán del uso, aprovechamiento afectación de recursos naturales renovables, no se encuentran tipificadas ninguna de las causales de modificación de la licencia ambiental, exigidas por el artículo 27 del Decreto 1220 de 21 de abril del 2005.”*

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada para la concesión del dragado del Canal de Acceso Público al Puerto de Buenaventura presentada por la Unión Temporal Jan de Nul - GEPSA

Sin embargo este INSTITUTO requirió al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS - por ser el Titular de la licencia en cuestión - elevar consulta al MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, entidad ésta última que con oficio No 4120-E1-12545 del 4 de febrero de 2011 dio respuesta aclarando que *“Debido al carácter dinámico de la sedimentación, que hace que los volúmenes que se requieran (sic) dragar en la actualidad para alcanzar las profundidades necesarias en el Puerto de Buenaventura, sean mayores a los inicialmente establecidos (336.330m<sup>3</sup> más en la bahía interna y 1.397.746m<sup>3</sup> en la bahía externa) y por la posible existencia de nuevos impactos ambientales en el lecho a dragar producto del inicio de actividades en la zona de influencia del proyecto **se hace necesario realizar la modificación de la licencia ambiental otorgada para los dragados de profundización (...)**”*.  
(Subrayado fuera del texto )

A continuación concluye que *“(...) **se deberá adelantar un proceso de modificación de la Licencia Ambiental con el fin de aumentar el volumen del dragado inicialmente establecido y de realizar la actualización del Plan de Manejo Ambiental contenido en el Estudio de Impacto Ambiental presentado,** ajustado a la situación actual de la zona portuaria de la Bahía de Buenaventura y en general, del área de influencia del proyecto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1, del artículo 29 del decreto 2820 de 2010, en el cual se refiere a la modificación de la licencia ambiental cuando el titular de la licencia ambiental pretenda modificar el proyecto, obra o actividad de forma que se generen impactos ambientales adicionales a los ya identificados en la licencia ambiental”*. (Subrayado fuera del texto)

De allí que el INCO deba concluir necesariamente, que la licencia ambiental otorgada al INVIAS mediante Resolución No. 2682 de 22 de diciembre de 2006 no ampara el proyecto propuesto a través de la INICIATIVA PRIVADA, evidenciándose con ello que la INICIATIVA PRIVADA omitió dar cumplimiento a un requisito de forzoso cumplimiento para la viabilidad técnica del proyecto, cual es la evaluación del impacto ambiental del proyecto, requerido por el numeral 5º del artículo 4º del Decreto 4533 de 2008.

Reafirma la improcedencia de declarar la viabilidad de la INICIATIVA PRIVADA lo prescrito por el inciso segundo del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 (modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011), en el cual se ha previsto que *“Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.”* (Subrayado fuera del texto)

De allí que en el caso bajo estudio, no exista certeza alguna de que el proyecto que la INICIATIVA PRIVADA propone contratar sea ambientalmente viable, lo cual impide declarar la viabilidad del proyecto.

11.2. Por virtud de lo previsto en el numeral 1º del artículo 4º del Decreto 4533 de 2008 frente al volumen de dragado anual estimado para la Fase II

Conforme a lo previsto en los incisos 1º y 4º del Artículo 4º del Decreto 4533 de 2008, la oferta del proyecto presentada por el oferente de iniciativa privada debía incluir, como mínimo “La relación y descripción de las obras e infraestructura a construir.”, y en igual forma “Los estudios de prefactibilidad financieros, técnicos, jurídicos, prediales y de cualquier otra índole que sean necesarios y suficientes para sustentarla, incluyendo como mínimo los modelos financieros y la descripción de las obras”, respecto de lo cual la Unión Temporal Jan de Nul – GEPSA manifestó que *“El volumen de dragado anual estimado durante la Fase II es de 1,500,000 m<sup>3</sup>. (...) La inversión estimada para el desarrollo de la Fase I es de \$54.2 millones de dólares, y para la Fase II es de \$7.5 millones de dólares anuales”*

En virtud de lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto 4533 de 2008, mediante oficio con radicado No 2010-200-016268-1 del 24 de noviembre de 2010, este INSTITUTO remitió a los promotores un requerimiento a través del cual se le solicitó *“el documento soporte, del cual se extraen los volúmenes de material a dragar en la Fase II y el análisis unitario de los costos estimados”*, a lo cual los promotores de la INICIATIVA PRIVADA dieron respuesta a través la comunicación radicada bajo el No. 2010-409-029583-2 de 15 de diciembre de 2010, informando que *“(...) El volumen de 1.500.000 metros cúbicos se basa en el*

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada para la concesión del dragado del Canal de Acceso Público al Puerto de Buenaventura presentada por la Unión Temporal Jan de Nul - GEPSA

**conocimiento particular que tiene Jan de Nul por haber realizado dragados anteriores en la zona y por la información contenida en el estudio de Hidroestudios S.A. y Moffat & Nichols, el cual establece el volumen de mantenimiento en valores de 1,700,000 como cota inferior y como límite superior 2,900,000 metros cúbicos.** - resaltados fuera de texto -, evidenciándose así la inexistencia de un documento técnico de soporte que sustentara técnicamente la descripción del objeto de la INICIATIVA PRIVADA en lo concerniente a los volúmenes del material a dragar en la Fase II.

No obstante lo anterior, y ante la falta del fundamento técnico reclamado, el INCO solicitó a la firma CB Ingenieros S.A que llevara a cabo la validación del supuesto de metros cúbicos bahía externa, bahía interna y la Bocana que se anunciaban en la INICIATIVA PRIVADA, con base en las batimetrías contratadas por INVIAS y suministradas al INCO para el análisis del proyecto en mención, pudiéndose constatar que tales batimetrías correspondían a un periodo de tiempo muy breve, y que en consecuencia, no sirven como herramienta para estimar los niveles de sedimentación del canal de acceso público a la zona portuaria de Buenaventura (periodo comprendido entre 2007 y 2010); por su parte, la batimetría postdragado del año 2002, también suministrada por INVIAS, tampoco pudo tenerse en cuenta para el ejercicio de validación solicitado, ya que según esta manifestó en el informe tal proceder era necesario *"para evitar distorsiones debido a que este dragado se hizo en un tramo comprendido entre el K5+000 y el K6+400, algo menos que el 10% de la longitud total del canal"*, a partir de lo cual CB Ingenieros S.A concluyó:

*"(...)si bien es cierto que el volumen de 1.500.000 m<sup>3</sup>/año se encuentra dentro del orden de magnitud de los volúmenes obtenidos en la revisión de las batimetrías existentes, que se presentan en la Tabla 13, y el mantenimiento anual del canal sería óptimo. Puesto que solamente se han llevado a cabo profundizaciones parciales; **sigue existiendo una gran incertidumbre acerca del comportamiento del canal, una vez se efectúen las grandes obras de profundización en su totalidad. Los volúmenes de sedimentación podrían llegar a ser mucho mayores que los estimados por el promotor de la iniciativa privada y el Estado correría un riesgo altísimo de desequilibrio económico a favor del eventual concesionario.** De acuerdo con lo anterior, es recomendable llevar a cabo el dragado de profundización de todo el canal de acceso al Puerto de Buenaventura y hacer un seguimiento detallado de la sedimentación y en lo posible hacer también, un estudio del comportamiento hidrodinámico de la bahía con dichas obras, que permita conocer con más detalle las tasas de sedimentación, las zonas críticas y tomar decisiones más acertadas sobre la periodicidad del dragado (...)"* – Resaltados fuera de texto -.

De todo lo expuesto fluye claramente que las características financieras, jurídicas y técnicas de la INICIATIVA PRIVADA la hacen altamente inconveniente e inoportuna, por cuanto se fundamenta en estimaciones sin sustento técnico cierto y adecuado, que mitigue los riesgos y favorezca el interés del Estado, exponiéndolo a celebrar un contrato con altísimo riesgo de desequilibrio económico a favor del eventual concesionario en detrimento del patrimonio público.

11.3. Por virtud de lo previsto en el numeral 1º del artículo 4º del Decreto 4533 de 2008 frente a la profundidad del dragado

Conforme a lo previsto en los incisos 1º y 4º del Artículo 4º del Decreto 4533 de 2008, la oferta del proyecto presentada por el oferente de iniciativa privada debía incluir, como mínimo "La relación y descripción de las obras e infraestructura a construir.", y en igual forma "Los estudios de prefactibilidad financieros, técnicos, jurídicos, prediales y de cualquier otra índole que sean necesarios y suficientes para sustentarla, incluyendo como mínimo los modelos financieros y la descripción de las obras", para lo cual la Unión Temporal Jan de Nul – GEPSA manifestó que *"La ampliación del Canal de Panamá permitirá el paso de buques de mayor capacidad y calado (Postpanamax) a aquellos que pasan hoy en día. Eso tendrá grandes efectos sobre buques que se utilizarán como 'feeders' para los puertos en la órbita de influencia del Canal, incluyendo Buenaventura"*.

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada para la concesión del dragado del Canal de Acceso Público al Puerto de Buenaventura presentada por la Unión Temporal Jan de Nul - GEPSA

Sin embargo, la propuesta de la INICIATIVA PRIVADA no ofrecía una profundidad de dragado adecuada al calado de buques como los Postpanamax<sup>1</sup>, cuyo calado se estima como superior a los 15 metros.

Frente al tema, los estudios entregados en septiembre de 2010 al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS por el Consultor Ing. David Puerta Zuluaga, quien desarrolló los "Estudios técnicos y ambientales para la estructuración de la fase II del dragado de profundización del canal de acceso al Puerto de Buenaventura", concluyeron que "La ampliación del Canal de Panamá, que entrará en operación en 2014, aunada al crecimiento del comercio mundial y el aumento en el tamaño de las embarcaciones, influyen en un efecto que ha empezado a sentirse en el tamaño de los buques que entran a Buenaventura, y muestra lo que sucederá en el futuro próximo. Los grandes buques portacontenedores Postpanamax, de más de 10.000 TEUS de capacidad, ya empiezan a desplazar a los Panamax en los largos trayectos del comercio mundial; a su vez, los Panamax están ya sirviendo líneas regulares que antes se dejaban a los alimentadores de tamaño pequeño. Y estos últimos empiezan a desplazarse a países como China, India y Brasil, donde tienen mayor demanda para servir rutas de cabotaje. (...) De todo lo anterior se concluye que **es necesario acometer de inmediato la tarea de llevar el canal hasta las profundidades que se recomendaron en el estudio del año 1996 (12.50 m en la bahía interior y 13.50 m en la bahía exterior), e iniciar el proceso para el Plan de Profundización, a fin de acomodar el canal a las necesidades del futuro a corto plazo.**" (se resalta)

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 4533 de 2008 el INSTITUTO solicitó a los promotores incorporar en su oferta un mecanismo contractual que permitiera en el futuro, cuando lo considerara conveniente y necesario el ente concedente, solicitar al concesionario la ejecución del dragado de profundización del canal de acceso a la zona portuaria de Buenaventura a una profundidad de 15,5 metros, frente a lo cual los promotores, a través de la comunicación radicada bajo el No. 2011-409-003488-2 de 14 de febrero de 2011, entregan una 'Minuta Contrato de Concesión' que en el numeral 28.6 de las condiciones contractuales propuestas como parte de la INICIATIVA PRIVADA, plantea:

*"Contratación de las obras para el aumento de la profundidad mínima. En el caso de que, una vez finalizada la Etapa de Dragado de Profundización, del análisis de los estudios a que se refiere el literal c) de la CLÁUSULA 38 de este Contrato y/o de aquéllos que el INCO o cualquier otra entidad competente hubiere contratado, el INCO determine que resulta necesario aumentar la profundidad mínima del Canal de Acceso al Puerto de Buenaventura prevista en el presente Contrato, previa disponibilidad presupuestaria y licencia ambiental, **el INCO podrá definir las condiciones de ejecución de las obras correspondientes con el Concesionario, caso en el cual se aplicarán las estipulaciones de este Contrato aplicables a las Obras Complementarias, o – a su entera discreción – el INCO podrá decidir dar apertura a un proceso de licitación pública, en el cual podrá participar el Concesionario.** En el caso de que el INCO decida optar por una nueva contratación, esto será causal de terminación anticipada del presente Contrato, **causándose la compensación prevista en el numeral 84.2 de la CLÁUSULA 84 del presente Contrato**" – resaltado fuera de texto -.*

La compensación a la que se refiere esta cláusula, fue propuesta en la INICIATIVA PRIVADA en los siguientes términos:

*"En cualquier caso de pago directo al Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el INCO pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Subcuenta de Remuneración. Si los recursos disponibles en dicha subcuenta no fueren suficientes, el INCO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el monto pendiente de pago. Durante este período se reconocerá un interés del DTF más cinco por ciento (5%) sobre los saldos adeudados, los cuales se pagarán con el respectivo capital. Vencido este término se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la (...) de este Contrato."*

Del análisis de las condiciones antes expuestas, la firma CB Ingenieros S.A concluye que "Dado que el Canal de Panamá y algunos puertos que se encuentran dentro del área de influencia de Buenaventura, están llevando a cabo obras para llegar una profundidad de 15,5 m, existe la solicitud por parte de la

<sup>1</sup> Postpanamax: se parte del entendimiento de que a partir del 2014 se encontrarán dentro de esta categoría todos los buques con calado superior a 15,4 metros.

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada para la concesión del dragado del Canal de Acceso Público al Puerto de Buenaventura presentada por la Unión Temporal Jan de Nul - GEPSA

comunidad del Valle del Cauca y especialmente de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura de llevar la profundidad del canal de acceso a 15 o 15,5 metros; **sin embargo, esta solicitud aun no cuenta con estudios económicos, técnicos, o de impacto ambiental y por consiguiente no tiene licencia ambiental.** Teniendo en cuenta que la profundidad del canal de acceso es un tema directamente relacionado con la competitividad del país, enmarcado en el desarrollo global y especialmente de las grandes potencias asiáticas; se considera pertinente que se adelanten los estudios correspondientes, para determinar si una vez entren en operación las ampliaciones del canal de Panamá y si en un horizonte de 15 a 20 años, existirá la operación de buques postpanamax en el Puerto de Buenaventura. (...) - Resaltados fuera de texto -

A su vez, y frente al mismo tema, la firma Consultoría Contractual S.A.S. mediante comunicación radicado Inco No 2011-409-017566-2 concluye que "No es jurídicamente admisible la declaratoria de viabilidad de una oferta de iniciativa privada, condicionada a que se concrete con posterioridad cualquier elemento que incida en alguno de los parámetros a los que se refiere el parágrafo 1° del artículo 7° del Decreto 4533 de 2008 o el artículo 3° del Decreto 2474 de 2008."

Por su parte, resulta evidente que ante el planteamiento efectuado por la INICIATIVA PRIVADA no es posible dar aplicación al artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, conforme al cual "(...) En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los **documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone.** (...) Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos: 1. La descripción de **la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer** con la contratación. 2. La descripción del objeto a contratar, con sus **especificaciones** y la identificación del contrato a celebrar. (...) 4. El análisis que soporta **el valor estimado del contrato**, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración.(...)" (Subrayados fuera del texto)

Es evidente que la INICIATIVA PRIVADA no atiende los intereses y necesidades que la entidad estatal podría pretender satisfacer con una contratación como la que es materia de la misma, cuando el propio promotor reconoce que la necesidad de profundidad del dragado es superior a la que ofrece, y considerando que, antes por el contrario, para llegar a la profundidad de dragado requerida, el Promotor pretende someter al Estado a la posterior adición del contrato o al pago de compensaciones e indemnizaciones que reflejan un desconocimiento total de los principios de planeación y buena fé que deben regir la actividad contractual de orden estatal, como lo explica el Consejo de Estado en jurisprudencia reciente,<sup>2</sup> en los siguientes términos:

"(...) se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración."

En la sentencia citada se recoge la explicación del principio de planeación ya expuesta por el Consejo de Estado en sentencia anterior<sup>3</sup> según el cual:

<sup>2</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Sub Sección C; C.P. Dra. Olga Mélida Valle De La Hoz; Sentencia 17767 de enero 31 de 2011.

<sup>3</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

Por la cual se declara la inviabilidad de la oferta de iniciativa privada para la concesión del dragado del Canal de Acceso Público al Puerto de Buenaventura presentada por la Unión Temporal Jan de Nul - GEPSA

*“Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato, que se pretenda celebrar”.* (se resalta)

En este orden de ideas, constituye un riesgo innecesario y además un proceder inconveniente y contrario a los intereses públicos que corresponde al Estado preservar, una propuesta en los términos y condiciones expuestos en la INICIATIVA PRIVADA, toda vez que no sólo se estaría contratando un objeto insuficiente para las necesidades y especificaciones requeridas para el canal de acceso del Puerto de Buenaventura dentro del contexto de la justificación en la que se pretende soportar la INICIATIVA PRIVADA, y se expone al Estado a la casi segura terminación anticipada del contrato causando una compensación o indemnización en su contra y a favor de un eventual concesionario que, además podría participar y resultar adjudicatario en una segunda concesión para, esta vez sí, desarrollar la profundización del dragado a los niveles que se requieren, situación que no se compadece con las razones de conveniencia que deben orientar y sustentar la viabilidad de iniciativas privadas al amparo del régimen legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO -

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO.- Calificación de la oferta de iniciativa privada.** Determinar, en los términos del artículo 7° del Decreto 4533 de 2008, que la oferta de iniciativa privada presentada por la Unión Temporal Jan de Nul – GEPSA el 6 de octubre de 2010 para *“la profundización y el mantenimiento de las bahías interna y externa del canal de acceso al puerto de Buenaventura, de acuerdo con los estudios realizados y que presentan en esta iniciativa privada y la licencia ambiental vigente.”* **NO ES VIABLE.**

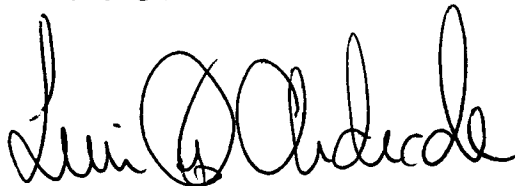
POR LA CUAL SE DECLARA LA INVIABILIDAD DE LA OFERTA DE INICIATIVA PRIVADA PARA LA CONCESIÓN DEL DRAGADO DEL CANAL DE ACCESO PÚBLICO AL PUERTO DE BUENAVENTURA PRESENTADA POR LA UNIÓN TEMPORAL JAN DE NUL - GEPSA

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificación de la Resolución. Notifíquese la presente resolución a la **Unión Temporal Jan de Nul – GEPSA**, de conformidad con lo establecido en los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, con la advertencia de que contra la misma procede el recurso de reposición ante el Gerente General del Instituto Nacional de concesiones – INCO, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación personal o a la desfijación del edicto, según el caso.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Dada en Bogotá, D.C. a los

**10 OCT 2011**



**LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**  
Gerente General  
Instituto Nacional de Concesiones INCO

Aprobó: Iván Mauricio Fierro Sánchez-Subgerente de Estructuración y Adjudicación (E)  
Revisó: Nohora Patricia Acero Pérez-Asesora Externa Gerencia General-INCO