

## ACUERDO CONCILIATORIO

Entre los suscritos, **MANUEL FELIPE GUTIÉRREZ TORRES**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.757.477, en su calidad de Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, designado mediante Decreto 1990 del 31 de octubre de 2019 y posesionado mediante Acta del 1 de noviembre de 2019, por una parte y quien para efectos de este acto se denominará la **ANI**; y **MENZEL RAFAEL AMÍN AVENDAÑO** identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.083.451 de Bogotá, quien obra en nombre y representación de la **ESTRUCTURA PLURAL** integrada por **KMA CONSTRUCCIONES S.A.S.**, sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia con NIT 830.094.920-5, **ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.**, sociedad extranjera con sucursal en Colombia con NIT 900.356.846-7, y **H+ERA S.A.S.** (Antes **OBRESCA S.A.S.**) sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia con NIT 900.725.556-1, así como en representación de cada uno de sus integrantes, quien para el efecto del presente acto se denominará la **ESTRUCTURA PLURAL**, quienes de manera conjunta también se denominarán las **PARTES**, hemos acordado suscribir el **ACUERDO CONCILIATORIO** que dirime las controversias surgidas entre las **PARTES** con ocasión de la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de concesión correspondiente al Proyecto de Asociación Público Privada (APP) de iniciativa privada No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016, que tiene por objeto *“desarrollar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de Concesión Vial Autopistas del Caribe, Corredor de Carga Cartagena-Barranquilla, de acuerdo con el Contrato de Concesión, Apéndice Técnico 1 y demás apéndices del Contrato”*, en adelante el **PROYECTO**, previas las siguientes:

### 1. CONSIDERACIONES

1. Mediante el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) por la de Agencia Nacional de Infraestructura, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte que tiene por objeto según lo previsto en el artículo 3º ibidem *“(…) planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público- Privada –APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación”*.

## ACUERDO CONCILIATORIO

2. El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 establece que los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.
3. El 5 de junio de 2014, los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL** presentaron para evaluación de la **ANI** un proyecto de asociación público-privada de iniciativa privada (APP) en etapa de pre-factibilidad, para desarrollar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de concesión vial que en su etapa de prefactibilidad requirió de recursos públicos, correspondiente al *proyecto de Concesión Vial Autopistas del Caribe, Corredor de Carga Cartagena-Barranquilla*.
4. La **ANI**, mediante documento con radicado número 2015-702-001314-1 de 22 de enero de 2015, confirmó que el Proyecto era del interés de la **ANI** e invitó a la **ESTRUCTURA PLURAL** y a sus integrantes para presentar los estudios correspondientes a la fase de factibilidad del Proyecto.
5. El 26 de febrero de 2016 los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL** entregaron a la **ANI** la documentación e información del proyecto en etapa de factibilidad, mediante comunicación con radicado número 2016-409-015894-2.
6. El 21 de noviembre de 2016, desarrolladas todas las evaluaciones correspondientes por el equipo de estructuración de la **ANI** y habiéndose efectuado por la **ESTRUCTURA PLURAL** los ajustes necesarios para cumplir con la restricción manifestada por la **ANI**, en el sentido de que el Proyecto no contaría con recursos públicos, mediante oficio 2016-200-036484-1, la **ANI** emitió concepto de viabilidad de la iniciativa privada al constatar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015. Así mismo, indicó a la **ESTRUCTURA PLURAL**, las condiciones bajo las cuales se aceptaría la Iniciativa Privada.
7. Los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL** expresaron su aceptación respecto de las condiciones de aprobación manifestadas por la **ANI** mediante documento con radicado número 2016-409-105932-2 de 21 de noviembre de 2016.
8. Una vez obtenido el acuerdo entre la **ESTRUCTURA PLURAL** y la **ANI**, esta última, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015, procedió de forma inmediata con la publicación en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP- de los documentos de la iniciativa privada para verificar si existían terceros interesados en el Proyecto, para lo cual realizó la apertura del

## ACUERDO CONCILIATORIO

proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-003-2016 y de ese modo seleccionar el concesionario que ejecutaría el Proyecto.

9. Transcurrido el plazo de dos (2) meses previsto en el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015, y tal como lo indicó la **ANI** en los documentos publicados el 23 de enero de 2017, se llevó a cabo la audiencia pública de cierre de recepción de manifestaciones de interés para la ejecución del Proyecto, en la que ningún tercero interesado presentó postulación para la ejecución del Proyecto, tal como consta en el acta suscrita por el Gerente GIT Contratación de la **ANI**.
10. De conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, en caso de no recibirse manifestaciones de interés por parte de terceros para la adjudicación de una iniciativa privada de APP, la entidad estatal procederá así:

*“ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP".*

*En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.*

*Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas”.*

11. Mediante aviso publicado en el SECOP 1, el 20 de febrero de 2017, se informó que la ANI se encontraba revisando que las actuaciones del originador de la Iniciativa Privada Estructura Plural Autopistas del Caribe conformada por KMA Construcciones S.A., Obresca S.A.S. (hoy H+ERA S.A.S.) y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., se hubiesen efectuado durante las distintas etapas de estructuración del proyecto con estricta sujeción al principio de transparencia y al cumplimiento de la normativa vigente y señaló

## ACUERDO CONCILIATORIO

que "con el fin de garantizar la objetividad en este proceso de verificación interno, la Entidad analizará nuevamente los documentos de prefactibilidad, factibilidad y demás documentos que componen la estructuración de la aludida iniciativa privada, lo anterior en aras del principio de objetividad, eficacia y donde siempre tengo primacía el interés general" y que "la entidad hará uso de todas las herramientas legales y convocará los mecanismos y entidades que se crean convenientes y necesarias, a fin de garantizar la selección objetiva y la transparencia en tan importante proyecto para la zona norte del país". Esto en atención a que se evidenció la participación del señor Gabriel García Morales en la estructuración de la presente iniciativa privada, quien para ese momento había sido declarado responsable penalmente por los delitos de Interés indebido en la celebración de contratos y cohecho impropio, lo cual podría configurar alguna violación a los principios de la contratación estatal.

12. Consecuentemente con lo anotado, la **ANI** puso en conocimiento de los entes de control y de la Fiscalía General de la Nación las particularidades en las que se desarrolló la estructuración del Proyecto y las circunstancias antes referidas.
13. La ANI, a través de apoderado, interpuso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación mediante radicado N° 2017-409-010824-2 del 01 de febrero de 2017 por los hechos de corrupción de la sociedad ODEBRECHT en los que se vio envuelto el señor García Morales.
14. Mediante oficio con radicado No. 2017-701-010776-1 del 07 de abril de 2017 la **ANI** puso en conocimiento del Procurador General de la Nación los hechos que involucraron al señor García Morales y que podían afectar la adjudicación del proceso de iniciativa privada N° VJ-VE-APP-IPV-003-2016.
15. De igual forma, la ANI mediante radicado N° 2017-101-014535-1 del 15 de mayo de 2017, puso en conocimiento de la Secretaría de Transparencia los hechos que envolvían al señor García Morales, quien participó en la estructuración del proyecto, para lo cual solicitó concepto sobre la pertinencia de adjudicación del proyecto VJ-VE-APP-IPV-003-2016.
16. Mediante oficio radicado N° 2017-409-118729-2 del 07 de noviembre de 2017, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal informó a la ANI que mediante auto del 30 de octubre de 2017 en los expedientes N° IUS-E2017-689692 y IUC-2017-999251, se ordenó la indagación preliminar contra funcionarios por determinar de la ANI, por presuntas irregularidades contractuales. Motivo por el cual solicitó se remitieran los documentos que acreditaran la calidad de Gerente General del INCO que ostentó el señor García Morales, así como, la información relacionada con las actuaciones de la firma KMA CONSTRUCCIONES S.A. durante el período en que el señor

## ACUERDO CONCILIATORIO

García Morales estuvo vinculado como Gerente General del INCO, incluida la bitácora del proyecto Autopistas del Caribe.

17. Mediante radicado No. 20187020058011 del 26 de febrero de 2018, la ANI solicitó al Fiscal General de la Nación informar si el representante legal de la sociedad KMA CONSTRUCCIONES S.A, señor Menzel Rafael Amín Avendaño, tenía investigaciones pendientes con la justicia colombiana que pudieran afectar los principios de la contratación y/o la adjudicación del proceso VJ-VE-APP-IPV-003-2016.
18. La ANI, con radicado No. 20187020060801 del 27 de febrero de 2018, solicitó al Procurador General de la Nación informar sobre la indagación preliminar que cursaba bajo el expediente N° IUS-E2017-689692 IUC-2017-999251, y pidió el acompañamiento para garantizar los principios de la contratación pública y los derechos de los interesados dentro del proceso de selección de la iniciativa privada VJ-VE-APP-IPV-003-2016.
19. Mediante radicado No. 2018-409-025446-2 del 13 de marzo de 2018, la Procuraduría General de la Nación indicó a la ANI que la denuncia sobre la licitación de Autopistas del Caribe había sido remitida al Procurador Segundo Delegado para la Contratación Estatal.
20. Mediante radicado No. 2018-409-030629-2 del 27 de marzo de 2018, la Fiscalía General de la Nación informó a la ANI que, de acuerdo con la información que reposaba en sus sistemas de información SIJUF y SPOA, el señor Menzel Rafael Amín Avendaño no registraba investigaciones en su contra.
21. La ANI mediante radicado No. 2018-702-016855-1 del 01 de junio de 2018, solicitó a la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal informar sobre el avance de la investigación preliminar IUS-E-2017-689692 IUC-2017-999251, teniendo en cuenta que hasta la fecha no se tenía información alguna.
22. Mediante radicado No. 2018-409-064087-2 del 28 de junio de 2018 la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal informó que la indagación preliminar IUS-E-2017-689692 IUC-2017-999251 se encontraba en etapa de evaluación.
23. Mediante radicados No. 2018-702-033603-1 del 05 de octubre de 2018 la ANI nuevamente solicitó a la Secretaría de Transparencia pronunciarse sobre la viabilidad de adjudicación del contrato de concesión correspondiente al proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-003-2016 o si, por el contrario, existía alguna inhabilidad de la sociedad KMA S.A para suscribir dicho contrato por las acciones del señor Gabriel García Morales; de igual forma realizó la misma petición a la Procuraduría General de la Nación mediante radicado N° 2018-702-033602-1, a la Contraloría General de la República mediante radicado N° 2018-702-033598-1 y a la Fiscalía General de la Nación mediante radicado N° 2018-702-033600-1, todos de fecha 05 de octubre de 2018.

## ACUERDO CONCILIATORIO

- 24.** La Fiscalía General de la Nación, mediante radicado No. 2018-409-110499-2 del 24 de octubre de 2018, dio respuesta a la **ANI** a la petición enviada el 05 de octubre de 2018, señalando que no tenía competencia como órgano consultivo de otras entidades relacionadas, y que su competencia se limitaba a las consultas elevadas por dependencias internas del mismo ente.
- 25.** La Procuraduría General de la Nación, mediante radicado No. 2018-409-112111-2 del 29 de octubre de 2018, dio respuesta a la **ANI** a la petición elevada el día 05 de octubre de 2018, señalando que la función preventiva que ejerce este ente de control no implicaba coadministración o injerencia en las decisiones de los entes sujetos de control, así como tampoco expedía conceptos, avales o aprobaciones frente a documentos y actuaciones desplegados por otras entidades, razón por la cual el asunto en particular escapaba de la órbita de su competencia.
- 26.** La Secretaría de Transparencia, mediante radicado No. 2018-409-113049-2 del 30 de octubre de 2018, dio respuesta a la petición elevada por la **ANI** el 05 de octubre de 2018, señalando que no era órgano consultivo, como tampoco emitía conceptos relacionados con inhabilidades e incompatibilidades en las que pudieran estar incursos funcionarios públicos o empresas particulares, razón por la cual envió la consulta particular a la Procuraduría por ser competencia de esa entidad.
- 27.** La Contraloría General de la República, mediante radicado No. 2018-409-114182-2 del 1 de noviembre de 2018, dio respuesta a la petición elevada por la **ANI** el día 05 de octubre de 2018, señalando que no tenía competencia para indicar si existía alguna prohibición normativa para que fuera adjudicada la Asociación Público Privada Autopistas del Caribe Corredor de Carga Cartagena -Barranquilla. Adicionalmente, señaló que correspondía a la entidad contratante analizar a luz de las disposiciones constitucionales y el Estatuto de Contratación la viabilidad para adjudicar la iniciativa privada en mención.
- 28.** Mediante oficio No. 010-F80-DECC de 29 de enero de 2020, la Fiscal 80 Delegada ante el Tribunal y Coordinadora del Grupo de Delitos Transnacionales, comunicó al Vicepresidente Jurídico de la **ANI**, la decisión de ordenar el archivo de la investigación abierta en relación con la los hechos denunciados relacionados con la participación del señor Gabriel García Morales en el Proyecto. Textualmente en la referida decisión la Fiscal del caso manifestó:

*"(...) Ahora bien, respecto de los hechos denunciados por la ANI y que dieron lugar a la presente indagación, esta delegada no encuentra relación alguna que entrelace o conecte los hechos por los cuales fueron condenados, con el trámite o curso del*

## ACUERDO CONCILIATORIO

*proyecto de Asociación público privada -iniciativa Autopistas del Caribe- Ruta del Caribe 2.*

*De acuerdo a lo anterior, esta Delegada encuentra que los hechos denunciados por los representantes de la ANI, configuran un caso de atipicidad, toda vez que los mismos no son objeto de sanción penal, pues estos no encajan dentro de una descripción penal antijurídica y sancionable; es importante resaltar que la atipicidad se hace aplicable cuando se carece de elementos que constituyan la tipificación de un delito, y al no cumplir con lo establecido por la ley, automáticamente constituyen una conducta atípica; los hechos sin los elementos que configuran un delito, generan ausencia de tipicidad, en virtud a que dichas conductas no se ajustan a las descritas por la ley como perseguibles; lo que no deja otro camino que el de decidir el archivo de estas diligencias".*

**29.** Que LAS PARTES intervinientes en el presente Acuerdo decidieron llevar sus diferencias a la justicia arbitral para que esta las dirima y en ese sentido, a la fecha de suscripción del presente documento se han surtido las siguientes actuaciones:

- i. El 18 de agosto de 2020 LAS PARTES suscribieron un Compromiso al amparo del Artículo 6 de la Ley 1563 de 2012.
- ii. El 26 de agosto de 2020 los integrantes de la Estructura Plural radicaron sendas demandas de manera individual ante la Cámara de Comercio de Bogotá, activando así el mecanismo de resolución de conflictos previamente concertado, correspondiéndole el radicado 124215.
- iii. El 11 de septiembre de 2020, previa citación de la Cámara de Comercio de Bogotá se llevó a cabo la reunión de designación de árbitros, en la que las partes de mutuo acuerdo designaron los árbitros principales y suplentes.
- iv. El 29 de septiembre de 2020 LAS PARTES recibieron comunicación de la Cámara de Comercio de Bogotá en la que se indicaba que el 8 de octubre de 2020 se llevaría a cabo la audiencia de instalación del tribunal arbitral.
- v. En fecha y hora fijada, se llevó a cabo la audiencia de instalación del referido tribunal arbitral, en la que a través del Acta 1 que incorporó los Autos 1 y 2, el tribunal decidió admitir las demandas y accedió a la solicitud de acumulación de las mismas, presentadas por los integrantes de la Estructura Plural de manera individual.
- vi. El 8 de diciembre de 2020, la ANI encontrándose dentro del término de ley contestó la demanda y ejerció los derechos que le asisten como extremo pasivo del trámite arbitral.

## ACUERDO CONCILIATORIO

- vii. El 25 de enero de 2021 LAS PARTES dentro del trámite arbitral fueron notificadas del Acta 3 que contiene los Autos 3 y 4, en el que en el primero de los mencionados fijó el 4 de febrero de 2021 para llevar a cabo audiencia de conciliación.
  - viii. El 4 de febrero de 2021, la ANI solicitó la reprogramación de la audiencia de conciliación indicada en el numeral inmediatamente anterior por encontrarse LAS PARTES (...) *adelantando mesas de trabajo en procura de llegar a acuerdos respecto de las controversias sometidas a conocimiento del H. Tribunal (...)*, solicitud que fue coadyuvada por los apoderados de los integrantes de la Estructura Plural.
  - ix. Con base en lo anterior, el tribunal accedió a la solicitud de reprogramación, fijando como nueva fecha para la audiencia, el día 25 de febrero de 2021.
  - x. Ante la solicitud de la ANI coadyuvada por los demandantes de reprogramar nueva fecha para la audiencia, el Tribunal el 16 de marzo de 2021 a través del Acta No. 5 fijó como nueva fecha el 24 de marzo de 2021.
- 30.** A la fecha del presente Acuerdo ninguno de los entes de control informados sobre las circunstancias referidas manifestó a la **ANI** la existencia de impedimento alguno para la adjudicación del contrato de Iniciativa Privada a la **ESTRUCTURA PLURAL**, en calidad de originador del mismo.
- 31.** En virtud del tiempo que transcurrió desde febrero de 2017, cuando se llevó a cabo la audiencia pública de recepción de manifestaciones de interés para la ejecución del Proyecto sin que se hubiese presentado postulación para la ejecución del mismo, hasta la fecha del presente Acuerdo, las **PARTES** evidenciaron la necesidad de revisar las condiciones bajo las cuales fue aprobado inicialmente el Proyecto para verificar si las mismas se mantenían o no y proceder entonces al perfeccionamiento del mismo o a la modificación de algunas de las condiciones.
- 32.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015, dentro de los documentos que el originador de una iniciativa privada debe entregar a la entidad para la etapa de factibilidad, se encuentra el modelo financiero en hoja de cálculo, detallada y formulada en la que se fundamenta el valor y plazo del contrato y que debe contener al menos: (i) la estimación de la inversión y de los costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminado el rubro de administración, imprevistos y utilidad; (ii) la estimación de los ingresos y sus proyecciones; (iii) la estimación de solicitud de vigencias futuras en caso de requerirse; (iv) los supuestos financieros y estructura de financiamiento; (v) la construcción de los estados financieros; (vi) la valoración del proyecto y (vi) el manual de operación para el usuario del modelo financiero.

## ACUERDO CONCILIATORIO

**33.** De acuerdo con lo expuesto, las **PARTES** revisaron el modelo financiero entregado por la **ESTRUCTURA PLURAL** el 26 de febrero de 2016 como parte de los documentos de la etapa de factibilidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015, concluyendo que a la fecha se generaron cambios en algunos de los supuestos macroeconómicos, se produjeron modificaciones en la normativa tributaria y las condiciones de inicio del Proyecto no son las originalmente aceptadas, lo cual impacta la estructuración financiera elaborada en el año 2016.

**34.** En consecuencia, para mantener las condiciones bajo las cuales la **ESTRUCTURA PLURAL** debía ejecutar el Proyecto, sin generar ningún beneficio que no estuviera contemplado desde la aprobación de la iniciativa, es necesario calibrar el modelo financiero y sus supuestos mediante el desplazamiento del mismo durante los años que han transcurrido a partir del momento inicialmente previsto para la adjudicación del proyecto, ajustando el IPC y las fechas de inicio de las etapas contractuales; las tarifas de IVA del 16% al 19%, así como el IVA del asfalto que al momento de la estructuración era del 0% y actualmente es del 19%, mayor valor de la interventoría por mayores actividades, y por tanto, resulta procedente incluir algunos ajustes en la Parte Especial de la minuta del Contrato de Concesión derivados de la actualización del modelo financiero, tales como:

(i) El Valor del Contrato, definido en el artículo 2.2.2.1.4.3. del Decreto 1082 de 2015 como *“el presupuesto estimado de inversión que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto según corresponda”*, se ajusta al tomar en cuenta un IVA del 19% y no del 0 y 16%, como se aprobó en la etapa de factibilidad.

(ii) Los valores del VPIP calculados a mes de referencia, del Cierre Financiero y de los Giros de Equity, deben ser ajustados como consecuencia de las variaciones de los supuestos macroeconómicos (IPC) y de la actualización de las Fechas de Inicio de las Etapas y Fases de ejecución del Contrato.

Cabe resaltar que exclusivamente se realizó una adecuación de los supuestos que se hacían necesarios para poder mantener las condiciones iniciales del Proyecto, siendo solo las variables específicas que se referencian a lo largo de los archivos anexos a la presente conciliación, dejando vigentes los demás supuestos que fueron presentados por el Originador en la etapa de factibilidad y que fueron aceptados por la Agencia Nacional de Infraestructura.

**35.** La revisión y ajuste del modelo financiero no genera cambio alguno sustancial ni afecta el esquema de asignación de riesgos presentado por el originador y avalado por la ANI en la etapa de factibilidad de la iniciativa privada.

## ACUERDO CONCILIATORIO

- 36.** Con el propósito de que la **ANI** tuviera la oportunidad de efectuar todas las investigaciones que considerara necesarias para esclarecer cualquier tipo de duda en relación con la estructuración del Proyecto, la **ESTRUCTURA PLURAL** desde el 23 de enero de 2017 ha mantenido vigentes las garantías de seriedad de la oferta que corresponde a la póliza GU071548 otorgada por Seguros Confianza presentada y los cupos de crédito solicitados en el proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-003-2016 que corresponden a: i) un Cupo de crédito otorgado por Banco Davivienda en favor de KMA por valor de \$65.372.775.571 y ii) un cupo de crédito otorgado por Bancolombia en favor de Ortiz por valor de \$28.016.903.815.
- 37.** La **ANI** y la **ESTRUCTURA PLURAL** han acordado los ajustes a la Parte Especial del Contrato de Concesión necesarios para mantener las condiciones financieras acordadas por ellas durante la estructuración del Proyecto. Las modificaciones fueron desarrolladas y acordadas por las **PARTES** antes de que se declarara el estado de emergencia sanitaria causada por el COVID-19, por lo que las mismas no contemplan ningún tipo de acuerdo o medida relacionada con las consecuencias que la pandemia del COVID-19 haya causado o pudiere llegar a causar en el proyecto.
- 38.** De conformidad con lo establecido en los principios generales del derecho y particularmente en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, es deber de la **ANI** buscar solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual acudiendo a los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley como la conciliación, amigable composición y transacción<sup>1</sup>.
- 39.** De igual forma, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece que al celebrar los contratos y ejecutarlos, los servidores públicos tendrán en consideración que *“las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*.
- 40.** El numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que para la realización de los fines de la contratación estatal, los particulares que contraten con el Estado y que concurren al cumplimiento de los fines de la Administración *“colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del*

---

<sup>1</sup> Las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

## ACUERDO CONCILIATORIO

*contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse”.*

41. El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las Entidades Estatales, dispone que *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.*
42. El artículo 3 de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que *“(…) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia”.*
43. En consecuencia, el presente acuerdo pretende dirimir la controversia originada por la ausencia de decisión tendiente a adjudicar el contrato de concesión dentro del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016 abierto por la **ANI** con base en el proyecto de Asociación Público Privada (APP) de iniciativa privada presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL**, así como también ajustar la parte especial del contrato de concesión en lo relacionado con los aspectos macroeconómicos, tributarios, y la actualización del modelo financiero, a efecto de que estos puntos queden plasmados en el acuerdo conciliatorio y hagan parte integral del contrato a adjudicar y suscribir.
44. De conformidad con el Decreto 1716 de 2009 y la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado<sup>2</sup>, los requisitos que deben cumplirse para la aprobación de un acuerdo conciliatorio en el que sea parte una entidad estatal, son, en esencia, los siguientes: (i) que no haya operado la caducidad de la acción; (ii) que el asunto litigioso sea pasible de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales o ejecutivas derivadas de contratos estatales; (iii) que la diferencia verse sobre derechos económicos susceptibles de disposición por los suscribientes del acuerdo; (iv) que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad o facultad para conciliar o disponer de la materia objeto del convenio; (v) que el acuerdo no resulte inconveniente o lesivo para el

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercer, Sentencia del 27 de junio de 2012, Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número 73001-23-31-000-2009-00525-01

## ACUERDO CONCILIATORIO

patrimonio de la Administración; y finalmente, (vi) que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieran aportado al proceso.

45. Respecto a la caducidad de la acción, no ha operado debido a que las diferencias de las **PARTES** se enmarcan en una acción de reparación directa por la omisión en la adjudicación del contrato de concesión dentro del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016 de la ANI, y, dado que el mismo aún no se ha declarado desierto, ni se ha terminado anormalmente, la posibilidad de discusión judicial sobre dicho medio de control por no haberse procedido con la formalización de su adjudicación se encuentra vigente de acuerdo con el artículo 164, numeral 2, literal i), del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual establece que el término de caducidad será de dos (2) años contados a partir *“del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*.
46. En eventos similares, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la caducidad para este tipo de situaciones opera a partir del momento en que el interesado conozca o haya debido conocer la finalización del proceso precontractual<sup>3</sup>, por lo cual no ha operado este efecto jurídico.
47. Igualmente, las pretensiones de la **ESTRUCTURA PLURAL** son pasibles del medio de control de reparación directa por cuanto se derivan de la ausencia en la adjudicación del contrato de concesión de Asociación Público Privada (APP) de iniciativa privada en el proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016 a su originador.
48. Del análisis de las pretensiones indicadas en las demandas arbitrales (acumuladas), relacionadas con el daño emergente derivado de los costos en los que la **ESTRUCTURA PLURAL** debió incurrir para realizar los estudios y estructuración de la iniciativa privada, así como las expensas ocasionadas por la constitución de las garantías de seriedad de la oferta exigidas por la normativa aplicable; y el lucro cesante por los ingresos dejados de percibir por la no ejecución del proyecto, atribuidos a la indefinición de la adjudicación del proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-003-2016, se puede concluir que la controversia se refiere a asuntos económicos, susceptibles de transacción por las **PARTES** mediante la aceptación conjunta de la fórmula de arreglo acá pactada.
49. Las **PARTES** cuentan con su respectiva representación y están facultadas para conciliar, habida cuenta que la **ANI** está debidamente representada por su Presidente, facultado legalmente para la celebración del Acuerdo Conciliatorio, quien además cuenta con la

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 2011. Rad. 66001-23-31-000-1999-00040-01(19349). Actor: Miguel Antonio Casas Garzón. C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

## ACUERDO CONCILIATORIO

aprobación del Comité de Conciliación de la Entidad según sesión del veinticuatro (24) de marzo del 2021, quien recomendó conciliar el asunto en el sentido que se indicará en el acuerdo conciliatorio. A su vez, la **ESTRUCTURA PLURAL** y sus integrantes están debidamente representados por su representante, quien se encuentra habilitado para la celebración de la conciliación, según se verifica en el documento de constitución de la referida **ESTRUCTURA PLURAL** que se encuentra adjunto a este documento.

50. El acuerdo alcanzado por LAS PARTES no resulta inconveniente o lesivo para el patrimonio de la ANI ni afecta a terceros, sino que, por el contrario, resulta beneficioso para los intereses públicos en la medida que podrá obtener los réditos de los recursos y esfuerzos destinados a la estructuración del Proyecto y adicionalmente evitará que se vea obligada al desembolso de recursos en favor de la **ESTRUCTURA PLURAL** relacionados con el daño emergente y el lucro cesante. A este Acuerdo se llegó debido a que permite dar una solución ágil y eficaz a las controversias suscitadas entre las **PARTES** para el desarrollo de un proyecto de vital importancia para el país, evitando así, un perjuicio al patrimonio público.
51. Lo anterior en razón a que el reconocimiento de las sumas de dinero solicitadas a título de daño emergente y lucro cesante implican una movilización significativa de recursos de la Nación que generaría una lesión significativa al patrimonio estatal, lo cual conlleva a estudiar fórmulas de arreglo alternas tendientes a mitigar ese impacto, siendo ideal para ello la finalización del proceso iniciado según el curso que le corresponde.
52. En atención a que el proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016 aún no ha finalizado, y dado que ninguna de las comunicaciones de la entidad se ha dirigido a negar la suscripción del contrato de concesión, y que aquel cumple con los requisitos de prefactibilidad y factibilidad exigidos en los artículos 2.2.2.1.5.4. y 2.2.2.1.5.6. del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, sumado a que el proyecto fue publicado en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP) por el término legal sin que algún tercero presentara interés en participar durante ese término, ni en el curso de la audiencia pública de cierre llevada a cabo el 23 de enero de 2017; es factible concluir ese proceso con la adjudicación del proyecto en la forma establecida en el artículo 19 de la ley 1508 de 2012, consistente en: *“Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas”*.
53. Este conjunto de factores no solamente evitaría la lesión al patrimonio estatal al no tener que cubrir una obligación por un monto económico significativo, sino que también permitiría el desarrollo de un proyecto ya calificado como de interés público,

## ACUERDO CONCILIATORIO

circunstancia que repercute en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado al garantizar el servicio público de transporte.

54. Además, es menester tener en cuenta que, al tratarse de un proyecto de Asociación Público Privada (APP) de iniciativa privada, los recursos de su ejecución corren por cuenta del originador; y, que luego de ser publicada la iniciativa en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP- en la forma y términos establecidos en el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015, no concurren propuestas de terceros con interés en el desarrollo del proyecto, por lo que no existe afectación de terceros.
55. Finalmente, el Acuerdo Conciliatorio al que han llegado las **PARTES** tiene soporte en las pruebas que han sido aportadas en el marco del proceso arbitral, y todas ellas habrán de ser consideradas como fundamento probatorio del mismo.

Particularmente, respaldan la viabilidad del acuerdo conciliatorio los siguientes:

- Informe soporte de modificaciones – Iniciativa Privada Autopistas del Caribe corredor de carga Cartagena-Barranquilla.
- Minuta Parte Especial Contrato de Concesión de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada promovido dentro del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016, a suscribir entre la ANI y la ESTRUCTURA PLURAL.
- Comunicación dirigida a la ESTRUCTURA PLURAL en la que se le informó la viabilidad del proyecto de Asociación Público Privada (APP) de Iniciativa Privada en su etapa de prefactibilidad.
- Comunicación dirigida a la ESTRUCTURA PLURAL en la que se le informó la viabilidad del proyecto de Asociación Público Privada (APP) de Iniciativa Privada en su etapa de factibilidad.
- Constancia de publicación de la iniciativa (el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos) en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP-
- Acta de audiencia de fecha 23 de enero de 2017, en la que se dejó constancia de la inexistencia de terceros interesados en la ejecución de la iniciativa.
- Comunicaciones emitidas por ANI, en las que informó la continuidad del proceso de contratación.

En mérito de lo expuesto las **PARTES**, suscriben el siguiente:

## ACUERDO CONCILIATORIO

### 2. ACUERDO CONCILIATORIO

**CLÁUSULA PRIMERA:** Las **PARTES**, de manera libre y voluntaria, acuerdan conciliar sus diferencias en relación con la adjudicación del contrato correspondiente al proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016 abierto por la **ANI** con base en el proyecto de Asociación Público Privada (APP) de iniciativa privada presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL**, que tiene por objeto “*desarrollar los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de Concesión Vial Autopistas del Caribe, Corredor de Carga Cartagena-Barranquilla, de acuerdo con el Contrato de Concesión, Apéndice Técnico 1 y demás apéndices del Contrato*”.

**CLÁUSULA SEGUNDA:** Para efectos de lo anterior, la **ANI** adjudicará el contrato de concesión de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada promovido dentro del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016 a su originador, esto es, la **ESTRUCTURA PLURAL** integrada por **KMA CONSTRUCCIONES S.A.**, sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia con NIT 830.094.920-5, **ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.**, sociedad extranjera con sucursal en Colombia con NIT 900.356.846-7, y H+ ERA S.A.S. (Antes **OBRESCA S.A.S**) sociedad constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia con NIT 900.725.556-1.

**CLÁUSULA TERCERA:** Las **PARTES** acuerdan ajustar el Contrato de Concesión de conformidad con el documento que se encuentra adjunto al presente documento y que hace parte integral del presente acuerdo, por lo que una vez se publique en el SECOP el acto administrativo de adjudicación del proceso de selección y se desarrollen las actividades que son requisito para la celebración del Contrato de Concesión, suscribirán la minuta que se encuentra adjunta al presente documento.

**CLÁUSULA CUARTA:** Teniendo en cuenta que las modificaciones a la Parte Especial del Contrato de Concesión fueron desarrolladas y acordadas por las **PARTES** antes de que se declarara el estado de emergencia sanitaria causada por el COVID-19, las mismas no contemplan ningún tipo de acuerdo o medida relacionada con las consecuencias de la pandemia del COVID-19, incluyendo pero sin limitarse al impacto que la pandemia ha tenido en el tráfico del Proyecto.

**CLÁUSULA QUINTA:** La **ESTRUCTURA PLURAL** manifiesta que, con ocasión de la aceptación del Acuerdo Conciliatorio, renuncia a las acciones derivadas de los hechos narrados en las demandas presentadas ante el Tribunal de Arbitramento, consistentes en la indefinición de la adjudicación del contrato de concesión dentro del proceso No. VJ-VE-APP-IPV-003-2016, teniendo en cuenta los efectos de cosa juzgada sobre los hechos y pretensiones acá estudiados que reviste la aprobación del presente acto.

## ACUERDO CONCILIATORIO

Para constancia se suscribe en tres (3) ejemplares del mismo tenor, el 24 de marzo del 2021.

**MANUEL FELIPE GUTIÉRREZ TORRES**

Presidente

Agencia Nacional de Infraestructura

**MENZEL RAFAEL AMÍN AVENDAÑO**

Representante Estructura Plural conformada por

**KMA CONSTRUCCIONES S.A.S., ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.**

y **H+ERA S.A.S.** (Antes **OBRESCA S.A.S.**)