OTROSÍ No. 4 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 014 de 2015 "CONCESIÓN AUTOPISTA AL MAR 1, DEL PROYECTO "AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y LA SOCIEDAD DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S.

****

Entre los suscritos a saber, **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,** Agencia Nacional de Naturaleza Especial del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, adscrita al Ministerio de Transporte, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4165 de noviembre 3 de 2011 modificado por el Decreto 1745 de 2013, y por el Decreto 2191 de 2016, así como por la Resolución No. 1529 del 8 de Noviembre de 2017 expedida por el presidente de la Agencia, representada legalmente para este acto por **LUIS FERNANDO MEJÍA GÓMEZ,** identificado con cédula de ciudadanía No. 10.246.523 expedida en Manizales, en su condición de Vicepresidente Ejecutivo de la Agencia Nacional de Infraestructura, en virtud de la Resolución No. 085 del 19 de enero de 2017 y posesionado mediante Acta No. 081 del 2 de febrero de 2017, quien en adelante se denominará la **AGENCIA** o la **ANI** y **JESÚS RODRIGUEZ ROBLES**, identificado con la Cédula de Extranjería No. 304.800, quien obra en nombre y representación de la **SOCIEDAD DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S.,** con NIT 900.869.678-8 en su calidad de Representante Legal, lo cual se acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal, y conforme autorización concedida por la Junta Directiva de la Sociedad contenida en el Acta No. 016 de la Reunión del 25 de agosto de 2017, quien para el efecto del presente documento se denominará " **EL CONCESIONARIO**", quienes individualmente se denominarán una "Parte" y conjuntamente las "Partes", hemos convenido suscribir el presente Otrosí al Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 014 de 2015, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. Que el 3 de septiembre de 2015 se suscribió entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial al Mar S.A.S (en adelante "el Concesionario"), el Contrato de Concesión bajo el esquema de APP No. 014 de 2015, el cual de acuerdo con la sección 2.1 de la Parte General contempla como objeto *"(...) el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en este Contrato, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo el Proyecto. El alcance físico del proyecto se describe en la Parte Especial y en el Apéndice Técnico 1"* y cuyo alcance conforme a la Sección 3.2 de la Parte Especial es: "*Los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Autopista al Mar 1, del Proyecto "Autopistas para la Prosperidad, de acuerdo*

OTROSÍ No. 4 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 014 de 2015 "CONCESIÓN AUTOPISTA AL MAR 1, DEL PROYECTO "AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y LA SOCIEDAD DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S.
****

con el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato."

2. Que el Decreto 1745 de 2013, modificado por el Decreto 2191 del 28 de diciembre de 2016, prevé la función de representación legal de la Vicepresidencia Ejecutiva de la Agencia Nacional de Infraestructura, así:

> *"Ejercer la representación legal de la Agencia Nacional de Infraestructura, en los contratos que le sean asignados por el Presidente de la Agencia con la recomendación del Consejo Directivo."*

3. Que mediante memorando ANI No. 2016-400-012858-3 del 19 de octubre de 2016, la Vicepresidente Administrativa y Financiera de la Entidad, informó a la Vicepresidencia Ejecutiva la decisión del Consejo Directivo de la Agencia, tomada en sesión del 18 de octubre de 2016, de asignarle 11 contratos de concesión, entre ellos el No. 014 de 2015, proyecto Autopista al Mar 1.

4. Que el numeral 8º del artículo 2º del Decreto 1745 de 2013, modificado por el Decreto 2191 del 28 de diciembre de 2016 en el numeral 9º establece como función de la Vicepresidencia Ejecutiva de la ANI, la siguiente:

> *"Estudiar y evaluar las controversias contractuales que se puedan presentar en el desarrollo de la ejecución de los contratos de concesión y de otras formas de asociación pública privada a su cargo, proponiendo fórmulas dirigidas a salvaguardar el interés de la Entidad y a prevenir la eventual parálisis de las obras y la suspensión del servicio público al que se encuentra destinada la infraestructura".*

5. Que el día 15 de octubre de 2015, las Partes suscribieron Acta de Inicio del Contrato de Concesión, de manera que la Fecha de Inicio del Contrato de Concesión corresponde al 16 de octubre de 2015.

6. Que el 4 de noviembre de 2016 se suscribió el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 014 de 2015 mediante el cual se acordó: (i) modificar el alcance de la Unidad Funcional 4, sustituyendo la construcción de la calzada nueva desde PK1+085 al PK5+075 en el municipio

de Bolombolo, por la rehabilitación de la carretera entre el cruce al Municipio de Bolombolo y el Corregimiento de Peñalisa (Municipio de Salgar) y el mejoramiento del puente sobre el Río San José; (ii) modificar los fondeos a efectuar en las Subcuentas Predios, Compensaciones Ambientales y Redes así como crear la Subcuenta de Predios II y establecer su respectivo fondeo; (iii) modificar para la Unidad Funcional 2.1. el momento desde el cual se computa el plazo máximo para el inicio de su operación, el cual se toma desde la fecha de culminación de las consultas previas, sin exceder de 1800 días, y no desde la Fecha de suscripción del Acta de inicio de la Fase de Construcción; y (iv) en relación con los plazos máximos de ejecución para el inicio de la operación de las Unidades Funcionales en los términos establecidos en el Contrato, para efectos de determinar el Plazo de Cura previsto en el último párrafo de la Sección VI, 6.1 (c) de la Parte Especial del Contrato y solo en el evento en que el Concesionario no termine las Intervenciones dentro del referido plazo máximo de ejecución, el Interventor le otorgará al Concesionario un Plazo de Cura del veinte por ciento (20%) del plazo previsto en el Contrato para la terminación de cada Unidad Funcional.

7. Que en el parágrafo de la Cláusula Sexta del citado Otrosí No. 3 se dispuso lo siguiente:

> *"Las Partes acuerdan que, a los 6 meses siguientes a la suscripción del presente Otrosí, verificarán el trámite en el que se encuentra el procedimiento de Consultas Previas y Licencias Ambientales si no es por causas imputables al Concesionario;* ***de no haber culminado el trámite se determinará el plazo procedente a ser ampliado para la culminación de las intervenciones de las Unidades Funcionales 1 y 3 y la consecuente entrada en operación de las mismas.***" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

8. Que el Contrato de Concesión 014 de 2015 en Literal (a) del Numeral 4.8 *"Procedimiento para solicitar la ampliación del plazo del Plan de Obras"* de la Parte General, manifiesta:

> *"****Cuando ocurra una situación que afecte su capacidad de cumplir con el Plan de Obras, el Concesionario deberá enviar una Notificación al Interventor y a la ANI en la que señale la causa que genera el retraso****, el impacto y el tiempo estimado en el Plan de Obras. Si la causa es generada por un Evento Eximente de Responsabilidad o por la ANI deberá describir el Evento y dar las razones por las cuales considera que*

tal causa no le es imputable." (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta la disposición contractual trascrita, mediante el presente Otrosí se está dando una ampliación en el plazo del Plan de Obras, el cual fue previsto por las partes y acordado mutuamente en el parágrafo de la Cláusula Sexta del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión 014 de 2015.

9. Que en virtud de lo expuesto, el 4 de mayo de 2017, es decir, transcurridos 6 meses de la suscripción del Otrosí No. 3, el trámite de los permisos y licencias ambientales para las Unidades Funcionales 1 y 3 a cargo de CORANTIOQUIA, MADS y de la ANLA, no habían culminado su trámite, toda vez que no se habían proferido los respectivos actos administrativos, razón por la cual el inicio de las actividades del Plan de Obras No Objetado respecto las Unidades Funcionales 1 y 3, no se iniciaron el día 9 de mayo de 2017, tal como consta en las Actas del 26 de mayo, 2 y 14 de junio, y 12 de julio de 2017, suscritas por las Partes y la Interventoría del Proyecto.

10. Que aplicando lo dispuesto por las partes en el parágrafo de la Cláusula Sexta del citado Otrosí No. 3, se verificó que las demoras o retrasos son de 74 días calendario en el proceso de licenciamiento ambiental con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA y las mismas no son imputables al Concesionario, lo anterior teniendo en cuenta demoras presentadas por parte de CORANTIOQUIA y MADS en el proceso de Levantamiento de Veda regional y nacional respectivamente, y manifestadas por la ANLA mediante Auto de suspensión No 0630 del 7 de marzo de 2017, puesto que son prerrequisito para la expedición de la Licencia Ambiental. Una vez examinado lo expuesto y teniendo en cuenta que hubo demoras en los levantamientos de veda regional y nacional imputables a las autoridades ambientales ya mencionadas, se cumple con lo contenido en el parágrafo de la Cláusula 6 del Otrosí No. 3 del Contrato de Concesión 014 de 2015, el cual indica, "*Las Partes (...), verificarán el trámite en el que se encuentra el procedimiento de Consultas Previas y Licencias Ambientales si no es por causas imputables al Concesionario*".

11. Que la Licencia Ambiental para las citadas Unidades Funcionales se otorgó mediante Resolución No. 00606 del 25 de mayo de 2017 de la ANLA, contra la cual el Concesionario interpuso recurso de reposición el 13 de junio de 2017. Este recurso fue decidido mediante Resolución No. 764 del 30 de junio de 2017, quedando en firme el 7 de julio de 2017, razón

por la cual las actividades en las UF 1 y 3 se iniciaron efectivamente el día 12 de julio de 2017, como se dejó constancia en el Acta de la misma fecha, suscrita por las Partes y la Interventoría del Proyecto.

12. Que la diferencia entre el día 12 de Julio de 2017 (fecha de inicio real de actividades de Construcción) y el día 9 de mayo de 2017 (fecha de inicio de actividades de Construcción por Plan de Obras No Objetado), da como resultado 65 días calendario, a razón de las demoras obtenidas en el proceso de Licenciamiento Ambiental (trámite de permisos de Levantamientos de Veda Regional y Nacional).

13. Que la interventoría conceptuó favorablemente sobre el presente Otrosí mediante radicado en la Agencia bajo radicado No. 2018-409-025128-2 del 12 de marzo de 2018 y manifiesta que:

*"(...) **se demuestra que hubo una debida diligencia por parte del concesionario en la presentación de los documentos para la obtención de la Licencia Ambiental,** por consiguiente, y como lo manifestamos en nuestro comunicado con radicado de salida nuestro EPS4G-0201-17 del 9 de mayo de 2017, y radicado de entrada ANI 2017-409-048326-2 (ver adjunto), donde les informamos que "(...) las causas alegadas por el Concesionario ante el atraso en la consecución de las licencias ambientales, no obedecen a causas imputables a DEVIMAR (...), razón por la que, con el presente, y con base en el adjunto reiteramos que los atrasos en la obtención de la licencia **no son imputables al Concesionario**(...)"* Subrayado y negrilla fuera de texto.

14. Que el área Ambiental de la ANI manifestó en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad del presente Otrosí, que la suspensión de 74 días calendario en el proceso de licenciamiento ambiental con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, no corresponde a causas imputables al concesionario, debido a que las demoras fueron por parte de Corantioquia y el MADS en el proceso de Levantamiento de Vedas y manifestadas por ANLA mediante Auto de suspensión No 0630 del 7 de marzo de 2017, ya que son prerrequisito para la expedición de las Licencia Ambiental.

15. Que las Partes consideran procedente prorrogar por 65 días, el plazo máximo para la entrada en operación de las mencionadas Unidades Funcionales, sin alterar el plazo

establecido en la Sección II, 2.4 (b) de la Parte General del Contrato de Concesión, de manera que deberá modificarse la Sección V, 5.3 de la Parte Especial en cuanto establece los plazos máximos para el inicio de la operación de las Unidades Funcionales, sin modificarse la fecha fin de la etapa operativa. (operación y mantenimiento)

16. Que las modificaciones efectuadas en el presente Otrosí se encuentran soportadas en las distintas providencias emitidas por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, en las que se ha señalado:

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 13 de agosto de 2009, Radicación 1952.

"La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que ***la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo****. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular,* ***cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.***

(...) es posible modificar de común acuerdo un contrato de concesión de servicio público cuando ***existan razones de conveniencia que permitan una mejora del objeto contratado y una mejor prestación del servicio público y se busque un efectivo cumplimiento de los fines estatales*** *y una eficiente prestación de los mismos, siempre que se demuestre que no hacer tal modificación acarrearía una grave afectación del servicio.*

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, ***surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente****; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación* ***debe tener una causa real y cierta****, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes".* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

- Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012

OTROSÍ No. 4 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 014 de 2015 "CONCESIÓN AUTOPISTA AL MAR 1, DEL PROYECTO "AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y LA SOCIEDAD DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S.

****

*"La modificación de los contratos estatales **es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos**, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de **todas las contingencias que pueden afectar su ejecución**, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, **es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo**. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente **pueden aparecer circunstancias** extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. **En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso** (...)* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

17. Que con la suscripción del presente Otrosí el Concesionario acepta que no resulta alterado el equilibrio económico del Contrato de Concesión en su detrimento y, por tanto, no habrá lugar a reclamaciones que conlleven el reconocimiento de indemnizaciones y compensaciones a cargo de la AGENCIA.

18. Que, aceptando los hechos y argumentos expuestos, la Vicepresidencia Ejecutiva lideró el Estudio de Conveniencia y Oportunidad del presente Otrosí, así como el diligenciamiento de los documentos propios del Sistema Integrado de Gestión de Calidad de la ANI para la suscripción de modificaciones contractuales las cuales se encontraron viables.

19. Que la solicitud de modificación se presentó ante el Comité de Contratación de la ANI en sesión llevada a cabo el 09 de abril de 2018, comité que recomendó la suscripción del respectivo Otrosí, según consta en el Acta correspondiente.

En concordancia con lo anterior, las Partes

ACUERDAN

CLÁUSULA PRIMERA. Modificar la Sección III, 3.8 (b) de Parte Especial del Contrato de Concesión No. 014 de 2015, así:

OTROSÍ No. 4 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 014 de 2015 "CONCESIÓN AUTOPISTA AL MAR 1, DEL PROYECTO "AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y LA SOCIEDAD DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S.
****

"Duración estimada de la Fase de Construcción: ***mil ochocientos sesenta y cinco (1865)*** *Días contados desde la fecha del Acta de Inicio de la Fase de Construcción."*

CLÁUSULA SEGUNDA. Modificar la Sección 5.3 de la Parte Especial del Contrato de Concesión No. 014 de 2015, la cual quedará así:

"Programación de las Obras.

En la tabla siguiente se presentan los plazos máximos para el inicio de la operación de las Unidades Funcionales, los cuales deberán contarse a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Fase de Construcción"

Unidad Funcional	***Plazo Máximo de Ejecución***
Unidad Funcional 1	***Mil ochocientos sesenta y cinco (1865) días***
Unidad Funcional 2	*Mil cuatrocientos cuarenta (1440) días*
Unidad Funcional 3	***Mil ochocientos sesenta y cinco (1865) días***
Unidad Funcional 4	*Mil ochenta (1080) días*

CLÁSULA TERCERA. El presente Otrosí no conlleva modificación en la identificación y asignación de los riesgos consignados en el Contrato de Concesión.

CLÁUSULA CUARTA. Las Cláusulas y Condiciones del Contrato de Concesión No. 014 de 2015 y los Otrosíes 1, 2 y 3 no modificados por el presente Otrosí, conservan plena y total, vigencia y validez. Su no mención en el presente no exime a las partes del cumplimiento de las mismas.

CLÁUSULA QUINTA. El Concesionario declara que lo concertado en el presente Otrosí no altera el valor, ni el equilibrio económico del Contrato de Concesión 014 de 2015, no requerirá el desembolso de recursos públicos, razón por la cual no habrá lugar a reclamaciones que impliquen reconocimientos de indemnizaciones y compensaciones a cargo de la Agencia.

OTROSÍ No. 4 AL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE APP No. 014 de 2015 "CONCESIÓN AUTOPISTA AL MAR 1, DEL PROYECTO "AUTOPISTAS PARA LA PROSPERIDAD" CELEBRADO ENTRE LA ANI Y LA SOCIEDAD DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S.

****

CLÁUSULA SEXTA. El presente Otrosí se perfecciona con la suscripción de las partes y será publicado en el SECOP por parte de la Agencia. Para su ejecución, de conformidad con los previsto en el literal (f) de la Sección 12.3 Parte General del Contrato, el Concesionario presentará para aprobación de la Agencia los anexos o certificados de modificación de las garantías del Contrato, de acuerdo con las modificaciones adoptadas en este documento, en un plazo no superior a 20 días hábiles contados a partir de la firma del presente Otrosí.

Para constancia, se firma en Bogotá, D.C., el 26 ABR. 2018

POR LA ANI

LUIS FERNANDO MEJÍA GÓMEZ
Vicepresidente Ejecutivo
Agencia Nacional De Infraestructura

POR EL CONCESIONARIO

JESÚS RODRÍGUEZ ROBLES
Representante Legal
Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial al Mar S.A.S.