

# NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE RENEGOCIACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA VIAL

Milton Julián Cabrera Pinzón  
Carolina Blanco Alvarado



Código: 593287427 • Autor: Shutterstock



# NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE RENEGOCIACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA VIAL\*

MILTON JULIÁN CABRERA PINZÓN  
CAROLINA BLANCO ALVARADO  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

---

## *Resumen*

El presente manuscrito expone el papel de la cláusula de renegociación en los contratos de concesión de obra de infraestructura vial. Para el efecto, se contextualizará su función y su naturaleza jurídica. Se considera que su implementación promueve y garantiza el principio de conmutatividad, como mandato orientador de los contratos de concesión de obra. La comprensión y la debida implementación de dicha cláusula sirven a las partes contratantes, ya que les permite adecuar el negocio jurídico al contexto real en el que se ejecuta el proyecto, sin que su efectividad constituya vulneración del principio de planeación.

El enfoque de investigación empleada fue cualitativo. Luego de recolectar y analizar la literatura existente, en las fuentes del derecho se identificó la respuesta al problema de investigación. El método de investigación es aditivo en razón a que no existe multiplicidad de antecedentes primarios frente a la temática referenciada en el problema de investigación.

**Palabras clave:** contrato de concesión, cláusula de renegociación.

---

\* El presente manuscrito es un artículo de reflexión, producto del proyecto de investigación “Derecho, Estado y sociedad: transformaciones del derecho público, fase 3”, gestionado y financiado por la Universidad Católica de Colombia.

**Los autores:** Milton Julián Cabrera Pinzón, Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: julian.cabrera@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-00836655>  
Carolina Blanco Alvarado, PhD en Derecho, docente e investigadora de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: rcblanco@ucatolica.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1354-4272>

**Recibido:** 09 de agosto de 2021; **evaluado:** 21 de septiembre de 2021; **aceptado:** 06 de octubre de 2021.

## LEGAL NATURE OF THE RENEGOTIATION CLAUSE IN CONCESSION CONTRACTS OF ROAD INFRASTRUCTURE WORKS

MILTON JULIÁN CABRERA PINZÓN  
CAROLINA BLANCO ALVARADO  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

---

### *Abstract*

This article states the role of a renegotiation clause in regards to concession contracts of infrastructure projects. To this aim, the function of this clause and its legal nature are contextualized. The current analysis emphasizes the fact that the implementation of the renegotiation clause promotes and guarantees the principle of commutativity, as the guiding legal term for concession contracts.

An adequate understanding as well as a proper implementation of the concession clause are useful for the contracting parties. These considerations allow them to adapt the legal transaction to the real context in which the project is executed, having in mind that its effectiveness must not constitute a violation of the planning principle.

The analysis used qualitative research methodology. For this purpose, after collecting and exploring the existing literature, the answer to the research problem was identified based on legal sources. The research method implemented was the Additive since there is not multiplicity of any primary records related to stated research problem.

**Keywords:** concession contract, renegotiation clause.

**About the authors:** Milton Julián Cabrera Pinzón, MA in Administrative Law at the Universidad Libre de Colombia. Email: julian.cabrera@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-00836655>.

Carolina Blanco Alvarado, PhD in Law, professor and researcher at the Universidad Católica de Colombia. Email: rblanco@ucatolica.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1354-4272>.

**Received:** August 09, 2021; **evaluated:** September 21, 2021; **accepted:** October 06, 2021.

## **NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA**

**MILTON JULIÁN CABRERA PINZÓN  
CAROLINA BLANCO ALVARADO  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA**

---

### ***Resumo***

Este manuscrito expõe o papel da cláusula de renegociação nos contratos de concessão de obras de infraestrutura rodoviária. Para tanto, sua função e natureza jurídica serão contextualizadas. A sua implementação pretende promover e garantir o princípio da comutatividade, como mandato orientador dos contratos de concessão de obras. O entendimento e a correta aplicação da referida cláusula são úteis aos contratantes, uma vez que lhes permite adaptar o negócio jurídico ao contexto real em que o projeto é executado, sem que a sua eficácia constitua uma violação do princípio de planejamento.

A abordagem de pesquisa utilizada foi qualitativa. Após coletar e analisar a literatura existente, as respostas às problemáticas da pesquisa foram identificadas nas fontes de direito. O método de pesquisa é aditivo porque não há multiplicidade de antecedentes primários diante do assunto referenciado na problemática da pesquisa.

**Palavras-chave:** contrato de concessão, cláusula de renegociação.

**Os autores:** Milton Julián Cabrera Pinzón, mestrado em Direito Administrativo, Universidad Libre de Colombia. E-mail: julian.cabrera@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-00836655>.

Carolina Blanco Alvarado, doutora em Direito, professora e pesquisadora da Universidad Católica de Colombia. E-mail: rcblanco@ucatolica.edu.co. <https://orcid.org/0000-0002-1354-4272>.

**Recibido:** 09 de agosto de 2021; **avaliado:** 21 de setembro de 2021; **aceito:** 06 de outubro de 2021.

## Introducción

La modificación de los contratos celebrados por entidades estatales ha sido una herramienta importante para mantener su equilibrio económico, pero respecto a los contratos de concesión, su relevancia se considera mayor, dada su naturaleza jurídica. En ese contexto, se convierte en un instrumento valioso con el que cuenta la Administración para cumplir su deber constitucional de ordenar los servicios públicos que tiene a cargo y de intervenir en ellos, en especial, cuando son prestados por particulares.<sup>1</sup>

La esencia de los contratos de concesión supone plazos de ejecución extensos, de donde surge su condición de incompletos o imperfectos, peculiaridad que hace imposible prever la totalidad de los albures que puedan alterar su ejecución normal. Esta circunstancia trae como consecuencia la dificultad de instituir medidas adecuadas para corregir los efectos de la materialización de los riesgos. Por lo anterior, la cláusula de renegociación adquiere relevancia, dado que el simple transcurso del tiempo, que en las concesiones es bastante extenso, puede conllevar nuevas demandas de variada índole, en especial, en el ámbito tecnológico y también en las condiciones sociales, políticas y culturales, entre otras. En suma, puede acarrear la configuración de eventos imprevisibles y extraordinarios, inexistentes cuando se estructuró el proyecto.

Debido a los plazos de ejecución de los contratos de concesión de obra, se le impone a la Administración reevaluar la forma en que ha de garantizar el cumplimiento de sus fines y, en cuanto a los de infraestructura vial, su renegociación es fundamental, porque permite el rediseño de las condiciones económicas pactadas, para flexibilizar y adecuar el contrato a esas nuevas circunstancias fácticas con el fin de impedir su paralización y evitar que el servicio público que se prestará con la concesión se realice con ineficiencia y sin continuidad o, incluso, que sea suspendido.

En el escenario de un Estado social de derecho como el colombiano, la Administración tiene la facultad y la obligación de intervenir en las actividades económicas para racionalizarlas.<sup>2</sup> Además, debe anticiparse de la mejor manera a los efectos de sus

---

<sup>1</sup> Carolina Blanco Alvarado, “El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el covid-19 en el Estado colombiano”, *Novum Jus* 15, núm. 1 (2020): 32, DOI: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.1.2> (acceso enero 15, 2021).

<sup>2</sup> Jorge Ricardo Palomares García, “El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 10, núm. 2 (2015): 33, <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483> (acceso enero 3, 2019).

decisiones,<sup>3</sup> por lo que se le impone ponderar la finalidad que persigue, así como la forma y las herramientas que usa para lograrla, ya que estas deben ser eficientes.<sup>4</sup>

Esas circunstancias, en términos generales, deben permitir u obligar a la Administración y a su cocontratante a plantear la posibilidad de modificar los acuerdos contractuales mediante la incorporación de cláusulas que les faciliten gestionar anticipadamente sus consecuencias, con el fin de evitar la ruptura del equilibrio contractual y conseguir el cumplimiento de su finalidad.<sup>5</sup> Esto es lo que se conoce como la mutabilidad del contrato estatal.

La mutabilidad de los contratos de concesión para la ejecución de obras de infraestructura, en suma, es la facultad con la que cuenta la Administración de modificar las condiciones del contrato para garantizar su debido cumplimiento y la realización de los fines estatales.<sup>6</sup>

Por esa característica, como lo sostiene Juan Carlos Cassagne, las previsiones y las obligaciones contractuales influidas por las alteraciones de las condiciones en las que debe ejecutarse el contrato deben mutar también al ritmo de tal variación, con el objeto de evitar que el suministro del servicio público concesionado sea inconexo con esas novedades y las necesidades sociales, que sea prestado con mala calidad o de manera ineficiente.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Gary Becker, "The Economic Way of Looking at Behavior", *Journal of Political Economy* 101, núm. 3 (1993): 350.

<sup>4</sup> En Colombia, la intervención del Estado en la correcta prestación de los servicios públicos, con la finalidad de garantizar que esta se logre en términos de eficiencia. Está ligada con su intervención en la economía, que tiene su fundamento en la Carta Política, en particular, en el artículo 334. Esa obligación lo faculta para disponer y dirigir lo relativo a los servicios públicos en busca del mejoramiento del estándar de calidad de vida de los ciudadanos, y lo obliga a intervenir en los ámbitos financiero y económico del contrato de concesión cuando advierta que, de no hacerlo, no es posible asegurar el cumplimiento debido a sus fines en el marco del Estado social de derecho.

<sup>5</sup> Angélica Vargas, "Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo", *Iusta* 2, núm. 49 (2018): 100.

<sup>6</sup> República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Sentencia 14 329 de 22 de julio de 2009*, M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>7</sup> "[...] el principio de mutabilidad del servicio público debe desenvolverse con arreglo a los principios de calidad y eficiencia (art. 42 CN) y la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18, CN) que tipifica, positivamente, el objetivo de bien común como fin del Estado". Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 2a ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 67-98.

## 1. Cláusula de renegociación del contrato de concesión

La renegociación de los contratos de concesión es el replanteamiento de las condiciones pactadas por los contratantes, la flexibilización de las disposiciones contractuales tendientes a adaptar el proyecto a nuevas circunstancias, bien porque tales condiciones no existían en el momento en que se perfeccionó o sí existían, pero se han visto alteradas drásticamente. Con la renegociación se pretende ajustar la prestación del servicio a recientes demandas o requerimientos distintos a los que dieron origen al proyecto y cuya satisfacción se debe garantizar, siempre que esas circunstancias conduzcan a que la ejecución sea lesiva para una de las partes o a la paralización del proyecto.

Tal ajuste puede recaer sobre diversos aspectos, entre ellos, el plazo del contrato, su objeto o el esquema económico y financiero del negocio, aunque en su mayoría tienen incidencia en estos últimos componentes.

El rasgo distintivo de esta modalidad de cambio de las condiciones del contrato es la consensualidad, es decir, tiene origen en la voluntad de los cocontratantes, dado que son de común acuerdo y sin la intervención de terceros. Ellos disponen libremente alterar los parámetros económicos y financieros fijados en el contrato y por eso se trata de un procedimiento que se tramita en exclusiva en sede administrativa.<sup>8</sup>

Ahora bien, en congruencia con lo señalado por el tratadista Alejandro Pérez, las modificaciones que se introduzcan al contrato de concesión a causa de su renegociación no pueden obedecer a una ventura prevista y acordada por los cocontratantes, pues en ese caso no nos encontraríamos frente a una renegociación del contrato, sino al cumplimiento de sus disposiciones.<sup>9</sup>

Por otra parte, en atención a los elementos fundamentales de los contratos, contenidos en la Ley 84 de 1873 o Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, se propone que la cláusula de renegociación en los contratos de concesión no se tenga como propia de su esencia, puesto que sin ella este aún produce efectos y su ausencia no lo degenera en otro tipo de contrato. Al respecto, de acuerdo con las características de estos contratos de concesión de obras de infraestructuras viales

---

<sup>8</sup> Harly Rafael Leudo Paz y Ruth Carolina Blanco Alvarado, "Renegociación de contratos de concesión vial", *Revista Republicana*, núm. 19 (2016): 180.

<sup>9</sup> Alejandro Pérez Hualde, "Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control" en *Servicios públicos y organismos de control*, dir. Alejandro Pérez Hualde (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006), 45-78.

en el modo carretero, es decir, su condición de ser incompletos o imperfectos, la posibilidad de renegociar es un elemento propio de su naturaleza, pues, aunque no es uno de sus aspectos esenciales, se puede considerar perteneciente a él, sin que las partes lo hayan pactado previamente.

Lo deseable es que esa posibilidad se incorpore en las condiciones del contrato de forma genérica, por supuesto, sin llegar a un grado de detalle que abarque todas las suposiciones o las hipótesis, puesto que ello es imposible.

Urueta sostiene que la renegociación del contrato de concesión es un instrumento que faculta a los cocontratantes, directamente y de común acuerdo, para replantear los convenios contractuales —en particular, las condiciones financieras y económicas de la concesión—, pero tales alteraciones no pueden obedecer a contingencias que las partes hayan acordado anteriormente.<sup>10</sup>

## 2. Función de la cláusula de renegociación del contrato de concesión

La cláusula de renegociación en los contratos de concesión de ejecución de obras de infraestructura destinadas al uso público se erige como un instrumento fundamental para superar el obstáculo que ofrece su naturaleza, esto es, su condición de incompletos o imperfectos, porque tiene la función de posibilitar la redefinición de los acuerdos económicos cuando ello resulte necesario frente a circunstancias externas.<sup>11</sup>

También tiene como propósito hacer efectivo el principio de conmutatividad, que es inherente a los contratos estatales. Esto justifica que se le considere un elemento propio de su naturaleza y que se incluya en este tipo de contrato, pues es un instrumento efectivo para restablecer el equilibrio económico en eventos en los que ha sido afectado. Es más: no solo es una herramienta útil para restablecer ese equilibrio económico del negocio jurídico o un instrumento correctivo de una circunstancia negativa materializada, sino que tiene un carácter preventivo, puesto que facilita anticipar los efectos de nuevas condiciones políticas, sociales o tecnológicas en las que debe ejecutarse el contrato y que pueden afectar la prestación de los servicios públicos concesionados y el logro de los fines estatales.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Juan Manuel Urueta Rojas, “Renegociación de concesiones”, *Economía Colombiana*, núm. 324 (2008).

<sup>11</sup> José Luis Guasch, *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien* (Washington: Antoni Bosch, 2005), 45.

<sup>12</sup> Jorge Ricardo Palomares García y Nattaly Calonje Londoño, “Tratados de libre comercio Colombia-Asia: cuestión preliminar y perfiles de negociación”, *Iusta*, núm. 43 (2015).

Se parte de la premisa según la cual el principio de planeación no solo debe observarse en la fase de estructuración del proyecto, sino también durante su ejecución, en especial, en los contratos de extensa duración como los de concesión para la ejecución de las obras de infraestructura vial.<sup>13</sup>

Ignorar el entorno y las condiciones en las que debe ejecutarse un contrato de concesión es reprochable y resulta contrario a los mandatos inmersos en los principios que gobiernan la contratación estatal, así como los de Administración pública. Peor aún sería que uno de los contratantes o ambos establecieran, con certeza razonable, la indudable configuración de nuevas circunstancias que afectarán la ejecución del proyecto y permanecieran inactivos, a la espera de que ello se concrete para iniciar las acciones contractuales, administrativas o judiciales orientadas a restablecer el equilibrio económico de los contratos o activar eximentes de responsabilidad, puesto que el objeto de la concesión es un bien superior a esos intereses y consiste en la prestación eficiente de un servicio público y, con ello, la realización de las finalidades del Estado.

### **3. Naturaleza jurídica de la cláusula de renegociación del contrato de concesión de obras de infraestructura vial**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la renegociación de los contratos de concesión, Juan Manuel Urueta Rojas sostiene que esta se encuadra en la facultad de modificar bilateralmente las condiciones del contrato, es decir, en la posibilidad y la obligación general con las que cuentan las partes para restablecer el equilibrio de los contratos estatales.<sup>14</sup> Sin embargo, el objeto de tal renegociación no puede comprender contingencias que hayan sido acordadas por las partes antes de la modificación.

Se comparte este postulado y se estima que dicha cláusula de renegociación tiene una naturaleza jurídica eminentemente instrumental, fundada en la normativa constitucional.

Tiene fundamento en el contexto deontológico de la Constitución Política de Colombia, cuyo contenido constituye prescripciones jurídicas de aplicación inmediata, en particular, respecto a la efectividad de los principios de moralidad, igualdad,

---

<sup>13</sup> Carolina Blanco Alvarado, “El contrato de obra pública y el impuesto al valor agregado (IVA)” en *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa*, ed. Ciro Nolberto Güecha Medina (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2020), 98.

<sup>14</sup> Urueta Rojas, “Renegociación de concesiones”.

economía, celeridad, eficacia, publicidad e imparcialidad que deben observarse en el desarrollo de la función administrativa y que imponen a las autoridades el deber de orientar su actividad al cumplimiento de cada uno de los fines del Estado. Con fundamento en la prevalencia del interés general, conforme con los artículos 1 y 209 de la Carta Magna, así como en los principios específicos que rigen la actividad de contratación del Estado, orientados al cumplimiento de sus fines, la eficiente y continua prestación de todos los servicios públicos y la efectividad de los intereses y derechos de los asociados que colaboran con la Administración en el logro de tales fines, sobre todo en los principios del equilibrio financiero del contrato, la autonomía de la voluntad, la conmutatividad inherente a los contratos estatales y el principio de planeación, aunque sea innominado.

#### 4. Causas de la renegociación

De conformidad con la propuesta de una parte de la doctrina, el contrato de concesión es, *per se*, un contrato incompleto y las consecuencias o vacíos indeseables de esa característica se llenan mediante la redefinición de algunas de sus condiciones.<sup>15</sup>

Aceptada, entonces, la posibilidad de renegociar contratos de concesión de obras de infraestructura y su carácter excepcional, deben definirse las causas que conducen a hacerlo.

Las necesidades de infraestructura vial en el modo carretero que el Estado debe satisfacer pueden mutar por las fuerzas sociales y tecnológicas y económicas, entre otras, de manera que la prestación de esos servicios se puede rezagar en respuesta a esas dinámicas volátiles.

Por ello, no es extraño que los pactos tendientes a satisfacerlos por parte del Estado con la colaboración del particular (concesionario) se hagan obsoletos, pues pueden perder la capacidad de obtener el efecto que de ellos se esperaba, que no es otro que la adecuada prestación de ese servicio público. El simple cumplimiento de las obligaciones contractuales no es suficiente para garantizar su eficiente y continua prestación.

Esa ruptura de la congruencia o relación lógica que inicialmente existió entre la realidad social fáctica, expresada en la necesidad que debe satisfacerse, y el objeto

---

<sup>15</sup> Guasch, *Concesiones en infraestructura*, 121.

de la concesión, concretado en los acuerdos diseñados para ello, conducen a la cuestión que se trata de aclarar, esto es: ¿puede o debe alterarse ese contrato para suprimir o extender su alcance, con el fin de recuperar esa congruencia?

La jurisprudencia constitucional ha señalado que, en esta modalidad de contratos estatales, ante la ocurrencia de esas circunstancias imprevisibles y extraordinarias, la Administración debe implementar reglas y métodos que aseguren la adaptación del contrato a las nuevas realidades para impedir su fracaso.<sup>16</sup>

Esas nuevas exigencias, surgidas de los imprevistos o de factores políticos como la sustitución de Gobiernos y la consecuente exigencia de presentar resultados tangibles a corto plazo por parte del gobernante de turno, pueden alterar las condiciones contractuales, ocasionar la necesidad de alterar el contrato o producir modificaciones a su amplitud.<sup>17</sup>

En términos generales, las situaciones que permiten la renegociación del contrato de concesión se enmarcan en la necesidad de impedir su afectación grave o la paralización de los servicios públicos. Se propone que no sea vista como una simple posibilidad y se tenga como una obligación de las partes.

Entonces, son diversas las situaciones que pueden determinar la necesidad de renegociar válidamente el contrato de concesión. En cuanto a su origen, para los efectos de este escrito pueden clasificarse en causas intrínsecas y exógenas.

## **5. Causas intrínsecas**

Las causas intrínsecas provienen de aspectos íntimos y relacionados directamente con la esencia del proyecto; en su mayoría están asociadas a su naturaleza, pues por su objeto, esta modalidad contractual comporta una larga duración, que en nuestro país puede llegar hasta los treinta años, lo que hace que sea de aquellos contratos denominados “incompletos”.

Esas causas pueden originarse en la imprevisión de aspectos inherentes al objeto del contrato o propios de su ejecución y suelen manifestarse con la falta de cumplimiento de las obligaciones, cuando la situación que tiene la capacidad

---

<sup>16</sup> República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012*, M. P. Jorge Pretelt Chaljub.

<sup>17</sup> Leudo Paz y Blanco Alvarado, “Renegociación”, 90.

de alterar negativamente las condiciones en las que debió ejecutarse el proyecto se ha materializado y produce su desequilibrio o paralización. Podría entenderse que la modificación de las condiciones es reactiva y correctiva, pues la existencia de esa nueva condición obliga a las partes a reaccionar con prontitud y a adoptar los acuerdos que lleven a restablecer el balance entre las prestaciones y la satisfacción de los servicios públicos que son su objeto.

En otros escenarios, la renegociación es preventiva. Este contexto, que se considera ideal, exige que las partes realicen permanentemente las actividades propias de un estricto ejercicio del principio de planeación, en especial, en la fase de ejecución, y que así puedan advertir con anticipación la existencia de circunstancias que, de concretarse, alterarán las condiciones del negocio.

El cumplimiento de este principio les permitirá conocer oportunamente esas amenazas, determinar la inminencia de su ocurrencia, establecer el grado de afectación que traerá para las condiciones en las que se debe ejecutar el contrato y su ecuación financiera, y brindará la información suficiente para renegociar e impedir que se materialicen esos riesgos.

Son causas de la renegociación de los contratos de concesión la configuración de errores en la fase de estructuración de los pliegos de condiciones, los cuales pueden hacer que el proyecto sea inviable en términos económicos. Estos yerros podrían ser inducidos por el proponente mediante la figura conocida como *low balling*, esto es, la presentación de proyectos agresivos económicamente con precios demasiado bajos que incrementan la posibilidad de ser el adjudicatario y luego, concesionario. Esta conducta está acompañada de solicitudes y presiones por parte del concesionario en etapa de ejecución, alegando la necesidad de renegociar del contrato para restablecer su equilibrio económico con la prórroga de la etapa de explotación de la infraestructura o la inclusión de obras nuevas.<sup>18</sup>

Con esta estrategia, grave en sí misma, el concesionario se halla libre de competidores y puede abrir un espacio de negociación bilateral para obtener las prestaciones o los ingresos que en realidad aspiraba, pero no plasmó en su oferta, con el único objetivo de no afectar su atractivo comercial y su calificación. En ciertas ocasiones, puede ejercer una posición de dominio ante la Administración con amenazas de paralización del proyecto y la inminente suspensión de las prestaciones que tiene el

---

<sup>18</sup> Urueta Rojas, "Renegociación de concesiones".

deber de brindar mediante la puesta en servicio de una infraestructura vial para el uso de la comunidad, situación que podría someter a la entidad pública a renegociar precios superiores a los del mercado o la inclusión de obras que no cuentan con un esquema económico y financiero viable.

Estas causas de la renegociación son espurias y degeneran su naturaleza y su finalidad, de manera que deben ser proscritas de la actividad contractual del Estado.

En sentido contrario, existen otras causas de renegociación que, además de no ser reprochables, resultan necesarias para prevenir la paralización del contrato o que ejecutarlo resulte en extremo oneroso para una o ambas partes, y tienen como origen común la imprevisión. Ello ocurre cuando las condiciones económicas del negocio jurídico resultan afectadas por el influjo de elementos o situaciones ajenas a él, pero imponen la redefinición de algunos de sus componentes. Este fenómeno encuadra en “la teoría de la imprevisión, de las sujeciones materiales imprevistas o del hecho del príncipe”<sup>19</sup> y están justificadas en la razonabilidad económica.

Entre las principales causas se encuentra lo que se ha denominado la obsolescencia de los pactos suscritos entre las partes, situación que tiene origen en la extensa duración del contrato de concesión frente a los requerimientos variables que afronta la Administración pública en materia de infraestructura vial.

Tal es el caso de un contrato cuyo objeto es la construcción, el mantenimiento, la rehabilitación o la administración de un tramo vial en el modo carretero y que, al paso de una década de su ejecución cumplida, se advierte una inusitada afluencia de vehículos que superan la capacidad del tramo, lo que impone al Estado la obligación de atender esa nueva necesidad y ampliar la envergadura.

También puede presentarse el evento de un terminal de pasajeros cuya construcción o remodelación ha sido debidamente planeada y su ejecución se adelanta sin retardos, pero transcurridos unos años, se hace patente que el flujo de viajeros se incrementa debido a diversas condiciones inexistentes en el momento de la estructuración del proyecto, tales como nuevos atractivos turísticos que eran desconocidos o la creación de relaciones comerciales e industriales, por ejemplo.

---

<sup>19</sup> Urueta Rojas, “Renegociación de concesiones”.

Por otra parte, es aceptable que la renegociación de los contratos de concesión de las obras de infraestructura vial en el modo carretero se presente con el fin de permitir al concesionario la recuperación de su inversión para la ejecución, siempre que el retorno de esta se haya visto afectado como consecuencia de cualquiera de las causas intrínsecas mencionadas.

## 6. Causas exógenas

Se considera que también existen causas exógenas al proyecto, esto es, que provienen de situaciones ajenas al objeto mismo de la concesión; por ello, el contrato se debe renegociar aun cuando no exista incumplimiento de las obligaciones de los cocontratantes; es más: es viable hacerlo cuando no se presenta situación alguna proveniente de la imprevisión de algún riesgo propio del negocio.<sup>20</sup>

Tal es la suerte de la infraestructura vial en el modo carretero de categoría nacional que, bien planeada, construida y operada, tiempo después debe acoplarse a nuevos sistemas de transporte masivo de categoría departamental o municipal. En este ejemplo, la eficiente y correcta prestación de los servicios públicos, o sea, el que está a cargo de la nación y el prestado por el ente territorial, depende necesariamente de su integración. Aquí, el concesionario deberá efectuar una inversión de recursos económicos para ejecutar las obras de infraestructura que permitan ese empalme y, por contera, la alteración o el trastorno del equilibrio económico de los contratos de concesión que, hasta ese punto, ha ejecutado sin contratiempo alguno.<sup>21</sup>

En el caso propuesto se observa una alteración sustancial de las condiciones contractuales por la necesidad sobreviniente de invertir recursos económicos que, por supuesto, no fueron previstos en la estructuración del proyecto ni contemplados en la forma de remuneración del concesionario ni de recuperación de su inversión, porque para entonces no existía ese requerimiento.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Nevis Acosta Suárez y Martha Ligia Guarnizo Rojas, “Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el Estatuto general de la contratación estatal”, *Iusta*, núm. 52 (2020).

<sup>21</sup> Iván Humberto Galvis Macías, “Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 13, núm. 2 (2018).

<sup>22</sup> Leyner Mosquera y Alexandra González Zapata, “Las brechas socioeconómicas y su relación con la corrupción: elementos clave a la hora de formular políticas públicas”, *Iusta*, núm. 52 (2020).

Como se ve, hay una clara alteración del equilibrio económico de la concesión, pero en el momento de la estructuración del proyecto nacional esta situación era desconocida para el estructurador, de manera que no existe falla, imprevisión ni incumplimiento. Además, esta modificación de las condiciones no deviene de alguna situación de la entraña de la concesión, su estructuración o distribución de riesgos, sino de una circunstancia externa y ajena a los contratantes.<sup>23</sup>

Parte de la doctrina sostiene que la variación de las condiciones del contrato de concesión también puede tener causas políticas, como ocurre con los países en los que existe la reelección presidencial, pues quien busca un nuevo período de gobierno puede ver en las obras de infraestructura vial la posibilidad de presentar resultados de gran impacto en un plazo relativamente corto. En tales eventos, se podría buscar que la entidad contratante modificara los términos establecidos para acelerar la entrega de obras y agilizar la gestión de otras nuevas porque, con la modificación se podrían evitar las gestiones previas propias de la aprobación presupuestal y hasta el procedimiento legal que supone la selección de un nuevo concesionario.

En Colombia, esta causa de variación de las condiciones del contrato de concesión no ha tenido el mismo efecto que en otros países, puesto que la figura de la reelección presidencial solo fue procedente durante los comicios de los años 2006 y 2014 y quedó proscrita de nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2015.<sup>24</sup>

Para Borda Ávila, la renegociación puede obedecer a razones de conveniencia, es decir, a la voluntad de la entidad pública de permitir la continuación de la ejecución de un contrato con un concesionario eficaz en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>25</sup> que se refleje en la correcta y continua prestación del servicio público.<sup>26</sup> Se considera que esta causa es peligrosa, pues ofrece un amplio espectro para consideraciones subjetivas en cuanto a la valoración de esa eficacia así como del concepto de

---

<sup>23</sup> Daniel Sarmiento Cristancho, Sindy Medina Velandía y Rodrigo Plazas Estepa, "Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios", *Via Inveniendi et Iudicandi* 12, núm. 2 (2017).

<sup>24</sup> "El artículo 197 de la Constitución Política quedará así: Artículo 197. No podrá ser elegido presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia. Esta prohibición no cobija al vicepresidente cuando la ha ejercido por menos de tres meses, en forma continua o discontinua, durante el cuatrienio. La prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o asamblea constituyente". República de Colombia, Congreso de la República, *Auto Legislativo 2 de 2015*, "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49 560, 1 de julio de 2015), art. 9.

<sup>25</sup> Borda Ávila, Margarita Leonor. "Concesiones viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia". Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

<sup>26</sup> Carolina Blanco Alvarado, *El paradigma de la Comunidad Andina* (Bogotá: Ibáñez, 2020).

conveniencia; además, el contrato, que para las partes es ley, fue suscrito para ser cumplido en las condiciones pactadas, de manera que sería cuestionable que el simple hecho de acreditar buenos resultados en la satisfacción de las prestaciones que está obligado a cumplir generaría tensión entre lo que podría considerarse un premio injustificado por hacer lo que debía hacer y el derecho de otros posibles proponentes.

En resumen, que la redefinición del esquema económico de los contratos de concesión de las obras de infraestructura vial mediante su renegociación no solo es viable, sino necesaria, cuando se configuran situaciones externas que se encuadren en la teoría de la imprevisión, cuando atiende criterios de razonabilidad financiera y la necesidad de continuar la prestación de los servicios públicos.<sup>27</sup>

## Conclusiones

Dada la naturaleza de los contratos de concesión de obras de infraestructura vial —incompletos—, en la práctica es imposible que las partes prevean desde su estructuración la totalidad de contingencias que pueden presentarse durante su prolongada ejecución, lo cual no les es exigible.

La conducta de los cocontratantes no puede ser indiferente a la inminencia de la existencia de esas contingencias, aunque no puedan anticipar cuáles se van a materializar ni sus consecuencias. Sin embargo, no es aceptable que las partes, so pretexto de desconocer concretamente esas posibles variables, esperen su materialización para mitigar sus efectos, por vía administrativa o judicial.

La renegociación de contratos estatales solo procede cuando está justificada por las contingencias expresadas en el contrato original o por importantes acontecimientos imprevistos. A pesar de lo anterior, cabe precisar que el primero de esos escenarios no es propiamente una renegociación, sino que, si esas contingencias están previstas en el contrato y se acude a los preceptos expuestos y justificados en el texto primigenio, nos estamos remitiendo a su estricto cumplimiento y no se requiere la redefinición de las condiciones iniciales del contrato, pues no nos ubicamos en la órbita de la teoría de la imprevisión.

---

<sup>27</sup> Nora Elena Pardo Posada, “Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina”, *Via Inveniendi et Iudicandi* 9, núm. 1 (2014).

Pueden renegociarse los contratos de concesión cuando se presenten graves circunstancias imprevistas, pero de ninguna manera con el fin de modificar el esquema de distribución de riesgos ni de mejorar los beneficios del concesionario que fueron acordados en principio, sino con el objetivo de garantizar la continua y eficiente prestación del servicio público, para:

- i. Adaptar el contrato a nuevas condiciones causadas por variables imprevistas —que no sean imputables a los contratantes— y extraordinarias —que lo van a alterar negativamente—. Se trata de ajustarlo frente a una amenaza concreta, real y cierta, aunque los efectos de esta no se hayan materializado y no hayan causado daño aún. Se apunta, entonces, a adaptar el contrato de manera preventiva para apartar ese daño cierto, aunque futuro, pues con la simple continuidad de los acontecimientos es inminente que ocurrirá el obstáculo que romperá el equilibrio del contrato, lo afectará de gravedad o lo paralizará y perjudicará el logro de los fines estatales que son el objeto del servicio concesionado.
- ii. Restablecer el equilibrio económico cuando, en ese ejercicio preventivo, fuera imposible prever los obstáculos extraordinarios mencionados o apartarlos oportunamente y se materializaran, con afectación a la ecuación financiera del proyecto.
- iii. Acoplarlo a otras obras de infraestructura vial, de la misma o distinta modalidad, que requieran su integración para la eficiente prestación de los servicios públicos objeto de cada proyecto y las necesidades sociales que se deben satisfacer con ambos, así como adaptar el concesionado a nuevos requerimientos tecnológicos o sociales.

La cláusula de renegociación es una herramienta que debe quedar expresada en las estipulaciones del contrato y podrá activarse solo cuando resulte estrictamente necesario redefinir las prestaciones pactadas para permitir la continuidad de la ejecución del contrato y garantizar la correcta y continua prestación del servicio público concesionado cuando, incluso con el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el proyecto será ineficiente o fracasará.

La inclusión de la cláusula de renegociación en el contrato de concesión para la ejecución de obras de infraestructura vial en el modo carretero impone un límite y unas condiciones para la posibilidad de su activación.

## Referencias

- Acosta Suárez, Nevis y Martha Ligia Guarnizo Rojas. “Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el Estatuto general de la contratación estatal”. *Iusta*, núm. 52 (2020): 123-146.
- Becker, Gary. “The Economic Way of Looking at Behavior”. *Journal of Political Economy* 101, núm. 3 (1993): 385-409.
- Blanco Alvarado, Carolina. “El contrato de obra pública y el impuesto al valor agregado (IVA)” en *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa*, editado por Ciro Nolberto Güecha Medina, 83-110. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2020.
- Blanco Alvarado, Carolina. “El recordatorio a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, atendiendo el escenario de la pandemia por el covid-19 en el Estado colombiano”. *Novum Jus* 15, núm. 1 (2020): 17-40, DOI: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.1.2> (acceso enero 15, 2021).
- Blanco Alvarado, Carolina. *El paradigma de la Comunidad Andina*. Bogotá: Ibáñez, 2020.
- Borda Ávila, Margarita Leonor. “Concesiones viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia”. Tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Galvis Macías, Iván Humberto. “Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 13, núm. 2 (2018): 11-52.
- Guasch, José Luis. *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*. Washington: Antoni Bosch, 2005.
- Leudo Paz, Harly Rafael y Ruth Carolina Blanco Alvarado. “Renegociación de contratos de concesión vial”. *Revista Republicana*, núm. 19 (2016): 171-192.
- Mosquera, Leyner y Alexandra González Zapata. “Las brechas socioeconómicas y su relación con la corrupción: elementos clave a la hora de formular políticas públicas”. *Iusta*, núm. 52 (2020): 103-122.
- Palomares García, Jorge Ricardo y Nattaly Calonje Londoño. “Tratados de libre comercio Colombia-Asia: cuestión preliminar y perfiles de negociación”. *Iusta*, núm. 43 (2015): 17-41.
- Palomares García, Jorge Ricardo. “El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 10, núm. 2 (2015): 29-56, <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483> (acceso enero 3, 2019).

- Pardo Posada, Nora Elena. “Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 9, núm. 1 (2014): 32-49.
- Pérez Hualde, Alejandro. “Servicios públicos, régimen, regulación y organismos de control” en *Servicios públicos y organismos de control*, dirigido por Alejandro Pérez Hualde, 1-111. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
- República de Colombia, Congreso de la República. *Auto Legislativo 2 de 2015*, “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* núm. 49 560, 1 de julio de 2015.
- República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. *Sentencia 14 329 de 22 de julio de 2009*. M. P. Ramiro Saavedra Becerra.
- República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-300 de 25 de abril de 2012*. M. P. Jorge Pretelt Chaljub.
- Saidiza Peñuela, Hugo Fernando y Jorge Enrique Carvajal Martínez. “Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal”. *Iusta*, núm. 44 (2016): 17-39.
- Sarmiento Cristancho, Daniel, Sindy Medina Velandia y Rodrigo Plazas Estepa. “Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios”. *Via Inveniendi et Iudicandi* 12, núm. 2 (2017): 101-115.
- Urueta Rojas, Juan Manuel. “Renegociación de concesiones”. *Economía Colombiana*, núm. 324 (2008): 138-153.
- Vargas, Angélica. “Los límites y las consecuencias reales del discurso jurídico de la autonomía privada de la voluntad en el individuo”. *Iusta* 2, núm. 49 (2018): 91-114.