

MIGUEL ANDRÉS GRANADOS CAMACHO

**REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS
VINCULADOS**

(Tesis de Grado)

**Bogotá D.C., Colombia
2019**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Secretaria General: Dra. Martha Hinestroza Rey.

Decana: Dra. Adriana Zapata Giraldo.

**Director Departamento
Derecho Civil:** Dr. José Felipe Navia Arroyo.

Director de Tesis: Dr. Javier Mauricio Rodríguez Olmos.

Presidente de Tesis: Dr. Édgar Cortés Moncayo.

Examinadores: Dr. Carlos Alberto Chinchilla Imbett.
Dra. Margarita Morales Huertas.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I.	
APROXIMACIÓN A LA FIGURA JURÍDICA DE LA VINCULACIÓN	
CONTRACTUAL	1
1) Elaboraciones conceptuales previas	1
a. La ciencia de las redes	1
b. El principio <i>res inter alios acta</i> o efecto relativo de los contratos.	12
c. El paradigma del contrato aislado.....	14
d. El enfoque contractual.....	16
2) Diferencias entre la vinculación contractual y otras figuras jurídicas... 18	
a. La cláusula cross-default.....	20
b. Los contratos atípicos mixtos y puros.....	21
c. Los contratos plurilaterales o multilaterales.....	23
d. El negocio jurídico indirecto.....	24
e. El contrato de sociedad.	25
f. Los contratos relacionales.....	26
g. Los contratos recíprocos.....	27
3) Definición de vinculación contractual.....	27
4) Presupuestos de la vinculación contractual.	34
a. La autonomía privada.	34
b. El interés o función de colaboración asociativa.	38
c. El contexto económico y la economía de mercado.....	40
d. Relativización del principio <i>res inter alios acta</i>	44
e. Desarrollo progresivo del paradigma del contrato relacionado con otros contratos.	45
f. Enfoque sociológico sistémico o teoría sistémica.	49
i. Relaciones internas o entre los miembros del sistema.	51
ii. Relaciones externas o con sujetos ajenos al sistema.....	52
g. La figura vinculación contractual desde la perspectiva de la ciencia de las redes.....	53
5) Requisitos estructurales de la vinculación contractual.....	57

a.	La coexistencia de dos o más contratos autónomos.....	57
b.	La finalidad económica supra-contractual.....	61
c.	La correspondencia sistémica entre las prestaciones.....	67
d.	Repercusiones jurídicas relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica.....	72
e.	Conocimiento de los contratantes y de los sujetos externos al sistema de su existencia y de la pertenencia de los miembros al mismo.....	75
6)	Requisitos accidentales de la vinculación contractual.....	77
a.	Estabilidad.....	77
b.	Relaciones de larga duración.....	78
c.	Multiplicidad.....	79
d.	Identidad de los sujetos que son partes en los diferentes contratos vinculados.....	79
7)	Características de la figura de la vinculación contractual.....	80
a.	La abstracción de la figura.....	80
b.	La atipicidad legal.....	80
c.	Los requisitos estructurales.....	81
d.	La determinación de la finalidad económica supra-contractual proyectada.....	81
e.	Su carácter instrumental.....	81
f.	La calidad <i>intuitu personae</i> de las partes.....	81
g.	La exigencia de ubérrima buena fe.....	83
8)	Indicios de vinculación contractual.....	84
a.	Formal.....	84
b.	Temporal.....	86
c.	Subjetivo.....	86
d.	Referencial.....	87
9)	Criterios de clasificación de la vinculación contractual.....	87
a.	La fuente.....	88
i.	Legal.....	88
a)	Los contratos autónomos recíprocos.....	88
b)	El contrato principal y el contrato accesorio.....	89
c)	El subcontrato.....	92
d)	La sucesión de contratos.....	94
ii.	Voluntaria o subjetiva.....	96
iii.	Funcional u objetiva.....	98

iv. Necesaria o típica.....	99
v. Judicial.....	99
b. La naturaleza del vínculo.....	100
i. Jerárquico.....	100
ii. De coordinación.....	101
iii. Alternativo.....	101
c. Dependencia.....	101
i. Unilateral.....	101
ii. Bilateral.....	104
d. El momento de configuración de la vinculación.....	105
i. Genética.....	105
ii. Modificatoria o extintiva.....	105
iii. Sobrevenida o funcional.....	105
e. Clases de nexos.....	106
i. De concurso.....	106
ii. De continuidad o secuencia.....	106
10) Diferentes especies del género “vinculación contractual”.....	107
a. Conexidad y conexión.....	107
b. Redes y Cadenas.....	108
c. El contrato marco y el contrato específico.....	110
d. Las especies antes citadas de acuerdo con el criterio de clasificación de vinculación con fuente legal.....	111
11) Fundamento legal de la vinculación contractual:.....	111
a. Derecho positivo nacional.....	112
i. El Código Civil.....	113
ii. El Código de Comercio.....	116
iii. La Ley 1480 de 2011.....	117
iv. El Decreto 2438 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.....	118
b. Derecho comparado.....	120
i. El Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina.....	120
ii. La versión del año 2016 de los Principios Unidroit.....	124
iii. La Directiva de la Unión Europea 87-102 del 22 de diciembre de 1986.....	126
iv. La Directiva 2008/48/CE del 23 de abril de 2008 “Con la cual se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”.....	128
v. La Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.....	130

vi. El Código de Comercio de México.....	133
vii. El Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal de México.....	133
viii. El BGB de 2001.....	134
12) Las consecuencias jurídicas derivadas de la vinculación contractual.....	136
a. Los deberes secundarios de conducta.....	136
i. El deber de contribución al sostenimiento del sistema de contratos.....	139
ii. El deber de colaboración para la consecución de un fin común..	140
iii. El deber de planificación del emprendimiento común.....	142
iv. El deber de estabilidad.....	143
v. El deber de trato igualitario.....	144
vi. El deber de lealtad reforzada.....	145
vii. La extensión del deber de información.....	145
b. Cargas derivadas de la vinculación contractual.....	146
i. La carga de diligencia.....	146
a) La elección de los miembros del grupo.....	147
b) El control sobre el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los miembros del sistema.....	147
c) La disminución de los riesgos para el sistema.....	149
ii. La carga de claridad.....	149
iii. La carga de advertencia y previsión.....	150
a) La evaluación del riesgo de inejecución previa a la celebración del contrato.....	150
b) La asignación del riesgo de inejecución entre los miembros del sistema o su aseguramiento.....	151
c) La estipulación de mecanismos que regulen la propagación de las vicisitudes entre los contratos vinculados.....	152
d) La reducción de la incertidumbre.....	153
c. La interpretación de los contratos vinculados.....	153
i. El Código Civil colombiano.....	155
ii. El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.....	156
iii. La reforma del Código Civil francés de 2016.....	156
iv. Los Principios Unidroit.....	158
v. El principio de no trasplante.....	158
d. Efectos procesales de la vinculación contractual.....	160
i. La concesión de acciones directas a los miembros pertenecientes al sistema y a los terceros ajenos a él.....	160

ii. La legitimación sustancial especial y restringida por pasiva y por activa.	165
iii. La integración del litisconsorcio.	167
iv. La extensión de la cláusula compromisoria.	170
v. La carga de la prueba.	174
vi. La vinculación contractual como factor de atribución o prórroga de competencia.	176
e. Propagación de vicisitudes entre los contratos vinculados.	177
i. La inexistencia.	182
ii. La invalidez o nulidad derivada.	183
iii. La ineficacia.	186
iv. La inoponibilidad.	189
v. La terminación de los contratos.	189
vi. El incumplimiento.	192

CAPÍTULO II.

REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS

VINCULADOS	194
------------------	-----

1) El incumplimiento en los contratos vinculados.	194
a. Introducción.	194
b. Definición de incumplimiento contractual.	197
i. El incumplimiento contractual.	197
ii. Clases de incumplimiento contractual.	198
a) Incumplimiento contractual objetivo.	198
b) Incumplimiento contractual subjetivo.	201
iii. Regímenes de responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y sus repercusiones en torno al concepto de incumplimiento.	203
c. El incumplimiento en los contratos vinculados.	206
i. Desde la perspectiva de sus requisitos.	218
a.) De los requisitos subjetivos.	218
b) Requisitos objetivos.	221
c) Requisitos circunstanciales.	223
ii. Desde la forma que adopta el incumplimiento.	226
a) El incumplimiento absoluto.	226
b) Incumplimiento parcial o imperfecto.	230
d) Efectos del incumplimiento en los contratos vinculados y sus particularidades.	233
i. Para el deudor.	233
ii. Para el acreedor directo.	235

iii. Para los acreedores indirectos o miembros del sistema de contratos.	235
iv. Para el sistema en sí mismo considerado.	236
v. Patrimoniales.	236
2) Remedios frente al incumplimiento en los contratos vinculados.	236
3) Remedios tradicionales frente al incumplimiento contractual y su idoneidad tratándose de los contratos vinculados.	242
a. Antecedentes.	243
b. El <i>ius variandi</i> del acreedor y la acumulación de remedios.	244
c. Jerarquización de los remedios tratándose de los contratos vinculados.	245
d. Clasificación de los remedios.	250
e. Cambio de remedio.	252
f. Los remedios tradicionales para superar el incumplimiento contractual.	253
i. El débito primario o la ejecución en especie.	254
a) En los contratos bilaterales.	254
b) En los contratos vinculados.	258
ii. El débito secundario o el equivalente pecuniario.	259
a) En los contratos bilaterales.	259
b) En los contratos vinculados.	263
iii. La indemnización de perjuicios.	264
a) En los contratos bilaterales.	264
b) En los contratos vinculados.	266
iv. La subsanación del incumplimiento.	269
a) En los contratos bilaterales.	269
b) En los contratos vinculados.	275
v. La excepción de contrato no cumplido o suspensión de la ejecución de la propia obligación.	276
a) En los contratos bilaterales.	276
b) En los contratos vinculados.	279
vi. La excepción de contrato no cumplido adecuadamente o de cumplimiento defectuoso.	283
a) En los contratos bilaterales.	283
b) En los contratos vinculados.	284
vii. La resolución del contrato.	284
a) En los contratos bilaterales.	284
b) En los contratos vinculados.	289
viii. La reducción o corrección de la contraprestación.	297

a) En los contratos bilaterales.	297
b) En los contratos vinculados.	300
ix. La cesación de la mora.	302
a) En los contratos bilaterales.	302
b) En los contratos vinculados.	303
x. La cláusula penal.	304
a) En los contratos bilaterales.	304
b) En los contratos vinculados.	305
4) Criterios con base en los cuales elaborar alternativas de solución para el incumplimiento en los contratos vinculados.	305
a. El principio de conservación del contrato.	305
b. La carga de la gestión diligente de los remedios frente al incumplimiento por el acreedor afectado.	309
c. El principio de buena fe.	312
d. El principio democrático.	317
e. El principio de coordinación.	319
5) Remedios específicos para superar el incumplimiento en los contratos vinculados.	321
a. Cláusulas de cumplimiento conjunto.	322
b. Cláusulas de jerarquización y limitación de remedios.	323
c. Operaciones de reemplazo.	324
d. Aceptación del cumplimiento parcial, imperfecto, anticipado o tardío y la reserva del acreedor de los derechos derivados del incumplimiento.	326
e. Acuerdos de cesión de la posición contractual entre los miembros del sistema.	327
f. Mecanismos democráticos al interior del sistema para prevenir el incumplimiento.	329
g. Asignación del riesgo de concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito en cabeza de alguno de los miembros del sistema.	332
h. Medida cautelar innominada de ejecución <i>in natura</i> del contrato vinculado incumplido.	333
CONCLUSIONES.	337
BIBLIOGRAFÍA.	341

INTRODUCCIÓN

“omnia vivunt omnia inter se conexa”.

Cicerón.

Antes de introducir nuestro objeto de estudio consideramos pertinente esbozar la hipótesis que se pretende confirmar o refutar, la cual se puede formular en los siguientes términos: no todos los remedios tradicionales son idóneos y suficientes para superar el incumplimiento en los contratos vinculados, pues solo algunos de ellos permiten conservar el contrato y, en conjunto con los medios de tutela específicos, alcanzar la operación económica conjunta. Preciado esto, abordaremos dentro de la introducción: (i) el marco teórico, (ii) el problema a tratar y su justificación, (iii) la metodología a utilizar, (iv) la distribución del contenido y (v) la conclusión de la introducción.

Marco teórico. El contrato como categoría jurídica abstracta y forma de racionalización de la interacción humana, ha tenido un desarrollo histórico que confluye con la evolución misma del hombre, que se explica en su capacidad de adaptación y de respuesta a fenómenos internos y externos, lo que le ha permitido erigirse en el instrumento por antonomasia a través del cual los particulares satisfacen sus necesidades, y amoldan y programan sus relaciones económicas, tuteladas en forma mediata o inmediata con efectos vinculantes por el ordenamiento. Gracias a estas cualidades es que ha sido posible la construcción primero doctrinaria y luego jurisprudencial, de la figura de la vinculación contractual, carente de tipicidad legal y de unidad de denominación¹, a la que nos referiremos con la terminología de “contratos vinculados”, por ser omnicomprendiva de la categoría como género y precisa, en términos conceptuales.

En este punto, es preciso aludir a las particularidades que dotan de identidad a la figura de la vinculación contractual y la hacen merecedora de una especial atención no solo a nivel académico sino práctico, siendo una de las

¹ Así, se denomina coligación contractual en Italia, grupos de contratos en Francia, *linked o networks contracts* en los sistemas del *Common Law* y contratos conexos en España y en Argentina; dependiendo también la denominación del autor específico, en ese sentido Alterini los ha denominado uniones o cadenas de contratos; López Frías, coligación o grupos de contratos; Cifuentes Santos, contratos combinados; y, Cariota Ferrara, ligamen entre varios negocios.

principales, su naturaleza abstracta y atípica, comprensiva de diversas especies de contratos coligados con características, aplicaciones y enfoques de análisis disímiles.

Otro de sus caracteres distintivos es el que atiende a su naturaleza bifronte, dada la concurrencia de un elemento dogmático y otro evolutivo. En el primero, se identifica la teoría tradicional del contrato aplicable a los contratos autónomos integrantes del sistema -sus requisitos esenciales y los remedios al incumplimiento en contratos bilaterales- y, en el segundo, la construcción gradual del paradigma del contrato relacionado con otros contratos y de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, que conviven con el del contrato aislado y de la reciprocidad de las prestaciones, respectivamente, teorías que surgen con el presupuesto de la morigeración del principio *res inter alios acta acta*.

Asimismo, conviene destacar los tipos de relaciones que se presentan: las internas, entre las partes de los contratos vinculados y, las externas, entre los miembros y los terceros ajenos a él, siendo posible que en las primeras exista o no identidad entre las partes de los diferentes contratos, dependiendo de la especie de vinculación, así como que la interacción se dé entre todos, algunos o alrededor de un único contratante común. Aquí ponemos de presente que debido a su carácter económico más que jurídico, es posible que los contratantes no adviertan que sus operaciones se instrumentalizan a través de contratos que están vinculados², a causa del arraigo de los paradigmas del contrato aislado y de la reciprocidad de las prestaciones, deviniendo en necesario un análisis económico y causal del caso concreto.

Adicional a ello, por su propia concepción, se trata de un instrumento idóneo para incursionar en nuevos mercados y absorber en forma eficiente sus variaciones a través de la distribución de riesgos intra sistémica, así como para reducir la incertidumbre y los costos de transacción, fomentar la producción, transferir tecnología y conocimientos, proteger bienes escasos, descentralizar los procesos productivos y, especializar y dividir en forma eficiente sus etapas, así como satisfacer necesidades complejas en forma rápida y servir de alternativa de financiación.

Problema a tratar y su justificación. A raíz de las particularidades antes enunciadas, con este trabajo pretendemos recoger el panorama y el desarrollo actual de la figura a nivel interno y de derecho comparado a efectos de

² A excepción de la vinculación que tiene origen consensual o voluntaria.

claridad conceptual, para luego abordar el estudio de los remedios contractuales tradicionales que se han utilizado para superar el incumplimiento y realizar juicios sobre su idoneidad y suficiencia respecto de los contratos vinculados, así como proponer alternativas diferentes de satisfacción del interés del acreedor que se correspondan con su teleología y sean a la vez idóneas para sobreponerse a la falta de ejecución de las prestaciones de los contratos. En síntesis, la trascendencia del análisis de la naturaleza, su regulación y los remedios aplicables a los contratos vinculados se justifica por las siguientes razones:

En primer lugar, nuestro estudio tiene como justificación finalística que el ser humano como testigo de su tiempo, y la orientación de la disciplina jurídica hacia la regulación de supuestos fácticos disímiles con repercusiones en el mundo del Derecho producto de la dinámica social, histórica, política, tecnológica, económica y cultural, hacen que los contratos vinculados se encuadren dentro de una hipótesis merecedora de análisis sobre sus efectos y las posibles soluciones frente al incumplimiento con miras superarlo, a conservar el sistema y, en últimas, la operación económica global.

Por otro lado, la ausencia de conceptualización, tipicidad, sistematización y regulación autónoma de los contratos vinculados en los códigos decimonónicos -considerando el momento histórico de su redacción, sin perjuicio de que se puedan identificar textos normativos aislados que contemplan algunas de sus especies, así como normas que les son aplicables, sin llegar a identificar una regulación sistemática de la figura-, ha ocasionado que el desarrollo autónomo de la figura se dé en el plano social, económico, doctrinario y judicial, producto de la influencia de procesos económicos y jurídico-contractuales recientes, como respuesta a la necesidad de atender de manera eficiente las necesidades económicas que se suscitan con ocasión de la complejidad de las procesos de producción y la consecuente división y especialización del trabajo.

En esa línea, otra razón justificativa de gran envergadura reside en que su construcción se ha debido en mayor parte a las elaboraciones doctrinarias más que legales y jurisprudenciales, lo cual ha motivado el surgimiento de criterios disímiles que aún están lejos de unificarse por encontrarse aún la figura de la vinculación contractual en etapa de desarrollo. Además, es preciso indicar que el tratamiento dado hasta ahora ha obviado referirse a los paradigmas en construcción del contrato en relación con otros contratos y de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, los cuales si bien conviven con el paradigma del contrato aislado y de la reciprocidad de

prestaciones, no han sido tenidos en cuenta como presupuestos y requisitos del desarrollo de la figura.

Metodología. La estructura de este trabajo ha sido elaborada partiendo del método inductivo, tomando como base los elementos o partes de la figura de la vinculación contractual para la posterior construcción de la categoría como un todo, y el análisis de los remedios frente al incumplimiento, descendiendo a la hipótesis planteada.

Distribución del contenido. Para ello, dividiremos el contenido de este trabajo en dos capítulos. En el primero, se realizará una aproximación a la figura de la vinculación contractual para alcanzar su entendimiento, comenzando por las elaboraciones conceptuales que la precedieron y sus presupuestos, para luego distinguirla de otras figuras jurídicas y proceder a su definición y a la identificación de sus requisitos estructurales y accidentales, siguiendo con sus características, indicios, criterios de clasificación, especies, fundamento legal y, para terminar, con las consecuencias jurídicas que se derivan de ella.

En la segunda parte, después de realizar una aproximación al incumplimiento en los contratos vinculados partiendo de la ciencia de las redes, procederemos a identificar los remedios tradicionales que se han utilizado para superar el incumplimiento en los contratos bilaterales, para luego analizar su idoneidad y suficiencia frente a los contratos vinculados y proponer otras alternativas de satisfacción del interés del acreedor que se correspondan con la teleología de la figura.

Conclusión. Por último, pretendemos sentar una posición en relación con la idoneidad y la suficiencia de los remedios tradicionales para superar el incumplimiento en los contratos vinculados, así como proponer alternativas específicas e idóneas que se correspondan con la esencia de los contratos vinculados y que permitan satisfacer el interés del acreedor, bien sea confirmando o refutando la hipótesis inicialmente planteada.

CAPÍTULO I.

APROXIMACIÓN A LA FIGURA JURÍDICA DE LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL

1) Elaboraciones conceptuales previas

En este título, por “elaboraciones conceptuales previas” se deben entender aquellos precedentes teóricos que resumen en buena medida el estado de la materia antes de la gestación y construcción doctrinaria de la figura los contratos vinculados, frente a los cuales es posible establecer de manera clara rasgos diferenciadores. Aquí es de precisar que tales elaboraciones conceptuales no desaparecen con la figura de la vinculación contractual, sino que confluyen con el soporte teórico que hace parte de su estructura, como se desarrolla más adelante, dentro de las cuales se encuentran:

a. La ciencia de las redes

Antes de abordar este acápite, es necesario precisar que la terminología de “redes” aquí utilizada es propia del ámbito científico y difiere de la especie de vinculación contractual también denominada “redes”, así como señalar que si bien, *prima facie*, la dogmática jurídica parecería ajena a la ciencia de las redes, cuyos desarrollos se han focalizado en el campo científico, económico, sociológico y de los negocios, tal ajenidad es aparente, en la medida en que son útiles para el estudio de figuras con las cuales se busca dar respuesta a las nuevas y cambiantes relaciones económicas que llevan inmersos procesos con complejidad creciente. Es por esto que emergen como una herramienta transversal a través de la cual encontrar soluciones, disminuir la complejidad y ahondar en el análisis de diversos fenómenos que se presentan como consecuencia de la interacción y de las relaciones entre los individuos. Aclarado esto, abordaremos la siguiente temática: (i) introducción, (ii) antecedentes relevantes, (iii) definición, (iv) clases de redes, (v) topología y estructura, (vi) propiedades de las redes, (vii) la propagación de los virus y enfermedades y, (viii) la vulnerabilidad.

Introducción. La ciencia de las redes es una disciplina en evolución, producto de diversos estudios científicos multidisciplinarios en los campos de la biología, la física, las matemáticas y la economía, cuyas investigaciones han permitido llegar a su entendimiento y por ello pretendemos integrarla al estudio de los contratos vinculados porque es una herramienta idónea para describir diversos sistemas complejos reduciendo su complejidad, así como

para explicarlos con base en las leyes poder que subyacen a todos ellos, partiendo del supuesto de que la formación de las redes responde al deseo de establecer enlaces o entablar vínculos entre los nodos, cualquiera que sea su naturaleza.

Con base en lo anterior podemos afirmar que las redes son aquellos medios que permiten develar la conectividad existente en un sistema complejo a través de leyes de poder aplicables con prescindencia de su naturaleza, en los cuales impera la visión de conjunto sobre la de la sumatoria de elementos, y parten de la existencia de sistemas dinámicos y vivos que se rigen por principios organizados en cada etapa de su formación como consecuencia del constante cambio en sus nodos y enlaces, así como de la premisa de que no tienen escalas y de que, un solo nodo no controla en forma absoluta la red, dada su interconectividad sino, a lo sumo, una fracción de ella.

Antecedentes relevantes. De otrora se utilizó el mecanismo de reducir el todo a las partes, comenzando por el entendimiento de estas últimas para llegar al del primero. Sin embargo, la reconstrucción del todo se tornó difícil, lo que se explica en que “conduciendo por el reduccionismo, nos estrellamos con el duro muro de la complejidad (traducción libre por el autor)”³, dada la infinidad de formas en que se pueden ensamblar las partes. En respuesta a tal realidad, se consideró observar cómo la naturaleza junta las diversas partes “aprovechándose de las leyes globales de la auto-organización, cuyos orígenes son en gran medida un misterio para nosotros (traducción libre por el autor)”⁴ y que son fiel muestra de las más primitivas redes como formas organizativas.

Así, para Barabási lo destacable de las redes es que ofrecen la estructura y la topología para navegar a través de diversos sistemas complejos, dada la interconectividad entre sus elementos e idoneidad para explicar el mundo y, a la vez, reducir la complejidad de los procesos que se observan en él. Es por lo que los científicos empezaron a esquematizar la interconectividad para comprender cómo las diferentes partes que conforman el universo se unen, y a encontrar posibles soluciones a los diversos problemas que se presentan en las distintas ramas del conocimiento haciendo uso de ellas.

Tarea que ha sido posible gracias a la identificación de un modelo común que subyace a todos los esquemas de interconectividad con prescindencia del área

³ BARABÁSI, A., *Linked: How everything is connected to everything else and what it means for business, science, and everyday life*, New York, Basic Books, 2014, pág. 6.

⁴ *Ibid.*, pág. 6.

del conocimiento de aplicación, partiendo de que “las leyes de la naturaleza increíblemente simples y extensas rigen la evolución y la estructura de todas las redes complejas que nos rodean (traducción libre por el autor)”⁵, del cual se han extraído propiedades constantes en las diversas manifestaciones de las redes, que han permitido su mejor entendimiento. Así pues,

La construcción y la estructura de (...) las redes es la clave para entender el complejo mundo que nos rodea. Pequeños cambios en la topología, que afectan solo a algunos de los nodos o enlaces, pueden abrir puertas ocultas, permitiendo que surjan nuevas posibilidades (traducción libre por el autor)⁶.

En esa línea, los primeros en abordar el tema fueron Paul Erdős y Alfréd Rényi, quienes señalaron que las redes se podían explicar a través de un procedimiento de “conectar los nodos al azar (traducción libre por el autor)”⁷ que en principio estaban aislados, y con base en el cual, cuando cada nodo tuviera al menos un enlace, se podría llegar desde cualquiera hacia otro navegando a través de ellos. Empero, “si los nodos tienen menos de una conexión en promedio, nuestra red se divide en pequeños grupos no comunicados. Si hay más de una conexión por nodo, ese peligro se vuelve remoto (traducción libre por el autor)”⁸.

En su opinión, el procedimiento de seleccionar en forma aleatoria parejas y conectar nodos en una misma red se puede subdividir en dos momentos. Antes de ello, “tenemos un montón de pequeños grupos aislados de nodos (traducción libre por el autor)”⁹, pero después “tenemos un grupo gigante, integrado por casi todos (traducción libre por el autor)”¹⁰, aun cuando no todos los nodos se interrelacionen de manera directa. Así las cosas, con esta teoría de la red aleatoria se “equiparó la complejidad con aleatoriedad (traducción libre por el autor)”¹¹, la cual fue creada para las Matemáticas sin pretensiones de hacerla extensiva a otras ramas. Sin embargo, “Erdős sería el primero en estar de acuerdo en que las redes reales deben tener un principio organizativo que las distinga del modelo de red aleatorio introducido por ellos en 1959 (traducción libre por el autor)”¹².

⁵ Ibid., pág. 6.

⁶ Ibid., pág. 12.

⁷ Ibid., pág. 17.

⁸ Ibid., pág. 18.

⁹ Ibid., pág. 18.

¹⁰ Ibid., pág. 18.

¹¹ Ibid., pág. 23.

¹² Ibid., pág. 24.

Más adelante, los estudios de Karinthy y Stanley Milgram permitieron comprobar que las pequeñas separaciones entre los nodos de una red son un factor común en todas sus especies, y es por esta razón que “las enormes redes colapsan (...) mostrando una separación mucho más corta que la cantidad de nodos que tienen (traducción libre por el autor)”¹³, lo que se explica en “la naturaleza altamente interconectada de estas redes (traducción libre por el autor)”¹⁴. Posteriormente, Granovetter sostuvo que la sociedad es una red que

Está estructurada en grupos altamente conectados, o círculos de amigos muy unidos, en los que todos saben que todos conocen a los demás. Algunos enlaces externos que conectan estos grupos evitan que se los aisle del resto del mundo (...) Pequeños grupos en los que cada nodo está conectado a todos los otros nodos dentro del grupo. Estos gráficos completos están vinculados entre sí por unos pocos vínculos débiles entre conocidos que pertenecen a diferentes círculos de amigos (traducción libre por el autor)¹⁵.

Con base en este planteamiento, los amigos cercanos de una persona tienen, a la vez, amigos cercanos y por ende, la sociedad se compone de pequeños círculos de amigos unidos por fuertes lazos, cuyos miembros se conectan con el mundo a través de conocidos con los cuales establecen lazos débiles, los que, a la vez, hacen parte de un grupo diferente de amigos con lazos fuertes. Lo anterior es la base para excluir la teoría de las redes aleatorias, en la medida en que en éstas no habrían vínculos definidos por ser al azar el determinante de los enlaces entre los nodos, y existiría la misma probabilidad de que dos personas se conocieran, lo que no sucede con los grupos de amigos, con los cuales se descubrió que existe una tendencia a la agrupación generalizada en las redes complejas y ello condujo a replantear la aleatoriedad en las redes.

Por último, Watts y Strogatz se encargaron de reconciliar estas posiciones a través de un modelo en el cual dos nodos situados a lo largo de un círculo, se pueden conectar a través de enlaces aleatorios que permiten establecer vínculos distantes, el cual sostiene que si bien los nodos están formados alrededor de un círculo, se conectan también en forma aleatoria con otros nodos. Precisado el *iter* histórico de las aproximaciones para entender la

¹³ Ibid., pág. 34.

¹⁴ Ibid., pág. 34.

¹⁵ Ibid., pág. 42.

estructura y topología de las redes, partiremos ahora de las aproximaciones elaboradas por Barabási.

Definición. La ciencia de las redes es una disciplina que se encarga de develar la conectividad existente en un sistema complejo a través de la identificación de centros, nodos y enlaces en su estructura, con base en leyes de poder universales que siguen todos los sistemas para lograr un entendimiento de su topología y funcionamiento, así como identificar los remedios específicos a las fallas que se puedan presentar y evitar su propagación.

Las clases de redes. Las redes se puedan clasificar con base en dos criterios: (i) la forma de vinculación y (ii) la dirección de sus enlaces. El primero distingue entre redes aleatorias y libres de escalas. En las redes aleatorias cualquier nodo tendría las mismas posibilidades de vincularse a través de sus enlaces con otros, teoría que, valga decir, no se corresponde con la estructura de las redes reales, mientras que en las redes libres de escalas, los nodos más interconectados denominados “centros”, son los que tendrán más enlaces y mayor interconectividad, que bien puede responder a su tiempo de existencia en la red o a su aptitud para generar los vínculos, teoría que explica el funcionamiento de las redes reales en los sistemas complejos.

Por otro lado, el segundo criterio distingue entre las redes dirigidas y las no dirigidas. En las últimas se puede navegar a través de los enlaces en forma bidireccional, sin que se limite o impida la navegación, mientras que las redes dirigidas se dividen en continentes, cada uno de los cuales limita la dirección o impide la navegación entre ellos debido a la inexistencia de enlaces, lo que influye y hace depender la navegación del punto de partida, restándole homogeneidad por tornarse la navegación en unidireccional a causa de la distribución en cuatro continentes¹⁶.

Topología y estructura de las redes. La estructura de las redes se compone de nodos, cualquiera que sea su identidad y naturaleza, unidos por enlaces que permiten establecer entre ellos una relación, así como de centros o nodos

¹⁶ Un núcleo central en el que “cada nodo puede ser alcanzado desde cualquier otro nodo (traducción libre por el autor)”, un “IN” en el cual los nodos “se organizan de tal manera que seguir los enlaces eventualmente te lleva de vuelta al núcleo central, pero si inicias desde el núcleo no te permite volver al continente IN (traducción libre por el autor)”, un “OUT” en el que se puede llegar a todos los nodos desde el núcleo “pero una vez que has llegado, no hay enlaces que te lleven de vuelta al núcleo (traducción libre por el autor)”, así los enlaces se conectan en la red desde el IN hacia el OUT en una sola dirección; y, los zarcillos que se unen solo a los continentes IN o OUT y las islas a las “que no se puede acceder desde el resto de los nodos (traducción libre por el autor)”: BARABÁSI, A., Op. cit., pág. 166.

altamente interconectados, unidos también por enlaces bien sea con otros centros o nodos.

En cuanto su organización, los centros se organizan en forma jerárquica, producto de la interacción entre los distintos nodos y sus enlaces, siendo los encargados de mantener la cohesión y auto-organización de la red, y de permitir su flexibilidad y tolerancia a las fallas internas. Así pues, la complejidad al interior de las redes se estructura a través de nodos y enlaces, y es por esta razón que para eliminarla o, al menos, disminuirla, se debe enfocar en su dinamismo. En consecuencia, “las redes son solo el esqueleto de la complejidad, las carreteras para los diversos procesos que hacen que nuestro mundo vibre (traducción libre por el autor)”¹⁷. De lo anterior salta a la vista que las redes no se organizan de forma aleatoria sino a través de un modelo libre de escalas que responde a leyes universales y “comparte la misma arquitectura dominada por centros (traducción libre por el autor)”¹⁸.

Las leyes de poder o propiedades de las redes. Pareto fue el primero en señalar la posibilidad de la existencia de leyes de poder detrás de las redes complejas ante la inminencia de un punto crítico, que permitieran entenderlas como un modelo basado en la auto organización al interior de los sistemas complejos, en lugar de la aleatoriedad, dentro de las que cabe hacer mención: (i) los centros, (ii) el crecimiento, (iii) la conexión preferencial, y, (iv) la modularidad.

Los centros. Las redes no tienen una estructura centralizada sino que existe “una jerarquía de centros que las mantienen unidas, un nodo fuertemente conectado seguido de cerca por otros menos conectados, seguidos a su vez por una docena de nodos más pequeños (traducción libre por el autor)”¹⁹.

Así pues, los modelos de Erdős-Rényi y de Watts-Strogatz no dan cuenta de los casos en que los nodos tienen más vínculos o conectores de los que en promedio tienen los demás nodos, pasando por alto que los centros como “nodos con un número anómalo de enlaces, están presentes en sistemas complejos muy diversos (traducción libre por el autor)”²⁰, que hacen parte de la estructura de todas las redes como nodos grandes y escasos con un inusual número amplio de vínculos, que les permiten crear rutas cortas entre los restantes nodos de la red y conectarlos, lo que desvirtúa la aleatoriedad, dado

¹⁷ Ibid., pág. 225.

¹⁸ Ibid., pág. 227.

¹⁹ Ibid., pág. 211.

²⁰ Ibid., pág. 56.

que no todos los nodos tienen las mismas posibilidades de conectarse con otros por medio de enlaces. Entonces, podemos afirmar que el grado de distribución de las redes sigue la ley de poder que, en términos matemáticos, se puede enunciar en el siguiente sentido:

El hecho de que en la mayor parte de las redes reales la mayoría de los nodos tengan solo unos pocos enlaces y que estos numerosos pequeños nodos coexistan con unos pocos nodos grandes, los cuales tienen un gran número anómalo de enlaces. Los pocos enlaces que conectan los nodos más pequeños entre sí no son suficientes para garantizar que la red esté completamente conectada. Esta función está asegurada por los centros relativamente raros que evitan que las redes reales se desintegren (traducción libre por el autor)²¹.

En esa línea, el grado de distribución de las redes de acuerdo con la ley de potencia tiene “una jerarquía continua de nodos, que abarca desde centros excepcionales hasta numerosos nodos pequeños (traducción libre por el autor)”²², en las cuales al centro más grande los siguen nodos pequeños, seguidos a la vez por nodos más pequeños. Es por lo que los centros determinan “la estabilidad estructural, comportamiento dinámico, robustez y error y tolerancia de ataque de redes reales (traducción libre por el autor)”²³, con base en los cuales es posible concluir que las redes reales no son aleatorias, debido a la ley de poder que las gobierna y con base en la cual se auto-organizan.

El crecimiento. Las redes reales y complejas comienzan con un número inicial de nodos que con el transcurso del tiempo van creciendo hasta alcanzar su máximo tamaño, con la expansión a través de los nodos y su conexión preferencial. Es por lo que no existe un número fijo de nodos que se conecten con los otros en forma aleatoria, sino que la red se ensambla a través de la adición de un nodo a la vez, de cuya unión surge, y en la cual pueden aparecer o desaparecer espontáneamente enlaces entre nodos, siendo influidas también por “enlaces internos, recableado, eliminación de nodos y enlaces, envejecimiento, efectos no lineales y muchos otros procesos que afectan la topología de red (traducción libre por el autor)”²⁴.

²¹ Ibid., pág. 70.

²² Ibid., pág. 70.

²³ Ibid., pág. 72.

²⁴ Ibid., pág. 90.

Conexión Preferencial. Los nodos no son iguales ni equivalentes los unos a los otros sino que, por el contrario, algunos tienen mayor probabilidad de enlazarse, característica con base en la cual se pueden distinguir los nodos de los centros, que tienen un mayor número de enlaces y, por ende, mayor predisposición para aumentar los existentes, bien sea por (i) el tiempo de existencia en la red y el número de enlaces o (ii) su aptitud para enlazarse²⁵.

En cuanto al tiempo, los nodos iniciales tendrán un lapso mayor para enlazarse y vincularse con otros nodos, a diferencia de los nodos finales o subsecuentes que tendrán menos enlaces. Es por lo que los nuevos nodos preferirán enlazarse con los que tienen más enlaces, convirtiéndose los nodos originales en los centros. Así pues, la cantidad de los enlaces de un nodo estará determinada en función del tiempo de permanencia en la red, mientras que la aptitud para enlazarse tiene en cuenta los casos en que: (i) existen nodos rezagados que, aun cuando aparecen con posterioridad en la red, se apropian de una gran cantidad de enlaces en cortos períodos de tiempo y, (ii) los nodos originales que nunca se apropian de la mayor cantidad de enlaces. Entonces, es posible señalar que los nodos más antiguos no son necesariamente los que poseen más enlaces, en otras palabras:

Cada nuevo nodo decide dónde vincularse comparando la aptitud de conectividad del producto de todos los nodos disponibles y vincularse con una mayor probabilidad a los que tienen un producto superior y, por lo tanto, son más atractivos (traducción libre por el autor)²⁶.

Con base en lo anterior es posible sostener que: (i) “los nodos con una mejor aptitud están vinculados con mayor frecuencia (traducción libre por el autor)”²⁷, (ii) cada nodo es diferente y algunos tienen propiedades que los potencializan y convierten en centros de acuerdo con su habilidad para destacar en ambientes de redes complejas y competitivas²⁸ y, (iii) la aptitud es

²⁵ Al considerar los dos factores que rigen la conexión preferencial podemos afirmar que la velocidad con la que un nodo adquiere enlaces en función del tiempo varía en dependiendo del nodo y es proporcional a su aptitud.

²⁶ BARABÁSI, A., Op. cit., pág. 96.

²⁷ Ibid., pág. 96.

²⁸ Para BIANCONI, la competencia tiene impacto en las redes en las cuales existe una jerarquía entre centros y nodos, siendo posible que un centro se apropie de todos los enlaces y conviva con muchos pequeños nodos. Por ello, los nodos están en constante competencia para mantenerse interconectados y, en la mayoría de casos, el nodo con más enlaces comparte la red con otros nodos ordenados en forma jerárquica.

la encargada de introducir la competencia al interior de las redes en sistemas complejos. Así las cosas, podemos afirmar que

Las redes reales se rigen por dos leyes: crecimiento y conexión preferencial. Cada red comienza desde un núcleo pequeño y se expande con la adición de nuevos nodos. Luego, estos nuevos nodos, al decidir dónde vincularse, prefieren los nodos que tienen más enlaces (traducción libre por el autor)²⁹.

Modularidad. Esta propiedad hace referencia a la capacidad de los módulos o grupos interconectados de nodos a través de enlaces al interior de sistemas complejos fragmentados para realizar una actividad específica, los cuales se encuentran unidos por centros que se enlazan con diversos nodos de módulos variados. Por esta razón, en los niveles organizativos más bajos del sistema existirá menor cantidad de módulos compuestos de centros, nodos y enlaces, a diferencia de los niveles organizativos superiores de las redes, lo que se explica en que en los módulos existe un centro “local” que mantiene la cohesión en su interior y a los cuales se unen otros nodos menos interconectados. En ese sentido:

la modularidad jerárquica arroja nueva luz sobre el papel de los centros también: mantener la comunicación entre los módulos. Pequeños centros tienen enlaces a nodos que pertenecen a unos pocos módulos más pequeños (traducción libre por el autor)³⁰.

A lo cual se suma la coordinación y el mantenimiento de la unidad de los módulos funcionales distantes y de diferentes tamaños, siendo una de las ventajas de la modularidad que “permite que partes del sistema evolucionen por separado (traducción libre por el autor)”³¹, con funciones individuales.

De acuerdo con lo señalado, los pequeños módulos en los que existe un alto grado de interconexión pueden realizar en forma eficiente determinadas funciones, pero al combinarse de forma jerárquica se convierten en menos módulos más grandes y menos interconectados. Así pues, “cuanto más conectado esté un nodo, menor será su coeficiente de agrupamiento (traducción libre por el autor)”³², en ese sentido, el coeficiente de agrupamiento es menor en los módulos pequeños pero su interconexión es

²⁹ BARABÁSI, A., Op. cit., pág. 86.

³⁰ Ibid., pág. 236.

³¹ Ibid., pág. 236.

³² Ibid., pág. 235.

mayor, mientras que en módulos grandes formados por múltiples nodos pequeños el coeficiente de agrupación es mayor pero su interconexión es menor.

Por último, cabe precisar que los módulos se organizan en forma jerárquica desempeñando cada uno una función específica dentro del sistema complejo, lo que hace posible la multifuncionalidad y, por consiguiente, cuando un módulo se encuentra copado en forma simultánea de muchas tareas ello se traduce en la realización de las funciones que le corresponden en forma más lenta. En conclusión, las redes reales en los sistemas complejos se componen de centros, nodos y enlaces, están en constante crecimiento y su vinculación no es aleatoria sino preferencial, además de ser libres de escalas y modulares.

La propagación de los virus y enfermedades. En las redes, los enlaces de los centros y de los nodos son los medios idóneos para la difusión de virus y enfermedades hacia la totalidad de los nodos restantes menos conectados, que se potencializa en los casos en que se supera el límite crítico de la red cuando la velocidad de propagación es mayor que el umbral crítico. Sin embargo, existen algunos virus ajenos a la velocidad de propagación y al umbral crítico, es decir, en las redes reales sin escalas la alta virulencia no asegura su propagación como lo sostiene Pastor-Satorras y Vespignani: “el umbral epidémico desapareció milagrosamente. Es decir, incluso si un virus no es muy contagioso, se propaga y persiste (traducción libre por el autor)”³³ y, por ende, son casi imparables.

En esa línea, dada su alta interconectividad y movilidad, los centros tienen una alta probabilidad de infectarse por alguno de los nodos y de difundir el virus a otros nodos con los que se encuentran conectados, siendo los vehículos ideales para la difusión y persistencia de un virus, mientras que los nodos poco interconectados tienen una mayor posibilidad de sobrevivir. Así las cosas, una de las soluciones que salta a la vista para el tratamiento de enfermedades en escenarios de escasez de recursos, es la atención prioritaria a los centros de la red, siguiendo a Pastor-Satorras y Vespignani, aumentando la probabilidad de exterminar el virus o, al menos, de evitar su extensión, en lugar del tratamiento de todos y cada uno de los nodos al azar, lo cual no excluye la existencia de propiedades específicas en las redes que influyan sobre los patrones universales de difusión.

³³ Ibid., pág. 135.

La vulnerabilidad. Las redes reales están expuestas debido a su vulnerabilidad, en palabras de Paul Baran, “la red centralizada es obviamente vulnerable ya que la destrucción de un solo nodo central destruye la comunicación entre las estaciones finales (traducción libre por el autor)”³⁴, que se manifiesta como un riesgo intrínseco de la conectividad de las redes. Para el mismo autor, las redes centralizadas y descentralizadas son más vulnerables a los ataques, a diferencia de la red distribuida en malla por ser “lo suficientemente redundante para que incluso si algunos nodos decaen, las rutas alternativas mantendrían la conexión entre el resto de los nodos (traducción libre por el autor)”³⁵.

Al respecto cobra relevancia la velocidad de propagación de una falla producto de un ataque al interior de la red, que de aparecer en alguno de los nodos altamente interconectados o centros desencadenaría un efecto en cascada de fallas al interior de la red afectando a los nodos restantes. Es por esta razón que la vulnerabilidad de los centros se torna en el talón de Aquiles de las redes, dada la potencialidad que tiene una falla en un centro de desintegrar la red cuando se sobrepase el punto crítico de fragmentación o cuando vaya acompañado de un efecto en cascada de fallas en los nodos más pequeños. Sin embargo, es preciso indicar que un ataque a los nodos principales de la red no se traduce en forma automática en su desintegración, a menos que produzca un efecto en cascada hacia los nodos más pequeños, sino que “En tales redes, la falla de un nodo tiene poco efecto en la integridad del sistema. Ocasionalmente, sin embargo, el colapso de algunos nodos bien seleccionados desencadena una cascada de fallas que pueden afectar todo el sistema (traducción libre por el autor)”³⁶.

Así pues, la vulnerabilidad es consecuencia de la interconectividad e interdependencia en las redes, producto de la vinculación de los nodos a través de los enlaces y por ello, los mecanismos para curar o remediar las fallas no se deben limitar al centro afectado, sino que deben dirigirse a los nodos con los que se encuentra inmediatamente conectados o próximos, para que sus efectos tengan un mayor alcance. Entonces, para contener los efectos de una falla en la red, se debe trazar primero un esquema que permita entender las interacciones que presentan en su interior e identificar los nodos afectados, para luego analizar las leyes que los gobiernan y así determinar y aplicar los remedios idóneos, bien sean correctivos o preventivos, a los ataques susceptibles de desintegrarlas o, al menos, impedir la extensión de

³⁴ Ibid., pág. 144.

³⁵ Ibid., 144.

³⁶ Ibid., 211.

los efectos adversos, verificando con posterioridad si se aplicó el remedio idóneo, bien sea para continuar o suspender su aplicación o para cambiarlo por otro ante la ausencia de efectos favorables.

b. El principio *res inter alios acta* o efecto relativo de los contratos.

El efecto relativo de los contratos quiere significar que el espectro en el que éstos irradian sus efectos jurídicos se limita en principio, a los sujetos contratantes. Así pues, los contratos solo vinculan a las partes que los han celebrado válidamente, frente a los cuales los terceros solo tienen el deber de respetar tal disposición de intereses, puesto que no los benefician ni les imponen obligaciones positivas. Dicho de otro modo:

Al hablar del principio de la autonomía privada, expresamos que, tal como los particulares tienen la facultad de crear normas jurídicas con carácter vinculante, dichas normas se restringen a un campo de acción bastante reducido, pues únicamente pueden producir efectos frente a las partes del negocio. Este sub principio se ha denominado la “relatividad” de los contratos, o su “efecto relativo”, y se expresa usualmente con la máxima latina *inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*. De acuerdo con ella, las obligaciones y los derechos que surgen del contrato únicamente pueden producir efectos entre las partes, y por regla general no deben vincular a terceros³⁷.

Asimismo, para Pothier, “una convención no tiene efecto sino respecto de las cosas que han sido objeto de la convención y solamente entre las partes contratantes”³⁸, posición seguida por Erika Díaz, para la cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley, pero únicamente para los contratantes y no para aquellos que en nada han intervenido en él”³⁹.

Ahora, es preciso indicar que este principio, además de ser una construcción histórica y un elemento transversal del Derecho de los Contratos, encuentra fundamento en varios textos normativos de códigos decimonónicos disímiles. Así, el primero en recogerlo fue el Código Civil francés que establece que “las convenciones legalmente formadas constituyen una ley para aquellos que las

³⁷ Tal como lo expresa Nicolás Pájaro Moreno, citado por GANDINI AYERBE, F., “Contratos conexos: fundamentos y efectos”, *Revista Conflicto & Sociedad*, Vol. I, n° 2, 2013, pág. 88.

³⁸ POTHIER, R., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947, pág. 58.

³⁹ DÍAZ MUÑOZ, E., *El efecto relativo de los contratos*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1985, pág. 15.

han hecho"⁴⁰, el cual sirvió de fuente para que otros códigos lo adoptaran⁴¹. En igual sentido, a nivel interno nuestro Código Civil dispone que el "concurso real de las voluntades de dos o más personas"⁴² es uno de los supuestos que da origen a una obligación, por medio del cual "una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa"⁴³, texto normativo del cual subyace que el vínculo jurídico surge en principio, entre las partes que suscriben el contrato. En esa línea, señala además que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"⁴⁴, en el sentido que un contratante se obliga respecto de su cocontratante inmediato a la realización de una prestación de dar, de hacer o no de no hacer.

Entonces, a raíz de este Principio es que surge la clasificación que atiende al criterio de vinculación con el contrato, distinguiendo entre partes y terceros. El primero se subdivide a la vez en parte formal y sustancial, siendo la primera aquella que concurre físicamente a la celebración del contrato pero cuyos efectos no se radican en su cabeza, a diferencia de la parte en sentido sustancial. Mientras que los terceros son aquellos que en principio, no están vinculados al contrato, subdividiéndose a la vez en absolutos y relativos⁴⁵. En los primeros, la celebración del contrato solo genera deberes de abstención, de no interferencia u obstrucción, dado que el contrato no tiene la potencialidad de afectar sus intereses, a diferencia de los segundos, a los que la celebración o ejecución del contrato del cual no son parte pueda afectar sus intereses derivado de la proximidad que guarda con aquél. En razón a ello, "Este principio excluye los efectos negativos hacia terceros que no habían

⁴⁰ Artículo 1134 del Código Civil francés.

⁴¹ En relación con los códigos decimonónicos podemos citar el artículo 1545 del Código Civil chileno que establece que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" y en relación con los códigos modernos podemos referirnos al artículo 1372 del Código Civil italiano que dispone que "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser dejado sin efecto sino por mutuo consenso o por causa establecida por la ley" y el artículo 1363 del Código Civil peruano que señala que "Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles".

⁴² Artículo 1494 del Código Civil.

⁴³ Artículo 1495 del Código Civil.

⁴⁴ Artículo 1602 del Código Civil.

⁴⁵ Al respecto Figueroa Yáñez ha señalado que "Los llamados "terceros relativos", esto es, terceros que originariamente no resultaron obligados por el contrato, pero que lo resultarán por causas sobrevinientes, son excepcionales y corresponden en muchos casos a causahabientes a título universal o particular de alguna de las partes": FIGUEROA YÁÑEZ, G., "El efecto relativo en los contratos conexos", *Contratación Privada: Contratos Predispuestos, Contratos Conexos, Código Europeo de Contratos*, Perú, 2002, pág. 318.

acordado en tal sentido, mientras que los efectos positivos hacia terceros son admitidos en gran medida⁴⁶ (traducción libre por el autor)''.

Así las cosas, es posible concluir que ''La regla general es que el contrato no puede alcanzar con su fuerza obligatoria sino a aquellos que constituyen sus partes originarias''⁴⁷. Es decir, en principio, el contrato solo obliga a sus celebrantes, no obstante ser oponible *erga omnes* frente a terceros, en un doble sentido, a saber, ''opera, tanto en contra como a favor de terceros, con la salvedad, esencial, en este último caso, que ellos no pueden exigir la ejecución del contrato, lo que permite distinguir, de manera radical, el efecto obligatorio de la oponibilidad''⁴⁸. Sin perjuicio de lo anterior, con el tiempo este principio se ha ponderado, admitiéndose en algunos casos excepcionales que el contrato produzca efectos jurídicos respecto de terceros no celebrantes, que si bien han sido limitadas y de interpretación restrictiva, su mérito radica en que han avanzado en la materialización de la justicia contractual y en la protección de sus derechos e intereses.

Ahora bien, descendiendo a la figura de la vinculación contractual, se podría considerar que los miembros del sistema que no son partes directas del contrato vinculado, son terceros relativos. Sin embargo, tal afirmación no se corresponde con la realidad, en la medida en que los miembros restantes son necesarios para su ejecución y, por tanto, la correspondencia sistémica que existe entre las prestaciones de los diversos contratos y el resultado económico común a que tienden, así como las relaciones jurídicas que se establecen en su interior, desvirtúan la ajenidad necesaria para considerarlos terceros. En consecuencia, consideramos pertinente que se conserve la denominación *sui generis* de miembros del sistema, toda vez que no encajan en la categoría de partes del contrato ni de terceros y que, como veremos más adelante, en algunos casos, la jurisprudencia ha admitido su legitimación procesal derivada de su consideración como litisconsortes necesarios o cuasinecesarios.

c. El paradigma del contrato aislado.

⁴⁶CAFAGGI, F., ''Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles'', *EUI Working Paper LAW*, n° 15, 2008, pág. 34.

⁴⁷FIGUEROA YÁÑEZ, G., Op. cit., pág. 318.

⁴⁸Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: Anteproyecto de reforma del Código Civil Francés: libro III, títulos III y XX*, Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pág. 125.

Un paradigma como aquella “teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento”⁴⁹, consiste en un saber especulativo con independencia de su aplicación que en nuestro caso, se refiere al contrato aislado como punto de partida y verdad presupuesta, tomado por el codificador decimonónico como el eje central a partir del cual construir la disciplina general y especial de los contratos.

En efecto, en el momento histórico de redacción de los códigos del Siglo XIX, elaborados con pretensiones de generalidad, sistematicidad, abstracción y regulación total de una materia en un solo cuerpo normativo, en la creencia de la omnisciencia del legislador, el contrato individualmente considerado era concebido “como una categoría acabada y perfecta, con significación propia”⁵⁰, capaz de responder de manera satisfactoria a todas las necesidades que la realidad económica del momento demandaba, en el entendido de que “en la realidad socio-económica el contrato aparece de forma individualizada”⁵¹ y esa realidad era la única merecedora de regulación. Es por lo que “Los Códigos Civiles clásicos (y los más modernos también) concibieron los contratos como actos jurídicos separados unos de otros, con un estatuto propio para cada uno de ellos, el que se aplica exclusivamente dentro de los límites de cada contrato particular”⁵².

Así pues, esta concepción del contrato aislado como elaboración acabada y perfecta fue producto de la injerencia de los elementos circunstanciales de la época codificadora, dado que el legislador no es fugitivo de su tiempo y que los supuestos fácticos merecedores de regulación por parte del Derecho responden y se ven determinados por el contexto social, histórico, económico, político y cultural presente al momento de la elaboración de los textos normativos. Entonces, la vinculación entre diferentes contratos fue un supuesto que escapó a su tiempo e hizo que el legislador se centrara en la regulación de la parte general y especial de los contratos, obviando la inclusión de textos normativos que disciplinaran de manera sistemática y general la figura de la vinculación entre distintos contratos pertenecientes a un sistema con una finalidad global, que excede la finalidad económico-social de los contratos autónomos.

⁴⁹ De acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia Española, Edición año 2017.

⁵⁰ LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1994, pág. 255.

⁵¹ *Ibid.*, pág. 255.

⁵² FIGUEROA YÁÑEZ, G., *Op. cit.*, pág. 317.

A partir de esta concepción reduccionista del contrato a su expresión individualizada es posible afirmar que, si bien respondía a las necesidades de la economía de su tiempo, hoy en día no es la única existente ni demandada por los diversos agentes del mercado, teniendo en cuenta “La imposibilidad de encerrar las ‘operaciones’ de intercambio económico actual en el concepto atomizado de ‘contrato’ aislado. Aun cuando para el Derecho tradicional esa visión aislada fuera la común y corriente. Porque el Derecho se desinteresaba de los hechos”⁵³.

Como consecuencia de ello y de la creciente demanda de instrumentos que satisfagan de manera eficiente las necesidades e intereses de un mercado globalizado y especializado, no sorprende que la concepción del contrato en su expresión reduccionista y aislada se torne insuficiente y sea menester atemperarla por medio del análisis en conjunto con las posibles relaciones que se pueden establecer entre distintos contratos autónomos que tienden a la satisfacción de un interés sistémico, considerando la existencia de su manifestación individualizada pero no única.

Así las cosas, el paradigma del contrato aislado como elaboración conceptual previa a la vinculación contractual, sirve como punto de partida para la construcción del paradigma del contrato en relación con otros contratos, los que confluyen y permiten la comprensión global de las relaciones económicas instrumentadas a través de diferentes contratos. Es por lo que “Hoy admitimos progresivamente que nada sucede de manera aislada. La mayoría de los eventos y de los fenómenos están conectados, son causados e interactúan con un gran número de otras piezas de un rompecabezas universal complejo”⁵⁴.

d. El enfoque contractual.

El enfoque se puede definir como la acción de “dirigir la atención o el interés hacia un asunto o problema desde unos supuestos previos para tratar de resolverlo acertadamente”⁵⁵. Así, en nuestro caso el enfoque contractual se puede expresar de la siguiente manera: (i) el enfoque corresponde al contractual, es decir, el análisis se centra en el contrato individualmente considerado; (ii) el asunto hacia el cual se dirige la atención es el

⁵³ PASQUAU LIAÑO, M., *La subrogation*.

⁵⁴ BARABÁSI, A., *Op. cit.*, pág. 7.

⁵⁵ De acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia Española, Edición año 2017.

incumplimiento al interior de los contratos bilaterales; y (iii) los supuestos previos para tratar de resolver acertadamente el incumplimiento al interior de un contrato son los paradigmas del contrato aislado y de la reciprocidad de las prestaciones.

Es por lo que el enfoque contractual centra su atención en el contrato individualmente considerado, partiendo de los paradigmas del contrato aislado y de la reciprocidad entre las prestaciones del contrato bilateral⁵⁶ para construir toda la dogmática tradicional tanto de la parte general como de la parte especial de los contratos, y así dar respuesta a los supuestos de incumplimiento que se puedan presentar a través de remedios o medios de tutela concebidos para superarlo, pero atendiendo siempre a contratos bilaterales.

Con base en lo anterior, es posible señalar que la justificación de este enfoque a partir del cual se aborda el incumplimiento contractual se acompasa con el precario desarrollo de las relaciones económicas al momento de la redacción de los códigos civiles de finales del Siglo XIX, en su mayoría agrarias e individuales, que se erige como la razón principal para que el análisis del contrato no se realizara a partir de un enfoque sistémico.

Así las cosas, el enfoque contractual utilizado en la elaboración de los códigos se centró en el análisis del contrato individualmente considerado como negocio jurídico que vincula a dos o más partes y que, de acuerdo con Lorenzetti⁵⁷, comprende tres perspectivas: una interna, una temporal y otra externa. La primera hace alusión a los elementos, los efectos y la responsabilidad por incumplimiento en el contrato; la segunda, al estudio de la perspectiva interna a lo largo del *iter* contractual, en las etapas pre-contractual, contractual y pos-contractual; y la tercera, al contrato como situación que se impone a terceros.

Los elementos de la perspectiva interna hacen referencia a los requisitos para obligarse⁵⁸, la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y la

⁵⁶ Con base en el cual se entiende como fundamento del cumplimiento de la prestación propia la prestación que la parte cocontratante despliega en su favor.

⁵⁷ LORENZETTI, R., "Teoría sistémica del contrato" [en línea] Disponible en: https://www.google.com.co/search?client=safari&channel=iphone_bm&ei=gcPCWrzPGsfz5gLJrLawCw&q=lorenzetti+teoria+sistemica+del+contrato&oq=lorenzetti+teoria+sistemica+del+contrato&gs_l=psy-ab.3...355137.361123.0.361335.41.35.0.2.2.0.206.4438.1j28j1.31.0....0...1c.1.64.psy-ab.8.31.4472.6..0j35i39k1j0i131k1j0i67k1j0i20i263k1j0i203k1j0i22i30k1j33i160k1j33i21k1.255.jzMkoiP4tNI [consultado el 2 de abril de 2018], pág. 29.

⁵⁸ Artículo 1502 del Código Civil.

solemnidad en caso de ser necesaria; así como a la forma, la interpretación y los medios de prueba, los efectos de las obligaciones, los deberes y riesgos que subyacen en un contrato, y la responsabilidad en caso de incumplimiento por una o ambas partes del contrato⁵⁹. En la segunda perspectiva se analizan los componentes de la perspectiva interna en tres momentos diferentes, antes de la celebración del contrato, durante y después su celebración y ejecución. Por último, la tercera “estudia al contrato como situación jurídica. No se lo mira como relación obligacional entre dos sujetos, sino desde la perspectiva de los terceros que deben respetarlo y sufrir sus efectos”⁶⁰, analizando el contrato desde la posición de los terceros absolutos ajenos al contrato, en el que no intervienen y respecto del cual solo deben evitar entorpecer su celebración y ejecución.

Expuestas las perspectivas de análisis, cabe señalar también que a partir del enfoque contractual se puede distinguir a la vez entre las obligaciones esenciales del contrato y los deberes secundarios de conducta. Las primeras atienden al cumplimiento de las prestaciones asumidas por cada parte a raíz del contrato como causa objetiva de la obligación, dependiendo de la naturaleza típica o atípica del contrato objeto de análisis, mientras que los segundos, aun cuando se diferencian de las obligaciones principales como lo señalaremos más adelante, también pueden dar lugar al incumplimiento del contrato que en principio, solo afectaría al contrato del cual se trate.

Por último, podemos concluir que el desarrollo alcanzado por el enfoque contractual redundará en beneficio de la figura de la vinculación contractual que parte de un enfoque sistémico, dado que este último se puede valer de las perspectivas interna, temporal y externa en relación con el entramado sistémico, debiéndose aceptar la convivencia entre ambos enfoques, el contractual y el sistémico y, a la vez, de sus puntos de partida, como son los paradigmas del contrato aislado y de la reciprocidad entre las prestaciones, para el primero, y los paradigmas del contrato en relación con otros contratos y de la correspondencia sistémica de prestaciones, para el segundo, dejando claro que el interés a satisfacer con el contrato a partir del enfoque contractual es el de las partes del contrato aislado, mientras que a partir del sistémico es el de todos los miembros de la operación económica común.

2) Diferencias entre la vinculación contractual y otras figuras jurídicas

⁵⁹ Se destaca que el juicio de responsabilidad por el incumplimiento del contrato se adelanta, tratándose del enfoque contractual, de forma casi exclusiva, en consideración a la conducta desplegada por el cocontratante inmediato, salvo los eventos de *casus*.

⁶⁰ LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato”, Op. cit., pág. 29.

Existen figuras jurídicas disímiles en las que se logra identificar elementos que son propios de la vinculación contractual, pero que distan en al menos uno de sus requisitos estructurales, lo que les impide desplegar los efectos jurídicos específicos que se desencadenan a partir de la primera. Es por lo que, con el fin de mayor de claridad conceptual, a continuación describiremos las figuras que de manera eventual podrían generar algún grado de confusión en relación con los contratos vinculados, para lo cual delimitaremos de manera clara sus puntos de convergencia y divergencia.

a. La cláusula *cross-default*.

La cláusula *cross-default* es un elemento accidental del contrato de mutuo en virtud del cual las partes establecen que “El Contrato de Préstamo que contiene la cláusula se considerará incumplido si el deudor incumple cualquiera de sus otros contratos de préstamo, incluso aquellos con otros acreedores”⁶¹, aunque el primero no se haya incumplido en estricto sentido. Entonces, es posible advertir que su teleología busca impedirle al deudor el cumplimiento selectivo de sus obligaciones a través de la estipulación expresa del cumplimiento obligatorio con todas las entidades financieras so pena de que en todos los contratos de mutuo en los que tenga la calidad de deudor y se inserte la cláusula, se consideren incumplidos, aun cuando los acreedores mutuantes financieros no guarden identidad.

Así las cosas, es preciso aclarar que esta cláusula no se puede asimilar de manera automática a los contratos vinculados, dado que a pesar de la coexistencia de pluralidad de contratos que propenden por el logro de una finalidad económica supra-contractual consistente en la sostenibilidad y buen funcionamiento del sistema financiero, se debe analizar el requisito de la correspondencia sistémica entre sus prestaciones, según el cual el cumplimiento de las prestaciones contenidas en los contratos vinculados se erige en condición, presupuesto, requisito o complemento necesario para la ejecución de las restantes.

En cuanto al último requisito, podemos afirmar que la dificultad en su satisfacción radica en la posibilidad de que el deudor esté en condiciones de cumplir una o algunas de las obligaciones contraídas con las entidades financieras pero no todas, evento en el que el cumplimiento de la prestación a su cargo en uno de los contratos de mutuo no sería presupuesto, condición, complemento ni requisito necesario para el cumplimiento de las restantes, teniendo en cuenta además que el dinero es un bien de género y por tanto fungible. A ello se suma que el cumplimiento de la finalidad económica supra-contractual, el sostenimiento y buen funcionamiento del sistema financiero, se podría alcanzar aun cuando el mutuario incumpla uno o algunos de los contratos de mutuo, al existir la obligación de los deudores de ser tomadores de seguros para que amparen el incumplimiento y cuyos beneficiarios son las entidades financieras.

⁶¹ GARCÍA MORENO, V., *En El Estado y el Derecho Económico Actual*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág.170.

Por tanto, la inclusión de la cláusula *cross-default* se podría considerar una especie de vinculación contractual con fuente subjetiva o voluntaria pero no funcional, dado que el cumplimiento de las prestaciones a cargo del mutuario no es un presupuesto causal necesario para el cumplimiento de los otros contratos, ni su incumplimiento frustra de manera necesaria la finalidad económica supra-contractual. Sin embargo, su importancia salta a la vista en la medida en que si bien no satisface todos los requisitos estructurales de la vinculación contractual, se podría considerar un evento de vinculación con fuente voluntaria en el que las partes de manera expresa condicionan el cumplimiento de un contrato de mutuo autónomo al de todos los contratos de igual naturaleza suscritos con entidades financieras en los que se incluya tal cláusula.

b. Los contratos atípicos mixtos y puros.

La tipicidad legal se puede definir como aquella categoría que recoge las figuras jurídicas que además de una nominación legal, tienen una disciplina, regulación y atribución de efectos jurídicos establecida en una norma general, impersonal y abstracta, y cuya función social es reconocida como digna y tutelada de manera previa por el ordenamiento jurídico. Es por lo que los contratos típicos se pueden definir como aquellos que forman parte del catálogo legal que establece su nominación, regulación, disciplina y efectos jurídicos, y son tutelados por el ordenamiento por ser la expresión de una función económica social que *ex ante*, es considerada digna de protección.

Por el contrario, los contratos con atipicidad legal son aquellos que, aun cuando sean típicos o atípicos socialmente, no tienen una disciplina, regulación ni atribución legal de efectos jurídicos, pudiendo estar nominados o no, y carecen de la presunción de legitimidad y utilidad social de que gozan los contratos con tipicidad legal, debiendo por tanto demostrarse que la función económico-social que instrumentalizan es digna de tutela. Así las cosas, es posible clasificar los contratos atípicos en mixtos o puros. En los primeros, los particulares conjugan prestaciones de diferentes contratos típicos, o prestaciones producto de su creatividad con prestaciones de contratos típicos, que pueden tener o no acogida en el plano social, mientras que en los segundos, las prestaciones son producto exclusivo de la creatividad de los particulares, no pudiéndose reconducir a prestaciones típicas, a lo que se suma la posibilidad eventual de su recepción en la sociedad.

En esa medida, los contratos atípicos han contribuido en gran medida a la aceptación y al desarrollo de la figura de la vinculación contractual, por abonar el terreno y ser una conquista en el plano social y de los contratos, al lograr que figuras jurídicas sin nominación o disciplina legal sean admitidas y merecedoras de efectos jurídicos vinculantes en tanto vehículos para alcanzar finalidades económico-sociales legítimas, cuya justificación radica en que la realidad excede al Derecho y por tanto, los particulares, en ejercicio de su autonomía privada, están facultados por el ordenamiento para encauzar sus relaciones económicas a través de figuras que sean idóneas para satisfacer de la mejor manera sus intereses⁶², lo que se evidencia con los contratos atípicos y de manera más reciente con la vinculación contractual, como figuras que antes de estar nominadas, reguladas y disciplinadas jurídicamente, son asimiladas por el contexto social y utilizadas como vehículos que satisfacen los intereses y necesidades de los agentes económicos, lo que se explica en que “El surgimiento, el desarrollo y el auge de las nuevas figuras que la realidad económica y social va generando corren parejos con el desarrollo económico de país, de manera que estas apenas se implantan cuando su propia realidad cultural las impone”⁶³.

En síntesis: (i) los contratos atípicos y vinculados son figuras jurídicas diferentes, (ii) la figura de la vinculación contractual es típica socialmente por gozar de acogida como vehículo para conducir relaciones económicas complejas, pero atípica legalmente en la medida en que carece de nominación y disciplina legal, (iii) la tipicidad o atipicidad no solo se predica de los contratos sino de cualquier figura jurídica, y (iv) dado que uno de los requisitos de la vinculación contractual es la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, es posible que esté integrada tanto por contratos típicos, atípicos o ambos, pero no por solo uno de ellos.

Dicho esto, es posible colegir que la principal diferencia con los contratos vinculados es la singularidad de los contratos atípicos, que contienen y conjugan prestaciones de contratos típicos disímiles o de contratos típicos con prestaciones novedosas, mientras que los contratos vinculados, bien sean típicos o atípicos, requieren de la existencia de dos o más contratos autónomos que confluyen para el cumplimiento de una finalidad económica común. Además, en el contrato atípico mixto se puede identificar una única

⁶² Partiendo de la premisa de que el despliegue de tal autonomía no es absoluta y debe someterse a los límites que, en principio, constituyen el orden público y las buenas costumbres.

⁶³ HINESTROSA, F., *La agencia comercial y figuras afines*, en *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pág. 755.

causa, objeto y finalidad contractual, mientras que en los contratos vinculados tales elementos se predicán de todos y cada uno de los contratos pertenecientes al sistema, reiterando que se trata de contratos autónomos y por tanto, cada uno conserva sus requisitos esenciales, los cuales son plenamente identificables.

Por otro lado, los contratos atípicos cumplen con funciones diversas de las finalidades típicas legales tradicionales, mientras que en los contratos vinculados la función que cada contrato cumpla dentro del sistema depende de su tipicidad o atipicidad, es decir, existen tantas finalidades económicas como contratos integran el sistema. Por último, podemos advertir que difieren en cuanto a los problemas jurídicos que suscitan, siendo el más recurrente en los contratos atípicos el régimen jurídico aplicable, mientras que en la vinculación contractual se torna hacia su reconocimiento, admisibilidad y análisis de los efectos jurídicos que se derivan de ella.

c. Los contratos plurilaterales o multilaterales.

En el contrato plurilateral más de dos partes intervienen en su celebración y se puede describir como “Al que tiene originaria o potencialmente más de dos centros de intereses diferenciados, sin que exista reciprocidad o interdependencia entre todas las prestaciones nacidas del contrato”⁶⁴. Es decir, la prestación a cargo de una parte no se justifica de manera necesaria en la contraprestación a cargo de la otra, sino que se encamina a satisfacer intereses distintos y tiene como propósito lograr una finalidad común a las partes originada en su interés de colaboración. En otras palabras:

Los contratos multilaterales son aquellos en los que tres o más partes acuerdan hacer o abstenerse de hacer algo (...) En los contratos multilaterales, a diferencia de los contratos bilaterales, hay más de dos partes y cada una asume obligaciones respecto de cada parte del contrato para lograr un objetivo común (...) ⁶⁵ (traducción libre por el autor).

A diferencia de la vinculación contractual, con el contrato plurilateral se tiende al logro de una finalidad común cuya consecución se instrumenta a través de un único contrato y yace en la esfera contractual. Además, las

⁶⁴ Definición que se extrae de una de las Recomendaciones Generales de la Comisión No. 3 del IV Encuentro de Abogados Civilistas en Santa Fe, en 1990.

⁶⁵ CAFAGGI, F., Op. cit., 17.

prestaciones a cargo de una de las partes no se justifican de manera necesaria en las prestaciones a cargo de las otras.

d. El negocio jurídico indirecto.

El negocio jurídico indirecto es aquel método o procedimiento que “toma al contrato típico como un instrumento para lograr una finalidad distinta de la que previó el legislador”⁶⁶, en el que las partes utilizan contratos típicos como vehículos jurídicos para cumplir de manera indirecta finalidades distintas a la del tipo en el cual se subsume el contrato de manera formal pero no material. Es por lo que aquí “lo que se presenta es una pluralidad de negocios o pactos en donde cada uno de ellos conserva su individualidad”⁶⁷, procedimiento que no se reduce a un contrato sino que “consiste en un método para adaptar u ordenar esquemas negociales preexistentes de una manera tal que produzcan un resultado ulterior que no les es propio”⁶⁸.

Así pues, esta figura se presenta cuando las partes celebran uno o varios negocios adhiriéndose al catálogo legal de contratos. Sin embargo, la finalidad por ellas querida difiere de la finalidad típica de los contratos escogidos, lo que se puede explicar en diferentes móviles subjetivos dependiendo del caso concreto, siendo el negocio típico formal un presupuesto del negocio jurídico indirecto, pues de ser atípico no sería indirecto por no haber desviación de la finalidad o destino típico de los contratos⁶⁹. En consecuencia, podemos señalar que con el negocio jurídico indirecto las partes quieren alcanzar una finalidad que no se corresponde con la de los esquemas negociales escogidos, o cuando “para la obtención del resultado que quieren (...) se utiliza el modelo, legal o social, como un medio, apartándose de la finalidad típica”⁷⁰.

Por último, es preciso aclarar que si bien el negocio jurídico indirecto se integra por una pluralidad de pactos o negocios individualizables, ellos no

⁶⁶ LORENZETTI, R., “Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”, *Rev. AEU.*, Vol. 82, n° 1-12, 1996, pág. 35.

⁶⁷ ALARCÓN ROJAS, F., “Negocio jurídico indirecto”, *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 2003, pág. 37.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 38.

⁶⁹ LORENZETTI, R., “Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”, *Op cit.*, pág. 43.

⁷⁰ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, 2.ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, 2004, pág. 23.

siempre se enmarcan en la categoría de contrato y por tanto, esta figura carecería del requisito estructural de la coexistencia de pluralidad de contratos, necesario para la estructuración de la vinculación contractual. Sin perjuicio de que para la instrumentalización del negocio jurídico indirecto se celebren varios contratos autónomos, cuyas prestaciones sean requisito, condición, presupuesto o complemento necesario de la ejecución de los otros contratos, supuesto en el cual el negocio jurídico indirecto se podría subsumir en una de las especies de vinculación contractual, siempre que la finalidad por ellos querida exceda la esfera contractual y no se limite a la de un contrato típico diferente a la de los negocios celebrados.

En conclusión, si bien pueden converger el negocio jurídico indirecto como una especie de vinculación contractual, es de precisar que no todos los contratos vinculados son negocios jurídicos indirectos ni todo negocio jurídico indirecto se subsume en la figura de la vinculación contractual, toda vez que solo en algunos casos la pluralidad de contratos tendrá como finalidad producir un resultado que no es el propio de los tipos contractuales escogidos, no siendo esta la regla general, y que el negocio jurídico indirecto podría constar de varios pactos pero de un solo contrato con cláusulas que produzcan un resultado que no sea propio del tipo contractual formalmente escogido, no siendo menester la presencia de una pluralidad de contratos. Además, la finalidad querida con los múltiples pactos o negocios puede corresponder a la de un contrato típico diferente, no pudiéndose identificar una operación económica que exceda el plano contractual.

e. El contrato de sociedad.

Con la celebración del contrato de sociedad nace a la vida jurídica un nuevo sujeto de derecho en el cual “los individuos se diluyen detrás de la personalidad obtenida”⁷¹, a diferencia de los contratos vinculados en los cuales los miembros del sistema conservan su autonomía jurídica y física, y no forman una nueva persona jurídica. Además, el desarrollo de la actividad de la sociedad trae consigo un provecho económico que de acuerdo con los estatutos, puede ser repartido en forma de utilidades a los socios o accionistas cada cierto tiempo. En cambio, en los contratos vinculados el provecho de cada miembro tiene como fuente directa el contrato que celebra, es decir, no se deriva de las utilidades que el sistema genere.

⁷¹ LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santafé, Rubinzal-Culzoni, pág. 130.

Por otro lado, el interés que se quiere alcanzar con la constitución de la sociedad se logra a través de la celebración de un único contrato, mientras que en los contratos vinculados se requiere de la suscripción de por lo menos, dos contratos autónomos, sean típicos o atípicos. Nótese, por último, que en el contrato de sociedad el *animus societatis* es un requisito esencial de existencia que se predica del contrato, a diferencia de los contratos vinculados en los cuales el interés de colaboración asociativa no es un elemento esencial de los contratos individualmente considerados sino un presupuesto para configuración de la vinculación contractual, que se predica a nivel sistémico y no a nivel individual y en el cual “Los vínculos individuales pueden ser asociativos o de cambio; no existe una causa jurídica asociativa inicial que por la vía contractual origine la integración. Hay, en cambio, una causa económica que hace que una serie de vínculos individuales deban funcionar como sistema, unificándose para ciertos fines”⁷².

f. Los contratos relacionales.

Los contratos relacionales no son una figura jurídica autónoma en sentido estricto, sino un desarrollo del derecho anglosajón como forma o método de interpretar el contenido contractual, según el cual el objeto del contrato es determinable a través de procedimientos reglados establecidos por las partes al momento de su celebración y se transforma en un “sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad”⁷³. Así pues, conforme a este método, “el contrato actual (...) presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento”⁷⁴, esto es, “se trata de vínculos múltiples sustentados en la confianza entre los agentes para lograr una metodología de producción flexible, que es lo que exige la economía actual”⁷⁵, deviniendo el contrato en “un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos”⁷⁶.

Con base en lo anterior podemos afirmar que a través de este método interpretativo se “establece y/o regula una relación a largo plazo entre las partes, en general preservando una cierta flexibilidad para que (...) puedan

⁷² LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 36.

⁷³ LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato”, Op. cit., pág. 41.

⁷⁴ Ibid., pág. 42.

⁷⁵ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 31.

⁷⁶ LORENZETTI, R., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2001, 123.

ajustar su relación a medida que las nuevas circunstancias y el paso del tiempo así lo recomienden⁷⁷, conforme con el cual, si bien el contrato no tiene prestaciones pre-definidas, puede existir en forma autónoma sin la concurrencia de otros, a diferencia de la vinculación contractual que tiene como requisito estructural la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos.

Sin perjuicio de que los contratos vinculados se puedan interpretar en forma individual haciendo uso de la teoría de los contratos relacionales, que se corresponde con la idea de contratos con prestaciones sucesivas y de larga duración, y permite abordar las relaciones económicas flexibles cuyo objeto más que un prestación definida *ex ante*, se podría analizar como un programa de comportamiento a futuro. Entonces, podemos concluir que la teoría de los contratos relacionales y la figura de la vinculación contractual no se excluyen, en la medida en que los contratos integrantes del sistema pueden ser interpretados con base en ella, como modo de atribución de significado a las prestaciones de un contrato específico según su desarrollo temporal.

g. Los contratos recíprocos.

Los contratos recíprocos son aquellos contratos en los cuales “las partes de todos los acuerdos “son las mismas”, en relación de dependencia mutua⁷⁸, cuya naturaleza no se excluye con la vinculación contractual en la medida en que puede darse el supuesto de pluralidad de contratos con identidad total de partes, que instrumentalicen una operación económica global y en los cuales exista una vinculación de tipo funcional con el lleno de sus requisitos estructurales. Sin embargo, cabe precisar que en los contratos con vinculación funcional la identidad de partes no es un requisito estructural sino accidental, que bien puede agotarse o no dependiendo de la especie de vinculación contractual sin que se desnaturalice la figura.

3) Definición de vinculación contractual.

Antes de exponer nuestra definición de vinculación contractual, precisaremos el sentido de las palabras “vinculación”, “vincular”,

⁷⁷ LOPES ENEL, J., “Contratos coligados”, [en línea], *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Núm. 132, Brasil, 2003. Disponible en: <https://basesbiblioteca.uexterna.do.edu.co:2270/#/vid/contratos-coligados-567926402> [consultado el 2 de abril de 2018]

⁷⁸ MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

“conexión” y “coligarse”, así como las definiciones doctrinales, jurisprudenciales y legales más destacadas que se han elaborado sobre la materia. Así las cosas, la palabra “vinculación” proviene del latín tardío *vinculatio*, -ōnis como la “acción de atar”, “atadura” cuyo significado se concreta en la “acción y efecto de vincular”⁷⁹. El verbo “vincular” del latín tardío *vinculāre* “encadenar”, alude a la acción de “atar o fundar algo en otra cosa”⁸⁰ y de “someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa”⁸¹. Por último, “conexión” se define como el “enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra”⁸², y “coligarse” del latín *Colligāre* como lo “dicho de una persona o de varias: unirse, confederarse con otra u otras para algún fin”⁸³. Precisado lo anterior, a continuación nos referiremos a las definiciones doctrinales, jurisprudenciales y legales más destacadas, empezando con las primeras y siguiendo ese orden. Así pues, para Messineo, con los contratos vinculados se

Quiere indicar el caso en que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua, en el sentido de que la ejecución del uno queda subordinada a la ejecución del otro (...) La característica de los contratos recíprocos (que, por otra parte son autónomos, aunque interdependientes) deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como unidad económica. Desde el punto de vista jurídico, su característica estriba en esto: que cada uno constituye como la causa del otro⁸⁴.

Aquí es de señalar que nos apartamos de la definición antes transcrita en cuatro puntos específicos: (i) la identidad de partes no es un requisito estructural sino accidental de la figura, (ii) la correspondencia funcional se puede dar entre dos o más contratos, (iii) en estricto sentido, no median entre ellos relaciones bilaterales de reciprocidad sino de correspondencia sistémica entre sus prestaciones y (iv) la vinculación además de origen subjetivo o voluntario, puede ser legal, funcional, necesaria o judicial.

A la vez, Gandini Ayerbe señala que “Los contratos conexos se pueden entender como los fenómenos mediante los cuales se requieren, para la

⁷⁹ De acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia Española, Edición año 2017.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ MESSINEO, F., *Op. cit.*, pág. 403-404.

realización de un acto o negocio único, la celebración de una serie de contratos relacionados entre ellos, que sin embargo guardan entre sí autonomía”⁸⁵. Así mismo, Francesco Galgano advierte que “Muchos autores han tratado el tema de los contratos coligados señalando que hay una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja”⁸⁶. Al respecto, Betti ha señalado que tiene ocurrencia cuando “nos encontramos ante una multiplicidad de negocios, unidos en un supuesto de hecho complejo, por nexos que no excluyen el valor autónomo de cada uno”⁸⁷. Por su parte, Ferrando indica:

Las partes, en ejercicio de su autonomía negocial dan vida, contextualmente o no, a diversos contratos los cuales, caracterizándose en función de su propia causa y conservando la individualidad propia de cada tipo negocial, bajo cuya disciplina permanecen respectivamente sometidos, son, sin embargo, concebidos y queridos funcional y teleológicamente conexos entre sí y puestos en relación de recíproca dependencia⁸⁸.

Así también, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Argentina⁸⁹ se precisó su definición en los siguientes términos:

Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único, se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio.

Así las cosas, es posible afirmar que las definiciones antes citadas recogen los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, la finalidad económica supracontractual y la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos vinculados, coincidiendo en la necesidad de su concurrencia para la estructuración de la figura.

⁸⁵ GANDINI AYERBE, F., Op. cit., pág. 86.

⁸⁶ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, trad. Blasco Gasco-Prats Albetosa, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, pág. 114.

⁸⁷ BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Traducción de M. Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 218.

⁸⁸ FERRANDO G., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contratto e impresa*, 2000, pág. 127.

⁸⁹ Celebradas en Santa Fe en el mes de septiembre de 1999.

Por otro lado, autores como Teyssie, Díez-Picazo y Alterini enfatizan en la finalidad económica supra-contractual que persiguen. Para el primero "...si varios contratos tienen un mismo objeto o si ellos participan en la realización de un fin común, por manera que poseen una misma razón de ser, constituyen un verdadero grupo"⁹⁰, posición que comparte Díez-Picazo al referirse a los contratos vinculados como "aquellos casos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos una finalidad empírica que persiguen o que pretenden"⁹¹. Por último, Alterini señala que "varios contratos pueden estar vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global"⁹². En relación con la definición elaborada por Díez-Picazo, es de precisar que los contratos autónomos y vinculados bien pueden ser típicos o atípicos, sin que exista razón alguna que justifique la exclusión de los contratos atípicos, siendo el factor determinante la coexistencia de pluralidad de ellos.

En distinto sentido, Bianca ha elaborado una definición que pone el acento en la correspondencia entre las prestaciones de los contratos vinculados, al definirlos como "aquellos contratos respecto de los cuales existe un nexo de interdependencia"⁹³ con independencia de la voluntad de los contratantes, pudiendo identificar en este autor la definición de vinculación contractual de origen funcional derivada de la interpretación en conjunto de los contratos, de la que se extrae la finalidad económica supra-contractual querida e instrumentalizada a través de la diversidad de contratos.

A diferencia de las anteriores definiciones, autores como Caringella y Gutiérrez Frías, hacen hincapié en la naturaleza de técnica de la figura. Para el primero, la vinculación contractual consiste en "una particular técnica contractual mediante la cual las partes predisponen de una serie coordinada de actos negociales con miras a la realización de un resultado económico unitario"⁹⁴, y para el segundo, en una "técnica negocial en la cual dos o más

⁹⁰ TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, Paris, 1975.

⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1983, pág. 388.

⁹² ALTERINI, A., *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pág. 194.

⁹³ BIANCA, M., *Derecho civil: 3 el contrato*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 502.

⁹⁴ CARINGELLA, F., "*Studi di diritto civile*", Citado por CHIEPPA, R., *Temi di diritto civile, penale, amministrativo. Prova scritta concorso Magistrato Ordinario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, pág. 49.

contratos interactúan para la realización de una determinada operación, generando en dicha interacción determinados efectos relevantes para el derecho”⁹⁵.

Por último, indica López Frías la que vinculación contractual se estructura “Cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”⁹⁶. Con esta última definición, que consideramos la más acertada y completa, se pone de relieve el requisito estructural de las repercusiones jurídicas relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica de los contratos vinculados, mencionado también por Gutiérrez Frías en su definición.

Expuestas las definiciones doctrinarias más relevantes, nos referiremos ahora a las elaboraciones en esta materia realizadas por la jurisprudencia nacional. Así pues, la Corte Suprema de Justicia, al ocuparse del tema en el 1999 señaló que:

Sucede con frecuencia que en ejercicio de la llamada autonomía negocial y tras expresar su voluntad en un único documento, las partes le dan vida a diversos contratos que, aun conservando su identidad típica y por ende quedando sometidos a la regulación que les es propia, quedan sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con relación de recíproca dependencia, hasta el punto de que las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en los otros, casos en los cuales es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes (...)”⁹⁷.

Al respecto, consideramos acertado aclarar que: (i) la unidad documental es un indicio formal documental a lo sumo y no un requisito de la figura, (ii) además de la voluntad, la vinculación puede tener fuente funcional, legal o necesaria y, (iii) los contratos que integran la figura pueden ser típicos o

⁹⁵ GUTIÉRREZ FRÍAS, G., *La conexidad contractual en el contexto de las transformaciones del contrato*, Trabajo de grado de maestría, Universidad Externado de Colombia, 2011, pág. 51.

⁹⁶ LÓPEZ FRÍAS, A., Op. cit., pág. 273.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de octubre de 1999, M.P. Silvio Fernando Trejos.

atípicos. Años más tarde, en el 2007, la misma Corporación amplió su definición al sostener que, “En procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen”⁹⁸. Siguiendo esa línea, dos años después se pronunció sobre la figura, en los siguientes términos:

La coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, *ab origine* (en el origen) e *in fine* (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos⁹⁹.

Tiempo después, se basó en la definición de Messineo, al indicar que:

conexos son aquellos celebrados usualmente por las mismas partes –pero puede suceder que incluso en uno o varios de ellos participe un tercero adicional, en un solo acto, que a pesar de estar regulados cada uno de modo independiente, por razones diversas tales como la interdependencia, reciprocidad, vinculación genética o funcional (Messineo) han sido doctrinalmente tratados como una unidad económica sometida a la misma suerte¹⁰⁰.

Para finalizar, en el año 2017¹⁰¹ se estableció que es una figura que se estructura “cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones, cada una sometida a las normas que la regulan y dirigida al fin que la caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arropa, cuyo

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1º de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de noviembre de 2016, M.P. Margarita Cabello Blanco.

¹⁰¹ Misma sentencia en la que se señaló que es una “figura que supone una pluralidad de ellos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse”¹⁰¹: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

logro sólo es posible en virtud de su armónica conjunción”¹⁰². Así las cosas, todo lo anterior pone de presente que la jurisprudencia nacional recoge los elementos de las definiciones doctrinarias, salvo el de las repercusiones jurídicas relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica y el del conocimiento de los contratantes y de los sujetos externos al sistema de su existencia y de la pertenencia de los miembros al mismo.

Por otro lado, nos referiremos a la única definición legal de vinculación contractual que contempla el Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina en su artículo 1073, en el siguiente sentido:

Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Del texto transcrito es posible advertir que contempla en forma expresa los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, de la finalidad económica supra-contractual y de la correspondencia sistémica entre las prestaciones. Sin embargo, al determinar el momento en que surge la finalidad económica común, la circunscribe a la vinculación genética, pero deja abierta la posibilidad de que la vinculación modificatoria, extintiva o sobrevenida, se pueda derivar de la interpretación de los contratos. Asimismo, precisa que la vinculación puede tener fuente legal, necesaria -el artículo 1073-, convencional, funcional y judicial, aunque no señale ésta última en forma expresa.

Habiéndonos referido a las definiciones doctrinarias, jurisprudenciales y legales de vinculación contractual, a continuación procederemos a plantear la definición que consideramos recoge la esencia de la figura. Así, para nosotros la figura de la vinculación contractual es una forma de organización por medio de la cual varios sujetos instrumentalizan o desdoblan un negocio complejo en sentido económico a través de una pluralidad coordinada de distintos contratos autónomos que coexisten, cuyas prestaciones guardan una relación de correspondencia sistémica y concurren en su ejecución al logro de una única finalidad económica supra-contractual, vinculación de la cual se

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

derivan efectos jurídicos relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica, que debe ser de conocimiento, expreso o indiciario, de los contratantes y de los sujetos ajenos al sistema que contratan con uno o algunos de sus miembros.

4) Presupuestos de la vinculación contractual.

En este acápite se desarrollarán los presupuestos de la vinculación contractual como aquellos elementos que conforman el soporte teórico y conceptual en el cual se apoya, y que se erigen como las bases dogmáticas que han permitido su construcción y desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legal.

a. La autonomía privada.

La autonomía privada se puede definir como el “poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, reconociéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos¹⁰³”, siendo un “medio de atender a los intereses singulares procurando la circulación de los bienes, el adelanto comercio y la evolución del derecho¹⁰⁴”. Asimismo, su definición incluye “el reconocimiento de la potestad creadora del particular... y la necesidad de que el Derecho “sirva” al hombre y no a la inversa; que se ponga a tono con sus necesidades y apetencias, que no signifique una traba o “injerencia” indebida a la vida económica y sus necesidades”¹⁰⁵.

Sin embargo, el poder creador antes descrito como autonomía privada no es absoluto sino que se debe enmarcar dentro de los límites legales generales como el orden público y las buenas costumbres, que cumplen una función correctora tanto en el elemento dogmático tradicional como en el elemento evolutivo de los contratos vinculados. Entonces, aunque la figura de la vinculación contractual carezca de tipicidad legal, es admisible de cara al ordenamiento jurídico colombiano por ser una manifestación de la autonomía

¹⁰³ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pág. 121.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 110.

¹⁰⁵ MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, pág. 16.

privada de los particulares en la reglamentación de sus intereses privados. Y ello es así porque además su admisibilidad tiene sustento en el principio constitucional de legalidad¹⁰⁶, según el cual los particulares pueden hacer todo aquello que no se encuentre prohibido, toda vez que en Colombia no obra prohibición alguna frente a la utilización de la vinculación contractual como instrumento para encauzar las relaciones entre los particulares. Así pues, esclarecida la legitimidad y el reconocimiento implícito que el ordenamiento jurídico hace de los contratos vinculados, sin perjuicio del reconocimiento explícito por vía jurisprudencial desde finales del siglo pasado, a continuación abordaremos el análisis de la autonomía privada como uno de sus presupuestos fundantes.

Es claro que la figura de la vinculación contractual es una manifestación de la autonomía de los particulares. No obstante, retomando la distinción entre el elemento dogmático tradicional y el evolutivo señalado en la introducción de este trabajo, se puede apreciar que el grado de su extensión difiere en cada uno de ellos. En el primero, se observa una menor extensión de la autonomía, en el sentido de que si bien los contratantes pueden tomar la decisión de contratar, de elegir a sus cocontratantes inmediatos y de optar por los contratos del catálogo legal o por la creación de nuevos para instrumentalizar sus relaciones, existen textos normativos que fijan el marco jurídico general y específico para conducirlos, así como una dogmática tradicional según la cual los contratos autónomos, típicos o atípicos, integrantes del sistema deben cumplir tanto con los requisitos generales como los propios de cada uno de ellos.

A diferencia del primero, en el segundo la creatividad de los particulares tiene un mayor grado de extensión, dado que con independencia de la fuente de la vinculación se pueden apreciar las siguientes manifestaciones de la autonomía privada, toda vez que los sujetos: (i) eligen un vehículo compuesto por pluralidad de contratos para alcanzar un negocio en sentido económico, (ii) escogen los miembros del sistema con los cuales alcanzar la finalidad proyectada, así como los contratos que cada uno de ellos se encargará de ejecutar, (iii) seleccionan la especie de vinculación contractual, (iv) establecen como requisito previo, presupuesto, complemento o condición necesaria del cumplimiento de la prestación a su cargo, el cumplimiento de las prestaciones en cabeza de uno o algunos de los miembros del sistema, (v) regulan entre ellos relaciones de coordinación y de colaboración para el funcionamiento del

¹⁰⁶ Consagrado en los artículos 6 y 95, según los cuales “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” y las personas deben cumplir la Constitución y las leyes, respectivamente.

sistema, (vi) contemplan los efectos jurídicos derivados de la interacción entre los diferentes contratos, (vi) incluyen la limitación o extensión de la propagación de las vicisitudes de un contrato en relación con los otros, así como los remedios para superar el incumplimiento y, (vii) participan en la escogencia de la finalidad económica supra-contractual que se quiere alcanzar, así como de los mecanismos democráticos para la resolución de conflictos, en caso de existir.

Por lo anterior, es posible afirmar que la autonomía privada y la “creatividad jurídica” fungen como dinamizadores de los textos normativos contenidos en los códigos, en la medida en que los agentes económicos propenden porque la gestión de sus intereses sea tutelada a nivel jurídico para producir de manera plena sus efectos, en busca siempre del instrumento que les permita satisfacer de manera eficiente sus expectativas económicas, genere los menores costos de transacción y los haga más competitivos en el mercado, respetando los límites a la autonomía privada que de antaño han sido decantados. En resumen,

El creciente comercio transnacional y la interdependencia de las naciones, como el surgimiento de mercados regionales y mundiales, plantea la necesidad de armonizar legislaciones y ello sólo puede hacerse tomando en cuenta los elementos esenciales, mínimos, dejando libertad a los individuos para que las recepten y adecuen a sus intereses¹⁰⁷.

Ahora, es preciso referirnos a las dos dimensiones desde las cuales se puede analizar la autonomía privada al interior de la figura de la vinculación contractual: una positiva y otra negativa. La dimensión positiva se expresa en la prerrogativa que tienen los particulares para instrumentalizar un único negocio en sentido económico a través de contratos diversos, y la negativa, en excluir a través de cláusulas contractuales la posibilidad de vinculación entre los contratos.

En cuanto a la primera, baste decir que se refiere a la vinculación de origen voluntaria, funcional u objetiva y judicial, pero no a la legal ni a la necesaria. Así, es posible que los particulares dispongan vincular diversos contratos autónomos, existiendo o no vinculación funcional entre ellos a través de disposiciones expresas, o que dirijan su conducta a acreditar el vínculo funcional para hacer derivar de él las consecuencias jurídicas que le son

¹⁰⁷ LORENZETTI, R., “Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”, Op. cit., pág. 37.

propias. En todo caso, tal ejercicio debe respetar los límites del orden público y de las buenas costumbres. Mientras que en la segunda, aun cuando las partes puedan disponer de sus intereses y agenciarlos de la manera en que mejor lo consideren, tal prerrogativa no es absoluta ni puede ir en detrimento de los derechos de terceros.

En tal sentido, aunque los miembros excluyan a través de las cláusulas expresas la vinculación contractual, ello no obsta para que alguno de ellos acredite la correspondencia necesaria entre las prestaciones para la ejecución de los contratos siempre que no vaya en contra de sus actos propios. Así mismo, una estipulación al respecto carecería de sentido en caso de que se torne en un mecanismo abusivo mediante el cual un miembro ejerza su poder en desmedro de los intereses de los restantes. En los supuestos antes descritos sería procedente la declaración de la existencia de la vinculación contractual con fuente judicial en caso de presentarse controversias, aun mediando disposición en contrario por las partes, razonamiento expuesto por los jueces franceses en los siguientes términos:

La disposición expresa en el sentido de que uno de los contratos subsiste al incumplimiento (o a la invalidez de los otros contratos) era contraria a la 'relación económica' del contrato 'en contradicción con la estructura general del contrato' (...) los tribunales (franceses) han estado dispuestos a revocar las cláusulas que mantendrían la obligación del deudor, aun cuando el contrato fuere claramente parte de una operación económica más compleja que se terminó por eludir o rescindir los otros contratos¹⁰⁸ (traducción libre por el autor).

Así las cosas, se aprecia una mayor extensión de la autonomía privada en su dimensión positiva que en su dimensión negativa. Como puede verse, la autonomía privada es uno de los presupuestos fundantes que permitieron la construcción de la figura de la vinculación contractual como instrumento a disposición de los particulares para ordenar de manera eficiente sus relaciones, cuyo grado de extensión se puede analizar en su elemento tradicional y evolutivo, así como en su dimensión positiva y negativa, que depende en gran medida del sistema político económico del Estado en que se pretenda invocar, dado que en caso de economías planificadas, restrictivas y altamente intervenidas, se relegaría al mero plano académico.

¹⁰⁸ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 30.

b. El interés o función de colaboración asociativa.

La doctrina ha identificado y clasificado los principales intereses o funciones económico-sociales que pueden cumplir los contratos, dentro de las que se sobresalen las funciones de cambio de titularidad y uso, de financiación, de garantía, de custodia, de colaboración gestoria, de colaboración asociativa, de previsión, de recreación, de extinción, de gratuidad, entre otras. En este punto, conviene distinguir primero entre la función de colaboración gestoria y de colaboración asociativa, dadas sus características particulares y su relevancia a efectos de nuestro estudio, para luego desarrollar esta última en el contexto de la figura de la vinculación contractual. Al respecto, si bien ambas son funciones de colaboración, difieren en la titularidad del interés, toda vez que en la colaboración gestoria el interés radica en forma exclusiva en el delegante, mientras que en la asociativa se comparte un interés común entre los miembros del sistema.

Así, en la primera las partes no comparten un interés común sino que una de ellas delega la ejecución de actividades en otra por la imposibilidad física o la dificultad de realizarlas por sí misma, como es el caso del mandato, radicándose los efectos jurídicos de la disposición de intereses en el delegante. Por el contrario, en la segunda se propende por una actuación mancomunada en la cual los sujetos, conservando su autonomía física y jurídica, unen esfuerzos para el logro de un objetivo económico común del cual se benefician de manera individual y conjunta, y los efectos jurídicos recaen en el sujeto que celebra el contrato respectivo, por no existir delegación sino asociación para alcanzar un objetivo común.

En otras palabras, la función o el interés de colaboración asociativa se concreta en alcanzar una finalidad común y por tanto, es la función principal que se puede identificar en la figura de la vinculación contractual, en la que “esa modalidad se da a través de uniones de contratos que conviven en un sistema conexo”¹⁰⁹ y se satisface a través de la organización y planeación de un negocio en sentido económico instrumentalizado a través de la celebración de dos o más contratos.

Así las cosas, conviene ahora precisar que el interés de colaboración asociativa en los contratos vinculados se justifica y es resultado de la complejidad de las relaciones económicas y de la creciente especialización y división del trabajo, dado que en ocasiones no es posible alcanzar la finalidad

¹⁰⁹ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 18.

proyectada a través de la celebración de único contrato, y responde al deseo innato de los humanos “de formar camarillas y grupos que ofrezcan familiaridad, seguridad e intimidad”¹¹⁰, como una de las manifestaciones de la tendencia de la naturaleza humana a agruparse.

En ese sentido, la vinculación contractual como expresión de la función de colaboración asociativa se enmarca en uno de los supuestos de integración parcial para el logro de un objetivo común, en la que los miembros del sistema conservan su individualidad y su autonomía física y jurídica, así como la derivación directa de sus ganancias, por no derivarse la asociación de la celebración *ab initio* de un contrato de sociedad sino de la finalidad económica supra-contractual perseguida con el sistema. En esa medida, el interés de colaboración asociativa es un reconocimiento de la limitación de los recursos técnicos, financieros, tecnológicos, administrativos, espaciales y humanos de los miembros del sistema, así como de la necesidad de aunar esfuerzos con otros agentes del mercado para el logro de un emprendimiento común a través de relaciones de colaboración y de coordinación mediante la asignación eficiente de prestaciones a cargo de cada uno de ellos, que si bien son partes de diferentes contratos, pertenecen a un mismo sistema. Así pues,

Ese carácter asociativo existe porque hay un interés común, que surge cuando una parte contratante posee interés personal y directo en la obligación de la contraparte. Uno de los contratantes obtiene satisfacciones indirectas a través de la prestación que realiza la otra, sin que exista un vínculo de cambio. De esa actuación concertada deviene una utilidad que excede la noción de contraprestación¹¹¹.

Entonces, los miembros del sistema suscriben contratos en forma mancomunada porque propenden por la obtención de una finalidad económica común que se han proyectado en forma previa o concomitante. En consecuencia, para la satisfacción del interés de colaboración asociativa no es suficiente para los miembros del sistema el cumplimiento aislado de las prestaciones a cargo de su cocontratante inmediato, sino que debe darse la satisfacción conjunta de las prestaciones en cabeza de todos los sujetos con quienes se relacionan, bien sea en forma mediata o inmediata.

¹¹⁰ BARABÁSI, A., Op. cit., pág. 50.

¹¹¹ LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 124.

Por último, es de aclarar que la función económico-social inmediata de los contratos individuales del sistema puede corresponder a las mencionadas en líneas anteriores. No obstante, el interés transversal que subyace a todos ellos es el de colaboración asociativa que une a los diversos contratos con miras a logro de una finalidad económica. En efecto, si bien el interés de colaboración asociativa es un presupuesto para la consecución de una finalidad económica global, por ser necesario para el desenvolvimiento de las tratativas y del acuerdo inicial entre los miembros del sistema para su estructuración, en la fase de ejecución y de materialización de las relaciones económicas, muta a la categoría de requisito estructural denominado correspondencia sistémica de las prestaciones, como se desarrollará en las páginas siguientes.

c. El contexto económico y la economía de mercado.

La apertura de los mercados, la atenuación de las fronteras nacionales e incluso su desaparición, la aceleración de la globalización económica, la revolución de las tecnologías y de la información, y la economía de mercado, son fenómenos que se han gestado y desarrollado de manera gradual en los últimos siglos y en conjunto, han permitido el surgimiento de la figura de la vinculación contractual, cuya naturaleza instrumental se orienta a dar respuestas jurídicas a relaciones económicas complejas, producto de la división y especialización del trabajo, y de las nuevas necesidades a satisfacer, proceso que se puede resumir de la siguiente manera¹¹²:

Los avances científicos, industriales y tecnológicos, el notorio y acentuado desarrollo de las comunicaciones, el expansionismo de los mercados y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada 'posmodernidad', han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en un buen número de veces, *in toto*, no se ajustan a las formas típicas que, *ab antique*, consagran y desarrollan las leyes u ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de convenciones atípicas o de fenómenos como el conocido con el rótulo de 'conexidad contractual', sin perjuicio del empleo de

¹¹² Para Barabási: "A medida que los recursos valiosos cambian de activos físicos a bits e información, las operaciones pasan de la integración vertical a una virtual, el alcance del negocio se expande cada vez más del nacional al global, la vida útil de los inventarios disminuye de meses a horas, la estrategia empresarial cambia de un modelo descendente a uno ascendente, y los trabajadores se transforman en empleados o agentes libres ¹¹² (traducción libre por el autor)": BARABÁSI, A., Op. cit., pág. 202.

diversas denominaciones que expresan simétrica idea vinculatoria (contratos conexos; cadena de contratos; coligados; grupo de contratos; redes contractuales, *lato sensu*; etc.)¹¹³.

Así pues, la construcción y el desarrollo de la categoría de los contratos vinculados presupone la confluencia de factores, desarrollos y avances económicos en un momento dado. En caso contrario, de existir relaciones económicas precarias, unidireccionales, agrarias, o limitadas a la función de intercambio de bienes, su estudio y análisis carecería de relevancia y pragmatismo. Y ello es así porque los desarrollos económicos son consecuencia de la descentralización y especialización de las etapas del proceso productivo, de la incursión de nuevas tecnologías y de la creciente demanda casi inmediata de productos y servicios cada vez más elaborados que difícilmente podría satisfacer un solo agente y por tanto, la dinámica del mercado exige de sus intervinientes la unión de esfuerzos, la capacidad de dar respuestas rápidas y de adaptarse a los cambios, la distribución entre ellos de prestaciones específicas, así como el establecimiento de relaciones de coordinación y cooperación para la consecución de negocios globales en sentido económico.

En consecuencia, es posible afirmar que la dinámica económica actual plantea nuevas exigencias y retos para el Derecho, al demandar respuestas y mecanismos jurídicos acordes con el momento histórico, preparando el camino para reformas, elaboraciones legislativas y cambios jurisprudenciales que las satisfagan. Es por lo que la figura de la vinculación contractual tiene un importante rol, al ser uno de los instrumentos con los cuales el Derecho puede ofrecer respuestas a esas nuevas realidades.

Precisado lo anterior, debemos agregar que en el contexto económico la economía de mercado sobresale como uno de los factores merecedores de especial atención por las repercusiones que entraña y por tanto, conviene profundizar en sus implicaciones. Por ello, procederemos primero a definirlo para luego descender a su análisis como presupuesto de la figura de la vinculación contractual. En tal sentido, en una economía de mercado,

La producción se realiza para el intercambio. Las decisiones de qué y cómo producir, ya no dependen de una sola autoridad, sino que es el mercado el que permite conocer los signos de abundancia y escasez de recursos o productos. O, con mayor claridad, los signos

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

o señales de aquello que la gente quiere adquirir y de lo que efectivamente puede obtener con sus recursos disponibles. Un rasgo importante de este nuevo tipo de sociedad es la libertad que adquiere el individuo para decidir sobre su participación en el proceso productivo. La producción, por tanto, comienza a desarrollarse para el intercambio mediante un procedimiento de eliminación de trabas a la libertad de acción de cada persona¹¹⁴.

Entonces, como una de sus características más relevantes, a diferencia de las economías autárquicas, en las de mercado el proceso productivo tiene como finalidad el intercambio de bienes y la prestación de servicios, pero sin limitarse a ellos, permitiendo la realización de diversas finalidades. Asimismo, en este modelo la decisión sobre cuáles y cuántos bienes y servicios producir y prestar, respectivamente, en un territorio y momento dado, no se realiza con base en la satisfacción de las necesidades propias ni en los dictados de una autoridad, sino que se determina por las leyes de mercado de la oferta y la demanda, que reconocen la limitación de los recursos existentes para la fijación de la cantidad y de los precios de los bienes y servicios a producir y prestar, según el caso.

En esa medida, el presupuesto de la economía de mercado se compagina con el de la autonomía privada, toda vez que esta última es consecuencia del modelo político y económico del liberalismo, en el que se reduce el intervencionismo estatal y se le otorga al individuo mayor libertad en el manejo y proyección de sus relaciones e intereses económicos. Es por lo que “Las redes contractuales requieren de un ambiente institucional donde puedan surgir relaciones fiduciarias, y también un alto nivel de confianza que pueda permitir el desarrollo de conocimientos innovadoras en forma conjunta”¹¹⁵ (traducción libre por el autor).

Así las cosas, la economía de mercado como presupuesto de la vinculación contractual se justifica en que de no existir tal modelo productivo, su elaboración y aplicación devendría en nugatoria, dado que no es del todo compatible con economías basadas en procesos productivos meramente agrarios, autárquicos o de economías planificadas por las autoridades, toda vez que en las dos primeras las necesidades demandadas se podrían

¹¹⁴ Banco de la República-Colombia, “¿Qué es una economía de mercado?”, [en línea] Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/qu-una-econom-mercado> [consultado el 15 de junio de 2018].

¹¹⁵ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 3.

satisfacer a través de un único contrato, y en la tercera, estaría condicionada a la aprobación de la autoridad respectiva o, prohibida, en algunos de los casos, por ser incompatible con el modelo político y económico adoptado por el Estado en el que se busque implementar.

Además, la economía de mercado es precursora de la sociedad post-industrial caracterizada en lo que nos incumbe, por la falta de correspondencia y simultaneidad entre la realidad económica y la producción jurídica, que crea obstáculos en el mundo económico, dada la falta de regulación de los efectos jurídicos de las figuras que responden a esas nuevas necesidades que emergen del contexto social, inconvenientes que se deben sortear avivando las figuras existentes o creando otras nuevas que respondan a esas nuevas realidades, cuyos efectos y consecuencias jurídicas deben ser definidos en forma primaria por los particulares, como es el caso de la vinculación contractual.

Es por esta razón que la creación o la adaptación de las figuras existentes a las nuevas realidades se impone a los agentes como necesidad, no solo a nivel económico sino también jurídico, a las cuales pueden dar respuesta con la implementación de figuras que les permitan la descentralización de la producción, el desarrollo e implementación de procesos productivos en cortos períodos de tiempo y con los menores costos posibles, la búsqueda de alternativas de financiación, el fomento de la producción, la transferencia tecnológica y de conocimientos, el uso y protección de bienes escasos, la reducción de la incertidumbre, la distribución de riesgos entre los diferentes agentes, y el establecimiento de relaciones de coordinación y colaboración para llevar a un buen final el objetivo económico querido.

Con base en todo lo expuesto podemos señalar que si bien el contrato constituye uno de los medios tradicionales para encauzar las operaciones económicas, es necesaria su adaptación a las nuevas realidades, en la medida en que la dinámica económica actual demanda nuevas y diversas maneras de canalizarse, siendo una de ellas la celebración de varios contratos a través de los cuales se instrumentalice a nivel jurídico un negocio en sentido económico, cuya consecución exceda la celebración de un contrato particular, por requerir la vinculación de una pluralidad autónoma de ellos para alcanzar el fin proyectado.

Es así como los procesos económicos actuales plantean retos a los instrumentos jurídicos existentes, que el Derecho no puede obviar. Por el contrario, los debe reconocer y tutelar con miras a establecer las reglas y los

principios que faciliten su instrumentalización, comenzando por las figuras de mayor demanda como es el caso de la vinculación contractual, con el propósito de ofrecer seguridad jurídica a los intervinientes en el mercado globalizado actual, de favorecer el desarrollo económico y de entablar un orden justo en el que se desenvuelvan las operaciones económicas. Por tanto, “La regulación de la autonomía privada debe considerar la gravitación de lo económico sobre lo jurídico, la creciente significación de los contratos atípicos, la globalización comercial, la regionalización de las transacciones, y la dinámica negocial que requiere protecciones procesales rápidas y eficaces”¹¹⁶. Por último, es de precisar que si bien la economía de mercado es un presupuesto de la figura de la vinculación contractual, por sí sola no es suficiente para su desarrollo y consolidación, dado que el mercado en sí no tiene la capacidad de agrupar los recursos necesarios para su estructuración¹¹⁷, deviniendo imperiosa la actuación coordinada de los miembros del sistema para alcanzarla.

d. Relativización del principio *res inter alios acta*.

En este punto cabe precisar que la aplicación en forma tajante del principio *res inter alios acta* excluiría de plano la figura de la vinculación contractual porque ceñirse en forma estricta a los paradigmas del contrato aislado y de la reciprocidad de las prestaciones, impediría la comprensión en conjunto de los contratos vinculados, excluyéndose la posibilidad de que un contrato pueda generar efectos con relevancia jurídica o con potencialidad de relevancia jurídica respecto de los demás, aun cuando las partes de los contratos no guarden identidad. Por tanto, la relativización de este principio se erige como uno de los presupuestos de la admisibilidad de los contratos vinculados en el plano jurídico, por las razones que se pasan a explicar.

En primer lugar, dada la necesidad de la ejecución de todas las prestaciones de los contratos vinculados para alcanzar la finalidad económica supra-contractual, podemos concluir que para el sujeto no solo surgen obligaciones, deberes secundarios y cargas respecto de su cocontratante inmediato, sino también frente al sistema y los miembros restantes, claro está, con un grado de vinculación que varía respecto de cada uno de ellos y que depende de la especie de vinculación de que se trate. Asimismo, la flexibilización del principio del efecto relativo de los contratos es consecuencia de la eventual

¹¹⁶ Como recomendación de la Comisión No. 3, Contratos, surgida de las XVI Jornadas Nacionales celebradas en Buenos Aires de 1997.

¹¹⁷ En palabras de Cafaggi, a diferencia del mercado, “*They permit (the networks) resource bundling that markets are unable to achieve*”: CAFAGGI, F., Op. cit.

comunicación o propagación de las vicisitudes, en especial de la ineficacia, de un contrato autónomo a otro con el que se encuentra vinculado, en virtud de la correspondencia sistémica existente entre sus prestaciones. Así pues, este supuesto junto con el anterior, ameritan excepcionar el principio citado como resultado de su ponderación con los principios de justicia contractual y equidad.

En el mismo sentido, la morigeración de este principio obedece a las transformaciones económicas que impactan en el mundo jurídico, realidad que se puede identificar como el fundamento primario de la figura de la vinculación contractual, y al contenido obligacional que se deriva de la función social de los contratos y de la buena fe objetiva, en la medida en que su aplicación de plano obviando las condiciones del caso particular podría ir en contradicción con las relaciones establecidas entre las partes, así como del comportamiento desplegado a lo largo del *iter* contractual.

Por último, cabe precisar que la excepción o ralentización al principio de la relatividad de los contratos debe ser de aplicación restrictiva, atendiendo siempre al caso concreto y siempre que los contratos autónomos estén vinculados, bien sea por la voluntad de las partes, por la ley o funcionalmente, evitando así vaciar su contenido. Por tanto, esta figura se erige en una limitante a la autonomía de las partes para dar origen a la vinculación de contratos con fuente voluntaria, dado que dicha autonomía no es absoluta ni puede usarse como medio para abusar de los derechos ni para defraudar a terceros a través de la vinculación de contratos que son autónomos y carecen de relaciones de interdependencia. Expuesto lo anterior conviene memorar lo señalado por el profesor Larroumet como solución a la interpretación reduccionista y restrictiva del principio *res inter alios acta*, al sostener que se hace necesaria una nueva lectura, en la medida en que tratándose de contratos que están vinculados, ninguno de ellos se entendería ajeno al otro y en que “el deudor en uno sería considerado deudor en el otro, y el acreedor en el segundo también acreedor en el primero”¹¹⁸.

- e. Desarrollo progresivo del paradigma del contrato relacionado con otros contratos.

En el plano tradicional se ha entendido que el contrato es una figura aislada, acabada y perfecta, en la que la ejecución de las obligaciones de una parte se justifica en el cumplimiento recíproco de las obligaciones de su cocontratante,

¹¹⁸ LARROUMET, C., *Responsabilidad civil contractual-algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 30.

lo que da “fundamento a un sistema de vasos comunicantes entre obligaciones”¹¹⁹. Sin embargo, la teoría del contrato en relación con otros contratos emerge como una de las bases teóricas de la figura de la vinculación contractual para aportar elementos a su desarrollo y servir de guía para la solución de los problemas que puedan surgir durante el camino hacia su consolidación.

Así pues, es preciso señalar que la teoría del contrato en relación con otros contratos ha tenido un incipiente desarrollo que se justifica en la gradualidad del proceso que debe atravesar un conocimiento para convertirse en paradigma, toda vez que su consolidación no es instantánea sino que requiere de períodos de tiempo prolongados de meditación y análisis, que permitan condensar en un momento dado la evolución, para demostrar su idoneidad como punto de partida para avances investigativos y desarrollos posteriores, lo cual se corresponde con la idea de que el contrato en relación con otros contratos es “un modelo en construcción”, que bien ha sido introducida por la Corte Suprema de Justicia colombiana¹²⁰ en los siguientes términos:

Es menester registrar un cambio relevante, como quiera que en consideración al surgimiento y ulterior posicionamiento de los llamados contratos conexos, ya no puede examinarse el contrato de modo aislado o individual, como otrora se hacía, por cuanto es menester hacerlo en función de la señalada articulación o conexidad, tan en boga en la actualidad. Ello explica, en tal virtud, que el lente con arreglo al cual se escrutaba el entramado contractual, hoy sea diverso, en atención a esta particular fenomenología, percusora de vasos comunicantes, redes y tejidos entre diversos tipos negociales, cada vez más -y más- intercomunicados¹²¹.

¹¹⁹ LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 138.

¹²⁰ Y ha sido retomado en decisiones posteriores: “La realidad de los negocios enseña que hoy en día, muchos de ellos requieren para su materialización la celebración de dos o más contratos, en sentido estricto, puesto que sólo de la completa y oportuna ejecución de cada uno de ellos y de todos en conjunto, puede conseguirse el propósito perseguido, a diferencia de lo que, por regla general, ocurría antes, cuando el contrato era concebido aisladamente, de modo que su realización, entendida como un acto individual y completamente autónomo, satisfacía las necesidades de los interesados en su celebración”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Para su mejor explicación, consideramos ilustrativo retomar el símil elaborado por Lorenzetti, según el cual las nuevas exigencias de la economía hacen que el contrato no se analice como una fotografía estática, sino como una “película capaz de captar el dinamismo”¹²². Esta figura retórica podríamos adaptarla a nuestro estudio, en los siguientes términos: la creciente complejidad de las relaciones económicas y la demanda de figuras jurídicas eficientes para instrumentalizarlas, han derivado en la necesidad de analizar el contrato no como una isla sino como una herramienta social en continua interacción con otras figuras jurídicas, en lo que nos incumbe, con otros contratos, teniendo en cuenta que el contrato ha

renunciado a su aislamiento: no es habitual que se presente sólo, sino vinculado a otros contratos, formando redes, “paquetes” de productos y servicios, surgiendo la noción de “operación económica”, que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización, lo que nos lleva al estudio de las “redes contractuales”¹²³.

Como evidencia de ello podemos señalar que los particulares, haciendo uso de su autonomía privada, al decidir sobre la mejor forma de agenciar sus intereses económicos, de manera cada vez más frecuente, recurren a la celebración de negocios jurídicos en conjunto, como forma de dar respuesta a las necesidades sociales emergentes, lo que nos lleva a replantear el paradigma de contrato aislado como el único aceptado, toda vez que “el negocio”¹²⁴ no es una isla sino un eslabón”¹²⁵. En consecuencia,

[e]l individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una operación económica global, buscada a través de un ‘programa’ que una o varias empresas proponen (...) Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio. (...) El acento aparece

¹²² LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato”, Op. cit., pág. 40.

¹²³ LORENZETTI, R., “Esquema de una Teoría Sistémica del Contrato”, *Revista La Ley*, del 30 de setiembre, 1999.

¹²⁴ Es de precisar que la referencia a “negocio”, debe circunscribirse al ámbito económico, toda vez que con dicha expresión no se pretende aludir a la categoría de negocio jurídico.

¹²⁵ DÍEZ PICAZO, L., “Masificación y Contrato”, publicado en MOSSET ITURRASPE, J. y otros, *Daños*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991, pág. 22.

puesto en el 'negocio' y no en el 'contrato' (...) Y de allí la conexidad, vinculación, relación o colegiación (...) Con las mismas 'partes' o con 'partes' que sólo coinciden a medias¹²⁶.

Entonces, este nuevo planteamiento obedece a que figuras jurídicas como la vinculación contractual dan cuenta de que el contrato por sí solo no es el medio económico que en todos los casos resulta idóneo para la satisfacción de las necesidades y demandas actuales, si bien como herramienta aislada fue suficiente en economías agrarias no globalizadas hasta antes de la revolución de las tecnologías de la información y de la demanda de productos y servicios cada vez más complejos, al día de hoy se pueden observar sus limitaciones.

A manera ilustrativa podemos destacar las operaciones económicas complejas, cuya envergadura excede al contrato individualmente considerado, que se torna insuficiente para el logro de objetivos económicos, deviniendo necesaria la participación de varios sujetos por la creciente especialización y consecuente división del trabajo, la necesidad de distribución de los riesgos a lo largo del proceso productivo, del fomento de la producción, de la transferencia tecnológica y de conocimientos, del uso y protección de un mismo bien escaso, de reducción de la incertidumbre, así como por la limitación temporal a la cual están sujetos los agentes para mantenerse competitivos en el mercado y de recursos de los cuales disponen las partes de un contrato en sentido aislado. Es por lo que las necesidades económicas exigen respuestas jurídicas, que si bien se dirigen e instrumentalizan a través de la categoría de contrato como figura maleable y flexible, para su consecución no basta uno solo, sino que es menester de la utilización de dos o más de ellos¹²⁷. En ese sentido,

El prototipo del contrato en las leyes, en las sentencias de los tribunales e incluso en libros especializados, ha sido casi siempre el del contrato aislado, que no hace juego con otros contratos. Sin embargo, en época reciente, la doctrina y la jurisprudencia, y a veces también el legislador, se percatan, desde el punto de vista jurídico, del importante fenómeno sociológico de las cadenas o redes de contratos relacionados. Determinadas operaciones

¹²⁶ MOSSET ITURRASPE, J., Op. cit., pág. 9.

¹²⁷ Al respecto señala Figueroa Yáñez: *"El manejo económico usual en la vida de los negocios hace tiempo que ha excedido el estrecho margen que ofrece el Derecho de los Contratos, con su consideración separada y casuística de cada figura contractual. La vida contemporánea hace indispensable encontrar alguna forma de ligar, de reunir, contratos diferentes en una noción unitaria que permita el desarrollo armónico de todo el conjunto"*: FIGUEROA YÁÑEZ, G., Op. cit., pág. 319.

económicas, a menudo requieren que sean celebrados varios contratos sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados, de los cuales por lo general hay uno que es contrato eje y otros que son contratos subordinados o dependientes¹²⁸.

Es por esta razón que para captar la nueva realidad de los contratos vinculados se deba hacer una relectura de los textos normativos que de otrora fueron interpretados de manera restringida, con el fin de tutelar interpretaciones que admitan la compatibilidad entre los paradigmas del contrato aislado y en relación con otros contratos, así como de la reciprocidad de prestaciones y de su correspondencia sistémica, exigencia cuya demanda obedece a que un "Ordenamiento jurídico que conciba los contratos (...) como un conjunto de contratos puramente bilaterales podría no recoger esas interdependencias y proporcionar un marco legal que diste de ser óptimo, porque en este caso desincentiva las inversiones al afectar su eficiencia"¹²⁹ (traducción libre por el autor).

En conclusión, en la figura de la vinculación contractual los contratos "si bien son autónomos, deben convivir, su existencia no se explica sino a partir de la vida en común. Lo esencial en ellos es que se logra un efecto de conjunto superior a la suma de las individualidades"¹³⁰, afirmación de la cual subyace el sustento del paradigma en construcción del contrato en relación con otros contratos.

f. Enfoque sociológico sistémico o teoría sistémica.

El enfoque sistémico parte del supuesto de que el conjunto contratos autónomos y vinculados hayan sido válidamente celebrados y desplieguen a cabalidad sus efectos jurídicos. Ahora, es preciso delimitar la definición de "sistema", para lo cual haremos uso de la ilustrativa definición de Seguí:

El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales. Son elementos del sistema: a) la causa sistemática, que justifica un equilibrio del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos; b) las obligaciones y deberes colaterales sistemáticos, en virtud de los cuales los

¹²⁸ LÓPEZ FRÍAS, A., Op. cit.

¹²⁹ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 11.

¹³⁰ LORENZETTI, R., "Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad", Op. cit., pág. 131.

integrantes tienen deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o terceros, que tienen su origen en el sistema¹³¹.

Así pues, esta definición recoge los elementos que en este trabajo hemos denominado como la “finalidad económica supra-contractual”, en el primero, y como la “correspondencia sistémica de prestaciones” en el segundo, definición que se complementa con la elaborada por Lorenzetti, en la que se identifican además de elementos jurídicos, elementos sociológicos que permiten ampliar la comprensión de la figura, al definir al sistema como:

Una organización autorreferente de elementos interrelacionados de un modo autónomo; la auto-referencia, la auto-organización, y la homeostasis son características del sistema, en el sentido de que su orden interno es generado a partir de la interacción de sus propios elementos que se reproducen a sí mismos, son funcionalmente diferenciados, y buscan una estabilidad dinámica¹³².

A partir de estas definiciones podemos señalar que el enfoque sistémico analiza la interacción entre “grupos de contratos y su configuración en sistemas con finalidades supra-contractuales”¹³³, que se pueden analizar a través de las perspectivas interna, externa y temporal de las relaciones entre los contratos pertenecientes a un mismo sistema. En la perspectiva interna se hace alusión a los elementos o requisitos estructurales de la vinculación contractual, los efectos jurídicos derivados de su configuración y la eventual responsabilidad de uno o algunos de los miembros del sistema por el incumplimiento del contrato del cual es parte, en caso de que repercuta en todo el sistema ocasionando perjuicios a los miembros restantes.

La perspectiva temporal atañe al análisis “pre-sistémico”, “sistémico” y “post-sistémico”. En el primero se estudia la existencia previa de uno o algunos de los contratos en caso de que la vinculación sea sobrevenida, el interés asociativo y los elementos circunstanciales que influyeron en su configuración. El segundo se centra en la verificación de los requisitos estructurales de los contratos vinculados, así como en sus relaciones a lo largo de la existencia del sistema, sus efectos jurídicos y las soluciones frente a las vicisitudes que se presenten en los contratos para evitar que su propagación

¹³¹ SEGUI, A., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2001, pág. 190.

¹³² LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato”, Op. cit., pág. 28.

¹³³ Ibid., pág. 29.

afecte al sistema. El último, se enfoca en examinar las causas que fueron determinantes de la extinción del sistema, así como en el establecimiento y acreditación de los títulos de imputación respecto del miembro o miembros del sistema cuyo comportamiento haya dado lugar a su fenecimiento, para realizar el juicio de responsabilidad específico. Por último, la perspectiva externa por su parte, estudia el sistema como situación jurídica, como hecho que se impone a terceros, sistemas y sub-sistemas diversos, los cuales tienen deberes de respeto y de no interferencia respecto de aquél.

Precisado lo anterior y partiendo de la base de que el Derecho es un sistema que comprende múltiples subsistemas, en nuestro caso, cada grupo de contratos autónomos vinculados para el cumplimiento de una finalidad supra-contractual forma subsistemas que interactúan entre sí, así como con otros sistemas como el del Derecho, la Economía y el Sistema Social, a continuación analizaremos las relaciones internas y externas en el sistema o, en *strictu sensu*, en el sub-sistema de los contratos vinculados de que se trate.

a. Relaciones internas o entre los miembros del sistema.

En las relaciones internas del sistema es posible que exista una interacción o comunicación directa entre todos sus miembros, no siendo esta la regla general a causa de la complejidad, de las fronteras geográficas y de la especialización de las relaciones económicas y de los procesos de producción, siendo frecuente que la comunicación inmediata se establezca entre algunos miembros del sistema o entre todos ellos con un miembro común que coordine la ejecución de las prestaciones. Sin embargo, ello no obsta para identificar relaciones entre los extremos subjetivos de los diferentes contratos pertenecientes al sistema, sean o no mediatas, a razón de que la finalidad económica supra-contractual es su punto de convergencia y sustento de interacción, dado que el interés asociativo que todos comparten se encuentra focalizado en su consecución, que requiere de manera necesaria la ejecución de las prestaciones de todos los contratos vinculados¹³⁴, y es con base en la cual se pueden establecer relaciones entre ellos, así como derivar obligaciones y deberes jurídicos hacia los otros miembros y hacia el sistema.

Es esta razón la que justifica que los miembros del sistema no sean tratados como *petitus extraneus* o terceros absolutos frente a los demás, toda vez que su comportamiento al interior de cada contrato autónomo puede repercutir en el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los demás, así como en la

¹³⁴ También denominado como el requisito estructural de la correspondencia sistémica de prestaciones.

finalidad económica global proyectada, producto de la existencia de relaciones que se justifican en la existencia y pertenencia al sistema, pues en un escenario distinto los contratantes serían terceros absolutos respecto de los otros contratos, frente a los cuales tendrían solo deberes de abstención. Además, es preciso considerar la especie de vinculación contractual de que se trate, ya que los miembros del sistema pueden guardar identidad en la celebración de negocios sucesivos u ocupar posiciones contractuales disímiles al interior del sistema para la celebración de un único emprendimiento común.

Es por lo que conviene aquí referirse a la posibilidad de que los miembros del sistema puedan exigir el cumplimiento de los prestaciones a cargo de miembros que no sean sus cocontratantes inmediatos, supuesto que se aborda a través del estudio de la acción directa de un miembro respecto de otro u otros, con los cuales no ha suscrito de manera directa un contrato. Escenario en el que, el vehículo para encauzar tal pretensión sería la acción contractual por la calidad de los miembros al interior del sistema, teniendo en cuenta que la ejecución de la prestaciones a cargo del miembro incumplido es condición, requisito, complemento o presupuesto necesario para el cumplimiento de las restantes y por tanto, Lorenzetti ha identificado tres fundamentos de la pretensión de cumplimiento a través de la acción contractual: (i) la existencia de una vinculación contractual entre las partes que pertenecen al sistema, (ii) el contrato a favor de terceros y (iii) la estructura del vínculo obligatorio.

ii. Relaciones externas o con sujetos ajenos al sistema.

En las relaciones externas se analizan los efectos que surten los contratos vinculados frente a sujetos ajenos al sistema. En este punto conviene aclarar que por “sujetos ajenos al sistema” nos referimos al supuesto en que todos los contratos necesarios para instrumentalizar o desdoblar la operación económica han sido celebrados y en conjunto conforman un sistema, el cual, una vez integrado, se relaciona con otros sujetos a través de relaciones que bien pueden ser contractuales pero que, en estricto sentido, no se pueden considerar como contratos vinculados. Este es el caso del usuario que contrata con uno de los miembros del sistema, la mayor de las veces, con aquel situado en los últimos eslabones del proceso de producción que por lo general, son los distribuidores o intermediarios económicos.

Así las cosas, hay miembros del sistema con los que el tercero no contrata de manera directa, pero cuya intervención es necesaria para el cumplimiento del objeto o de la prestación del servicio contratado, evento en el que el análisis

de la posibilidad de reclamación directa por el usuario frente a cualquiera de los miembros del sistema cobra especial relevancia, lo que ha dado lugar a que la doctrina identifique fundamentos disímiles en virtud de los cuales encauzar la acción directa del usuario con pretensión de cumplimiento o de indemnización de perjuicios respecto de uno, algunos o todos los miembros del sistema y que, en tiempos recientes, ha sido recogida por las leyes de protección al consumidor.

- g. La figura vinculación contractual desde la perspectiva de la ciencia de las redes.

A partir de la ciencia de las redes es posible describir la figura de los contratos vinculados y reducir su complejidad, así como alcanzar un entendimiento de la operación económica instrumentalizada por medio de varios contratos a través de las leyes de poder por las cuales se rige. Para demostrarlo, a continuación procederemos a describir su relación y la aplicación de las leyes de poder a la figura de la vinculación contractual, planteando un lenguaje común para referirnos a los requisitos estructurales y así precisar su naturaleza. Así las cosas, podemos afirmar que los requisitos estructurales de los contratos vinculados tienen su equivalente en la terminología usada por la ciencia de las redes, a saber:

La coexistencia de dos o más contratos autónomos se traduce en que solo podrá existir una red cuando entre dos o más nodos o contratos se establezcan relaciones o enlaces, sin pasar por alto que al interior de cada uno de ellos existe todo un esquema de elementos esenciales, naturales y accidentales que a la vez se relacionan y permiten la consecución de la finalidad típica o atípica determinada, que serán los determinantes de los efectos jurídicos que el contrato esté llamado a producir y de los cuales se deriva la autonomía de los nodos. En consecuencia, habrán tantas clases de nodos como tipologías legales de contratos o como la creatividad de los sujetos lo permita, no obstante que los de mayor uso en el tráfico mercantil estarán presentes en la mayoría de sistemas de contratos, por su tipicidad legal y social.

En relación con la correspondencia sistémica entre las prestaciones contenidas en los diversos contratos, ésta se manifiesta en que los nodos establecen entre sí vínculos o enlaces, que dependerán de la especie de vinculación de que se trate y de la estructura organizacional específica. Es por esta razón que no todos los contratos o nodos se relacionan en forma directa con todos y cada uno de los restantes, a excepción de los contratos marco, aun cuando lo hagan

en forma mediata a través de los enlaces existentes en la red por los cuales es posible navegar y establecer sus conexiones, como manifestación de las estructuras eficientes que generan, en las que los nodos se pueden valer de los demás enlaces o relaciones para el logro de una gestión coordinada de las prestaciones, generando relaciones invisibles entre todos los contratos del sistema, dada su comunicación. Así pues, podemos señalar que los nodos tienen un grado de separación entre sí, que será de uno (1) cuando la ejecución de la prestación de un contrato parta de manera inmediata de la prestación de otro contrato, mientras que si se necesita el cumplimiento de una prestación contractual antes de poder relacionar dos contratos, su grado de separación será de dos (2), y así sucesivamente. Lo que pone de relieve la instrumentalidad de las redes para hacer visible la conectividad o correspondencia sistémica entre las prestaciones existentes en los sistemas de contratos a través de sus leyes o propiedades.

Además, tal conectividad se expresa en la coordinación de las prestaciones de los contratos que determina el sentido de navegación de la red. Entonces, la dirección de navegación partirá desde aquellas prestaciones que se ejecuten primero hacia las que se cumplan en forma sucesiva a medida que se realicen las prestaciones que son su requisito, presupuesto, condición o complemento necesario. Por tanto, podemos afirmar que la dirección de los enlaces se establecerá desde las prestaciones ya ejecutadas hacia las no ejecutadas, sin perjuicio de la posibilidad de navegar a través de ellos para establecer las relaciones existentes entre las diversas prestaciones contractuales. Por otro lado, se observa que las relaciones internas en las redes de contratos se caracterizan por enlaces fuertes, mientras que en sus relaciones externas con terceros ajenos al sistema median enlaces que en general son débiles para los restantes contratos del sistema, por no estar el contrato celebrado con el tercero, vinculado a ellos.

En cuanto a la finalidad económica supra-contractual, ésta se halla en que cada grupo de nodos o contratos unidos a través de enlaces, o cada módulo o grupo de contratos con una función económico-social específica, tendrá a su cargo la realización de un cometido que al unirse con los de los otros módulos o nodos, permitirá el logro de la operación económica global proyectada para su consecución a través de la red de contratos. A raíz de esto, es posible indicar que las redes de contratos se auto organizan a partir de la finalidad económica supra-contractual que están destinadas a satisfacer y permiten la coordinación de las prestaciones contenidas en los diferentes contratos o nodos.

En punto del requisito de las repercusiones jurídicas relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica, podemos afirmar que los efectos que se pueden identificar en la ciencia de las redes son su vulnerabilidad a los ataques y la propagación o efecto en cascada de errores de los nodos hacia otros, cuyo equivalente en términos de la vinculación contractual es la extensión o propagación de la ineficacia derivada del incumplimiento o de cualquier otra vicisitud, que desarrollaremos más adelante en el acápite de los efectos jurídicos.

Expuestas las manifestaciones de los requisitos estructurales de los contratos vinculados en el lenguaje de la ciencia de las redes, ahora nos referiremos a su naturaleza, aspecto en el que cabe precisar que su estructura y topología es libre de escalas, modular y dirigida, lo que responde a la existencia de centros o contratos altamente interconectados y al direccionamiento de la navegación a través de los enlaces de los nodos que las componen. A continuación abordaremos su naturaleza de dirigida, para luego centrarnos en la ausencia de escalas y en la modularidad, respectivamente.

En ese orden, las redes de contratos son dirigidas en la medida en que se dividen en cuatro continentes, de lo que deriva su heterogeneidad, dentro de los que se encuentran: (i) el núcleo central, los continentes (ii) "IN" y (iii) "OUT" y (iv) los zarcillos. El primero está compuesto por el contrato marco, en caso de existir, en el que se podría alcanzar un contrato desde cualquier otro contrato, dado que entre todos y cada uno de ellos median relaciones con el contrato marco. En el segundo y tercero, los enlaces se conectan en forma unidireccional desde el "IN" hacia el "OUT", en los que las prestaciones de los contratos del sistema se organizan en orden cronológico y lógico, ejecutándose primero las que son condición, requisito, presupuesto o complemento necesario de las siguientes, no siendo posible devolverse desde las últimas hacia las primeras por haberse cumplido. El cuarto, bien sean del "IN" o del "OUT"¹³⁵, se compone de contratos que aun cuando puedan relacionarse con algunos de los contratos del sistema, no son necesarios para la realización de la finalidad económica supra-contractual.

Por último, en cuanto a la auto organización de las redes de contratos cabe indicar que la ejecución de los contratos no está coordinada en su totalidad *ex ante*, sino que se rige por cuatro leyes universales: (i) la existencia de nodos,

¹³⁵ Dentro de los zarcillos del "OUT" podemos identificar aquellas relaciones que se establecen entre los miembros que se ubican al final de la cadena de producción del sistema con terceros ajenos a él, terceros que no pertenecen al sistema pero que se relacionan con algunos de sus miembros.

(ii) el crecimiento, (iii) la conexión preferencial y (iv) la modularidad. En primer lugar, la existencia de nodos se manifiesta en que los centros o contratos altamente interconectados que mantienen la cohesión de la red como los contratos principales, los marco, los que tienen jerarquía superior y los que primero se celebraron, se unen a otros contratos con menos enlaces o con inferior relacionamiento. Y es a través de ellos que se pueden encontrar rutas cortas entre los contratos de la red, así como relacionarlos. Por tanto, las redes de contratos siguen la ley de poder según la cual existen escasos contratos con un alto grado de interconexión con los demás, que garantizan la conectividad e integración de la red, ley de poder con base en la cual podemos afirmar que existe una jerarquía continua entre los contratos con mayor y menor conectividad.

En relación con el crecimiento, éste se evidencia en que el ensamblaje de las redes de contratos puede comenzar con la celebración de uno o algunos contratos que, ejecutados a satisfacción, serán determinantes para la celebración o adición de los subsecuentes cuando la vinculación sea sobrevenida, modificatoria o extintiva. Es por lo que las redes están en constante crecimiento hasta alcanzar el tamaño máximo, cuando todos los contratos necesarios para el logro de la finalidad económica supra-contractual estén suscritos y ejecutados.

En cuanto a la conexión preferencial, se aprecia que en las redes no todos los contratos tienen la misma posibilidad de relacionarse con otros para la consecución de una operación económica, por ser la calidad de los miembros de la red *intuitu personae*. Es por lo que las relaciones de correspondencia sistémica entre las prestaciones obedecen a las calidades personales de los miembros de los contratos, así como a la aptitud de los primeros para alcanzar la finalidad proyectada, dada la tendencia de las redes complejas a la agrupación. En punto de cómo se relacionan los contratos de la red, se destaca que no existe identidad entre el número de relaciones o de enlaces que tiene cada contrato, sino que aquellos contratos o nodos denominados "centros" estarán más interrelacionados, bien sea por su mayor tiempo de existencia al interior de la red o por su aptitud para enlazarse.

Por último, se puede identificar la modularidad al interior de los subgrupos de contratos de la red, que se encargan de realizar una función económico-social específica, componiendo un módulo. Así pues, la red tendrá tantos módulos como funciones sean indispensables para alcanzar la función económica global perseguida, que la vez pueden estar compuestos por uno o varios contratos. Estos módulos permanecen unidos por centros locales o

contratos altamente interconectados en su interior que evitan su separación, y se conectan a los otros centros para mantener la cohesión y la comunicación entre los módulos restantes. Entonces, la modularidad permite que las diversas funciones económico-sociales instrumentalizadas a través de los contratos de la red evolucionen por separado aun cuando se mantengan conectadas por los diversos centros, que al organizarse permitirán la consecución de la finalidad económica global proyectada. En conclusión, las redes de contratos son sistemas complejos que se caracterizan por ser libres de escala, dirigidas, modulares, en constante crecimiento y auto organizadas, a partir de la conexión preferencial de los enlaces de sus nodos.

5) Requisitos estructurales de la vinculación contractual.

Los requisitos estructurales de la vinculación contractual son aquellos elementos que deben concurrir de manera necesaria para que podamos hablar en estricto sentido, de contratos vinculados, cuya ausencia haría que el supuesto de que se trate mute o derive en otra figura jurídica, requisitos que para la Corte Suprema de Justicia colombiana corresponden a los siguientes:

i) Pluralidad de negocios jurídicos o contratos, que mantienen su individualidad y autonomía; ii) Nexos de dependencia (o interdependencia) unilateral o bilateral entre los varios negocios, que puede ser (a) Genético, modificadorio o extintivo; (b) Funcional y efectual o (c) Mixto; y iii) Finalidad única perseguida, realizable únicamente a través de su confluencia¹³⁶.

a. La coexistencia de dos o más contratos autónomos.

Para abordar el contenido de este requisito nos referiremos en primer lugar a la pluralidad de contratos, luego a la autonomía y para terminar, a la característica de la coexistencia.

Pluralidad de contratos. Para el logro de la finalidad económica supra-contractual proyectada por los miembros del sistema de contratos se requiere de manera necesaria la celebración y ejecución de al menos dos contratos autónomos, típicos o atípicos, deviniendo en insuficiente la existencia de uno solo de ellos para instrumentalizarla, dado que la complejidad, en sentido económico, del negocio que las partes quieren emprender lo amerita y exige. En consecuencia, “La diversidad de acuerdos concierne a un conjunto de

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de noviembre de 2016, M.P. Margarita Cabello Blanco.

negocios o contratos con su singularidad estructural y funcional, sin confluír, crear u originar uno sólo”¹³⁷.

Este negocio económico complejo también se ha denominado “operación económica”, acepciones que exceden la categoría de contrato e impiden su asimilación porque si bien para la instrumentalización de una “operación económica” puede ser suficiente la celebración de un único contrato, para la estructuración de contratos vinculados deviene en imperioso la celebración y ejecución de dos o más de ellos “como instrumentos, agrupándolos de modo tal que produzcan el efecto deseado”¹³⁸. Así pues,

En el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez (...) De suyo pues, que solo ante la presencia de dos o más contratos, que en sí mismos considerados tienen su propio autogobierno y autonomía, ello es medular, puede darse el referido fenómeno, lo que excluye todos aquellos casos en que existe un solo o único contrato, ya se trate de uno complejo, mixto o atípico -entre otras tipologías-, bien porque toma elementos de diferentes tipos contractuales preestablecidos legalmente o porque no corresponde a una de las formas contractuales previstas en las normas positivas, pero que, en definitiva, comporta la existencia de un único negocio jurídico (*unicum* negocial)¹³⁹.

En el mismo sentido, para Mosset Iturraspe “es el negocio único y complejo el que requiere la pluralidad de contratos. Los contratos están, en consecuencia, ‘unidos en un sistema’”¹⁴⁰, de lo que se sigue que en los contratos vinculados “la existencia de un contrato sólo se explica porque hay otros que funcionan como un sistema; no se justificaría el negocio si hay uno sólo”¹⁴¹. Así las cosas, a primera vista, la característica de pluralidad de contratos parecería no suscitar mayores inconvenientes. Empero, tal simplicidad es aparente en la medida en que en ausencia de un contrato escrito y ante multiplicidad de

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1º de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas.

¹³⁸ LORENZETTI, R., “Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”, Op. cit., pág. 45.

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, J., Op. cit., pág. 22.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 45.

prestaciones, se torna en labor del intérprete establecer si la instrumentalización de la operación económica se realiza a través de un único contrato que bien pudiera ser típico, multilateral, atípico mixto o puro, o a través de diversos contratos, sean típicos o atípicos, contentivos de prestaciones disímiles¹⁴².

En respuesta a tal dificultad, la doctrina se ha valido de los criterios objetivo y subjetivo para facilitar la labor del intérprete de identificar si se está en presencia de dos o más contratos o, si tal pluralidad es aparente y al final las prestaciones se instrumentalizan a través de un único contrato. De acuerdo con el criterio subjetivo, se debe escudriñar en la voluntad de las partes para establecer si con su declaración o comportamiento pretendían celebrar un único o varios contratos. Sin embargo, este criterio se torna insuficiente por no adecuarse a la realidad, porque aun cuando las partes dispongan que se trata de un único contrato o de varios, en todo caso habrá de analizarse si reúnen la totalidad de los requisitos legales, bien para corroborar tal manifestación de voluntad o para adecuarla a su expresión legal. Por el contrario, conforme al criterio objetivo, habrán tantos contratos como causas¹⁴³, objetos y relaciones obligatorias¹⁴⁴ se pueden identificar, esto es, de satisfacerse los requisitos de existencia de un contrato, bien sea típico o atípico, se podrá establecer si se trata de un único o de una pluralidad de contratos.

Lo anterior no excluye el uso de otros criterios orientadores que no son absolutos, para identificar la existencia de pluralidad de contratos, dentro de los que se encuentran: (i) la existencia de dos o más contraprestaciones, (ii) la existencia de tres o más prestaciones, y (iii) la intervención de tres o más sujetos que ocupen posiciones contractuales distintas, aun cuando los contratos vinculados se puedan celebrar entre las mismas partes. En este punto conviene precisar que, en principio, serán las partes y los miembros del sistema a quienes corresponda calificar la existencia de uno o más contratos. Sin embargo, en caso de controversia, el llamado a establecerlo será el intérprete jurídico o la autoridad judicial.

¹⁴² Problema que ha sido identificado por Emilio Betti en los siguientes términos: “El problema, enunciado en términos rigurosamente jurídicos, radica en ver cuándo y por qué se deba reconocer un *negocio único con pluralidad de declaraciones* y cuando, en cambio, nos encontramos ante una *multiplicidad de negocios, unidos en un supuesto de hecho complejo*, por nexos que no excluyen el valor autónomo de cada uno”: BETTI, E., Op. cit., pág. 218.

¹⁴³ En este punto, conviene precisar que se refiere a la causa objetiva entendida como la función económica-social del contrato, que se mantiene inmutable con independencia de las partes que lo suscriban.

¹⁴⁴ En términos de De La Madrid Andrade.

Así pues, estaremos en presencia de contratos vinculados cuando se pueda identificar la existencia de dos o más contratos autónomos, entendiendo por contrato aquel “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”¹⁴⁵ o el “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”¹⁴⁶, lo que descarta de plano la posibilidad de estructuración de la figura de la vinculación contractual con la concurrencia entre un contrato y actos precontractuales, dado que en éstos últimos los sujetos no se obligan a la realización una prestación específica ni se modifica, crea o extingue una situación jurídica existente. Por consiguiente, la vinculación contractual se configurará solo en presencia de dos o más contratos y se excluirá “cuando se da un vínculo entre un contrato y otra clase de acto jurídico”¹⁴⁷ como los actos o los hechos jurídicos, en estricto sentido.

Autonomía. Cada uno de los contratos, sean típicos o atípicos, se rige por las normas generales y especiales que le son propias y conserva sus elementos esenciales como la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícita y la solemnidad, en caso de ser necesaria, plenamente identificables y diferenciables en cada uno ellos. Por tanto, se puede afirmar que habrán tantas causas y objetos como contratos integren el sistema. Así pues, esta autonomía o independencia física y jurídica pero no económica, se refiere además, a que cada uno de los contratos se dirige a la realización de una función económica-social individual bien definida, lo cual no excluye la existencia de vínculos de dependencia o de subordinación entre ellos. En ese sentido, se ha señalado que “La causa de cada contrato que intervenga en la relación comercial debe ser plenamente identificable y diferenciable de los demás, toda vez que, de lo contrario, surgiría un único negocio jurídico y, por contera, esa sola situación excluiría la posibilidad de la coligación o conexión contractual”¹⁴⁸. Es por lo que “es importante establecer si hay una o varias causas o finalidades económico-sociales ya que es el elemento determinante para constatar la pluralidad de contratos”¹⁴⁹. Así, la característica de la autonomía se relaciona en forma directa con la de la pluralidad.

Coexistencia. Por último, es de anotar que no basta la existencia de pluralidad de contratos autónomos, sino que se requiere además su coexistencia,

¹⁴⁵ Artículo 1495 del Código Civil.

¹⁴⁶ Artículo 864 del Código de Comercio.

¹⁴⁷ GUTIÉRREZ FRÍAS, G., Op. cit., pág. 28.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 1º de octubre de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁴⁹ MESSINEO, Op. cit., pág. 393.

consideración del todo relevante en la medida en que es necesario que coincidan temporalmente bien sea en su fase de celebración o de ejecución contractual o post-contractual. Esta exigencia atiende al espacio temporal en que debe analizarse la existencia de la pluralidad de contratos autónomos que se configura “en el momento de la ejecución de los contratos para ser considerada como elemento de un grupo”¹⁵⁰, en los casos en que la vinculación sea funcional o judicial, en la medida en que una consideración contraria podría derivar en afirmaciones imprecisas como considerar que existe vinculación contractual en la etapa pre-contractual y contractual, por tratarse de un mismo contrato. Y ello es así porque si bien el ámbito temporal puede variar de un sistema de contratos a otro, en la vinculación contractual es menester que el período de celebración y ejecución entre los distintos contratos no sea prolongado a riesgo de erosionarse su grado de relación y vinculación, pues de mediar espacios temporales largos se podría cuestionar el requisito de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, así como el de la finalidad económica supra-contractual.

b. La finalidad económica supra-contractual.

Para referirnos al contenido de la finalidad económica supra-contractual, primero describiremos su contexto, para luego analizar sus características de económica y de supra-contractual al interior de los contratos vinculados, y terminar con un comentario sobre su asimilación con la causa objetiva de la obligación en los contratos vinculados.

Contexto. La denominación de “finalidad económica supra-contractual” surgió a partir de la técnica analógica, en el entendido de que tal como cada contrato tiende a la realización de una finalidad económica en dimensiones individuales, asimilada por algunos a la causa de la obligación, los contratos vinculados tienen a la vez una finalidad pero, a diferencia de los anteriores, en dimensiones sistémicas, que es plenamente diferenciable de la finalidad económica particular de cada uno de los contratos autónomos que hacen parte del sistema y las cuales concurren sin excluirse, *a priori*.

Así pues, este requisito se explica y tiene fundamento en la propia teleología de la figura estudiada, producto de la dinámica económica y de las nuevas necesidades que buscan satisfacerse a través del mercado utilizando un cauce jurídico apropiado, como resultado de la creciente complejidad de los procesos de producción, la demanda de productos y servicios cada vez más

¹⁵⁰ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., *Los Grupos de Contratos en el Crédito al Consumo*, pág. 182.

elaborados, la revolución de las tecnologías y la exigencia de reducir los costos de transacción en la satisfacción de esas necesidades para mantener la competitividad en el mercado, lo que ha contribuido a la división y especialización del trabajo como la conocemos hoy en día.

Es por lo que el contexto económico tiene hondas repercusiones en la organización de la estructura de producción por los agentes del mercado que difícilmente podrán ejecutar de manera individual todas y cada una de las actividades para la elaboración de productos y la prestación de servicios finales, dada la limitación de los recursos, haciéndose necesario que establezcan relaciones de colaboración y de coordinación con otros agentes para instrumentalizar tales necesidades a través de diversos contratos en los que cada uno asuma la ejecución de alguna de las prestaciones necesarias para la operación económica.

Carácter supra-contractual. A pesar de que los contratos vinculados son autónomos física y jurídicamente, forman un todo unitario para el logro de una operación económica global y única, para cuya consecución e instrumentalización es menester la concurrencia de todos ellos, característica que ha merecido la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, por ser uno de los requisitos transversales de la figura de la vinculación contractual. En ese sentido,

Esa finalidad económica supra contractual constituye la razón de ser de la unión de varios contratos en un sistema, de manera que si se desequilibra la misma, se afecta todo el sistema y no un solo contrato, vinculando la causa en estos supuestos a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral, pero dentro del sistema o red contractual¹⁵¹.

Y ello es así porque “...el fin económico de la operación trasciende la individualidad de cada contrato. Esa finalidad se satisface en la medida que actúe el conjunto de contratos”¹⁵², pues “Supone que existe un objetivo común o un conjunto de objetivos que deben alcanzarse entre todos los participantes y que un contrato o el cumplimiento contractual depende de

¹⁵¹ LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 222.

¹⁵² GASTALDI, J., *Centenario: Jorge, Colla, Guillermo, Jornada nacionales de derecho civil*, Santafé, Argentina, 1999.

otros, ya sea de manera unilateral o recíproca”¹⁵³ (traducción libre por el autor). Es por lo que

En la actualidad, es entonces frecuente que con miras a la realización de una operación económica, las mismas o distintas partes celebren, de manera simultánea o sucesiva, diversos contratos que no funcionan aislados sino que se imbrican, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen¹⁵⁴.

En resumen, la finalidad económica supra-contractual o “la causa está caracterizada como el propósito recíproco y común de las partes de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestaciones supuestos desde la celebración del negocio”¹⁵⁵, a pesar de la “heterogeneidad”¹⁵⁶ de las relaciones económicas en las que intervienen los diferentes agentes del mercado. Precisado lo anterior, ahora nos referiremos a los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre este requisito. Así pues, podemos señalar que de antaño fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia colombiana en los siguientes términos:

Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones¹⁵⁷.

Años más tarde, en el 2007, la misma Corporación señaló al respecto:

¹⁵³ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 2.

¹⁵⁴ BAENA CÁRDENAS, L., *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pág. 43.

¹⁵⁵ DE LORENZO, M. y TOBÍAS, W., *Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)*, 1996, citado por MÁRQUEZ, F., “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2, págs. 151 y ss.

¹⁵⁶ SEGUI, A., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2001, pág. 190.

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 670-671.

Desde un ángulo funcional, amén que realista, el fenómeno materia de análisis, revela que, en procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, como quiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de la realización de un solo tipo negocial. De ahí que, *lato sensu*, se aluda a la expresión “operación económica”, sin duda de carácter más omnicomprensiva, a la vez que desprovista de alcances puramente jurídicos, ya que es una locución ante todo descriptiva (...) Se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva¹⁵⁸.

Ese mismo razonamiento se reiteró 2 años después, en el 2009, al sostener que:

La confluencia de los distintos contratos en una función unitaria, esto es, ‘la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación’¹⁵⁹. (...) La coordinación, actúa funcionalmente en punto de la producción de efectos finales cuando la coligación prestacional o negocial, procura un fin o resultado práctico unitario, convergente y común basado en un interés inmediato antecedente del final único (...) En consecuencia, la pluralidad negocial, la relación o coligación

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de septiembre de 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1º de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas, citando lo señalado en Bianca, M., *Diritto civile*, T. III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè Editore, 1987, pág. 457.

teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del conjunto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único, caracteriza el contrato coligado, cuya función se realiza por la conjunción coordinada y, de esta manera, deviene propia y distinta; la unicidad y pluralidad del interés perseguido no se traduce en un tipo único, permaneciendo en todo instante la unión de todos¹⁶⁰.

Por último, en época reciente esta Corporación dotó de precisión este requisito al indicar que:

La definición de una coligación depende, entonces, de la existencia de una causa supracontractual relativa a la operación negocial que, en definitiva, persiguen los interesados, claramente indicativa de que los contratos agrupados están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente; y del mantenimiento de las causas propias de los convenios añadidos, independientemente considerados, de forma que en relación con cada uno de ellos, pueda seguir visualizándose su existencia jurídica autónoma¹⁶¹.

Así las cosas, se evidencia que la finalidad económica, global, práctica y única de los contratos vinculados excede la de cada uno de ellos que, en conjunto y a través de su articulación definitiva, son medios a través de los cuales se instrumentaliza la primera de manera coordinada por existir “un objetivo que gravita de tal manera que sobre determina a las partes, haciendo que ellas realicen, a través del medio contractual, las aportaciones pertinentes para su logro”¹⁶². Este carácter instrumental es el que justifica la pluralidad de contratos, dado que su celebración y ejecución obedece a la necesidad de alcanzar un negocio en sentido económico, para cuya consecución deben converger las prestaciones inmersas en todos ellos. En ese sentido, “El interés en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se sitúa más

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1º de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

¹⁶² LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 147.

allá del contrato, en el plano de la finalidad perseguida; los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado”¹⁶³.

Además, este carácter supra-contractual de la finalidad económica se erige como el criterio o fundamento objetivo e interpretativo con base en el cual el operador jurídico determinará el grado de vinculación presente en los diversos contratos cuando tenga origen funcional o judicial, o cuando siendo voluntaria se presenten conflictos entre los miembros del sistema. Y ello es así porque tal objetividad se deriva de la facilidad de identificación y verificación fáctica por cualquier operador jurídico, dadas sus características de externa y de comprobable, pues basta situarse como un tercero observador para deducir del sistema en conjunto, la finalidad económica que con él se persigue. En consecuencia, el clausulado de un contrato vinculado debe ser analizado en conjunto con los restantes a la luz de la finalidad económica supra-contractual, so pena de alcanzar interpretaciones parciales y por tanto, erradas de la *ratio* económica que tiene el contrato al interior del sistema, la cual difiere de su interpretación aislada y desprovista de vasos comunicantes con los demás.

Carácter económico. Esta finalidad, *grosso modo*, siempre será económica, aunque tenga tantas manifestaciones como grupos de contratos vinculados existan, lo que subyace de la naturaleza misma de la vinculación contractual como negocio u operación económica con repercusiones en el escenario jurídico y realidad que el Derecho se ve conminado a regular y dotar de efectos jurídicos dada su relevancia en la sociedad moderna.

Asimilación de la finalidad económica supra-contractual con la causa objetiva de la obligación. Por último, es menester diferenciar la causa del contrato de la causa de la obligación, entendiendo por la primera aquella cuyo uso sirve “como control moral del contrato al atacar los motivos ilícitos del mismo”¹⁶⁴ y por la segunda, aquella que sirve como mecanismo de control del equilibrio contractual, que al romperse conlleva a la ineficacia de la cláusula en cuestión. En ese sentido,

En Colombia, entre otras aplicaciones, se ha recurrido a ella para explicar los grupos de contratos y los efectos de ineficacia de uno de los contratos que forman parte del grupo. Así también ha

¹⁶³ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 36.

¹⁶⁴ DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C.; VIDAL, A., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Colección Derecho Privado 13, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, pág. 19.

ocurrido en Argentina. Las cadenas de contratos y los grupos de contratos u otros montajes contractuales a través de la causa se explican las repercusiones en los contratos que forman parte de la cadena o grupo respectivo¹⁶⁵

No obstante, tal asimilación ha sido criticado por parte de algunos autores, pues señalan que “Parece inútil hacer intervenir la noción de causa para explicar el vínculo establecido entre varios contratos, que concurren a la realización de un mismo fin. La referencia directa a este fin u objetivo será quizás menos sabia, pero ciertamente será más clara”¹⁶⁶.

Hechas las anteriores reflexiones, consideramos que aun cuando en algunos casos se pueda asimilar la finalidad económica supra-contractual a la causa objetiva de la obligación, lo importante es precisar su contenido pues, se llegarán a las mismas conclusiones entendiendo por causa objetiva de la obligación aquella función económico-social del contrato que “describe la finalidad práctico-jurídica-económica que se le requiere al contrato”¹⁶⁷ o, como lo señala Betti, “los contratos tienen una función socialmente trascendente, en forma independiente de lo que los individuos quieran”¹⁶⁸, noción de causa objetiva de la obligación que se puede traspolar a nivel del sistema de contratos, que será siempre económica y excederá a la de cada uno de los contratos individuales.

c. La correspondencia sistémica entre las prestaciones.

Para referirnos al requisito de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, primero realizaremos una breve introducción en la que se definirá y se aludirá al momento en que debe ser analizado, a la terminología que ha sido utilizada, a su incidencia al interior de la figura y, por último, a algunos parámetros con base los cuales el operador jurídico podrá verificar su existencia.

Introducción. La correspondencia sistémica entre las prestaciones a cargo de las partes de los diferentes contratos vinculados es una manifestación del principio de coordinación, dado que si bien no son en la mayoría de los casos

¹⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 19.

¹⁶⁶ GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat*, 2.^a ed., París, L.G.D.J, 1988, pág. 858.

¹⁶⁷ LORENZETTI, R., “Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”, *Op. cit.*, pág. 37.

¹⁶⁸ BETTI, E., *Op. cit.*, pág. 144.

destinatarios inmediatos de las prestaciones de todos y cada uno de los contratos autónomos, sí lo son en forma mediata o indirecta, en el sentido de que las prestaciones ejecutadas por los otros miembros se erigen como presupuesto, requisito, condición o complemento subsecuente y necesario de las prestaciones que se han obligado a cumplir, con miras a alcanzar una finalidad económica que excede el contrato en sentido aislado y que necesita para su consecución el cumplimiento de prestaciones disímiles a cargo de los diferentes sujetos contractuales.

Definición. Para que se configure la vinculación contractual el grado exigible de conexión entre los contratos autónomos para el logro de una finalidad económica supra-contractual debe ser tal que sea menester la concurrencia en la ejecución de las prestaciones de todos y cada uno de ellos, en la medida en que se dirigen al cumplimiento de un fin económico global y único que no sería posible alcanzar sin el cumplimiento de una o algunas de las prestaciones, ligamen o nexo que se pueden apreciar desde un punto de vista lógico, económico, objetivo, jurídico y en especial, a nivel causal.

Por el contrario, los meros indicios de vinculación contractual como la identidad de las partes, la unidad documental de los contratos autónomos, la referencia de unos contratos hacia otros o su celebración en un mismo momento, no tienen la potencialidad de estructurar *a priori* la figura de los contratos vinculados, dado que la coligación que demanda no es ocasional ni potencial, sino que, de manera forzosa, requiere la ejecución de las prestaciones contenidas en todos los contratos so pena del fracaso del emprendimiento económico común. Por tanto, la prescindencia de alguna de las prestaciones sin efectos adversos para el sistema excluiría dicho contrato del sistema en caso de que éste último exista.

Así pues, este requisito se diferencia de la mera reciprocidad entre las prestaciones de un contrato bilateral, noción presente en el contrato entendido en sentido aislado y con base en la cual, para la ejecución de la prestación y el logro de la finalidad contractual bastaría la ejecución de la prestación a cargo del cocontratante inmediato y viceversa. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia nacional se ha ocupado del estudio de este requisito. Entonces,

Habrà conexión contractual cuando, celebrados varios contratos, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o su estructura así lo determinen, o bien porque

entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económica-jurídica que a través de ellos quiere articularse¹⁶⁹.

En el mismo sentido, es posible afirmar que la correspondencia sistémica se debe a que la dinámica de los contratos vinculados “va más allá de la mera reciprocidad de las prestaciones”¹⁷⁰ o de la causa de la obligación individual entendida en su sentido objetivo, en la medida en que es “la conexión objetiva de las prestaciones, o la subordinación funcional entre ellas, el carácter de índice de una eventual unidad de causa”¹⁷¹. Y es con base en la correspondencia de las prestaciones que

Cada contrato puede influir en otro, de manera que la inexistencia, nulidad, rescisión o resolución de uno de ellos puede acarrear la invalidez de algún otro o de todo el conjunto; en que el incumplimiento de la obligación de un (sic) parte puede afectar a quien es parte en un contrato distinto, y en que una parte puede asumir responsabilidad incluso respecto de personas que no son partes en su contrato, pero sí lo son en otro contrato diferente¹⁷².

En este punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que se pueda hablar de contratos vinculados:

Es menester, un nexo, vinculación o unión teleológica o funcional de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de uno sobre otro o respecto de todos, “en el sentido de que uno solo de ellos reciba la influencia del otro (dependencia unilateral), o en el sentido de que dicha influencia sea recíproca (dependencia bilateral)” (...) La ligazón funcional o teleológica de los distintos negocios jurídicos es indisoluble, imprescindible e inescindible, *in toto, in complexu, in globo*, y conduce a la única función práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la concreción definitiva de un interés unitario, propio, autónomo y diferente realizable con la

¹⁶⁹ LÓPEZ FRÍAS, A., Op. cit., pág. 282.

¹⁷⁰ MESSINEO, F., Op. cit., págs. 403-404.

¹⁷¹ DE LORENZO, M. y TOBIÁS, W., *Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)*, 1996, citado por MÁRQUEZ, F., “Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, págs. 2, 151 y ss.

¹⁷² FIGUEROA YÁÑEZ, G., Op. cit., pág. 321.

conjunción de los varios actos dispositivos, cada uno, con su identidad, tipología, disciplina y función¹⁷³.

Momento de análisis. La existencia de correspondencia entre las prestaciones de los distintos contratos vinculados debe manifestarse no solo al momento de su celebración sino de manera principal, en su fase de ejecución y cumplimiento. En este punto, es de precisar que el momento de ejecución de las prestaciones puede no coincidir y que dependiendo de la especie de vinculación, se puede dar en forma sucesiva, escalonada o simultánea, lo que no obsta para delimitar un lapso temporal de ejecución, que de no existir desdibujaría el requisito en mención por dejar de ser necesaria la correspondencia y pasar a ser accidental, de mediar espacios de tiempo prolongados entre la ejecución de los contratos.

Terminología. Otras denominaciones han sido utilizadas para referirse a este requisito, entre ellas las nociones de dependencia recíproca o interdependencia, de nexo funcional o causal y de condicionalidad entre los contratos autónomos, las cuales evocan la idea de una relación causal en el cumplimiento de las prestaciones contenidas en los contratos vinculados a cargo de sus miembros, que excede el dogma de la reciprocidad de prestaciones entre las partes de un contrato bilateral para abrir paso a la idea de la satisfacción de las prestaciones, no en relación con el cocontratante inmediato, sino con el sistema y de suyo, con los miembros de los contratos vinculados.

En cuanto a la noción de dependencia se ha dicho que puede variar según su grado, pudiendo ser recíproca o alternativa. La primera se refiere a que “la finalidad perseguida en el negocio hace que ambos contratos sean necesarios para llevarlos a cabo”¹⁷⁴ y alude a la finalidad económica supra-contractual que subyace a los contratos autónomos que se encuentran vinculados funcionalmente; mientras que la segunda, también llamada “condicionalidad entre los contratos autónomos”, se refiere a contratos que estarían eventualmente vinculados en el supuesto de que se verifique una condición, vinculación que no surge de manera necesaria por estar subordinada a dicha modalidad accidental de la obligación. En ese sentido, la correspondencia entre las prestaciones en el primer caso se presentaría de manera necesaria, mientras que en el segundo sería potencial, dada la condición existente como

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1º de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas.

¹⁷⁴ LORENZETTI, R., “Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”, Op. cit., pág. 47.

hecho futuro e incierto, en nuestro caso, la ejecución de las prestaciones de otros contratos que son necesarias para el cumplimiento de la finalidad del sistema, que bien podrían no acaecer y frustrar la ejecución de las prestaciones de los otros contratos sometidos a ella.

Con base en lo anterior, para nosotros la denominación más acertada es la correspondencia sistémica entre las prestaciones aun cuando se puedan usar como sus equivalentes funcionales las nociones de dependencia recíproca, interdependencia o nexo funcional, no así las de dependencia alternativa o condicionalidad, dado que estas últimas al contener una condición como modalidad accidental de la obligación necesitarían la inclusión de pactos expresos al respecto por los miembros del sistema en forma de cláusulas al interior de todos los contratos vinculados y en consecuencia, solo podría encasillarse en la vinculación con fuente voluntaria, no así en la vinculación con fuente legal, necesaria ni judicial, y su existencia estaría supeditada a la verificación de la condición.

Incidencia al interior de los contratos vinculados. El mantenimiento de la correspondencia entre las prestaciones de los contratos vinculados se relaciona de manera necesaria con el equilibrio del sistema. Por esta razón, las vicisitudes que puedan presentarse al interior de uno o algunos de los contratos pueden tener incidencia o repercusiones negativas en su equilibrio, siendo necesaria la implementación de soluciones encaminadas a restablecerlo y preservarlo. Esto a la vez, se justifica en que los vasos comunicantes ya no se establecen solo entre las obligaciones derivadas de un contrato bilateral sino que se extienden a lo largo de todas las prestaciones de los contratos vinculados a cargo de cada uno de los miembros del sistema.

Por tanto, el análisis del equilibrio ya no se limita a un contrato específico sino que se extiende a todos los contratos pertenecientes al sistema y a las obligaciones y deberes secundarios inmersos en ellas, análisis que se debe circunscribir a períodos temporales definidos so pena de imprecisión. Así las cosas, en el estado ideal de cumplimiento a satisfacción de todas las prestaciones a cargo de los miembros, el sistema estaría equilibrado. Por el contrario, en caso del no cumplimiento de una o algunas de ellas sea cual fuere su causa, se traduciría en su desequilibrio. Con base en lo expuesto, podemos afirmar que este requisito abre paso a otro de los cambios de los cuales es precursora la figura de los contratos vinculados: entender más allá de la reciprocidad de prestaciones, su correspondencia sistémica, lo cual conlleva implicaciones jurídicas directas en materia de la relativización o intento de atemperar el principio *res inter alios acta*.

Parámetros para identificarlo. Para que el operador jurídico pueda identificar ante la ausencia de rastros que exterioricen la voluntad de las partes, si las prestaciones contenidas en diversos contratos se corresponden sistémicamente o, en cambio, guardan una relación meramente accidental, debe centrar su atención en el vínculo funcional u objetivo de los contratos que han sido celebrados. En este punto, la Cámara Comercial del Tribunal de Casación francés

Ha elaborado un razonamiento económico, manteniendo relevantes las características objetivas de los contratos (es decir, las características de los bienes, de los activos y servicios objeto de los acuerdos contractuales individuales), a fin de demostrar que la ejecución de uno de esos contratos, sin la ejecución de los otros, no tendría sentido (traducción libre por el autor)¹⁷⁵.

Este razonamiento económico se podría realizar valiéndose de dos preguntas: (i) ¿los miembros del sistema habrían celebrado el contrato del cual son partes de saber *ex ante*, que los restantes contratos no se suscribirían? y, (ii) De frustrarse la celebración y por tanto, la ejecución de los contratos autónomos restantes ¿es posible el cumplimiento a satisfacción de las prestaciones objeto del contrato para alcanzar la finalidad proyectada?

En síntesis, al interior de los contratos vinculados la ejecución o el cumplimiento de la prestación a cargo de cada uno de los miembros no tiene como único destinatario su cocontratante inmediato, sino también los restantes miembros del sistema y el sistema en sí mismo considerado, respecto de los cuales también se predicen obligaciones y deberes secundarios de conducta. Por tanto, este requisito subyace como una de las manifestaciones de la colaboración y de la coordinación características de esta figura, debido a que las distintas prestaciones son indispensables para alcanzar tanto la finalidad individual contenida en cada uno de los contratos como la global del sistema, sin cuya ejecución se frustraría, por ser requisito, complemento, condición o presupuesto necesario las unas de las otras.

- d. Repercusiones jurídicas relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica.

¹⁷⁵ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 30.

El negocio económico, global y único se instrumentaliza a través de pluralidad de contratos cuyas prestaciones son requisito, presupuesto, condición o complemento necesario las unas de las otras y por tanto, el acaecimiento o concreción de una vicisitud al interior de alguno de ellos puede repercutir en forma negativa en el cumplimiento de las prestaciones restantes, supuesto del que se derivan repercusiones jurídicas relevantes tratándose de los contratos vinculados, bien sea en su celebración, ejecución o eficacia, así como otros efectos jurídicos que no presuponen el incumplimiento como se verá más adelante.

Así pues, la importancia de este requisito radica en que justifica la pertinencia del estudio de este fenómeno económico en el campo jurídico, ante cuya ausencia devendría en un ejercicio académico sin mayores implicaciones prácticas, contrario a lo que sucede con la vinculación contractual, que excede la mera facticidad del cúmulo de contratos autónomos con miras a la consecución de una finalidad económica supra-contractual para hacer derivar de ese supuesto de hecho disímiles consecuencias o efectos jurídicos. Por esta razón, aquí se incluyen los efectos en el mundo del Derecho que se derivan o pueden derivarse de la existencia de contratos vinculados, tópico que desarrollaremos más adelante al tratar las consecuencias jurídicas derivadas de la vinculación contractual, limitándonos en este acápite a enunciarlos.

Con base en lo señalado arriba, podemos identificar algunos de los efectos jurídicos derivados de la vinculación contractual dentro de los que se destacan: (i) los deberes secundarios de conducta en relación con el funcionamiento del sistema y con sus miembros, (ii) las cargas derivadas de la vinculación contractual, (iii) la interpretación de los contratos vinculados, (iv) los efectos procesales de la vinculación contractual, (v) la propagación de las vicisitudes entre los contratos vinculados y (vi) el incumplimiento. Es por lo que resulta necesario precisar el alcance de este requisito, acuñado por la profesora Ana López Frías, en los siguientes términos:

No nos interesa una definición meramente descriptiva de la conexión contractual, una definición que se limite a constatar los principales datos de un conjunto de hipótesis, al margen de toda consecuencia jurídica (...) Precisamente por ello creemos que el único criterio capaz de unificar los diversos supuestos de conexión, y de dar sentido a su estudio desde el Derecho, es la posibilidad de que dicha conexión sea jurídicamente relevante (...) La conexión no se reduce a una serie de circunstancias fácticas, sino que es

verdaderamente tal porque merece que el derecho le asigne determinados efectos¹⁷⁶.

Posición que ha tenido acogida por diversos autores como Gueiler y Alou, Gutiérrez Frías y Álvarez Martínez. Para los primeros, “para que la vinculación en el orden económico, sea relevante en el campo de lo jurídico, debe repercutir necesariamente en los elementos esenciales de los contratos”¹⁷⁷, resultando trascendente solo aquella vinculación capaz de producir efectos jurídicos al interior del sistema de contratos. En el mismo sentido ha indicado Gutiérrez Frías que “ese nexo que ha articulado a los contratos debe tener la aptitud de que se produzcan efectos jurídicos concretos para la operación mirada en su integridad”¹⁷⁸. Por su parte, Álvarez Martínez señala que “no toda pluralidad de contratos es relevante para ser considerada elemento de una agrupación; sólo lo será cuando su concurrencia real plantee la necesidad de una específica respuesta jurídica”¹⁷⁹.

En ese orden de ideas es posible sostener que aquella pluralidad de contratos no coordinada en la cual el análisis de su vinculación se reduzca a un ejercicio académico, que puede obedecer al cumplimiento espontáneo de cada uno de los contratos, no agota el requisito de generar repercusiones o efectos jurídicos relevantes y por tanto, no se puede subsumir como un supuesto de vinculación contractual, lo que pone de presente que la coligación ocasional como

Aquella que se da cuando las declaraciones individuales, estructural y funcionalmente autónomas, están reunidas sólo casualmente, manteniendo la individualidad propia de cada tipo negocial en que se encuadran, de tal forma que su unión no influye, por lo general, en la disciplina de los negocios individuales en que se sustentan¹⁸⁰.

Entonces, la coligación ocasional es un evento en el cual si bien se satisface el requisito de pluralidad de contratos, no se agota el requisito de la finalidad económica supra-contractual, así como tampoco el de la correspondencia

¹⁷⁶ LÓPEZ FRÍAS, A., Op. cit., pág. 274.

¹⁷⁷ GUEILER, S., ALOU, S., “Contratos conexos”, [en línea], Portal Cartapacio de Publicaciones, 1999, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1056/959> [consultado el 2 de abril de 2018]

¹⁷⁸ GUTIÉRREZ FRÍAS, G., Op. cit., pág. 29.

¹⁷⁹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., *Los Grupos de Contratos en el Crédito al Consumo*, pág. 182.

¹⁸⁰ BIANCA, M., Op. cit., pág. 503.

sistémica entre las prestaciones y menos aún el de los efectos jurídicos relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica. En conclusión, no toda pluralidad de contratos se subsume en la figura de la vinculación contractual, siendo posible que confluyan varios contratos a nivel fenomenológico sin que su celebración o ejecución haga derivar consecuencias jurídicas respecto de los otros contratos. Por tanto, la coligación ocasional no es una especie de vinculación contractual, en otras palabras, no es coligación sino la mera concurrencia fáctica de dos o más contratos sin repercusiones jurídicas relevantes.

- e. Conocimiento de los contratantes y de los sujetos externos al sistema de su existencia y de la pertenencia de los miembros al mismo.

El conocimiento de los diversos sujetos que hacen parte de los contratos vinculados de la existencia misma de la vinculación contractual *prima facie*, se podría abordar como un presupuesto de la figura. Sin embargo, es posible que existan situaciones en las que los sujetos contractuales no se percaten de ello y por tanto, en ejercicio de los deberes de colaboración, de lealtad reforzada, de obrar conforme a la buena fe y de información, cualquiera o todos los miembros del sistema de contratos deberían ponerlo de presente antes de contratar, bien sea con la incorporación de una cláusula que contenga en forma expresa la vinculación contractual o de manera verbal, o a través de la exteriorización de comportamientos, deberes que se pueden atemperar con la carga de diligencia del sujeto contratante y con el deber de informarse respecto de la disposición de intereses que realiza. En este sentido, “para que se produzcan tales efectos, será necesario acreditar ciertos indicios objetivos de que la finalidad global de la operación ha sido conocida y consentida, o al menos no ha sido excluida, por los sujetos que han intervenido en todos los contratos”¹⁸¹.

En punto de las relaciones externas del sistema, los terceros ajenos a él con los cuales contratan los miembros que asumen la ejecución de las últimas prestaciones de los procesos de producción o de la prestación de servicios, los miembros deben tener conocimiento de que el contrato que están celebrando y del cual son partes, hace parte de una unidad económica conformada por otros contratos y sujetos o agentes del mercado, los cuales pueden repercutir en su ejecución. Así pues, en principio, el miembro contratante perteneciente al sistema tendría el deber pre-contractual de suministrar tal información,

¹⁸¹ BAENA CÁRDENAS, L., Op. cit., pág. 59.

como manifestación del principio de buena fe, así como por la consideración que merece la otra parte de estar al tanto de que el contrato que celebra hace parte de un entramado económico complejo. Sin perjuicio de que en ausencia de manifestación expresa al respecto, la vinculación del contrato de que se trate se pueda derivar de la pluralidad y concurrencia de indicios externos y verificables, o del comportamiento suficientemente exteriorizado por el miembro del sistema en tal sentido.

Aunado a ello, no se puede obviar la carga de diligencia y de sagacidad que se radica en cabeza del sujeto contratante externo al sistema, dado que con este requisito se busca proteger al sujeto en la formación de su voluntad libre y espontánea de contratar, más no de colmar su pasividad, debiéndose analizar en el caso concreto si, considerando el contexto, además del deber de ser informado, el sujeto aludido pudo informarse o superar tal estado de desconocimiento con conductas activas que no le implicaran un desgaste superlativo de recursos. Al respecto, tratándose de las especies de contratos vinculados en las cuales los sujetos de los diferentes contratos no guardan identidad, la Corte Suprema Italiana¹⁸² ha señalado que cuando “El principal interés en la existencia del vínculo proviene solo de una de las partes (...) las partes deben incluir una cláusula que regule dicho vínculo dentro del contrato o, al menos, la parte interesada debe dar a conocer el propósito general a las otras y obtener su aceptación”¹⁸³ (traducción libre por el autor). En conclusión, con este requisito se pretende que el sujeto externo al sistema que contrate con uno de los miembros no se vea inmerso en forma intempestiva en una relación comercial que va a estar determinada por factores externos como la vinculación contractual, la cual se sale de su control y puede tener repercusiones negativas en el contrato que celebra.

Por último, es pertinente señalar que en la reforma al Código Civil francés del año 2016 se incluye el deber de los contratantes de revelar al otro la información que sea relevante que, en nuestro caso, estaría dada por la existencia de la vinculación contractual por los efectos jurídicos que de ella se derivan, en los siguientes términos:

La parte que conozca una información cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra parte deberá informarla siempre que, legítimamente, esta última ignore dicha información o confíe en la otra parte contratante. Tiene una importancia determinante la información con una relación directa

¹⁸² Sentencia Cass. 16.02.2007 n. 3645.

¹⁸³ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 36.

y necesaria con el contenido del contrato o la calidad de las partes¹⁸⁴.

Así también, el Código francés condiciona la caducidad al interior de los contratos vinculados a que “el contratante contra el que se invoque conocía la existencia de la operación de conjunto cuando dio su consentimiento”¹⁸⁵. Entonces, este requisito tiene como fin tutelar a los contratantes que desconocían legítimamente la existencia de la vinculación para evitar que soporten las consecuencias adversas como en este caso sería la caducidad, con la consecuente terminación de los contratos y, en algunos casos, la insatisfacción de su interés.

6) Requisitos accidentales de la vinculación contractual.

Con la expresión “requisitos accidentales” se alude a aquellas circunstancias que junto con los requisitos estructurales, pueden concurrir o no en los contratos vinculados y sirven para identificar la especie de vinculación contractual de que se trate, cuya ausencia no desnaturaliza la figura sino que hace que la especie de vinculación contractual mute en otra u otras, dentro de los que se encuentran el de estabilidad, larga duración, multiplicidad e identidad de las partes.

a. Estabilidad.

En las relaciones de larga duración a diferencia de las efímeras y únicas, los miembros del sistema pueden incluir en los contratos que lo integran cláusulas en las que se establezca que las condiciones y circunstancias que rigieron los primeros acuerdos se mantengan en los posteriores, sin desconocer los cambios propios de los espacios temporales del caso, para instrumentalizar la misma finalidad económica supra-contractual con la celebración y ejecución de la misma clase de contratos en repetidas ocasiones, cuya inclusión se justifica bien sea por el cumplimiento de su duración, la determinación de la prestación o la realización a mayor escala de la finalidad económica.

¹⁸⁴ Artículo 1112-1 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

¹⁸⁵ Artículo 1186 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

En ese sentido, la estabilidad como requisito accidental se puede identificar en las relaciones de larga duración, requisitos que concurren y se complementan, además de dirigirse hacia el logro de una finalidad económica que se repite, haciendo necesaria la suscripción o renovación de los contratos que integran el sistema. Así, la estabilidad se refiere a “La red en general, no a relaciones individuales que pueden ser más o menos numerosas. Una red contractual puede ser estable incluso si hay un alto grado de entrada y salida de componentes individuales”¹⁸⁶ (Traducción libre por el autor). Por tanto, la estabilidad se predica respecto del sistema como tal y se encuentra presente en las especies de vinculación de las redes y cadenas de contratos que, por sus características propias tienen vocación de permanencia o al menos de continuidad, erigiéndose además como un indicio para el operador jurídico al momento de calificar la especie de vinculación contractual objeto de análisis.

b. Relaciones de larga duración.

Algunas de las especies de vinculación contractual se caracterizan por ser relaciones contractuales que se prologan en el tiempo como requisito derivado de la determinación temporal propia de la prestación inmersa en el contrato, de los contratos de ejecución sucesiva o de las renovaciones de los contratos de ejecución instantánea, presentes en aquellos contratos vinculados que requieren la ejecución de prestaciones que por su naturaleza exigen amplios espacios temporales para su cumplimiento o de la repetición o renovación de su ejecución, respectivamente, para poder alcanzar la finalidad proyectada. Así pues, la duración está ligada de manera intrínseca con la finalidad económica que se pretenda alcanzar, como determinante del tiempo de ejecución de los contratos que lo integran y por ende, de las relaciones entre los miembros del mismo, requisito que a la vez se puede identificar en las redes y en las cadenas de contratos y que se torna como indicio para que el operador jurídico establezca la especie de vinculación de que se trate.

Así las cosas, como muestra de la relevancia de este requisito accidental, la edición de 2016 de los Principios Unidroit se enfocó en incluir aspectos específicos para el tratamiento de los Contratos Comerciales Internacionales de larga duración, dando respuesta a las realidades emergentes, por lo que esta versión optó por incluir disposiciones específicas en materia de los contratos de larga duración en razón a la complejidad creciente de las operaciones internacionales que instrumentalizan, a las que nos referiremos más adelante al desarrollar los fundamentos legales de la vinculación

¹⁸⁶ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 2.

contractual, definiéndolos como “un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”¹⁸⁷. Además, en el comentario segundo al Preámbulo relativo a la “Mercantilidad del contrato” se señala:

Los Principios fueron originalmente concebidos para contratos de intercambio tradicionales como los de compraventa, que son de ejecución instantánea y por lo tanto deben cumplirse en un solo momento. En vista de la creciente importancia de contratos más complejos –en particular los de larga duración– los Principios han sido posteriormente adaptados para tomar también en consideración las características y necesidades de estos contratos (...)¹⁸⁸.

c. Multiplicidad.

Si bien para la configuración de la vinculación son suficientes dos contratos, en algunas especies se pueden identificar más de dos contratos vinculados y de miembros, debido a la complejidad del negocio en sentido económico que se quiera instrumentalizar a través de ellos. Es por esta razón que la multiplicidad también se traduce en el incremento del número de relaciones entre los miembros del sistema derivadas de la celebración de los distintos contratos, así como en la correspondencia entre las prestaciones que contienen, relaciones que bien pueden ser formales o informales, acentuadas estas últimas con los desarrollos e innovaciones tecnológicas de los tiempos recientes.

Así las cosas, este requisito se puede identificar en las redes y en las cadenas de contratos ya que en las primeras existe al menos un miembro en cada fase de la producción y que, en las segundas, al menos un miembro se encuentra en cada eslabón de los varios existentes, así como en las operaciones económicas complejas, y que también funge como uno de los indicios al momento de identificar la especie de vinculación contractual de que se trate.

d. Identidad de los sujetos que son partes en los diferentes contratos vinculados.

¹⁸⁷ Artículo 1.11 de la edición del año 2016 de los Principios Unidroit.

¹⁸⁸ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Unidroit Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 2018, págs. 2-3.

Los sujetos que son partes de los diversos contratos vinculados pueden o no coincidir, erigiéndose esta condición en un requisito accidental, pero no estructural de la figura, que se encuentra presente en sistemas con una operación económica con niveles bajos de complejidad en las que los sujetos tienen la capacidad de aportar los recursos necesarios para su ejecución o no tienen vocación de repetirse, no así en las operaciones complejas que requieren de múltiples sujetos intervinientes. Sin embargo, reconocemos que la concurrencia de los sujetos en los contratos vinculados puede generar repercusiones jurídicas adicionales como lo sería la posibilidad de oponer excepciones personales entre las partes de los contratos vinculados frente al cumplimiento de las prestaciones dirigidas al logro de la finalidad del sistema, así como repercusiones prácticas, en el sentido de que tratándose de la vinculación funcional o judicial, la concurrencia en los extremos subjetivos de las partes de los contratos configura uno de los indicios facilitadores para identificar la figura.

7) Características de la figura de la vinculación contractual.

A partir de los presupuestos, fundamentos legales, requisitos y particularidades de la vinculación contractual, se pueden identificar algunas características que sirven para distinguirla de otras figuras, así como para permitir su mejor entendimiento, dentro de las que se encuentran la abstracción, la atipicidad legal, los requisitos estructurales, la determinación de la finalidad económica supra-contractual proyectada, el carácter instrumental, la calidad de las partes *intuitu personae* y la exigencia de ubérrima buena fe.

a. La abstracción de la figura.

La vinculación contractual es una figura jurídica genérica que comprende diferentes manifestaciones constitutivas de especies heterogéneas que comparten los requisitos estructurales necesarios para su configuración, con independencia de la especie de que se trate, dentro de las que se encuentran la conexidad y la conexión, las redes y las cadenas, el contrato marco y el contrato específico, y las especies de vinculación con fuente legal.

b. La atipicidad legal.

La figura de la vinculación contractual además de no tener nominación en el ordenamiento jurídico colombiano, carece de disciplina legal en la medida en que no existe una regulación sistemática ni completa de la figura, así como

tampoco atribución legal de sus efectos jurídicos. Adicional a ello, si bien se pueden identificar algunas providencias judiciales en las que se ha reconocido su existencia y se ha admitido su procedencia, su función social no ha sido reconocida *ex ante* ni tutelada de manera previa por la ley, siendo una carga del sujeto que la invoca demostrarla en cada caso con el fin de que el operador judicial la encuentre digna de protección.

c. Los requisitos estructurales.

Para que se pueda hablar de la figura de la vinculación contractual en estricto sentido, deben concurrir de manera necesaria los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, la finalidad económica supra-contractual, la correspondencia sistémica entre las prestaciones contenidas en los contratos, los efectos jurídicos relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica, y el conocimiento expreso o tácito por los contratantes y sujetos ajenos al sistema con los cuales se contrata de la existencia del mismo o de la pertenencia de los miembros a él, al respecto remitimos al acápite pertinente.

d. La determinación de la finalidad económica supra-contractual proyectada.

La operación económica que se manifiesta en la actuación coordinada y en la colaboración en la ejecución de las prestaciones entre los miembros del sistema, debe circunscribirse a un cometido económico específico, pudiendo los miembros del sistema ser competidores en otros sectores económicos diferentes al sistema configurado¹⁸⁹.

e. Su carácter instrumental.

Como lo advertimos en líneas anteriores, la figura de la vinculación contractual antes que un fenómeno jurídico es un hecho económico, cuya *ratio* se orienta a tutelar e instrumentalizar relaciones negociales complejas a través de efectos, mecanismos y remedios de los cuales se puedan valer los acreedores directos e indirectos para proteger sus derechos de crédito y satisfacer de la mejor manera los intereses inmersos en las relaciones obligatorias.

f. La calidad *intuitu personae* de las partes.

¹⁸⁹ "competition can also supplement cooperation as partners can cooperate on some projects whilst competing in other ways": CAFAGGI, F., Op. Cit.

Las prestaciones de los contratos vinculados se pueden analizar desde dos puntos de vista: (i) la posibilidad de que la prestación sea ejecutada con prescindencia o no de las calidades personales del deudor y (ii) las calidades personales que los sujetos de los diferentes contratos vinculados deben tener para pertenecer al sistema. Es por lo que tratándose de los contratos vinculados el análisis no se limita a establecer si la prestación objeto de la obligación en caso de ser cumplida por una persona diferente al deudor original tendría eficacia satisfactiva del interés del acreedor, o si tal interés puede ser satisfecho únicamente por el deudor original atendiendo a sus calidades personales, sino que comprende además las calidades que deben reunir los sujetos para ser miembros de los contratos que se encuentran vinculados.

Con base en la primera perspectiva que tiene en cuenta el objeto de la obligación, en principio, cuando sea trate de una prestación *intuitu pecuniae*, la ejecución será idónea para satisfacer el interés del acreedor con prescindencia del sujeto que la ejecute, siempre que realice en forma exacta, íntegra e idéntica de acuerdo con el programa ideal contenido en el contrato. Por el contrario, las prestaciones que tengan el carácter de *intuitu personae*, bien sea por su naturaleza o por acuerdo entre las partes, solo podrán ser ejecutadas por el deudor original que las contrajo. De acuerdo con lo señalado hasta aquí, *prima facie* se podría afirmar que la obligación contenida en un contrato vinculado que no tenga el carácter de *intuitu personae* podría ser ejecutada por cualquier persona y aún así el interés del acreedor quedaría satisfecho.

Sin embargo, tal afirmación es aparente y no se corresponde con la realidad de la figura que recoge la segunda perspectiva, en la medida en que debido a sus particularidades, para los sujetos de los demás contratos vinculados no es indiferente quien cumpla la prestación. Por esta razón la escogencia de las partes de los contratos vinculados que tienen a su cargo el cumplimiento de una prestación específica no es determinada en forma exclusiva por los recursos que destine el sujeto para ejecutarla aunque la prestación tenga el carácter de *intuitu pecuniae*. Y ello es así porque al ser un emprendimiento común en el que emergen relaciones de confianza entre los sujetos que se vinculan para la realización de una operación económica conjunta, los miembros del sistema deberán analizar además del cumplimiento de la prestación, las cualidades del sujeto que las realiza.

Así pues, aunque un sujeto diferente al deudor original que no sea su representante ni su autorizado, ejecute en la forma debida la prestación contenida en el contrato vinculado, puede que con tal ejecución no se satisfaga el interés de los miembros del sistema o acreedores indirectos de la prestación, por ser las calidades del deudor esenciales al momento de emprender un proyecto económico en conjunto. Es por lo que la decisión que se tome sobre el remedio a aplicar en los casos en que exista incumplimiento del contrato no debe corresponder en forma exclusiva al cocontratante inmediato del sujeto incumplido, sino que debe ser asentida por los miembros restantes para quienes no es indiferente quién ejecute la prestación, dado que ello incidirá no solo en el contrato individual sino en los restantes contratos vinculados.

Por último, es pertinente señalar que tanto el carácter de *intuitu personae* de las calidades de los miembros del sistema como los remedios frente al incumplimiento, se dirigen a satisfacer los intereses de los acreedores directos e indirectos y a proteger su derecho de crédito. Sin perjuicio de que en caso de incumplimiento material o esencial de alguno de los contratos vinculados que impida la consecución de la operación económica global, el carácter de *intuitu personae* relacionado con las calidades de los miembros del sistema pueda relativizarse a favor de la aplicación de remedios para superar el incumplimiento, como la ejecución de la prestación por parte de un tercero ajeno al sistema o la adquisición de productos sustitutos de características similares. Por el contrario, cuando la prestación incumplida tenga el carácter de *intuitu personae* referido al objeto de la obligación, el incumplimiento se tornaría definitivo y no sería susceptible el ejercicio de los remedios conservativos.

g. La exigencia de ubérrima buena fe.

Sostener que la vinculación contractual es una figura en la cual es exigible una *uberrimae bona fidei* significa que “no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo”¹⁹⁰. Así pues, la justificación de esta característica reside en que los miembros se deben los unos a los otros, el sistema se debe a ellos y ellos, a la vez, se deben al sistema, dado que se unen para el logro de un emprendimiento común basado en relaciones de confianza regidas por la buena fe en las que se obligan a la ejecución de una prestación determinada y

¹⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-232 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

necesaria para su logro, cuyo incumplimiento no solo irradiará efectos adversos a su cocontratante inmediato sino también a los miembros restantes y al sistema como tal.

Como una de sus manifestaciones podemos identificar la extensión de los deberes secundarios de conducta a los miembros del sistema dentro de los que se incluye desplegar un comportamiento conforme a la buena fe y a los usos honestos, así como la necesidad de que los miembros “colaboren incluso después de la terminación individual o de la disolución del contrato para proteger los bienes comunes y, hasta cierto punto, los intereses individuales”¹⁹¹ (traducción libre por el autor) de los restantes miembros del sistema, evitando así que con su salida del sistema se generen repercusiones negativas que puedan derivar en la frustración del emprendimiento común.

8) Indicios de vinculación contractual.

Por indicios debemos entender aquellos rastros, vestigios o huellas que les sirven al operador jurídico, a los miembros del sistema o a los terceros ajenos a él, para establecer si las relaciones que se establecen entre los sujetos pueden ser catalogadas como contratos vinculados o simplemente se tornan en un supuesto de mera concurrencia fáctica de distintos contratos. En este punto debemos aclarar que aun cuando concurren todos y cada uno de los indicios, de ello no se deriva de manera automática la existencia de un supuesto de vinculación contractual, el cual únicamente se estructurará como tal cuando se satisfagan en forma cumulativa los requisitos estructurales. Por tanto, los indicios tienen el carácter de simples criterios facilitadores de análisis, sin que de ellos se pueda derivar de forma autónoma la vinculación entre los distintos contratos.

a. Formal.

Los indicios formales hacen referencia al soporte material o documento en medio físico o magnético, que contiene dos o más contratos autónomos. Es de aclarar que si bien los contratos autónomos que se vierten en un solo documento pueden tener, en efecto, un vínculo funcional, este criterio no es absoluto, toda vez que varios contratos autónomos que no estén vinculados pueden plasmarse en un solo documento y que un solo contrato puede estar contenido en documentos disímiles, no siendo un criterio apriorístico de

¹⁹¹ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 46.

vinculación sino un mero indicio que tendrá que ser analizado y corroborado por el operador jurídico.

Asimismo, la pluralidad de documentos no quiere significar de manera automática la existencia de varios de contratos, teniendo en cuenta que un solo contrato puede estar contenido en varios documentos, y tampoco que de la unidad del documento se deriva *a priori* la unidad de contrato, en el sentido de que una pluralidad de contratos puede estar contenida en un solo documento. Además, por regla general, el cumplimiento de una solemnidad *ad substantiam actus* como es la forma escrita, no es un requisito de existencia de los contratos, siendo suficiente para su perfeccionamiento el consentimiento de las partes. Por esta razón, existe la posibilidad de que se configure un supuesto de vinculación contractual entre un contrato que esté vertido por escrito y otro u otros celebrados en forma verbal, aun cuando en el tráfico jurídico, a efectos probatorios, la mayor de las veces los contratos se plasmen por escrito para dotar de seguridad jurídica al negocio celebrado.

Por tanto, de la existencia de la unidad documental que contenga múltiples prestaciones no se deriva de manera necesaria la existencia de contratos vinculados, toda vez que se pueden presentar variados escenarios, a saber: (i) que exista un solo documento contentivo de un único contrato, existiendo otros contratos no vertidos a la forma documental o verbales; (ii) que no exista documento escrito, estando todos los contratos perfeccionados y no vertidos a escrito; (iii) que exista un solo documento que contenga pluralidad de contratos; (iv) que exista un contrato que esté vertido en múltiples documentos, pudiendo existir otros suscritos a través de la forma documental o verbal; y (v) que exista pluralidad de documentos que contengan un único contrato.

En respuesta a tal dificultad, se han utilizado dos criterios con base en los cuales determinar si el documento contiene uno o varios contratos autónomos, estos son: (i) la voluntad de las partes y (ii) los requisitos para obligarse. Para el primero, la voluntad de las partes es el criterio indicador del número de contratos que los sujetos suscribieron para satisfacer una determinada necesidad o para programar sus relaciones, el cual se torna insuficiente en la medida en que tal manifestación de voluntad debe interpretarse en conjunto con las prestaciones pactadas, los requisitos de existencia de los contratos, la tipología de cada contrato y la finalidad económica que las partes buscan satisfacer con la celebración de uno o varios contratos.

A diferencia del primero para el segundo, la cantidad de contratos deriva de la identificación de la unidad o pluralidad de causas y objetos, dado que en la vinculación contractual concurren contratos autónomos para el logro de una finalidad global, cada contrato conserva sus requisitos para obligarse de manera diferenciada de los demás. En ese sentido, habrán tantos contratos como unidad o pluralidad de objetos y causas puedan identificarse en el documento que contenga los acuerdos, criterio que estimamos es el más acertado a la hora de determinar la cantidad de contratos inmersos en un documento. En resumen, la unidad documental se erige como un criterio auxiliar o indiciario del cual puede hacer uso el intérprete que en caso de duda acerca de la existencia o configuración de la vinculación contractual.

b. Temporal.

La celebración de dos o más contratos en forma concomitante o mediando intervalos temporales reducidos se erige en un indicio de la vinculación contractual que se corresponde con la clasificación que atiende al momento de su configuración, en especial con la genética, de acuerdo con la cual un contrato influye en la celebración de otro u otros debido a la insuficiencia de un solo contrato para instrumentalizar una operación económica compleja, haciéndose necesaria la celebración de dos o más de ellos. Así pues, dada su calidad de indicio es necesaria su verificación a través del análisis y de la comprobación de todos y cada uno de los requisitos estructurales de los contratos vinculados, a falta de los cuales se erigirá en una coincidencia cronológica de contratos autónomos en los que no media vínculo funcional alguno. En este punto, consideramos pertinente ilustrar que uno de los casos paradigmáticos que ha sido identificado por la doctrina como indicio temporal es el contrato preparatorio y el contrato definitivo. Sin embargo, para nosotros el contrato preparatorio y el contrato definitivo no son un supuesto de vinculación contractual funcional pero sí legal, como se explica más adelante.

c. Subjetivo.

Según el criterio subjetivo estamos ante un supuesto de vinculación contractual cuando existe identidad entre los sujetos que celebran y ejecutan la pluralidad de contratos autónomos, que puede ser total o parcial. En la primera, las partes de todos los contratos vinculados coinciden, mientras que en la segunda, una o algunas de las partes de los contratos guardan identidad, pero no todas. Sin embargo, aun cuando las partes coincidan, ello no implica de manera necesaria que los contratos celebrados estén

vinculados, dado que su estructuración está sujeta a la verificación por el operador jurídico de los requisitos estructurales, salvo que sea un caso de vinculación voluntaria. Es por lo que en caso de que los sujetos guarden silencio o la vinculación no tenga origen subjetivo, los contratos autónomos con identidad total o parcial de partes solo estarán vinculados cuando satisfagan los requisitos estructurales de la figura.

Sin embargo, no podemos desconocer que en los eventos en que los contratos autónomos sean celebrados y ejecutados por diferentes sujetos, la labor del operador jurídico será más ardua en la medida en que se debe basar en otros criterios objetivos como lo es la finalidad económica supra-contractual para determinar si se está ante un caso de vinculación contractual o no. Por último, ponemos de presente que en los casos en que exista identidad total de las partes, se facilitaría la admisión de la relativización o morigeración de los efectos relativos de los contratos, la integración del litisconsorcio necesario o cuasinecesario, así como la acción directa, a diferencia de los eventos de identidad parcial o de heterogeneidad de los sujetos.

d. Referencial.

De acuerdo con el indicio referencial cuando los contratos se remitan los unos a los otros o aludan al sistema como un todo dentro su clausulado contractual, se podría tratar de un supuesto de vinculación contractual que tendrá que ser comprobado por el operador de que se trate. Así pues, este indicio requiere de manera necesaria la inserción expresa en el contenido contractual de cláusulas que se refieran a otros contratos vinculados o al sistema de contratos o, que las referencias se pueda deducir de la conducta de las partes, siendo este último más difícil de identificar por las dificultades probatorias que entraña. Adicional a ello, las referencias cruzadas de un contrato en relación con otro u otros, o en relación con el sistema, pueden facilitar la labor del intérprete de identificar la finalidad económica supra-contractual que fue proyectada por la partes e instrumentalizada a través de diversos contratos autónomos.

9) Criterios de clasificación de la vinculación contractual.

La doctrina ha elaborado múltiples clasificaciones alrededor de la figura de la vinculación contractual que atienden a criterios disímiles dirigidos a dotarla de un esquema organizacional que además de servir a efectos metodológicos, precise sus consecuencias prácticas y jurídicas. Así las cosas, se han identificado diversos criterios de clasificación atendiendo a la fuente, a la

naturaleza del vínculo, a la dependencia, al momento de configuración y a las clases de nexos.

a. La fuente.

De acuerdo con el criterio de la fuente, la vinculación contractual puede tener origen en la voluntad de las partes, en la interdependencia funcional de las prestaciones, en una norma abstracta y general que regule en forma sistemática la posibilidad de vincular diferentes contratos, en la actividad interpretativa judicial o en la ley. A continuación nos referiremos a cada una de ellas.

i. Legal.

En relación con la vinculación contractual de fuente legal, podemos advertir que los Códigos decimonónicos no regularon esta figura de manera autónoma ni le dieron un tratamiento jurídico propio. No obstante, se pueden identificar algunas disposiciones que de manera aislada contemplan supuestos de vinculación contractual que se pueden subsumir dentro de este criterio de clasificación, con base en el cual el legislador atendiendo a diversos criterios de política legislativa establece que aun cuando en estricto sentido los contratos no se dirijan a la obtención de una finalidad económica supra-contractual ni se encuentren vinculados funcionalmente, se presume su grado de vinculación con base en el cual asignar consecuencias jurídicas diversas. Por esta razón se pueden distinguir diferentes especies de vinculación con origen legal como los contratos autónomos recíprocos, el contrato principal y el accesorio, el subcontrato y la sucesión de contratos.

a) Los contratos autónomos recíprocos.

En relación con los contratos autónomos recíprocos es preciso aclarar que si bien uno de los requisitos estructurales de la vinculación contractual es la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, con la expresión “contratos autónomos recíprocos” queremos aludir a la ausencia de relaciones jerárquicas entre los contratos, dada la presencia de condiciones similares, así como la paridad entre el poder económico y de negociación entre las partes. Así pues, en esta especie de vinculación es posible que exista identidad o heterogeneidad entre las partes, así como la propagación de las vicisitudes en forma bidireccional con repercusiones negativas en la ejecución de las prestaciones de los restantes contratos por ser presupuesto, requisito, condición o complemento necesario para su ejecución las unas de las otras.

Un ejemplo de ello lo podemos identificar en el artículo 2014 del Código Civil que contempla la conocida “tácita reconducción del contrato de arrendamiento”, que señala:

Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y es necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.

En este supuesto, aun cuando se satisfagan los requisitos de coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, de los efectos jurídicos relevantes, la renovación del contrato de arrendamiento en las mismas condiciones, y la correspondencia entre las prestaciones por ser el cumplimiento de las prestaciones del contrato original presupuesto necesario del nuevo contrato, no se satisface el de la finalidad económica supra-contractual, por limitarse los contratos a satisfacer la finalidad económico-social individual contemplada en el contrato de arrendamiento.

Por otro lado, refiriéndonos a la ley en sentido amplio, un ejemplo jurisprudencial¹⁹² de esta clase de contratos vinculados es el “*lease back*”, en el cual la operación económica está integrada por dos contratos, el contrato de compraventa en el que el futuro locatario transfiere el inmueble a la sociedad de leasing, y el “*lease back*” que le permite al vendedor inicial el uso y goce del bien a cambio de una contraprestación económica. En este caso, la compraventa es instrumental al “*lease back*” y tiene por causa la celebración del contrato de leasing, sin la cual el leasing no se habría podido celebrar y viceversa, evento en el que se satisfacen de manera plena los requisitos de la vinculación contractual.

b) El contrato principal y el contrato accesorio.

¹⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

El contrato principal como aquel que “subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención”¹⁹³ y el accesorio como aquel que “tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”¹⁹⁴, ha sido uno de los ejemplos expuestos por la doctrina para ejemplificar la figura de la vinculación contractual y en los cuales la mayor de las veces, uno de los extremos subjetivos suele coincidir. Así pues, en esta especie el contrato principal es la razón de la existencia del accesorio, en el sentido de que la extinción del primero conlleva de manera necesaria la ineficacia del segundo y de manera más general, que la ineficacia que afecta al contrato principal cualquiera que sea su origen, se comunica de manera directa al accesorio en sentido unidireccional, dado que la relación de dependencia se configura del contrato accesorio respecto del principal y no viceversa. Es por lo que la ineficacia que afecte al contrato accesorio no tiene la potencialidad de comunicarse al contrato principal, que subsiste de manera autónoma, en la medida de que en principio, no existe una relación de dependencia del contrato principal respecto del contrato accesorio. Sin embargo, en virtud del poder de disposición de las partes, la suerte del contrato accesorio puede repercutir en la del contrato principal, configurándose una vinculación de tipo subjetiva bilateral, que concurriría con la vinculación con fuente legal unilateral, la cual puede obedecer a diferentes móviles de los sujetos al estipularlo.

Ahora bien, en punto de la vinculación legal aludida, es de precisar su naturaleza es unilateral desde contrato principal hacia el contrato accesorio, relación que puede ser descrita con el siguiente razonamiento: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Al respecto, se pueden identificar varias disposiciones en el Código Civil que contemplan supuestos de contratos principales y accesorios, a saber: (i) el artículo 1593 señala que “la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”; (ii) el artículo 1725 establece que “la confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza, no extingue la obligación principal”; (iii) el artículo 2361 dispone que “la fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”; (iv) el numeral 3º del artículo 2406 señala que la fianza se extingue “por la extinción de la obligación principal en todo o parte”; (v) el artículo 2410 establece que “el contrato de prenda supone

¹⁹³ Artículo 1499 del Código Civil.

¹⁹⁴ Ibid.

siempre una obligación principal a que accede”; y (vi) el artículo 2457 dispone que “la hipoteca se extingue junto con la obligación principal”.

Así las cosas y sin perjuicio de que la vinculación de esta especie sea legal, debemos precisar que a pesar de que se puedan verificar los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, la correspondencia sistémica entre las prestaciones y los efectos jurídicos relevantes, no se agota el requisito de la finalidad económica supra-contractual, toda vez que la prestación del contrato accesorio es de hacer, de asegurar el cumplimiento de las prestaciones del contrato principal, y por tanto, no es clara la existencia de una finalidad que exceda a cada contrato individualmente considerado, por residir la finalidad última en el cumplimiento de la obligación contenida en el contrato principal, aun cuando se encuentre asegurada con el contrato accesorio. Además, el razonamiento anterior se corresponde con la función de los contratos de garantía como manifestación de los contratos accesorios de “brindar una seguridad respecto del cumplimiento de otro contrato”¹⁹⁵. En nuestro caso, del contrato principal. Por lo que podemos afirmar que no constituyen un ejemplo de vinculación contractual con fuente funcional sino legal, por no agotar el requisito estructural de la finalidad económica supra-contractual.

Como ejemplo podemos citar además el caso sometido a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia¹⁹⁶, en el que una entidad financiera le prestó recursos económicos a un usuario financiero, quien a la vez se obligó a garantizar la acreencia gravando sus bienes con prenda y a asegurar su vida, para que en caso de no pagar el crédito por motivo de incapacidad o de fallecimiento, la aseguradora asumiera el pago de la deuda. Esta operación de crédito o negocio requirió para su materialización de cuatro contratos: dos de mutuo de dinero, uno de prenda y otro de seguro -el cual nunca se celebró-. En opinión de la Corte, existió una íntima relación entre ellos, al considerar que los contratos de mutuo constituían la causa del contrato de prenda, estando el último subordinado a los primeros, y que entre los contratos de mutuo y de seguro existió una relación de recíproca dependencia, por ser el mutuo el móvil del seguro y el seguro una condición para el desembolso del dinero. Sin embargo, aun cuando consideramos acertada la providencia al señalar que existe pluralidad de contratos y correspondencia sistémica entre las prestaciones o nexo funcional entre ellos, en el caso objeto de estudio no existió una finalidad económica supra-contractual, dado que el contrato de

¹⁹⁵ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 17.

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

prenda tuvo por objeto garantizar la obligación principal a cargo del deudor contenida en los contratos de mutuo y por tanto, no es dable afirmar la existencia de una operación económica que excediera la esfera contractual del mutuo, teniendo en cuenta además que el contrato de prenda tendió a asegurar su cumplimiento y que el contrato de seguro nunca se celebró.

En resumen, el contrato principal y el accesorio no son un supuesto de vinculación contractual funcional u objetiva. Sin embargo, fue uno de los supuestos de vinculación contractual que contempló el legislador decimonónico, dotándolo con efectos jurídicos relevantes al señalar, *grosso modo*, que el contrato accesorio sigue la suerte del contrato principal o en otras palabras, que las vicisitudes del contrato principal como la nulidad o la extinción, en estricto sentido su ineficacia, acarrearán el mismo efecto para el contrato accesorio.

c) El subcontrato.

Si bien el subcontrato es una de las manifestaciones de los contratos principales y accesorios, consideramos pertinente tratarlo de manera separada sin desconocer que como contrato accesorio “tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”¹⁹⁷. Así pues, el subcontrato se puede definir como un “nuevo contrato derivado y dependiente de otro previo de igual naturaleza”¹⁹⁸ a través del cual se busca ejecutar las obligaciones contenidas en el contrato principal valiéndose de un tercero, el subcontratista.

En este punto cabe aclarar que no existe identidad total sino parcial entre las partes del contrato principal y del subcontrato, dado que por definición una de ellas contrata con un tercero la ejecución de las obligaciones a su cargo contenidas en el contrato principal, lo que pone de presente una de las características que sirve para dotar de identidad al subcontrato respecto de otros contratos accesorios, como es la idéntica naturaleza del contrato principal y del subcontrato. Sobre el particular, podemos afirmar que el subcontrato goza de consagración legal en Colombia tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, cuerpos normativos en los que se pueden identificar algunos supuestos de subcontratación.

¹⁹⁷ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 17.

¹⁹⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, J., “Las cadenas de contratos o contratos coligados”, *Contratación Privada: Contratos Predispuestos, Contratos Conexos, Código Europeo de Contratos*, Bogotá, pág. 159.

En relación con el Código Civil se pueden señalar las siguientes disposiciones: (i) el artículo 2004 indica que en los casos en que al arrendatario se le ha concedido la facultad de subarrendar “no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo”; (ii) el artículo 2391 establece que “el subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal”; (iii) el artículo 2405 dispone que “el subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores” y; (iv) el artículo 2408 preceptúa que “Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso la obligación del subfiador subsistirá”.

En el mismo sentido, en el Código de Comercio se pueden identificar algunos textos normativos que contemplan supuestos de subcontratación: (i) el numeral 2º del artículo 20 contempla como uno de los criterios de mercantilidad objetivos “el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos” y; (ii) el artículo 523 señala que “el arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles”.

Así las cosas, podemos señalar que aun cuando al subcontrato como contrato accesorio se le puedan comunicar las vicisitudes del contrato principal, en estricto sentido la ineficacia, los efectos jurídicos relevantes son asignados de manera directa por la ley, que en algunas ocasiones establece mecanismos para facilitar las acciones entre el contratante principal y el subcontratista y viceversa, no configurando un supuesto de vinculación funcional sino legal. Por tanto, el subcontrato si bien es una de las especies de vinculación legal unilateral respecto del contrato principal, en él no se satisfacen a plenitud los requisitos para erigirse como una de las especies de vinculación funcional, toda vez que se celebra con el objetivo de cumplir las obligaciones a cargo de una de las partes contenidas en el contrato principal a través de la delegación en un tercero de su ejecución. Es por lo que “el contrato de subcontratación permite en realidad el cumplimiento del contrato principal”¹⁹⁹, dado que “Surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquéllas, con base en el contrato anterior, del cual es parte”²⁰⁰.

¹⁹⁹ LARROUMET, C., *Responsabilidad civil contractual-algunos temas modernos*, Op. cit., pág. 28.

²⁰⁰ MOSSET ITURRASPE, J., Op. cit., pág. 20.

Es por esta razón que creemos que la doctrina se ha preocupado más por forzar la identificación de especies de vinculación funcional en los textos normativos existentes que por reparar en los requisitos estructurales que se deben satisfacer para su configuración. En ese sentido, aunque el subcontrato sea un ejemplo paradigmático de vinculación con fuente legal, no satisface a plenitud los requisitos estructurales de la vinculación funcional, en especial el de la finalidad económica supra-contractual en la medida que su finalidad yace en permitir el cumplimiento de la obligación contenida en el contrato principal, aun cuando agote los requisitos estructurales restantes. En otras palabras,

Cuando un contratante -mandatario, locatario de un inmueble, empresario de obra- celebra un segundo contrato, íntimamente vinculado al primero -mandato, locación o contrato de obra- con la finalidad de poner en cabeza de un tercero -subcontratante- parte de los derechos y obligaciones nacidos del contrato originario -o contrato padre- está derivando, con base en un negocio fuertemente dependiente -contrato hijo- que no puede escapar o salir del esquema; no está celebrando un segundo contrato "conexo" meramente con el primero. Está contratando en franca dependencia o subordinación²⁰¹.

d) La sucesión de contratos.

La sucesión de contratos se presenta cuando las partes de manera previa celebran un contrato preparatorio cuyo objeto es la celebración de un contrato definitivo o retardar sus efectos. Así pues, esta especie de vinculación legal se caracteriza por la identidad entre las partes del contrato preparatorio y del definitivo, por ser la celebración y ejecución del primero un presupuesto para la celebración y ejecución del segundo, toda vez que de no cumplirse la obligación de hacer que contiene el primero consistente en celebrar el contrato definitivo, este no nacería a la vida jurídica por frustrarse el primero. Así mismo, con la cabal celebración y ejecución del contrato preparatorio y el nacimiento del contrato definitivo, se extingue el primero por el cumplimiento de su objeto.

Es posible afirmar entonces que la vinculación de fuente legal de esta subespecie deriva de su consagración tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, en los cuales se pueden identificar algunas

²⁰¹ Ibid., pág. 48.

disposiciones relativas a ellos, en especial al contrato de promesa. En ese sentido, en el artículo 1611 del Código Civil²⁰² se establecen los requisitos que debe tener el contrato de promesa y en el Código de Comercio los artículos 119 y 861 señalan los requisitos que debe reunir la promesa de contrato de sociedad y, que “la promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”, respectivamente.

Precisado lo anterior podemos afirmar que aun cuando el contrato preparatorio y el definitivo sea una de las formas de vinculación legal derivada de que el “contrato preparatorio está vinculado con el contrato definitivo, en el sentido temporal y causal”²⁰³, consideramos que no reúne todos los requisitos estructurales de la vinculación funcional en la medida en que no se satisface la coexistencia de pluralidad de contratos ni la finalidad económica supra-contractual.

En relación con el primero, podemos señalar que ambos contratos no coexisten debido a que con el cumplimiento de la obligación de hacer contenida en el contrato preparatorio, éste se extingue por el agotamiento de su objeto y nace a la vida jurídica el contrato definitivo. Es por lo que el contrato preparatorio y el definitivo no despliegan sus efectos jurídicos en forma concomitante, lo cual se deriva de que el cumplimiento de la prestación contenida en el contrato preparatorio se traduce en su extinción y en el nacimiento de otro contrato que debe estar determinado de tal forma “que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”²⁰⁴, de lo cual se deduce que no son en sentido estricto, autónomos sino que su contenido se sobrepone y coincide.

En relación con el segundo, podemos indicar que la finalidad de ambos contratos yace en la esfera contractual y consiste en la celebración del contrato definitivo individualmente considerado. En esa medida, no se puede identificar una finalidad económica que requiera de manera necesaria su instrumentalización a través de dos o más contratos para su realización, dado que bien pudiera celebrarse solo el contrato definitivo para llevarla a cabo con prescindencia del contrato preparatorio. Por tanto, el fenómeno que se aprecia es una sucesión temporal de contratos que no coexisten sino que persiguen la misma finalidad económico-social individual, no existiendo vinculación funcional entre ellos sino a lo sumo legal.

²⁰² El cual fue subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1997.

²⁰³ MOSSET ITURRASPE, J., Op. cit., pág. 45.

²⁰⁴ Numeral 4º del artículo 1611 del Código Civil.

ii. Voluntaria o subjetiva.

Los sujetos en ejercicio de su autonomía pueden pactar que los contratos autónomos que suscriban queden vinculados en su celebración o en su ejecución, sea que agoten o no los requisitos estructurales de la vinculación contractual, en estricto sentido. Esta especie de vinculación con fuente subjetiva también se ha denominado vinculación explícita y es a través de ella que los sujetos estipulan que se condicione el cumplimiento de las prestaciones contenidas en un contrato a la ejecución de las prestaciones contenidas en otro u otros contratos que son autónomos. Como ejemplo de ello podemos tomar a la cláusula *cross-default* desarrollada en el acápite de las elaboraciones que precedieron a la figura de la vinculación contractual, al cual remitimos en este punto.

Así pues, en ausencia de alguno de los requisitos estructurales, la vinculación tendría su fuente únicamente en la voluntad de las partes y en los móviles que en cada caso tuvieren para disponer de sus intereses a través de contratos que si bien funcionalmente no se encuentran vinculados, lo están con fundamento en su voluntad, de la cual se pueden derivar efectos jurídicos relevantes asignados por ellas mismas. Es por esta razón que aunque del análisis del conjunto de los contratos celebrados no se pueda identificar una finalidad económica supra-contractual que se exteriorice, es posible que las partes decidan que el fundamento del ligamen o del vínculo sea algún móvil o justificación subjetiva.

Asimismo, ante la falta de correspondencia sistémica entre las prestaciones de los distintos contratos, los sujetos pueden disponer que el cumplimiento de las prestaciones a cargo de una parte sea condición previa para la ejecución de la prestación a cargo de la otra o que solo con el cumplimiento de todos los contratos se entenderá ejecutada la obligación, aun cuando causal o lógicamente dichas prestaciones no sean un requisito, presupuesto, condición ni complemento necesario para la ejecución de las restantes.

Por otro lado, ante la carencia de efectos jurídicos relevantes, los sujetos pueden disciplinar y regular de manera específica las consecuencias en el mundo del Derecho de las relaciones que se establecerán entre los contratos, pudiendo condicionar su cumplimiento al de otros contratos, o disponer de manera explícita que las vicisitudes de uno de ellos se propagarán a los restantes, adelantándose o sustituyendo los efectos que por ley les son

asignados, siempre que no se trate de normas que no admitan disposición en contrario.

En cuanto al requisito relativo a la información relevante que debe ser suministrada a los sujetos externos que van a celebrar contratos con alguna de las partes de los contratos vinculados con fuente voluntaria, podemos afirmar que se torna más fácil que los terceros o las mismas partes de los contratos tengan conocimiento de tal vinculación debido a que se estila la inserción de cláusulas al respecto, que pueden adoptar las siguientes formas:

(i) la disposición expresa en el clausulado del contrato de su vinculación voluntaria, que condicione el cumplimiento de la prestación a cargo de un sujeto a la ejecución previa de la prestación a cargo de otro sujeto o que condicione el cumplimiento a la ejecución de todas las prestaciones de los contratos, siendo posible que se incluya la propagación de las vicisitudes entre los contratos como causal de su terminación, (ii) la remisión al clausulado contractual de otro contrato o al de un contrato marco, en el que se indique la vinculación, el condicionamiento en la ejecución de las prestaciones, la propagación de las vicisitudes, o las causales de terminación por afectarse o hacerse imposible la ejecución de uno o algunos de ellos, o (iii) puede derivar de los comportamientos de las partes, de las tratativas en la etapa pre-contractual o de la pluralidad de indicios objetivos y externos en el mismo sentido, de los cuales se pueda deducir la voluntad de vincular los contratos, siendo aplicable en este caso la teoría de los actos propios.

Por último, en relación con el requisito de la coexistencia de pluralidad de contratos, consideramos que este es el único del cual no puede prescindirse en la vinculación con fuente voluntaria en la medida en que de no existir dos o más contratos autónomos, el supuesto mutaría en otra figura jurídica, en cuyo caso la remisión por vía del clausulado contractual se haría respecto de otras cláusulas del mismo contrato y no respecto de contratos autónomos.

Con base en lo anterior podemos concluir que estamos en presencia de una vinculación voluntaria cuando “el vínculo haya nacido únicamente de la voluntad de las partes y no de la relación de interdependencia propiamente dicha”²⁰⁵, sin perjuicio de que puedan concurrir. Así pues, se pueden identificar dos de sus subespecies: (i) los contratos autónomos que teniendo una finalidad económica supra-contractual y estando vinculados funcionalmente, las partes deciden estipular de manera expresa tal

²⁰⁵ LOPES ENEI, J., Op. cit., pág. 118.

vinculación con la finalidad de evitar un proceso declarativo en caso de controversia, en virtud del cual la autoridad reconozca la vinculación contractual y (ii) contratos autónomos en los que aun cuando no existe una finalidad económica supra-contractual ni un vínculo funcional de las prestaciones ni efectos jurídicos relevantes, las partes acuerdan que queden vinculados, exceptuando el principio de relatividad de los contratos.

iii. Funcional u objetiva.

En estricto sentido, los requisitos estructurales descritos en líneas anteriores se predicen de la vinculación con fuente funcional que se erige como el centro principal de nuestro estudio. En esa línea, la vinculación objetiva es aquella que satisface a plenitud los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, la finalidad económica supra-contractual, la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los distintos contratos, los efectos jurídicos relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica y el conocimiento expreso o derivado, de la vinculación por parte de los contratantes y de los terceros ajenos al sistema con los cuales se contrata.

En ese sentido, podemos sostener que en esta especie los contratos autónomos sean típicos o atípicos, celebrados o no por las mismas partes, integran un sistema que se dirige al cumplimiento de una operación económica que excede a los contratos individualmente considerados para cuya satisfacción es necesaria la concurrencia de las prestaciones de todos los contratos que lo integran. Por esta razón, aun cuando todos los requisitos estructurales deban concurrir necesariamente para que se configure la vinculación contractual con fuente funcional u objetiva, los requisitos que a efectos prácticos permiten al operador jurídico determinar su existencia son los de la finalidad económica supra-contractual y de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, previa constatación de la coexistencia de la pluralidad de contratos autónomos.

Así pues, para establecer si las diferentes relaciones contractuales se subsumen en un supuesto de vinculación con fuente funcional se debe verificar que el entramado sistémico tenga como objetivo un fin práctico unitario al cual se dirijan todos los contratos y sin los cuales sea imposible de lograr, así como establecer las relaciones de interdependencia que se forman entre las prestaciones que contienen, comprobando que sean requisito, condición, presupuesto o complemento necesario de las prestaciones contenidas en los restantes contratos. Por último, es pertinente aclarar aquí que esta especie de vinculación no exige como requisitos el pacto expreso de

las partes en tal sentido ni su declaración judicial, estructurándose de la mera facticidad de la concurrencia de los requisitos estructurales “cuando se deriva automáticamente de la realidad fáctica y la finalidad económica común, independiente de la voluntad de las partes”²⁰⁶.

iv. Necesaria o típica.

La vinculación con fuente necesaria o típica alude a que “la posibilidad de que los contratos puedan vincularse, se encuentra expresamente señalada en la ley, ó en general, en una norma de carácter abstracta, general e impersonal”²⁰⁷. Es por lo que en caso de celebrarse dos o más contratos autónomos que se encuentren vinculados funcionalmente y tiendan al logro de una operación económica, o que recorran a satisfacción el supuesto de hecho general que disciplina la vinculación, los efectos jurídicos serán asignados por ley o por una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria²⁰⁸.

A primera vista, parecería que la vinculación necesaria o típica se confunde con la de origen legal. Sin embargo, es posible diferenciarlas en forma clara, dado que en esta especie, cuando se recorra a plenitud la definición legal que establezca el texto normativo, los contratos típicos o atípicos que se subsuman en tal supuesto de hecho serán dotados con efectos jurídicos relevantes por una norma general, abstracta, impersonal y obligatoria, sin que se limite la existencia de la figura a una tipología específica de contratos. Por el contrario, en la vinculación con fuente legal se observa una variedad de disposiciones que regulan de manera particular alguna de sus especies, en las cuales la asignación de efectos jurídicos depende de su consagración legal y se restringe a contratos de la misma naturaleza, cuyos textos normativos no tienen pretensiones de generalidad ni sirven como fundamento para analizar la vinculación entre contratos atípicos.

i. Judicial.

La vinculación con origen judicial es una concreción de la vinculación con fuente funcional u objetiva llamada a operar en caso de existir alguna controversia entre las partes de los contratos vinculados o con terceros ajenos al sistema, respecto de su existencia, cumplimiento, interpretación o efectos,

²⁰⁶ Ibid., pág. 118.

²⁰⁷ GUTIÉRREZ FRÍAS, G., Op. cit., pág. 46.

²⁰⁸ Un ejemplo de esta especie de vinculación es el artículo 1073 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

la cual será sometida a conocimiento de las autoridades judiciales a través del inicio de un proceso con pretensiones de que se declare la existencia y vinculación entre los contratos, y se le reconozcan los efectos jurídicos que le son propios.

Así las cosas, el ejercicio intelectual de analizar la satisfacción de los requisitos estructurales de la vinculación contractual estará a cargo del operador jurídico, sea un juez o una autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, según el caso, los cuales decidirán si se está en presencia de contratos con vínculos funcionales o de la mera concurrencia fáctica de contratos autónomos e independientes, dada la ausencia de alguno de ellos. Es por lo que en caso de ser declarada, existirá en su facticidad de manera previa a la decisión judicial, pero no surtirá efectos a causa de la discrepancia respecto de su existencia, interpretación, cumplimiento o efectos entre las partes de los contratos vinculados o en relación con terceros, o de la ausencia del cumplimiento espontáneo de las obligaciones que surgen de ellos.

b. La naturaleza del vínculo.

Esta clasificación atiende al criterio de la naturaleza del vínculo o de las relaciones que se establecen entre los contratos, que hacen visible la injerencia que tienen los unos respecto de los otros en su ejecución, y de acuerdo con la cual la naturaleza del vínculo puede ser jerárquico, de coordinación o alternativo.

i. Jerárquico.

El vínculo jerárquico o unilateral se puede identificar en aquellos supuestos de vinculación en que existe una gradación entre los contratos, con base en la cual el contrato que se encuentra en el grado superior es requisito, condición, presupuesto o complemento necesario del que se encuentra en el grado inferior y así sucesivamente, bien sea para su ejecución o su celebración. Así pues, los contratos con gradación superior son necesarios para la celebración o ejecución de los contratos restantes. En ese sentido, podemos afirmar que la propagación de las vicisitudes, en estricto sentido de la ineficacia, opera desde el contrato con jerarquía superior y es unidireccional hacia los contratos con jerarquía inferior y no opera en sentido contrario desde los de jerarquía inferior hacia los de jerarquía superior. Por último, debemos precisar también que al interior del sistema de contratos se puede establecer un orden de prelación entre los contratos en caso de contradicción entre sus cláusulas para solucionar las eventuales controversias que se puedan

presentar, en cuya cúspide estará el contrato con jerarquía superior. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en los contratos marco y en los contratos que lo desarrollan o ejecutan.

ii. De coordinación.

Los vínculos de coordinación o bilaterales se presentan en aquellos casos en que no existe subordinación de alguno de los contratos vinculados respecto de otros sino que la pluralidad de contratos se encuentra en el mismo rango y tienen por tanto, el mismo grado de incidencia en la celebración o ejecución de los restantes. En este tipo de vínculo la propagación de las vicisitudes, en estricto sentido de la ineficacia, entre los contratos vinculados es multidireccional, pudiendo los unos incidir en la eficacia de los otros y viceversa.

iii. Alternativo.

Cuando el vínculo sea alternativo, un contrato estará relacionado con uno u otro contrato, pero no con ambos de manera simultánea, cuando acaezca o se verifique el supuesto que concreta la alternatividad inicial para la producción de efectos jurídicos en relación con uno de ellos. En este caso, la calificación de la naturaleza del vínculo entre los contratos o la determinación de la naturaleza del vínculo, jerárquico o de coordinación, se realizará *ex post* a que se concrete el supuesto de dicha alternatividad inicial. Así las cosas, cuando se identifique la existencia de un vínculo de naturaleza alternativa, primero se deberá determinar el contrato con el cual se concreta la alternatividad inicial, para establecer de manera posterior la clase de vínculo que se establece entre el contrato primigenio y aquél.

c. Dependencia.

La dependencia es una manifestación del requisito estructural de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, toda vez que alude a la forma como se establece el vínculo funcional que debe estar presente en los contratos vinculados, bien sean relaciones de subordinación o de accesoriadad jurídica. Así pues, la dependencia se puede definir como la potencialidad de desplegar efectos jurídicos o de ejercer influencia de un contrato hacia otros, o de dos o más contratos entre sí, incidiendo en su celebración o ejecución, la cual puede ser unilateral o bilateral.

i. Unilateral.

En la dependencia unilateral el vínculo se establece en forma unidireccional desde un contrato principal hacia otros contratos, comunicándose los efectos generadores de dependencia en un solo sentido. En este caso:

La relación de dependencia indica que uno de los contratos y todo su contenido se determina y justifica con referencia a otro contrato que se convierte así en la razón de ser del primero. El contrato dependiente (...) no puede existir sin el principal, sin embargo no pierde su individualidad. La dependencia no es absorción de un contrato por otro²⁰⁹.

Por esta razón, la ineficacia del contrato al cual otro está subordinado repercute de manera directa en el contrato autónomo pero dependiente, de tal manera que puede llegar a afectar el cumplimiento de sus prestaciones en los casos en que “sólo uno de ellos esté subordinado o sea dependiente del otro, como ocurre en la relación entre el contrato base y el subcontrato y entre el contrato principal y el contrato accesorio de garantía”²¹⁰, así como en el contrato marco y los demás que lo ejecutan. Entonces, existirá dependencia unilateral cuando “existe un contrato principal, del cual los demás son auxiliares, debido a que la función de éstos últimos depende de la del principal”²¹¹ (traducción libre por el autor).

Como ejemplo de ello²¹² podemos citar el caso del contrato de fiducia mercantil de garantía, en virtud del cual se acordó entre la fiduciaria y el fiduciante, que una vez éste último traspasara la titularidad de un inmueble a la fiduciaria en garantía de una obligación principal, la fiduciaria le entregaría su tenencia a título de comodato precario, supuesto en el cual la dependencia opera desde el contrato de mutuo hacia los contratos de fiducia y de comodato a título precario. Al respecto señaló el Tribunal que

la fiducia de garantía y el comodato que usualmente se celebra a continuación de ella sobre los mismos bienes fideicomitidos, e incluso el de mutuo garantizado con la misma fiducia, evidentemente son contratos enlazados entre sí (...) Entrelazamiento que implica, por ejemplo, que si el fideicomitente paga a sus acreedores, extinguiéndose así la obligación principal

²⁰⁹ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., Op. cit., pág. 244.

²¹⁰ Ibid., pág. 117.

²¹¹ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 25.

²¹² Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 17 de junio de 2005. Chaves Vela, Isaías; Ordóñez Noriega, Sara; Muñoz Laverde, Sergio.

garantizada, se extinguirá así mismo la del fideicomiso en garantía a favor de aquellos, por ser accesoria a esta; y cesará la que tiene como comodatario de restituir la tenencia (...) Hipótesis en la cual, la fiduciaria no podría, haciendo caso omiso del pago de los créditos garantizados con el fideicomiso, mantener los bienes fideicomitidos a su nombre, y mucho menos requerirle al fideicomitente la restitución de la tenencia; sino que, por el contrario, debería tornar a devolverle el título de propiedad que formalmente conserva en su cabeza, mediante el otorgamiento e inscripción de la correspondiente escritura pública, si fuere el evento²¹³.

Además, concluyó el Tribunal sobre la vinculación contractual entre la fiducia mercantil en garantía y el comodato a título precario, que

Es unilateral (no recíproca), puesto que no existe interdependencia negocial, sino una mera dependencia unilateral o de una vía, por cuanto es el comodato el negocio que encuentra su causa en el de fiducia y no al contrario. Dicho con otras palabras, resulta innegable la autosuficiencia del contrato de fiducia, abstracción hecha del comodato, al paso que no podría concebirse el comodato con prescindencia del contrato de fiducia de garantía. Así, la existencia del comodato pende de la del contrato de fiducia, pero no al contrario; la interpretación del comodato deberá hacerse en función de la operación económica y jurídica que las partes pretendieron con la aludida modalidad fiduciaria de garantía pero no al contrario; el incumplimiento del comodatario se traduce en incumplimiento del contrato de fiducia. En fin, los componentes obligacionales de los dos contratos no pueden considerarse en estado de mutua dependencia²¹⁴.

En el mismo sentido, en decisión arbitral²¹⁵ se señaló que el contrato de prestación de servicios de interventoría técnica y administrativa, de control de costos y programación, y el de construcción de obra estaban vinculados por una relación de dependencia unilateral, determinación a la cual se llegó con base en que: (i) el contrato de obra fue la causa de la celebración del contrato de interventoría; (ii) que éste último se subordinó al primero y tuvo

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 3 de diciembre de 2001. Sarmiento Cifuentes, Fernando; Montoya Mateus, Fernando; Gaviria Liévano, Enrique.

por objeto “reglar, modificar, ampliar o complementar los efectos de otro preexistente”²¹⁶ y, (iii) el contrato dependiente sigue la suerte del contrato al cual se subordinan sus efectos dado que “sin él no tiene razón de ser por eso la nulidad de este último obsta a que produzca los efectos que le son propios”²¹⁷.

Este mismo raciocinio fue aplicado al caso²¹⁸ en el que se celebró un contrato de interventoría técnica y administrativa para dos contratos de construcción, con el cual se buscaba ejercer el control, la coordinación y la supervisión del contrato estatal por personas expertas en materia del contrato de obra, en el que el Tribunal consideró que el contrato de interventoría “se presenta como un contrato coligado o conexo con otro u otros respecto de los cuales versan o recaen las actividades del interventor”²¹⁹, “Cuando la interventoría recae sobre un contrato de obra pública su finalidad es la constatación del cumplimiento de su objeto contractual y, por consiguiente, de la construcción y de las obligaciones derivadas de esta”²²⁰. Al respecto, consideramos que en los dos últimos casos citados aun cuando pueda existir una vinculación con fuente legal, no se agota el requisito de la finalidad económica supra-contractual necesario para la configuración de la vinculación con fuente funcional, teniendo en cuenta que el contrato de interventoría tiene por objeto constatar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de obra pública y por tanto, la función de ambos contratos yace en el ámbito de la función práctico-social del contrato de obra, no pudiéndose identificar una función económica que los exceda.

Por último, debemos precisar que la dependencia unilateral aquí expuesta se refiere a los contratos autónomos, en el sentido de que el contrato dependiente no puede existir sin el principal, que sí puede subsistir sin el primero. Empero, la operación económica es dependiente de ambos, pues aunque uno pueda subsistir sin en forma individual sin el otro, la finalidad económica global no se podrá alcanzar.

ii. Bilateral.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 10 de abril de 2003. Herrera Mercado, Hernando; Namén Vargas, William; Rodríguez Rodríguez, Libardo.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid.

En la dependencia bilateral el vínculo se establece entre negocios jurídicos paritarios en forma bidireccional y los efectos generadores de dependencia se establecen en un doble sentido. Por esta razón, la ineficacia que se presente en uno de los contratos puede afectar a los otros y viceversa. Así las cosas, la propagación de las vicisitudes, en estricto sentido de la ineficacia, de alguno de los contratos con dependencia bilateral hacia los otros se puede dar en sentido bidireccional, toda vez que la falta de cumplimiento de alguna de sus prestaciones puede incidir en la frustración de la ejecución de las prestaciones contenidas en los contratos restantes.

d. El momento de configuración de la vinculación.

Esta clasificación atiende a un criterio temporal con base en el se puede apreciar la vinculación existente entre los contratos, de acuerdo con el cual la vinculación puede ser genética, modificatoria o extintiva o, funcional o sobrevenida.

i. Genética.

En la vinculación genética un contrato ejerce una influencia decisiva en la celebración, suscripción o formación de los otros. Así pues, las partes de los contratos vinculados *ex ante*, programan la celebración en conjunto de contratos autónomos para alcanzar una finalidad económica supra-contractual. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el contrato principal y en el contrato accesorio, en contratos autónomos que desde el inicio se condicionan en su celebración, y en el contrato preparatorio y el definitivo.

ii. Modificatoria o extintiva.

En esta clase de vinculación, un negocio jurídico ejerce una influencia esencial sobre la modificación o extinción de otros. Como ejemplo de ello podemos referirnos a los otrosíes que se celebran para modificar los efectos de un contrato principal o, al contrato de transacción para extinguir un acuerdo previo.

iii. Sobrevenida o funcional.

En la vinculación sobrevenida un contrato ejerce influencia o incide sobre otros durante su etapa de ejecución y para que se configure “lo importante es que se produzcan efectos de contrato a contrato durante la etapa de cumplimiento de las prestaciones y que dicho vínculo no sea meramente

circunstancial o fenomenológico, sino jurídico”²²¹, y hace alusión a la “influencia que los efectos de un contrato ejerce sobre otro, actúa sobre el desarrollo de la relación negocial establecida por virtud de otro contrato y no sobre su formación; o, por lo menos, no opera exclusivamente sobre ella”²²².

Es por lo que en la vinculación sobrevenida se puede apreciar la influencia que ejercen entre sí los contratos vinculados en la etapa de la ejecución de sus prestaciones, cuyo cumplimiento se erige en presupuesto, requisito, condición o complemento necesario para la realización de las prestaciones de los restantes contratos vinculados, que se dirigen al logro de una finalidad económica supra-contractual única. Por último, es preciso aclarar que la vinculación genética y la sobrevenida no se excluyen sino que en algunos casos, pueden concurrir, siendo esta última la que nos interesa identificar tratándose de la vinculación con fuente funcional.

e. Clases de nexos.

Atendiendo a la distinción realizada por Betti²²³ con base en un criterio temporal, los nexos se pueden clasificar en nexos de concurso y nexos de continuidad o de secuencia.

i. De concurso.

En los nexos de concurso se establece “una relación de síntesis y contemporaneidad ideal entre dos o más negocios que cooperan al mismo resultado económico-social”²²⁴, en los que el criterio temporal utilizado es el de la concurrencia cronológica en la ejecución de las prestaciones contenidas en los contratos vinculados para alcanzar una finalidad común.

ii. De continuidad o secuencia.

Existirá un nexo de continuidad entre los contratos vinculados cuando éste se configura “en orden de sucesión temporal el uno respecto al otro, cuya secuencia contempla y alcanza un complejo resultado económico-social”²²⁵, refiriéndose a la secuencia ordenada de los negocios jurídicos como

²²¹ GUTIÉRREZ FRÍAS, G., Op. cit., pág. 50.

²²² DE LA MADRID ANDRADE, M., *Contratos atípicos y conexidad contractual*, México, Editorial Porrúa, 2016, pág. 117.

²²³ BETTI, E., Op. cit., pág. 219.

²²⁴ Ibid., pág. 219.

²²⁵ Ibid., pág. 219.

procedimiento. En esta especie de vinculación, la ejecución de las prestaciones contenidas en los contratos se organiza con base en un criterio gradual y progresivo, de acuerdo con el cual para la realización a satisfacción de las prestaciones que contienen es necesaria la ejecución previa de otras, cuyo orden que se establecerá atendiendo a la finalidad económica proyectada y al razonamiento lógico, que determinarán las prestaciones cuya ejecución se realizará en forma previa o sucesiva.

10) Diferentes especies del género “vinculación contractual”.

Como una manifestación de la característica de abstracción de la figura de la vinculación contractual se pueden identificar diferentes especies que sirven como instrumentos ordenadores de la pluralidad de contratos que de lo contrario, interactuarían de manera caótica desequilibrando el sistema y por tanto, frustrando la finalidad económica supra-contractual perseguida. Es por lo que las especies heterogéneas dotan de singularidad al conjunto de contratos vinculados de que se trate y lo organizan, atendiendo a la finalidad económica supra-contractual instrumentalizada, con el objetivo de reducir su complejidad y llevar su ejecución a buen término, además de permitir caracterizar las relaciones, bien sean jerárquicas o de dependencia, que se establecen entre los contratos. Lo que resulta útil en tanto hace posible delimitar e identificar los remedios adecuados para solucionar la ineficacia que se presente en alguno de los contratos y así evitar su propagación, cuya tipología puede de ser la de conexidad y conexión, redes y cadenas, contrato marco y específico, o alguna de las especies de vinculación con fuente legal antes mencionadas.

a. Conexidad y conexión.

La distinción entre las especies de “conexidad” y “conexión” obedece a un criterio jerárquico, que en la primera “implicaría la accesoriedad entre los negocios”²²⁶ como es el caso de los contratos principales y de los contratos accesorios que dependen y se subordinan a los primeros. Mientras que en la segunda, “las convenciones se encontrarían con idéntica jerarquía”²²⁷, supuesto en el que dos o más contratos autónomos tienen injerencia recíproca sin poderse predicar de ellos vínculos jerárquicos.

²²⁶ NICOLAU, N., "Los Negocios Jurídicos Conexos", *Trabajos del Centro, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.R.*, 1997, pág. 9.

²²⁷ *Ibid.*, pág. 9.

b. Redes y Cadenas.

La diferenciación entre las “cadenas” y las “redes” como especies de vinculación contractual atiende a factores de orden temporal y estructural. En primer lugar nos referiremos a las cadenas para luego abordar el estudio de las redes.

Las cadenas. Factor temporal. En las cadenas existe “una sucesión temporal de contratos”²²⁸, producto del fraccionamiento de conductas en su interior. Así pues, cada sujeto debe ejecutar una prestación definida en un momento dado, dependiendo del eslabón de que haga parte y atendiendo a la división y especialización del trabajo. Es por lo que la ejecución de los contratos vinculados no es simultánea sino sucesiva, en el entendido de que la ejecución a satisfacción de las prestaciones que se encuentran en eslabones posteriores dependerá causal y lógicamente del cumplimiento de las que se encuentran en los eslabones anteriores.

Factor estructural. En las cadenas “los contratos se suceden necesariamente según un sentido lineal estructural, al celebrarse el primer contrato, luego el segundo, y así sucesivamente”²²⁹ a través de “el enlazamiento de un miembro inicial, otros intermediarios, y uno final que se relaciona con el adquirente”²³⁰. Por tanto, en las cadenas se puede identificar una estructura organizacional basada en eslabones con orden lineal que pueden ser ocupados por una o varias partes de los contratos vinculados, cumpliéndose la finalidad económica supra-contractual instrumentalizada en forma escalonada.

Es por lo que en esta especie se pueden identificar sub-especies a partir de clasificaciones que atienden al objeto y a la jerarquía entre los contratos. Con base en el criterio del objeto, las cadenas se subdividen en cadenas por añadidura y cadenas por difracción. En las primeras, a la celebración del primer contrato suceden otros contratos sobre el mismo objeto como los contratos de larga duración o la tácita reconducción del contrato, mientras que en las segundas “una parte de un contrato pretende liberarse de alguna o todas las obligaciones derivadas del contrato suscrito (...) mediante la

²²⁸ Ibid., pág. 123.

²²⁹ BERNARD MAINAR, R., “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, [en línea], *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 720, 2010, págs. 1447-1483, Disponible en: <http://vlex.com/vid/proposito-pretendida-teoria-conexos-220602417> [consultado el 2 de abril de 2018], 1459.

²³⁰ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 28.

celebración de un subcontrato de la misma naturaleza que el acuerdo principal”²³¹. Por otro lado, de acuerdo con el criterio jerárquico, se puede distinguir entre las cadenas verticales y las horizontales. En las primeras, a la celebración del primer contrato suceden otros subordinados jerárquicamente, mientras que en las segundas, al primer contrato suceden otros contratos paritarios, con lazos de interdependencia o vinculación horizontal.

Así las cosas, es claro que en las cadenas se establecen relaciones entre los contratos mediando intervalos temporales en los que el contrato inicial se relaciona en forma lineal y sucesiva con contratos intermedios hasta llegar al contrato final. Por esto, podemos afirmar que en las cadenas existe una sucesión temporal de contratos con estructura lineal²³².

Las redes. Factor temporal. En las redes se evidencia una simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones por las partes de los contratos vinculados que la integran y por tanto, está presente en los supuestos en los cuales “habría simultaneidad en la concatenación”²³³.

Factor estructural. En las redes las relaciones internas y externas se vuelven más complejas en razón a que ya no se trata de una estructura lineal sino ramificada, al interior de la cual se deben coordinar los cumplimientos simultáneos de las prestaciones a cargo de las partes de los contratos vinculados. Es por lo que habrán “muchos distribuidores, o muchos fabricantes, produciéndose un ensanchamiento de uno de los eslabones”²³⁴. En consecuencia y dado que en ellas tienden a participar agentes que son competidores, se “requiere de una diferente combinación de las reglas de competencia y cooperación (traducción libre por el autor)”²³⁵ a las de las cadenas.

A la vez, dentro de esta especie se pueden identificar algunas sub-especies, atendiendo al criterio de concentración, pudiendo ser ésta última vertical u horizontal. En la primera, una de las partes de la red ejerce el control respecto de los demás, configurándose una dependencia de tipo económico por ser el sujeto que imparte las directivas el titular de un bien escaso o con un alto valor patrimonial agregado indispensable para su funcionamiento, mientras

²³¹ Ibid., pág. 1459.

²³² LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 118.

²³³ GUEILER, S., ALOU, S., Op. cit., pág. 123.

²³⁴ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 28.

²³⁵ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 6.

que en la segunda, ninguno de los miembros de la red imparte directrices a las partes de los contratos vinculados restantes, sino que la coordinación se da a nivel paritario entre todos sus miembros. Por último, debemos poner de presente que en las redes y en las cadenas confluyen varios de los requisitos accidentales de la vinculación contractual como son la estabilidad, la larga duración y la multiplicidad de las relaciones.

c. El contrato marco y el contrato específico.

El contrato marco²³⁶ se puede definir como aquel “celebrado por dos o más partes con la intención de establecer reglas generales que regirán durante un cierto período la celebración de otros contratos con miras a la realización de una operación económica común”²³⁷, definición con base en la cual se pueden identificar varios aspectos relevantes. En primer lugar, el contrato marco se orienta a fijar reglas o pautas generales que regirán a futuro la celebración de contratos vinculados, cuya teleología deberá responder a llevar a buen término el emprendimiento común que se quiere lograr. Por esta razón, su eficacia depende de que sea suscrito por todas las partes de los diversos contratos vinculados, a lo cual obedece su naturaleza de multilateral o plurilateral, a diferencia de los contratos vinculados que lo ejecutan, en los que pueden coincidir uno o algunos de los miembros del sistema, pero no todos.

Asimismo, el contrato marco “puede contener obligaciones relativas a la asignación de riesgos y responsabilidades, normas de interpretación de contratos, remedios (al incumplimiento), en particular, derechos de terminación”²³⁸ (traducción libre por el autor), erigiéndose en un mecanismo reductor de la incertidumbre en relación con el desarrollo de las diversas relaciones al interior del sistema, como manifestación de la función o interés de colaboración asociativa o convergencia de sujetos para lograr una finalidad económica común, en la medida en que al suscribirlo se obligan a ajustar y programar su conducta futura con base en él y en consecuencia, los contratos específicos que se celebren en su desarrollo deberán dirigirse a la mejor satisfacción del interés asociativo de todo el conjunto sistémico y no únicamente del interés individual.

²³⁶ Artículo 1111 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 que modifica el Código Civil francés “El contrato marco es un acuerdo por el que las partes acuerdan características esenciales de sus relaciones contractuales futuras. Los preceptos de ejecución del contrato marco precisan las modalidades de ejecución”.

²³⁷ LOPES ENEI, J., Op. cit., pág. 122.

²³⁸ CAFAGGI, F., Op. cit., 15.

Por otro lado, es posible afirmar que ante el incumplimiento de las prestaciones de alguno de los contratos vinculados, con base en el contrato marco, cualquiera de sus partes podrá exigir el cumplimiento del contrato vinculado específico al miembro incumplido o la respectiva indemnización de perjuicios en caso de que se causaren, toda vez que aun cuando no sean partes del contrato incumplido, sí lo son del contrato marco, derivando de ahí su legitimación por activa. Así pues, se evita el desgaste del reconocimiento judicial o voluntario de la vinculación entre los contratos para derivar de ahí consecuencias y efectos jurídicos relevantes.

Ahora, tratándose de los contratos específicos baste decir que son todos aquellos contratos vinculados bilaterales o multilaterales, que se dirigen a concretar o a hacer ejecutable las disposiciones contenidas en el contrato marco que se integran a su clausulado contractual. Por esta razón, las partes de los contratos vinculados específicos, además de cumplir los deberes y obligaciones propias de cada uno de ellos, deben hacer lo propio respecto de los contenidos en el contrato marco, siendo éste un instrumento ideal de coordinación entre los miembros del sistema. Por último, es importante destacar que esta especie de vinculación contractual es utilizada para instrumentalizar relaciones con vocación de permanencia en las que intervengan múltiples sujetos para la realización de operaciones económicas complejas.

- d. Las especies antes citadas de acuerdo con el criterio de clasificación de vinculación con fuente legal.

Entre las especies de vinculación contractual se incluyen las desarrolladas con ocasión de la vinculación con origen legal, dentro de las que se destacan: (i) los contratos autónomos recíprocos, (ii) el contrato principal y el contrato accesorio, (iii) el subcontrato y (iv) la sucesión de contratos.

11) Fundamento legal de la vinculación contractual:

A continuación realizaremos una exposición descriptiva y analítica de distintos textos normativos incluidos en instrumentos legales a nivel nacional y de derecho comparado, que han recogido o regulado con mayor o menor amplitud la figura de la vinculación contractual, como muestra de la creciente preocupación e interés por su situación jurídica, en razón a la relevancia que lleva inmersa desde el punto de vista económico a nivel de la instrumentalización de operaciones negociales complejas. Por este motivo no

solo Colombia sino múltiples países han vuelto la atención hacia su regulación y tutela jurídica como medio legítimo satisfacer necesidades y alcanzar objetivos en el mundo contemporáneo. Así las cosas, por fundamento legal de la vinculación contractual se deben entender aquellas disposiciones normativas de orden nacional o internacional que bien contemplan la vinculación contractual como figura jurídica autónoma o como disposiciones aisladas que regulan algunas de sus especies.

a. Derecho positivo nacional.

En Colombia podemos observar que algunos de los textos normativos incluidos en el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 2438 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, regulan de manera aislada y específica supuestos de vinculación contractual, asignándoles efectos jurídicos relevantes. Sin embargo, no existe al día de hoy una norma general, impersonal y abstracta que establezca en forma sistemática y amplia la vinculación contractual como un supuesto de hecho revestido de efectos jurídicos aplicable a contratos típicos y atípicos. Así pues, a continuación nos referiremos a las disposiciones que contemplan supuestos específicos de vinculación contractual.

i. El Código Civil.

A lo largo de Código Civil se pueden identificar diversas disposiciones normativas que contienen supuestos específicos de contratos vinculados. Para referirnos a ellos, tomaremos como base la clasificación antes realizada de la vinculación con fuente legal, que los divide en contratos autónomos recíprocos, contratos principales y accesorios, el subcontrato y la sucesión de contratos.

Los contratos autónomos recíprocos. En primer lugar, como disposición ejemplificativa de contratos autónomos recíprocos podemos citar el artículo 2014, según el cual:

Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y es necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.

Así pues, esta disposición contempla el efecto de la tácita reconducción del contrato de arrendamiento a partir del cual el contrato original se entiende renovado en las mismas condiciones cuando se agote el supuesto de hecho. Con base en ello podemos afirmar que: (i) la coexistencia de la pluralidad de contratos autónomos se observa en el contrato de arrendamiento original y en el renovado, celebrados en forma sucesiva; (ii) la correspondencia sistémica entre las prestaciones en que el cumplimiento de las prestaciones del contrato original es presupuesto para la celebración del contrato posterior; (iii) los efectos jurídicos relevantes son asignados por la ley y se manifiestan en la renovación del contrato; y, (iv) el conocimiento de la vinculación por parte de los contratantes y de los terceros, se evidencia en que son las mismas partes que los celebran. Sin embargo, no se satisface el requisito de la finalidad económica supra-contractual, dado que la finalidad de ambos contratos de arrendamiento yace en la esfera contractual del primero.

Los contratos principales y accesorios. En segundo lugar, en materia de contratos principales y accesorios, el artículo 1499 señala que “El contrato es principal

cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Como ejemplo de ellos se contempla: (i) en el artículo 1593 que “la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”; (ii) en el artículo 1725 que “la confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza, no extingue la obligación principal”; (iii) en el artículo 2361 que “la fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”; (iv) en el numeral 3º del artículo 2406 que la fianza se extingue “por la extinción de la obligación principal en todo o parte”; (v) en el artículo 2410 que “el contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede”; y, en el artículo 2457 que “la hipoteca se extingue junto con la obligación principal”.

Con base en los artículos antes transcritos, podemos afirmar que se trata de supuestos en los que la ley dota de efectos jurídicos relevantes a la relación existente entre los contratos principales y los accesorios, señalando en términos generales que la ineficacia producto de la nulidad y la extinción del contrato principal se comunican en forma unidireccional al contrato accesorio. Empero, es preciso aclarar que tal vinculación tiene origen legal y no funcional, y ello es así porque: (i) los contratos no son del todo autónomos en la medida en que la finalidad del contrato accesorio es asegurar el cumplimiento de la obligación contenida en el contrato principal, (ii) no existe una finalidad económica supra-contractual debido a que la finalidad de ambos contratos es el cumplimiento de la del contrato principal, y (iii) no existe correspondencia sistémica entre las prestaciones, dada la posibilidad de ejecución del contrato principal con prescindencia del contrato accesorio.

El subcontrato. En tercer lugar, aunque el subcontrato sea una especie de los contratos accesorios, podemos identificar algunas disposiciones específicas que lo disciplinan y regulan como los artículos: (i) 2004 que señala: “el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido”, (ii) 2391 que dispone: “el subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal”, (iii) 2405 que establece: “el subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores”, y (iv) 2408 que señala: “se extingue la

fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso la obligación del subfiador subsistirá”.

Así pues, con base en la regulación de supuestos constitutivos de subcontratos es posible afirmar que el deudor se vale de él para trasladar parte de las obligaciones adquiridas con el contrato a un tercero. Es por lo que la vinculación entre el contrato principal y el subcontrato tiene fuente legal y no funcional, teniendo en cuenta que: (i) el subcontrato no es un contrato autónomo del principal, sino que su contenido se limita a prestaciones que son propias de este último, (ii) no existe una finalidad económica supra-contractual debido a que tanto el contrato principal como el subcontrato tienen por objeto la ejecución de las prestaciones contenidas en el primero y (iii) no existe correspondencia sistémica entre las prestaciones, en razón a que el contrato principal bien se podría ejecutar sin la celebración de un subcontrato.

La sucesión de contratos. En cuarto lugar, en cuanto a la sucesión de contratos, el artículo 1611 contempla los requisitos para que la promesa de celebrar un contrato sea válida. En igual sentido, podemos sostener que se trata de un supuesto de vinculación con origen legal pero no funcional, ya que (i) no existe coexistencia temporal entre los contratos, dado que con la extinción del contrato preparatorio nace a la vida jurídica el principal, (ii) no se agota el requisito de la finalidad económica supra-contractual debido a que la finalidad última que se puede identificar es la contenida en el contrato principal, y (iii) no se satisface el requisito de la correspondencia sistémica entre las prestaciones en el sentido de que el contrato principal bien podría celebrarse en ausencia del contrato preparatorio, sin perjuicio del reconocimiento de los efectos que por ley le son otorgados.

La interpretación. Expuesta la clasificación de la vinculación contractual con fuente legal, ahora nos referiremos al efecto más importante que contempla nuestro Código Civil, como fundamento legal de la figura que nos ocupa, como lo es la interpretación. Así pues, el artículo 1622 señala que las cláusulas de un contrato “Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”, como uno de los criterios interpretativos específicos elaborados por el legislador decimonónico para los contratos autónomos, aun cuando lo condicione a la identidad de partes y de materia.

A partir de él, es posible afirmar que el codificador de finales del S. XIX, aunque extraño a la compleja realidad económica que justifica los contratos

vinculados, introdujo una disposición normativa que hoy en día les es aplicable, al permitir integrar el contenido del contrato con el de los otros contratos coligados, como criterio interpretativo que toma como parámetro la operación económica común instrumentalizada a través de ellos para atribuirles significado, y que a la luz del teoría del evolucionismo intencional se podría hacer extensivo a más de dos contratos aun cuando no guarden identidad de partes y de materia.

A renglón seguido, el mismo artículo establece que las cláusulas de los contratos también podrán interpretarse “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”. En este punto podemos advertir que el criterio interpretativo de la aplicación práctica realizada por las partes se encuadra de manera perfecta en la figura de la vinculación contractual, dado que los sujetos no celebran un contrato individual como fin único y aislado para la consecución de una finalidad económico-social, sino que su aplicación práctica se traduce en la estructuración de una operación económica compleja a través de diversos contratos autónomos. Así las cosas, este criterio interpretativo tendrá como parámetro la finalidad económica supra-contractual del grupo de contratos, por ser la concreción de su aplicación práctica.

ii. El Código de Comercio.

Según su artículo 822, las disposiciones generales en materia de contratos contenidas en el Código Civil resultan aplicables a los contratos de naturaleza mercantil aunque se pueden identificar algunas disposiciones en materia de subcontratos y de sucesión de contratos, en forma específica.

En relación con el subcontrato podemos señalar el numeral 2º del artículo 20 y el artículo 523 que señalan que se considera mercantil “el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos” y que “el arrendatario no podrá, sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesione los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato”, respectivamente. Por otro lado, en cuanto a la sucesión de contratos establece en los artículos 119 y 861 que “La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad” y que “la promesa de celebrar un negocio producirá obligación

de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”, respectivamente.

iii. La Ley 1480 de 2011.

El denominado Estatuto del Consumidor en materia del derecho a la reclamación dispone que el consumidor tendrá derecho a “reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos²³⁹”. Así también, establece que: (i) garantía es la “obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas”²⁴⁰, (ii) “ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos”²⁴¹, y (iii) “el productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar”²⁴².

Así pues, para nuestro caso, cuando los productores, proveedores o prestadores de servicios celebren dos o más contratos que coexistan y tengan como finalidad la consecución de una operación económica común que solo sea posible de lograr a través de la interdependencia funcional entre las prestaciones contenidas en los diversos contratos, estaremos ante un supuesto de vinculación contractual, cuyos efectos jurídicos son establecidos por el Estatuto del Consumidor, dentro de los que se pueden identificar los siguientes: (i) la solidaridad con fuente legal entre los miembros de la cadena de producción o de prestación de servicios, en relación con las obligaciones asumidas frente a los consumidores y (ii) la legitimación especial y restringida por activa del consumidor para reclamarle a cualquiera de los miembros de la cadena de producción el cumplimiento de la garantía o la reparación de los daños causados por los defectos de los productos, aun cuando la falta de conformidad o los perjuicios no les sean imputables, en razón a la tutela jurídica y a la protección especial que el ordenamiento le otorga.

²³⁹ Numeral 1.5 de su artículo 1º de la Ley 1480 de 2011.

²⁴⁰ Numeral 5º del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.

²⁴¹ Artículo 10 de la Ley 1480 de 2011.

²⁴² Artículo 20 de la Ley 1480 de 2011.

Es por lo que el consumidor como tercero ajeno al sistema que se relaciona la mayor de las veces con alguno de los miembros situados en las últimas etapas del proceso productivo como los distribuidores o comercializadores, es relevado de la carga de establecer las complejas relaciones al interior de los contratos vinculados, bastándole el conocimiento y la reclamación en contra de uno o algunos de los miembros para obtener la satisfacción a sus reclamos, sin perjuicio de la posibilidad de repetición entre los miembros. En consecuencia, aquí podemos observar cómo a través de este texto normativo se satisface en forma indirecta el requisito del conocimiento de los contratantes y de los terceros ajenos al sistema de contratos de su existencia, al liberar al deudor de la carga de establecer sus complejas relaciones.

Con base en lo anterior podemos concluir entonces que esta normativa consagra en forma implícita la existencia de contratos vinculados para la consecución de un negocio global en sentido económico, en el que se asigna la ejecución de prestaciones a cargo de los distintos sujetos que hacen parte del proceso productivo. Y ello es así porque dota a la figura de efectos jurídicos relevantes al establecer la solidaridad entre los miembros del proceso productivo en el cumplimiento de las obligaciones frente al consumidor, y consagra en forma expresa una acción directa o legitimación por activa especial, a través de la cual el consumidor puede reclamar a uno, algunos o todas las partes de los contratos vinculados, el cumplimiento a satisfacción de las prestaciones de las cuales es acreedor o la responsabilidad por el daño que el producto defectuoso le haya causado, aunque no hayan sido sus cocontratantes inmediatos.

iv. El Decreto 2438 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El acto administrativo en mención establece en el parágrafo de su artículo 2º que el plan o paquete turístico se entiende como:

la combinación previa de, por lo menos, dos o más servicios de carácter turístico, vendida u ofrecida como un solo producto y por un precio global. La facturación por separado de algunos de los servicios del plan o paquete turístico, no exime a la Agencia de Viajes del cumplimiento de las obligaciones del presente Decreto.

En este caso, los servicios de carácter turístico son instrumentalizados en forma de contratos, dentro de los que se incluyen el de “el transporte, la

porción terrestre (alojamiento) y los receptivos (traslados y eventualmente excursiones)”²⁴³, que confluyen para la consecución de una finalidad económica consistente en la venta u ofrecimiento del paquete turístico como un todo, y cuyas prestaciones son presupuesto, requisito, condición o complemento necesario de las contenidas en los contratos restantes. En relación con el requisito del conocimiento por parte de los contratantes y de los terceros ajenos al sistema de contratos de su existencia, el numeral 5 del artículo 1 establece que:

Quando las agencias requieran la intermediación de otros prestadores de servicios turísticos, deberán celebrar convenios escritos o contar con ofertas o cotizaciones escritas en los que conste o compruebe tal calidad y los servicios que dicha intermediación comprende, las derechos y obligaciones de las partes, las condiciones de su operación y su responsabilidad frente al viajero.

Así pues, en relación con el conocimiento de los contratantes de estar celebrando contratos vinculados, esta disposición les impone el deber de verter sus acuerdos por escrito en los que se delimiten sus condiciones relevantes. Por otro lado, al igual que en el fundamento legal anterior, esta norma establece de manera específica la “responsabilidad del organizador del plan o paquete turístico ante los usuarios por la prestación y calidad de los servicios descritos de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el programa”²⁴⁴, relevándolos de la carga de desentrañar las relaciones contractuales existentes para la prestación del paquete turístico como un todo y legitimándolos para reclamar la responsabilidad ante su organizador, aunque en estricto sentido el daño no le pueda ser imputable. En consecuencia, el organizador del paquete turístico será el responsable ante el usuario por los perjuicios que llegaren a causársele, lo cual no excluye la posibilidad de repetir en contra de los intermediarios cuyo incumplimiento de las prestaciones a su cargo dio lugar a ello.

²⁴³ CATAÑO-BERRÍO, S., WILLS-BETANCUR, L., “La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia”, [en línea], *Revista Universitas*, n° 132, 2016, pág. 59-88, disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.ccerdoi:10.11144/Javeriana.vj132.ccer> [consultado el 2 de abril de 2018]

²⁴⁴ Numeral 1º del artículo 4 de Decreto 2438 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por último, se debe precisar que la teleología de la disposición atiende a proteger al usuario al permitirle reclamar en forma directa ante el organizador con el cual contrata, en lugar de trasladarle la carga de establecer el interviniente que dio lugar a la causación de perjuicios o de desentrañar el entramado que surge con ocasión de la organización del paquete turístico. En nuestra opinión, este supuesto además de ser un caso de vinculación legal, también tiene fuente funcional por reunir los requisitos estructurales de la figura.

b. Derecho comparado.

A continuación describiremos algunas disposiciones normativas a nivel internacional que contienen supuestos de vinculación contractual, bien sea en forma general o específica.

i. El Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina.

En el Título II “Contratos en general” del Libro Tercero “De los Derechos Personales” del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, se incluye en forma autónoma el Capítulo 12 sobre “Los Contratos Conexos”, compuesto por tres artículos que establecen su definición, la forma de interpretarlos y sus efectos. En primer lugar, el artículo 1073 se ocupa de definir en forma general la figura de los contratos conexos en forma autónoma, en los siguientes términos:

Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Así pues, el Código opta por la terminología de contratos conexos, estableciendo una definición de conexidad contractual con fuente genética, funcional y necesaria. Ello se deriva de la inclusión en forma expresa de los requisitos estructurales de la coexistencia de al menos dos contratos autónomos, de la finalidad económica supra-contractual y de la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos conexos.

En punto del segundo requisito, es preciso señalar que se trata de una finalidad económica de origen genético, puesto que el texto precisa que debe ser establecida en forma previa a su celebración por las partes, es decir, los contratos ejercen influencia decisiva o han sido determinantes de su celebración los unos respecto de los otros, en la medida en que son instrumentos para el logro de un resultado económico común perseguido por los contratantes. Adicional a ello, en su tenor se precisa que la finalidad puede tener origen legal, convencional o, puede derivarse de la interpretación de la operación económica perseguida por los sujetos a través de su contenido contractual. Empero, al contemplar la posibilidad de que la finalidad económica común se derive de la interpretación de los contratos, es posible la conexidad tenga origen funcional o sobrevenido cuando los contratos ejerzan influencia recíproca los unos sobre los otros durante su etapa de ejecución y no exclusivamente durante su formación.

En cuanto al requisito del conocimiento de los contratantes y de los sujetos externos al sistema de su existencia y de la pertenencia de los miembros al mismo, en el artículo antes citado se establece que la finalidad económica común se puede establecer por ley, en forma expresa por las partes o derivarse de la interpretación. Es por lo que en caso de tener fuente legal, los terceros ajenos al sistema podrán conocer de su existencia, lo que se deriva de su obligación de conocer las leyes públicas. Sin embargo, en cuanto a la finalidad económica común convencional pactada en forma expresa o derivada de la interpretación de los contratos, los miembros del sistema deberán ponerlo en conocimiento de los otros contratantes así como de los terceros, en cumplimiento de los deberes de buena fe, so pena de hacerles inoponibles los efectos específicos derivados de los contratos conexos.

Por último, podemos anotar que se trata de un supuesto de conexidad contractual con fuente necesaria, en la medida en que establece de manera general los requisitos para que se configure la figura, sin limitarlo a una tipología de contrato específico. Con lo cual podemos concluir que serán contratos conexos aquellos contratos típicos o atípicos autónomos que sean al menos dos, cuando tengan una finalidad económica global proyectada en forma previa y en los cuales exista correspondencia sistémica entre sus prestaciones.

En el artículo siguiente, el 1074, se establece un criterio interpretativo específico para los contratos conexos, al indicar que “Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y

el resultado perseguido". El texto transcrito se puede considerar como la base positiva del criterio interpretativo que utiliza la finalidad económica supra-contractual instrumentalizada a través de los diversos contratos conexos para atribuirle significado a las disposiciones contractuales. Entonces, el operador en su ejercicio interpretativo no se debe limitar al contenido del contrato autónomo aislado, sino que deberá concatenarlo con el contenido de los restantes contratos conexos para dilucidar la operación económica conjunta a que tienden, en caso de no ser expresa, prefiriéndose así la interpretación que permita su logro, sobre aquellas que la frustren, a riesgo de llegar a interpretaciones parciales que no se correspondan con el objetivo económico instrumentalizado a través de los contratos. Para terminar, el artículo 1075 del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere a los efectos jurídicos que se derivan de los contratos conexos, como sigue:

Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

Aquí es pertinente señalar que el requisito estructural de los efectos jurídicos relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica se regulan en un artículo separado. En ese sentido, se legitima a los acreedores indirectos o miembros del sistema de contratos vinculados a interponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso frente a su cocontratante inmediato cuando no se hayan ejecutado los contratos vinculados que sean condición, requisito o presupuesto necesario para la ejecución de la prestación a su cargo, o cuando alguno de los contratos vinculados se haya extinguido y ello imposibilite la consecución de la operación económica conjunta. De esa forma, se incluye la posibilidad de la propagación de la ineficacia de unos de los contratos a los restantes por su extinción, teniendo como consecuencia la frustración de la operación económica común.

Aunque el texto supedita los efectos jurídicos a la prueba de la conexidad contractual, su relevancia es de gran magnitud como manifestación positiva de la morigeración del efecto relativo de los contratos o *res inter alios acta*, al dotar de un efecto procesal expreso a los acreedores indirectos consistente en la facultad de oponer directamente la excepción de incumplimiento frente a su cocontratante inmediato, cuando no se haya ejecutado alguno de los contratos conexos de los que no es parte en estricto sentido, pero que son

necesarios para el cumplimiento de la prestación a su cargo. Lo que se justifica en que los miembros del sistema son acreedores mediatos de la prestación, por recibir satisfacciones indirectas de su interés con tal cumplimiento, así como en que dicho incumplimiento podría afectar la ejecución del contrato del que son partes en sentido estricto y además frustrar la operación económica común.

En este punto, se debe hacer énfasis en la consagración legal específica del remedio de la *exceptio non adimpletis contractus* y *non rite adimpletis contractus* como especies de las excepciones de incumplimiento absoluto, defectuoso o parcial, que legitima a los acreedores indirectos o miembros de los otros contratos vinculados para enervar la pretensión de ejecución en especie o de otros remedios provenientes de su cocontratante, a través de la excepción de contrato no cumplido o no cumplido adecuadamente, dada la inejecución de un contrato del que no son partes en sentido estricto, pero de cuyo cumplimiento depende la satisfacción de su interés.

Así también, se establece en forma expresa como uno de los efectos de los contratos conexos la propagación de la ineficacia, a la cual nos referiremos en el último apartado de este Capítulo, al disponer que la extinción de alguno de los contratos conexos puede derivar en la frustración de la operación común en sentido económico instrumentalizada a través de los distintos contratos vinculados, lo que legitima a los miembros a oponer la excepción de contrato no cumplido cuando su cocontratante exija el cumplimiento de la prestación a su cargo.

Con base en lo expuesto, podemos sostener que la importancia de este cuerpo normativo aprobado por la ley 26.994 y promulgado por el decreto 1795 de 2014, radica en ser un código contemporáneo latinoamericano que incluye y regula en forma expresa y general la figura la conexidad contractual, estableciendo sus requisitos estructurales, interpretación y efectos, lo cual abre el camino para una posible y futura reforma legislativa en Colombia en la que se incluya esta figura, dada las exigencias del tráfico actual y de la contratación contemporánea.

Como anotación final, queremos citar El Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial en Argentina de 1998²⁴⁵ como antecedente del Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 1030 se refería a los Grupos de contratos como “Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido

²⁴⁵ Elaborado por la comisión creada por decreto 685/95.

celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación”. Este antecedente aunque genérico, introdujo en buena medida lo que se desarrollaría con mayor profundidad y precisión en el Código del año 2014, aunque en esta última se optó por el *nomen iuris* de “Contratos conexos” en lugar del de “Grupo de contratos”, aun cuando se puedan utilizar indistintamente, si se tiene en la cuenta que el artículo 1074 también los denomina “Grupo de contratos”, por referirse a la misma figura.

ii. La versión del año 2016 de los Principios Unidroit.

Según el artículo 1.11, el contrato de larga duración “es un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes”. Aquí, se contempla en forma implícita una manifestación de los contratos vinculados como es la complejidad de la operación económica que instrumentalizan y las relaciones directas e indirectas que se establecen entre las partes de los distintos contratos, aun cuando se limite a un único contrato de larga duración, lo que no obsta para que su ejecución haga parte de una operación económica común en la que se involucren otros contratos. Al respecto, el Comentario 3 al artículo aludido señala como ejemplos de contratos de larga duración los subcontratos y los acuerdos marcos, especies de vinculación contractual con fuente legal a las que nos referimos en líneas anteriores.

Asimismo, se establece en el comentario 4 al artículo 2.1.14 que, tratándose de los contratos de larga duración “las partes pueden dejar un término para que sea acordado ulteriormente siempre que dicho término sea aplicable a obligaciones que deban ser cumplidas en una etapa avanzada del contrato”²⁴⁶. En nuestro caso, al traspolarlo a los contratos vinculados, podemos afirmar que los miembros del sistema podrían establecer un precio o una contraprestación para la primera ejecución de la operación económica común y, en caso de repetirse, determinar las contraprestaciones con posterioridad a la ejecución de la primera. Haciendo uso del mismo razonamiento, los miembros podrían disponer que, al tratarse de prestaciones ligadas por un nexo o vínculo funcional, el tiempo de su ejecución estaría determinado por el cumplimiento de la prestación que es su presupuesto, requisito, complemento o condición necesaria, dejando abierta la fecha de su

²⁴⁶ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 65.

ejecución, que será determinable al inicio del contrato y determinada con posterioridad al cumplimiento de la prestación que deba ejecutarse primero en razón al principio de coordinación y a criterios cronológicos y lógicos.

Por otro lado, el numeral (1) del artículo 4.1 dispone que “el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”. Así pues, en los contratos vinculados, la intención común de las partes está determinada porque el contrato individual haga parte de una única operación económica instrumentalizada a través de diversos contratos. Es por lo que el contrato deberá interpretarse conforme a la finalidad económica supra-contractual que los miembros del sistema se hayan proyectado, aunque tal atribución de significado no se corresponda con el tenor literal de las palabras ni con el significado que una persona diligente en las mismas circunstancias le daría. Y más adelante, el artículo 4.3 indica las circunstancias que deberán tenerse en cuenta para determinar la intención común de los contratantes, dentro de las que incluyen las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que hayan establecido entre sí, los actos realizados con posterioridad a la celebración del contrato, su finalidad y usos.

En relación con las negociaciones previas, puede que los contratantes fundadores u originarios hayan expresado a los restantes su intención de instrumentalizar una operación económica común que requiere de la celebración de otros contratos. Asimismo, las prácticas establecidas entre los contratantes y la conducta que han exteriorizado con posterioridad a la celebración del contrato resultan útiles para atribuir significado a su intención común porque con las primeras se podría establecer que los sujetos sometieron la ejecución de las prestaciones de los diversos contratos a la ejecución previa de otras con base en criterios lógicos y causales, y con las segundas se podría concluir que si bien el contrato pudo haber terminado por la satisfacción de su objeto, sus contratantes tienen que desplegar los deberes secundarios de conducta hasta que se finalice la operación económica común. En cuanto a la finalidad como criterio para atribuir significado a la intención común de los contratantes, podemos señalar que en el caso de los contratos vinculados esta no se limita al interés económico social típico o atípico que se quiera satisfacer con el contrato individual, sino que debe usarse como parámetro interpretativo la finalidad económica supra-contractual que los diversos contratos autónomos buscan materializar.

Además, el artículo 4.8 señala los factores que deberán tener en cuenta los contratantes para integrar el contenido del contrato cuando hayan omitido un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, dentro de

los que se destacan la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y la lealtad negocial y el sentido común. Al aplicar tales factores a los contratos vinculados, es posible sostener que cuando en alguno de los contratos falte por determinar algún término relevante, su significado deberá ser atribuido conforme a la finalidad económica supra-contractual, a la operación económica común y a los criterios lógicos que sean necesarios para que se corresponde con el contenido de los demás contratos vinculados.

Por último, el artículo 5.1.3 establece que “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”. En este punto podemos sostener que esta regla es una concreción del requisito estructural de la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos vinculados por ser requisitos, complementos, condiciones o presupuestos necesarios las unas de las otras, así como del deber secundario de contribución al sostenimiento del sistema y del de colaboración para el logro de un fin común, lo que se explica en que la operación económica común requiere en forma necesaria la ejecución de todos los contratos vinculados para su realización. Sin embargo, tal obligación de cooperación “Debe circunscribirse a ciertos límites, es decir, la obligación de cooperar sólo existe en la medida en que pueda esperarse razonablemente que permita el cumplimiento de la otra parte, sin alterar la distribución de las obligaciones del contrato”²⁴⁷. Y en especial, tratándose de operaciones económicas complejas se precisa que “los contratos que involucran un cumplimiento de naturaleza compleja son los que pueden requerir una cooperación durante la vida del contrato para que la operación pueda funcionar, aunque siempre dentro de los límites de las expectativas razonables”²⁴⁸, complejidad que en nuestro caso no es atribuible en forma exclusiva al contrato sino a la operación económica que se instrumentaliza a través de ellos.

iii. La Directiva de la Unión Europea 87-102 del 22 de diciembre de 1986.

La Directiva de la Unión Europea 87-102 del 22 de diciembre de 1986 en su artículo 11 señala que:

1. Los Estados miembros garantizarán que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios

²⁴⁷ Ibid., 166.

²⁴⁸ Ibid., 167.

adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro.

2. Siempre que:

a) para comprar bienes y obtener servicios, el consumidor concierte un contrato de crédito con una persona distinta del proveedor de dichos bienes o servicios; y

b) entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último; y

c) el consumidor a que se refiere la letra a) obtenga el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado; y

d) los bienes o servicios objeto del contrato de crédito no sean suministrados o lo sean parcialmente, o no sean conformes al contrato de suministro; y

e) el consumidor haya reclamado contra el proveedor, pero no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho, el consumidor tendrá derecho a dirigirse contra el prestamista (...)

Este supuesto de vinculación legal especial aplica al ligamen existente entre un contrato de crédito y un contrato compraventa de bienes o de prestación de servicios, para los casos en que no se suministren estos últimos o no sean conformes con el contrato de que se trate. Así pues, podemos señalar que este tipo de vinculación es genética por acordarse en forma previa al momento de la celebración por el proveedor y el prestamista, y existe identidad del consumidor, pero no entre el prestamista y el proveedor.

Así las cosas, de su lectura se pueden identificar los siguientes requisitos estructurales de la vinculación funcional: (i) la coexistencia de pluralidad de contratos, el de crédito o préstamo con el de compraventa de bienes o prestación de servicios, (ii) la finalidad económica supra-contractual materializada en la adquisición de productos o servicios financiados por parte del consumidor, (iii) la correspondencia sistémica entre las prestaciones,

en el sentido de que la celebración del contrato de préstamo es requisito o presupuesto necesario para la adquisición de los bienes o servicios por el consumidor, (iv) los efectos jurídicos relevantes, que se concretan en que en el supuesto del no suministro o de la no conformidad de los bienes o servicios, el consumidor previo reclamo al proveedor sin la obtención a satisfacción de su derecho, tendrá derecho para dirigirse contra el prestamista y, (v) el conocimiento de los contratantes y de los terceros al sistema sobre su existencia, se manifiesta en el acuerdo previo que debieron haber suscrito el prestamista y el proveedor, así como en la identidad del consumidor. En conclusión, la disposición antes transcrita satisface a plenitud los requisitos estructurales de la vinculación con fuente funcional, que converge con la de fuente legal.

iv. La Directiva 2008/48/CE del 23 de abril de 2008 “Con la cual se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo”.

El literal n del artículo 3 de la Directiva 2008/48/CE del 23 de abril de 2008 define el contrato de crédito vinculado como aquel en el que:

- i) el contrato en cuestión sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos, y
- ii) los dos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo; se considerará que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que este sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito.

Asimismo, el artículo 15 en materia de Contratos de crédito vinculado establece que:

1. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento conforme al Derecho comunitario respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado.

2. Si los bienes o servicios estipulados en un contrato de crédito vinculado no son entregados, o lo son solo en parte, o no son conformes con el contrato de suministro de bienes o servicios, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista siempre que haya recurrido contra el proveedor y no haya obtenido de él la satisfacción a que tiene derecho con arreglo a lo dispuesto por la ley o por el contrato de suministro de bienes o servicios (...)

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor cuando la adquisición a este de bienes o servicios se haya financiado mediante un contrato de crédito.

En este caso, el contrato de crédito vinculado se erige como presupuesto necesario para la ejecución del contrato de suministro de bienes o de prestación de servicios, en los cuales además de la identidad del consumidor puede existir identidad entre el prestamista y el proveedor. Por esta razón, podemos señalar que se agotan los requisitos de la coexistencia de pluralidad de contratos y de la correspondencia sistémica entre las prestaciones. Así también, la unidad comercial contenida en la disposición se puede asimilar a la finalidad económica supra-contractual consistente en el suministro de bienes o en la prestación de servicios financiados al consumidor, y el conocimiento de los contratantes o de los terceros de la existencia de la vinculación contractual se puede inferir de la exclusividad del contrato de préstamo para financiar el suministro de bienes o servicios, así como de la identidad necesaria del consumidor y de la identidad eventual entre el prestamista y el proveedor del bien o el suministrador del servicio.

Por último, en relación con los efectos jurídicos relevantes se pueden identificar dos de ellos: (i) el desistimiento o retracto por parte del consumidor del contrato suministro de bienes o de servicios tiene como consecuencia el desistimiento o retracto del contrato de préstamo y, (ii) la acción directa del consumidor en contra del prestamista en caso de incumplimiento por parte del suministrador, previo reclamo fallido contra este último. Con base en todo lo señalado podemos concluir que aquí se satisfacen la totalidad de los requisitos estructurales de la vinculación con fuente funcional, que concurre con la legal.

- v. La Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

Esta reforma al Código Civil francés incluyó en forma implícita la figura de la vinculación contractual al regular la caducidad de los contratos y al incluir criterios específicos para su interpretación. En relación con la caducidad del contrato, establece que esta tendrá como efecto la terminación del contrato cuando alguno de sus aspectos constitutivos desaparezca²⁴⁹. En ese sentido señala que:

Quando se hayan celebrado contratos con vistas a una operación y uno desaparezca, caducarán los contratos cuya ejecución resulte imposible por esta desaparición y aquellos para los que la celebración del contrato desaparecido fuera una condición determinante del consentimiento de una parte. Sin embargo, la caducidad solo se producirá si el contratante contra el que se invoque conocía la existencia de la operación de conjunto cuando dio su consentimiento²⁵⁰.

Así pues, el artículo transcrito incluye los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos y de la finalidad económica supra-contractual, al indicar que los contratos caducarán cuando la consecución de la operación económica común devenga en imposible a causa de la desaparición de alguno de ellos. Además, podemos identificar aquí el requisito de la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos, debido a que señala que la desaparición de uno de los contratos hace imposible la ejecución de los restantes por ser sus presupuestos, requisitos, complementos o condiciones necesarias a nivel causal.

Por otro lado, los efectos jurídicos relevantes son asignados por la ley en forma general, impersonal y abstracta al contemplar que cualquiera que sea la tipología de los contratos, típicos o atípicos, la frustración de la operación económica a causa de la desaparición de alguno de ellos, tendrá como consecuencia la caducidad o terminación de los contratos vinculados cuya

²⁴⁹ Artículo 1187 de La Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

²⁵⁰ Artículo 1186 de La Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

ejecución se haga imposible por esa causa. Por esta razón, podemos afirmar que además de la caducidad, regula en forma indirecta como uno de los efectos de la figura, la propagación de la ineficacia del contrato que desaparece hacia los restantes por expresa disposición legal. Por último, en cuanto al conocimiento de los contratantes y de los terceros ajenos al sistema de la existencia de la vinculación contractual, se condiciona la procedencia de la caducidad de los contratos vinculados al conocimiento de la operación económica en conjunto del contratante contra el que se invoque. En conclusión, la reforma al Código Civil francés del año 2016 al regular el efecto de la caducidad, regula de manera implícita la figura de la vinculación contractual, cuya estructuración presupone la satisfacción de todos los requisitos estructurales de la vinculación con fuente funcional desarrollados en líneas anteriores.

Más adelante, la reforma antes aludida, al referirse a la interpretación de los contratos, contempla como criterios de atribución de significado, parámetros específicos propios de la naturaleza de los contratos vinculados al disponer que “Cuando, en la intención de las partes, concurren varios contratos para una misma operación, se interpretarán con arreglo a esta”²⁵¹. Es por lo que, tratándose de contratos vinculados, el parámetro interpretativo para atribuir significado al contenido de los diferentes contratos es la finalidad económica supra-contractual, la cual debe privilegiarse sobre aquellas interpretaciones aisladas que no recojan la esencia de la operación económica instrumentalizada a través de los diferentes contratos.

Analizada la regulación de la figura de la vinculación contractual en la reforma al Código Civil francés del año 2016, consideramos pertinente remitirnos a uno de sus antecedentes, el Anteproyecto de Reforma de los Títulos III y XX del Libro Tercero del Código Civil Francés, que en el artículo 1137 de la Sección 2, § 1 establecía que las cláusulas de los contratos “En el conjunto contractual que conforman los contratos interdependientes se interpretan en función de la operación a la cual están ordenados.”²⁵² Así pues, con base en esta disposición el clausulado de la pluralidad de contratos vinculados debería interpretarse de cara a la finalidad económica supra-contractual que instrumentalizan, como punto de convergencia, prefiriendo

²⁵¹ Artículo 1189 de La Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

²⁵² *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil Francés: libro III, títulos III y XX, Op. cit., pág. 180.*

aquella interpretación que permita alcanzarla sobre aquellas con las cuales ésta última se frustre o paralice. Asimismo, el artículo 1172 de la Sección 7, § 5 disponía que “Los contratos concomitantes o sucesivos cuya ejecución sea necesaria para la realización de una operación de conjunto a la que pertenecen, se consideran interdependientes en la medida determinada a continuación”²⁵³.

La disposición aquí transcrita contemplaba un supuesto de vinculación contractual necesaria, aludiendo a los requisitos necesarios para que se configurara: (i) la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, (ii) la finalidad económica supra-contractual y (iii) la correspondencia sistémica entre las prestaciones, así como los efectos jurídicos relevantes y el conocimiento expreso o tácito de los contratantes y de los terceros ajenos al sistema en artículos anteriores²⁵⁴ y subsiguientes. Por otro lado, el artículo 1172-1 de la Sección 7, § 5 señalaba que “Las cláusulas que organizan las relaciones de las partes en uno de los contratos del conjunto no se aplican a las demás convenciones sino en cuanto hayan sido reproducidas y aceptadas por los demás contratantes”²⁵⁵. Al respecto, de este artículo resultaba que, derivada de su autonomía física y jurídica, las cláusulas de los contratos vinculados no se podían extender en forma automática a los restantes, salvo que la vinculación tuviera origen voluntario y se reprodujeran en todos los contratos o se hiciera referencia a ellas. En relación con lo anterior, el artículo 1172-2 de la Sección 7, § 5 indicaba:

Sin embargo, determinadas cláusulas que aparecen en los contratos del conjunto extienden su efecto a los contratantes de las demás convenciones, siempre que estos hayan tenido conocimiento de ellas al asumir su compromiso y no hubieran hecho reservas. Así, las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, las cláusulas compromisorias y las cláusulas de atribución de competencia²⁵⁶.

No obstante la regla general contenida en el artículo citado de manera previa, se contempló la posibilidad de hacer extensivas algunas cláusulas de uno o algunos de los contratos vinculados a los restantes, en tanto sus partes

²⁵³ Ibid., pág. 199.

²⁵⁴ Ejemplo de ello es el artículo 1137 de la Sección 2, § 1 que establece el efecto jurídico de la interpretación de los contratos vinculados.

²⁵⁵ *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil Francés, Op. cit., pág. 199.*

²⁵⁶ Ibid., pág. 200.

hubieren conocido su contenido al tomar la decisión de formar parte del sistema, consintiendo bien fuera de manera expresa, o tácita al no hacer reservas frente a ellas. Por último, el artículo 1172-3 de la Sección 7, § 5 estableció que “Cuando uno de los contratos interdependientes está afectado de nulidad, las partes de los demás contratos del mismo conjunto pueden prevalerse de su caducidad”²⁵⁷.

Para finalizar, en materia de los efectos jurídicos relevantes se incluyó que cuando uno de los contratos vinculados estuviere afectado por nulidad, se debía analizar si las partes de los restantes contratos podían invocarla para terminar los demás contratos vinculados, dada la imposibilidad lógica y causal de cumplimiento, en caso de que la prestación contenida en el contrato inválido fuera presupuesto, complemento, requisito o condición necesaria para su ejecución. En conclusión, el anteproyecto antes referido recogió en parte las normas introducidas con la reforma al Código Civil francés de 2016, pudiéndose considerar como uno de sus antecedentes más relevantes en materia de contratos vinculados.

vi. El Código de Comercio de México.

De acuerdo con el artículo 1121 del Código de Comercio de México de 1889, modificado en esta materia en el año 1996:

La competencia por razón de materia es prorrogable con el fin de no dividir la continencia de la causa en aquellos casos en que existan contratos coaligados o las prestaciones tengan íntima conexión entre sí (...) En consecuencia ningún tribunal podrá abstenerse de conocer de asuntos alegando falta de competencia por materia cuando se presente alguno de los casos señalados, que podrán dar lugar a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias.

En ese sentido, se establece que la competencia por el factor objetivo será prorrogable de un contrato hacia otros, cuando se encuentren vinculados, para no dividir la finalidad económica supra-contractual que subyace a ellos, dada la correspondencia sistémica existente entre sus prestaciones.

vii. El Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal de México.

²⁵⁷ Ibid., pág. 200.

El Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal de México de 1932 reformado en este punto el 24 de mayo de 1996, señala en su artículo 149 que:

La competencia por razón de materia únicamente es prorrogable en (...) aquellos casos en que las prestaciones tengan íntima conexión entre sí (...) sin que para que opere la prórroga de competencia en las materias señaladas, sea necesario convenio entre las partes, ni dará lugar a excepción sobre el particular. En consecuencia, ningún tribunal podrá abstenerse de conocer de asuntos argumentando falta de competencia por materia cuando se presente alguno de los casos señalados, que daría lugar a la división de la continencia de la causa o a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias (...)

Así pues, aquí se señala que la competencia por el factor objetivo será prorrogable cuando exista correspondencia sistémica entre las prestaciones contenidas en diversos contratos, aun cuando no medie acuerdo al respecto entre las partes, por ser una de las consecuencias de la vinculación. Además, se establece que todo pacto en contrato no será válido.

viii. El BGB de 2001.

El parágrafo 358 del BGB regula el derecho de retracto del consumidor en un contrato que se halla vinculado con otros y establece:

(1) Si el consumidor se ha efectivamente retractado de su intención de celebrar un contrato para el suministro de bienes o para la prestación de un servicio por un proveedor, no estará obligado por su declaración a celebrar el contrato de préstamo vinculado a este contrato.

(2) Si el consumidor se ha efectivamente retractado de su intención de celebrar un contrato de crédito al consumo con arreglo al Parágrafo 495 (1), también deja de estar obligado por su declaración de celebrar el contrato vinculado al contrato de crédito al consumo para el suministro de bienes o para la prestación de un servicio.

(3) Un contrato para el suministro de bienes o de otros servicios y el contrato de préstamo de acuerdo con los incisos (1) o (2) están

vinculados si el préstamo sirve total o parcialmente para financiar el otro contrato y ambos constituyen una unidad económica. Se considera que existe unidad económica si desde el punto de vista del consumidor el proveedor lo financia, o en el caso de que sea financiado por un tercero, si el prestamista en la preparación o para la celebración del contrato de crédito utiliza los servicios del proveedor (...)

(4) El párrafo 355 (3) y, dependiendo del tipo de contrato vinculado, los párrafos 357 a 357b se aplican, con las modificaciones necesarias, a la anulación del contrato vinculado, independientemente del tipo de venta (...) (Traducción libre por el autor).

La disposición antes transcrita regula la vinculación legal especial entre los contratos para el suministro de bienes o para la prestación de servicios, y de crédito al consumo, y señala como uno de sus efectos jurídicos que en caso de retracto del consumidor de alguno de los contratos, no quedará obligado a celebrar el contrato con el que estaba vinculado. Además, precisa que se entenderá que el contrato de préstamo está vinculado al contrato para el suministro de bienes o servicios cuando el primero sirve total o parcialmente para financiarlo constituyendo una unidad económica, que se materializa cuando para el consumidor el proveedor lo financia o cuando el prestamista se vale de los servicios del proveedor para su preparación o celebración.

Así las cosas, podemos afirmar que: (i) el contrato de suministro de bienes o servicios coexiste con el contrato de crédito al consumo, (ii) existe una finalidad económica supra-contractual denominada unidad económica consistente en la adquisición por el consumidor de bienes o servicios financiados, (iii) la correspondencia sistémica entre las prestaciones se aprecia en que de no celebrarse el contrato de préstamo, el consumidor no podría adquirir los bienes o servicios, (iv) uno de los efectos jurídicos relevantes que se establece es que el retracto del consumidor respecto de uno de los contratos vinculados involucra el del restante, y (v) el conocimiento de la vinculación contractual por los contratantes y por el tercero consumidor, bien puede ser expreso o tácito, derivado de la identidad entre el proveedor y el prestamista o de la percepción en ese sentido por parte del consumidor, aun cuando el prestamista sea un tercero, así como de que el tercero prestamista se valga de los servicios del proveedor para la celebración del contrato. Por tanto, podemos concluir que la vinculación legal especial aludida confluye con la vinculación con fuente funcional, por reunir sus requisitos

estructurales. Por otro lado, el Parágrafo 359 del mismo cuerpo normativo establece en relación con las objeciones en los contratos vinculados:

(1) El consumidor puede negarse a devolver el préstamo en la medida en que las objeciones en virtud del contrato vinculado le darían derecho a abstenerse de su ejecución a favor del proveedor con el que ha celebrado el contrato vinculado (...) Si el consumidor puede exigir un remedio, no puede negarse a pagar el préstamo hasta que el remedio haya fallado (...) (traducción libre por el autor)

Al respecto, aquí se contemplan dos efectos jurídicos de la vinculación contractual: (i) la excepción de contrato no cumplido que puede ser opuesta por el consumidor en forma simultánea al proveedor y al prestamista en caso de incumplimiento del primero, y (ii) como manifestación del principio de conservación del contrato, se establece que el consumidor antes de negarse a pagar el préstamo, en caso de que pueda exigir algún remedio, debe esperar a que dicho remedio haya fallado.

12) Las consecuencias jurídicas derivadas de la vinculación contractual.

Por “consecuencias jurídicas derivadas de la vinculación contractual” se debe entender la manifestación del requisito de los efectos jurídicos relevantes, con base en la cual la satisfacción a plenitud de los requisitos estructurales de la figura deriva en la producción de efectos relevantes en el mundo del Derecho. Así pues, los deberes secundarios de conducta, las cargas derivadas de la vinculación contractual, la interpretación de los contratos que se encuentran vinculados, la propagación de las vicisitudes entre los contratos y los efectos procesales, emergen como consecuencia de la vinculación entre los contratos.

a. Los deberes secundarios de conducta.

La primera consecuencia jurídica que se deriva para las partes de los contratos vinculados en razón a su pertenencia al sistema, es que sobre ellas se radican una serie de comportamientos o conductas que difieren de la prestación principal a su cargo contenida en el contrato del que son partes y cuya realización es exigible, bien sea de manera directa por los restantes miembros del sistema o indirecta a través de la administración de justicia, los cuales emergen de la operación económica de que se trate, de manera expresa en el contrato que se suscriba o implícita, del contexto en el que surge el sistema, y ante cuyo incumplimiento se establecen sanciones. Es por lo que

para la Corte Suprema de Justicia colombiana los deberes secundarios de conducta se derivan de la buena fe y consisten en

algunas circunstancias provenientes de la naturaleza misma del negocio, amén del fin perseguido por los estipulantes. Entre ellos pueden citarse el de seguridad o protección, el de cooperación y, de no hacer más onerosa o complicada la satisfacción de los resultados pretendidos. Todo ello, sin duda, estará determinado por las condiciones que rodeen cada pacto, así como la injerencia del mismo en la dinámica social, económica, jurídica, cultural, etc., de la comunidad (CSJ SC Sent. Jul 11 de 2001, Exp. n° 6201)²⁵⁸.

En este punto, es de aclarar que la estipulación realizada por las partes en el contrato marco o en los que lo ejecutan, de obligarse a cumplir con los deberes secundarios de conducta es expresión de la carga de claridad, que no obsta para que se deriven de las características propias de la figura, erigiéndose como elementos naturales e incluso esenciales, exigibles a las partes de los contratos vinculados, considerando que “El coligamiento no es la simple suma de unos elementos aislados. Es su relacionamiento, para hacerlos actuar conjunta y armónicamente”²⁵⁹. Así pues, en caso de que no se pacten en forma expresa, sino que se deriven del contexto y la naturaleza de la figura, se podrían considerar como deberes implícitos derivados bien sea de “la naturaleza y finalidad del contrato”²⁶⁰ o de la “buena fe y el trato justo”²⁶¹, dadas sus especiales características y las relaciones de confianza entre las diferentes partes, que exigen de ellas un determinado comportamiento contractual en consideración a su calidad miembros del sistema que comparten un proyecto común.

En esa línea, es de precisar que los deberes secundarios de conducta se circunscriben a las relaciones internas entre las partes de los contratos vinculados y son manifestación de los principios de coordinación y de buena fe, que fungen como la base jurídica para derivar en su cabeza deberes de comportamiento especiales que cuentan con reconocimiento expreso del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria colombiana, que ha manifestado que

²⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de noviembre de 2016, M.P. Margarita Cabello Blanco.

²⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

²⁶⁰ Literal a) del artículo 5.1.2 de los Principios Unidroit edición 2016.

²⁶¹ Literal b) del artículo 5.1.2 de los Principios Unidroit edición 2016.

En los casos de uniones de contratos, las obligaciones de los intervinientes, por lo tanto, no se reducen a las prestaciones propias de cada uno de los coligados; su actuación debe ir más allá, en tanto que, como ya se reseñó, la obtención del fin último, no depende del cumplimiento de las mismas, consideradas separadamente. El laborío de los interesados debe dirigirse también a lograr el engranaje de todas las convenciones aunadas, esto es, a la conformación y funcionamiento de un *sistema*, en el que ellas actúen como un todo (...) Se trata de obligaciones que no son propias de ninguno de los contratos coligados, pero de cuya satisfacción depende tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados²⁶².

Así las cosas, se han identificado algunos de los deberes secundarios que pesan sobre los miembros de los contratos vinculados, dentro de los que se encuentran “velar porque la red contractual a través de la cual se materializaría el propósito final perseguido, se conformara correctamente; en suministrar toda la información correspondiente a la negociación misma; y en no crear falsas ideas en los contratantes”²⁶³.

Ahora, tratándose de su fundamento legal, podemos mencionar los artículos 1603 y 871 del Código Civil y de Comercio colombianos, respectivamente, de acuerdo con los cuales el contenido obligacional de los contratos se ve integrado con aquellas obligaciones que emanan de su naturaleza y de la equidad natural, que imponen a las partes de los contratos vinculados ejecutar las prestaciones a su cargo “en la forma como se concibió el negocio, o en la que mejor corresponda para que sirvan a la consecución del mismo, guiados por la mutua dependencia que los contratantes establecieron entre ellos”²⁶⁴.

Es por esta razón²⁶⁵ que su exigibilidad se predica a lo largo del *iter* contractual en las etapas precontractual, contractual y pos-contractual, y se pueden distinguir entre deberes positivos y negativos. En los primeros, el objeto radica en permitir el cumplimiento de la prestación contenida en el

²⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato”, Op. cit., pág. 31.

contrato del cual el sujeto es parte en estricto sentido y de las prestaciones contenidas en los contratos con él vinculados, así como la ejecución de la operación económica común, además de asegurar el correcto funcionamiento del sistema y mantener su equilibrio, a diferencia de los segundos que propenden por “impedir las invasiones arbitrarias en la esfera íntima del sujeto (deber de seguridad)”²⁶⁶. Es por lo que en este acápite solo nos referiremos a los deberes positivos sin perjuicio de su formulación en sentido negativo.

Así pues, los deberes secundarios de conducta positivos suscitan no pocos interrogantes toda vez que “si bien muestran una “accesoriedad típica”, presentan una “sustancialidad práctica””²⁶⁷, lo que quiere decir que para las partes de los contratos vinculados más allá de la inejecución de las prestaciones principales, el incumplimiento del contrato podría tener como origen aquellos elementos que si bien en principio son naturales, del análisis del contenido del contrato y del entendimiento de la figura de la vinculación contractual devendrían esenciales. Expuesto lo anterior, a continuación enunciaremos algunos de los deberes secundarios de conducta exigibles a las partes de los contratos vinculados.

- i. El deber de contribución al sostenimiento del sistema de contratos.

El deber de contribución al sostenimiento del sistema es una concreción del interés de colaboración asociativa como presupuesto de la vinculación contractual que no se agota con la formación del sistema, sino que se mantiene a lo largo de su ejecución e incluso con posterioridad a su finalización. Asimismo, es una manifestación del principio de coordinación, en la medida en que solo con el cumplimiento en forma organizada de las conductas a cargo de cada miembro, es posible que el sistema se mantenga. En ese sentido,

Este deber secundario de conducta está estrechamente vinculado con la necesidad de que cada uno de los integrantes del sistema satisfaga las obligaciones que le corresponde, de acuerdo con el entramado negocial, de manera puntual y rigurosa, para evitar poner en riesgo el funcionamiento del sistema y, por lo tanto, la operación económica²⁶⁸.

²⁶⁶ Ibid., pág. 31.

²⁶⁷ Ibid., pág. 27.

²⁶⁸ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 233.

Así pues, este deber excede el cumplimiento de cada miembro de la obligación principal contenida en el respectivo contrato, dado que no solo deben realizar las prestaciones a las cuales se obligaron sino “todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”²⁶⁹. En nuestro caso, cada miembro deberá desplegar todas las conductas que sean compatibles con la naturaleza de la vinculación contractual, cuyo efecto mediato o inmediato sea colaborar o asistir en la pervivencia del mismo, siempre que se encuentre en condiciones de realizarlas y no le impliquen un gravamen irrazonable.

En otras palabras, “no será lícito a la parte conducirse de manera que, aunque autorizada por su contrato aisladamente considerado, atente contra la integridad del conjunto o cualquiera de sus unidades”²⁷⁰, lo que se explica en que las conductas exigibles a los miembros no se agotan en el cumplimiento formal de las obligaciones contenidas en los contratos de los cuales son partes, sino que abarcan todo comportamiento dirigido a compaginarse con las prestaciones ejecutadas por los otros miembros, con la dinámica misma del sistema y con el contexto específico que lo influya,

De hecho, el incumplimiento de las obligaciones por una de las partes podría representar un riesgo para el sistema mismo, en razón de que tal incumplimiento repercutiría negativamente, a la vez, en el cumplimiento de las obligaciones por parte del organizador del sistema. Cada integrante del sistema estaría interesado, en ese contexto, en la debida operación del sistema²⁷¹.

- ii. El deber de colaboración para la consecución de un fin común.

En el deber de colaboración para la consecución de un fin común, el elemento que alude a la colaboración es expresión del requisito estructural de la correspondencia sistemática entre las prestaciones, y el que apunta a la consecución de un fin común es una concreción del requisito de la finalidad económica supra-contractual. De este modo, su contenido se manifiesta para las partes de los contratos vinculados en que “el cumplimiento de sus obligaciones no podrá ser hecho de forma egoísta y aislada, y deberá estar imbuido de un espíritu teleológico, buscando siempre la consecución de la

²⁶⁹ Artículo 871 del Código de Comercio.

²⁷⁰ LOPES ENEI, J., Op. cit., pág. 124.

²⁷¹ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 233.

causa-fin sistemática”²⁷². Es por lo que “Cada una de las partes debe colaborar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de ésta última”²⁷³.

Así las cosas, el grado de cooperación exigible entre las partes de los contratos vinculados es aquel que sea necesario para el cumplimiento de la prestación contenida en el contrato vinculado a cargo de otro miembro, siempre que no se altere la asignación de prestaciones al interior del sistema, que además de los deberes negativos de abstención, incluye la realización de conductas positivas. Por esta razón, lo esperable de los miembros son conductas razonables y diligentes sean positivas o de abstención, que faciliten o permitan la ejecución de las prestaciones a cargo de otros miembros, siempre que no impliquen una afectación patrimonial excesiva ni el vaciamiento del contenido obligacional de los contratos vinculados por asignarlos o delegarlos en otro sujeto.

En ese sentido, la finalidad económica supra-contractual se erige en un patrón de conducta en abstracto con base en el cual se deberán comparar todas y cada una de las actuaciones de los miembros del sistema para analizar si propenden por su satisfacción o van en detrimento de ella. En consecuencia, no basta una ejecución formal que se ajuste al contrato autónomo en que el sujeto sea parte para considerar que ha cumplido, sino que su comportamiento debe ser idóneo, no solo para la satisfacción de las prestaciones a su cargo, sino para el logro de la finalidad económica supra-contractual instrumentalizada en conjunto con los contratos restantes.

Es por lo que entre los contratos que integran el sistema existe una relación de convivencia “traducida en el común interés del buen éxito del mismo, el que está indisolublemente ligado al cumplimiento exacto, puntual y riguroso de las obligaciones de cada uno”²⁷⁴. En otros términos, “hay una suerte común compartida, de modo tal que dicho resultado no es indiferente”²⁷⁵, lo que se manifiesta en que además de la satisfacción que cada miembro obtiene de la ejecución de la prestación a su cargo, obtiene satisfacciones indirectas con el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los miembros restantes y por tanto, “Ese principio parte de la idea de que el contrato debe ser visto “como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar”, por lo que está

²⁷² LOPES ENEI, J., Op. cit., pág. 124.

²⁷³ Artículo 5.1.3 de los Principios Unidroit edición 2016.

²⁷⁴ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 46.

²⁷⁵ Ibid., pág. 46.

estrechamente relacionado con el principio de buena fe y lealtad negocial y con la obligación de atenuar el daño en caso de incumplimiento”²⁷⁶.

iii. El deber de planificación del emprendimiento común.

El deber de planificación del emprendimiento común es una concreción del requisito estructural de la finalidad económica supra-contractual, en virtud del cual las partes de los contratos vinculados deben optar por un esquema organizacional adecuado con base en el cual coordinar sus conductas *ex ante*, durante y *ex post* a la ejecución de la operación económica.

En la etapa previa a la ejecución del negocio, este deber se materializa en la labor de los miembros encaminada a realizar todas las averiguaciones previstas y previsibles en el sector económico respectivo que puedan influir directa o indirectamente en la operación proyectada, en la evaluación previa de su capacidad de cumplimiento y de la disponibilidad de recursos económicos, humanos, administrativos, técnicos y tecnológicos, así como en la búsqueda de asesoría en relación con las especificidades, experiencias similares y dinámicas propias del segmento del mercado en el que se quiera incursionar. Así también, hace parte de esta etapa el deber de informarse sobre las condiciones personalísimas de los sujetos que tendrán la calidad de partes de los contratos vinculados y sobre su desempeño contractual en actividades similares.

Por otro lado, durante la ejecución de la operación económica este deber se manifiesta en el método o criterio organizacional adoptado por las partes para establecer el orden en la ejecución de las prestaciones a su cargo, así como su integración temporal y territorial con miras a lograr el desarrollo coordinado de la finalidad económica inicial proyectada, para lo cual los miembros del sistema deberán escoger la especie de vinculación contractual que mejor se adecue a la operación económica y sea idónea para satisfacer sus intereses. Por último, con posterioridad al cumplimiento de la operación económica, se evidencia en el programa adoptado para el desmonte del sistema, el cumplimiento a satisfacción de las prestaciones en curso y la rendición de cuentas final entre los miembros para que en debida forma, el sistema deje de producir efectos jurídicos.

Como ejemplo de ello podemos citar el caso²⁷⁷ en el que se declaró el incumplimiento contractual de una entidad financiera en un contrato de

²⁷⁶ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 231.

mutuo celebrado con un usuario, con fundamento en la no satisfacción de los deberes secundarios de conducta derivados de la operación de crédito que se había encargado de estructurar, dentro de los que se incluían el de “velar porque la red contractual a través de la cual se materializaría el propósito final perseguido, se conformara correctamente; en suministrar toda la información correspondiente a la negociación misma; y en no crear falsas ideas en los contratantes”²⁷⁸. Considerando a la vez, que en este caso el cumplimiento se analizó con más rigor en consideración al factor profesional que caracterizaba la labor de la entidad financiera y a la naturaleza de la actividad que realizaba.

iv. El deber de estabilidad.

El deber de estabilidad se predica principalmente de las especies con vínculos de larga duración y de aquellas que instrumentalizan otros tipos de vínculos, cuya justificación reside en que las partes no se limitan a la celebración de contratos bilaterales, sino que adquieren la calidad de miembros de un sistema con todos los deberes y cargas que ello conlleva. Así pues, de la naturaleza de las relaciones entre los contratos vinculados se deriva que no es suficiente el mantenimiento de las condiciones en que las obligaciones fueron adquiridas en desarrollo del principio *pacta sunt servanda*, sino que también deben mantenerse constantes las condiciones acordadas al interior del sistema.

Para Lorenzetti²⁷⁹, este deber se concreta en dos momentos: durante la etapa de cumplimiento y de extinción de los contratos vinculados. La primera se traduce en la no modificación de las condiciones contractuales específicas y las propias del sistema pactadas, de forma intempestiva y sin una razón que las justifique, para evitar el desequilibrio del sistema y la frustración de la finalidad económica proyectada, brindar seguridad y mantener las relaciones de confianza entre sus miembros sobre las condiciones acordadas en cuanto al cumplimiento de sus prestaciones. Mientras que en la segunda se aborda el fenecimiento del sistema, producto de la voluntad de una o algunas de las partes de los contratos vinculados o del acaecimiento de condiciones objetivas que les impidan cumplir con las prestaciones a su cargo, y del cual se deriva el deber de informar con una antelación razonable a los restantes miembros

²⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 154.

para buscar en conjunto posibles soluciones o emprender las actividades tendientes a desmontar el sistema con las menores repercusiones adversas posibles.

v. El deber de trato igualitario.

El mantenimiento del equilibrio del sistema no se circunscribe al cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes de los contratos vinculados, sino que comprende también las condiciones en las que se lleve a buen término ese cumplimiento. En ese sentido, el deber de trato igualitario se puede analizar en dos dimensiones. La primera, en consideración a las condiciones propias de cada miembro para determinar las circunstancias del cumplimiento de su prestación, y la segunda, atendiendo a las condiciones similares de los miembros que ameritan un tratamiento uniforme.

En relación con las condiciones propias de cada miembro, la asignación y exigibilidad de las prestaciones a su cargo debe considerar su situación específica con miras a facilitar su ejecución y a evitar generalizaciones formales que beneficien a algunos sujetos en detrimento de otros, teniendo en cuenta la asimetría en el poder económico y de negociación que pueden detentar las partes de los contratos vinculados. Es por lo que el trato igualitario se considera una manifestación del principio democrático, transversal y por tanto, aplicable a situaciones emanadas de la autonomía privada como los contratos vinculados, que se materializa en la fijación de directrices generales, bien sea al interior de cada contrato o de un contrato marco o de la referencia a ellos, en las que se tengan en cuenta las condiciones especiales de los miembros del grupo para evitar imponerles cargas, obligaciones o deberes excesivos, estableciendo condiciones de ejecución similares para los miembros en condiciones paritarias y disímiles para miembros en condiciones diversas.

En cuanto a las condiciones similares de los miembros, las partes de los contratos vinculados con paridad de recursos económicos, tecnológicos, humanos o administrativos, de poder económico y de negociación, deben ser tratadas en condiciones similares, impidiendo que se graven algunas de ellas en beneficio de otras, sin que medie una razón válida que lo justifique, y al interior de la cual conviene analizar la distribución de los riesgos entre los miembros, susceptibles de ser asignados atendiendo a las mejores condiciones para asumirlos, bien sea en forma individual o conjunta. Para finalizar, podemos resaltar que las partes de los contratos vinculados se obligan con los otros miembros en forma similar a como lo hacen frente a su

cocontratante inmediato, manifestación del deber de trato igualitario que tiene hondas repercusiones tratándose del vehículo procesal a utilizar para encauzar las pretensiones de cumplimiento o de indemnización de perjuicios, como la posibilidad de que los miembros afectados con el incumplimiento acudan a la acción contractual para dar curso a sus intereses.

vi. El deber de lealtad reforzada.

El deber de lealtad reforzada surge de la naturaleza *intuitu personae* de las relaciones entre las partes de los contratos vinculados, con base en la cual se torna más gravosa la exigencia de lealtad emanada del principio de buena fe por predicarse no solo del cocontratante inmediato, sino de los demás miembros del sistema como acreedores indirectos de las prestaciones. Es por esta razón que los miembros del sistema no solo deben adecuar su conducta a los parámetros de honorabilidad respecto de la otra parte del contrato, sino de los restantes miembros y del sistema en sí mismo considerado, teniendo en cuenta que “el deber de lealtad juega un papel mucho más importante que en los contratos bilaterales de intercambio”²⁸⁰ (traducción libre por el autor).

En esa línea, las actuaciones de los contratantes vinculados se deben corresponder con la consideración que es propia de los unos respecto de los otros como miembros del sistema, en la etapa contractual y post-contractual. Así pues, este deber se materializa en: (i) el suministro de información que pueda influir en la decisión de contratar o de vincularse al sistema, (ii) la colaboración debida en la ejecución de las prestaciones de los miembros restantes siempre que se esté en condiciones para hacerlo, (iii) el no retiro intempestivo del sistema en el momento en que pueda causar más perjuicios a los miembros restantes, (iv) el mantenimiento de la confidencialidad de la información tanto del contrato que suscribe como la que se deriva del sistema y (v) la no competencia desleal con el objeto propio de la operación económica que con el sistema se pretenda realizar.

vii. La extensión del deber de información.

La extensión del deber de información se justifica en que la categoría de sujetos pasivos se amplía, comprendiendo además de los cocontratantes inmediatos a los restantes miembros del sistema, aun cuando su intensidad sea distinta. Así las cosas, este deber no se limita a las condiciones que tengan la potencialidad de afectar el contrato individualmente considerado, sino que

²⁸⁰ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 7.

se extiende a aquellas circunstancias con la virtualidad para afectar o poner en peligro los intereses de los restantes miembros y del sistema de contratos en sí mismo considerado. Por esta razón, es posible su exigibilidad en las etapas pre-contractual, contractual y post-contractual, ampliándose la legitimación por pasiva para exigir su cumplimiento, del cocontratante inmediato a los miembros restantes del sistema, siempre que la información sea relevante para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo o pueda influir en forma alguna en el sistema.

b. Cargas derivadas de la vinculación contractual.

Una carga se puede definir como un comportamiento incoercible “cuyo cumplimiento va en interés del propio sujeto que la soporta”²⁸¹, que de no realizarse, “se traduce en la imposibilidad para el titular de satisfacer su interés, y no incide en las expectativas ajenas y, por ello, no genera responsabilidad alguna”²⁸². En esa línea, el sujeto “ha de hacer esfuerzos y sacrificios (actos necesarios)”²⁸³ para alcanzar la satisfacción de un interés que se ha proyectado, cuya ausencia lo expone “a verse en condiciones adversas, al no poder disfrutar de la protección del derecho o no poder oponer el suyo a otras personas, o a ser calificado adversamente”²⁸⁴. Es por lo que la insatisfacción de una carga por el titular del interés no tiene la potencialidad de configurar un incumplimiento respecto del contrato celebrado ni del sistema, sino que se traduce en la frustración de las expectativas que el sujeto se había programado de manera anterior o concomitante a la suscripción del contrato vinculado. Así pues, aunque las cargas también sean “una constricción para el sujeto”²⁸⁵, se diferencian de las obligaciones principales y de los deberes secundarios de conducta, en que no son coercibles, quedando supeditado su cumplimiento al despliegue espontáneo que el titular del interés haga de ellas.

i. La carga de diligencia.

²⁸¹ BARBERO, *Sistema di diritto privato*, cit., n. ° 58, 65 s., citado por HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Op. cit., pág. 381.

²⁸² RESCIGNO, *L' onere nella categoria dei doveri giuridici, en Obbligazioni (nozioni)*, en EdD, XXXIX, pág. 141, s., citado por HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Op. cit., pág. 382.

²⁸³ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Op. cit., pág. 382.

²⁸⁴ *Ibid.*, pág. 382.

²⁸⁵ BARBERO, *Sistema di diritto privato*, cit., n. ° 58, pág. 65 s., citado por HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Op. cit., pág. 381.

La carga de diligencia que se radica en las partes de los contratos vinculados se justifica en los riesgos que asumen, ante los cuales deben desplegar el comportamiento más adecuado para soportarlos, así como “ser sagaz, advertido, diligente, previsor, cauto y, por supuesto, de seguir fielmente las instrucciones de ley”²⁸⁶, dentro de cuyas manifestaciones se identifican las siguientes:

- a) La elección de los miembros del grupo.

Las calidades que detentan los sujetos que ocupan las diversas posiciones contractuales al interior del sistema no son indiferentes tratándose de contratos vinculados, toda vez que son relaciones económicas que exigen un alto grado de confianza entre los sujetos que intervienen en ellas y que hace parten del elemento *intuitu personae* que caracteriza a esta figura. Por tanto, los miembros fundadores u originarios deben tener especial cuidado en la escogencia de los restantes, a través de un análisis detallado de sus características personalísimas, así como de su comportamiento en contratos similares y anteriores, dado que para el logro de la operación económica es necesaria la concurrencia a satisfacción de la ejecución de todas las prestaciones contenidas en los contratos para instrumentalizarla.

Así pues, tal elección que bien puede estar precedida o no de un proceso de selección que establezca los requisitos mínimos que debe satisfacer el potencial miembro, que sea realizado ya sea por un órgano específico del sistema de contratos, por un tercero o simplemente por el voto de sus miembros. Por último, es de señalar que una escogencia defectuosa de los miembros va a repercutir en forma adversa en los miembros originarios y en el sistema como tal, bien sea en la forma de incumplimiento de las obligaciones principales y deberes secundarios a su cargo, de la frustración de la finalidad del sistema o de falta de idoneidad y capacidad de ejecución.

- b) El control sobre el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los miembros del sistema.

Al interior de los sistemas de contratos es posible evidenciar cierto grado de control o injerencia por algunas de las partes sobre la ejecución de las prestaciones a cargo de otras, con miras a focalizar los esfuerzos en la consecución de la finalidad económica deseada y cuya función principal es prevenir posibles incumplimientos o cumplimientos defectuosos, así como la

²⁸⁶ Ibid., pág. 390.

corrección oportuna de los errores en la su desarrollo. Es por lo que esta carga de control también llamada de monitoreo “puede permitir una detección y corrección de errores más temprana (traducción libre por el autor)”²⁸⁷.

Aquí es pertinente aclarar que la carga de control se diferencia de la dominación y de la integración, en el grado de tutela porque su objeto es activar los mecanismos intra-sistémicos sean judiciales o extrajudiciales, para hacer seguimiento al cumplimiento de las prestaciones a cargo de los miembros del sistema o, apremiar o corregir el cumplimiento tardío o defectuoso, respectivamente, con miras a la ejecución a satisfacción de la prestación y al logro de la operación económica común, a diferencia de la integración total o dominación, en la que uno de los sujetos puede apremiar y ordenar directamente el cumplimiento de las prestaciones asumidas a través de la dirección, no solo sobre la prestación sino sobre la actividad misma del sujeto.

Así pues, la carga de control se materializa a través de la inserción en los contratos vinculados de cláusulas que lo autoricen, de la inclusión del deber de informar a los miembros restantes cualquier situación anormal o de revelarla a petición de alguno de ellos, o del establecimiento mecanismos contractuales sancionatorios en caso de incumplimiento. Es por lo que la supervisión de la ejecución de la prestación a cargo del miembro del sistema que sea presupuesto, requisito, complemento o condición necesaria para la realización de la propia y el despliegue de auditorías o de rendición de cuentas, estarían permitidos siempre que estén previamente contemplados en los contratos específicos o en el contrato marco en caso de existir, o que las partes asintieran en forma expresa al respecto.

Por último, podemos señalar que por el carácter de carga contractual, su insatisfacción carece de la potencialidad para constituir un incumplimiento contractual. Sin embargo, puede derivar en repercusiones adversas para la operación económica si se tiene en cuenta que en un estado avanzado de la concatenación de prestaciones y en ausencia de detección temprana de los errores, se podría evidenciar un incumpliendo total, tardío o insatisfactorio de alguna de ellas, que implicara la paralización o frustración de la finalidad perseguida con el sistema por la imposibilidad de su cumplimiento, dadas las limitantes temporales, técnicas, administrativas y humanas propias del negocio. En consecuencia, “Este monitoreo puede estar regulado por los deberes de cooperar y de comportarse lealmente con los demás miembros, o

²⁸⁷ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 9.

mediante una estructura de dirección más específica, como los comités u otros mecanismos de la organización (traducción libre por el autor)²⁸⁸. Para terminar, podemos afirmar que el monitoreo aludido se puede ejercer bien de manera directa por el miembro del sistema interesado o a través de órganos propios creados por el sistema con tal fin, o delegarse en un tercero externo que se encargue de ello.

c) La disminución de los riesgos para el sistema.

Los riesgos entendidos como potencialidad de daño son circunstancias no imputables a los miembros del sistema pero que de concretarse, pueden incidir en forma negativa en la satisfacción de sus intereses y por tanto, se deben gestionar en forma eficiente a través de la colaboración entre todos ellos. En esa medida, una gestión eficiente de los riesgos se podría traducir en su asignación racional a los miembros que estén en mejores condiciones para soportarlos mediando una contraprestación que los equilibre, así como en la contratación *ex ante* de seguros que amparen los siniestros propios de la operación económica que se quiera instrumentalizar, o en la inserción de cláusulas que regulen de manera expresa las consecuencias para los contratos y los miembros del sistema en caso de concreción de un determinado riesgo. Por último, se debe decir que en caso de insatisfacción de esta carga, los riesgos que no fueron disminuidos y que se concretaron, pueden alterar el equilibrio del sistema y en caso de que este último no se adapte a ellos ni los absorba en forma eficaz, devendría en la frustración de la finalidad económica proyectada.

ii. La carga de claridad.

La carga de claridad se manifiesta en que la satisfacción del interés de colaboración asociativa específico que persigan las partes de los contratos vinculados depende en buena medida de que haya sido expresado en forma inteligible, lo cual es posible a través de la determinación plena de las prestaciones que se obligan a ejecutar, de los deberes secundarios de conducta que asumen, de los riesgos sistémicos a que se avienen les sean asignados y de la operación económica global que se proyecta. Empero, la falta de claridad se podría traducir en prestaciones, deberes secundarios y riesgos que los miembros o el sistema no estén en la capacidad de soportar o asumir y que, más que un beneficio, les representará comportamientos o conductas que les generen una erogación anormal de recursos que no alcanza

²⁸⁸ Ibid., pág. 9.

el grado de excesiva, o la realización de una operación económica global no querida.

En consecuencia, la importancia de la carga de claridad radica en que los sujetos no se vean obligados en condiciones no queridas y en que su voluntad interna sea lo más parecida a la voluntad exteriorizada bien sea mediante manifestaciones expresas o de comportamientos en tal sentido. Por tanto, “Cuanto más clara, más precisa y completa sea la expresión, mayor será la probabilidad de alcanzar todos los resultados que el autor de ella tuvo en mente y que corresponden naturalmente a la función social del negocio celebrado”²⁸⁹.

iii. La carga de advertencia y previsión.

La carga de advertencia y previsión se expresa en el comportamiento cauto, sagaz y precavido de las partes de los contratos vinculados, que se justifica en que la satisfacción a plenitud de sus intereses no se conseguirá con el cumplimiento de la prestación a cargo de su cocontratante inmediato sino que requerirá además, la ejecución de las prestaciones a cargo de los restantes miembros. En consecuencia, los contratantes deben programar el curso regular a seguir en caso de que alguno de los contratos se vea afectado por una vicisitud, así como precaver que su comportamiento puede vincular a los demás en el evento de suscitar la confianza legítima en algún sujeto ajeno al sistema que desconozca su estructura. En otras palabras, cada miembro del sistema “Debe prever, mirar al futuro y contemplar las más de las vicisitudes por las que puede pasar su regulación y, en consecuencia, precaverse contra los trastornos eventuales, ajustando el contenido del negocio a esa previsión y haciéndolo inconfundible”²⁹⁰. Es por esta razón que en los contratos vinculados se pueden identificar algunas manifestaciones de esta carga, como son la evaluación del riesgo de inejecución, su asignación entre los miembros del sistema o su aseguramiento, la estipulación de mecanismos que regulen la propagación de las vicisitudes y la reducción de la incertidumbre.

a) La evaluación del riesgo de inejecución previa a la celebración del contrato.

Es de aclarar aquí que la configuración del riesgo como potencialidad de daño o “hecho externo a la obligación y al contrato, no imputable a ninguna

²⁸⁹ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Op. cit., pág. 391.

²⁹⁰ *Ibid.*, pág. 392.

de las partes”²⁹¹ al interior de los contratos vinculados, excluye la culpa o el dolo del contratante en su concreción. Por tanto, en el evento de que el incumplimiento le sea imputable a título de culpa o dolo, procederá el inicio de un proceso con pretensión declarativa de la responsabilidad por incumplimiento de dicho miembro del grupo y la consecuente indemnización de los perjuicios.

En nuestro caso, entre los miembros originarios o fundadores se debe analizar el grado o la probabilidad de concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, cuando no medie dolo ni culpa de los contratantes. Sin perjuicio de que dicha evaluación se realice por el propio miembro que antes de decidir hacerse parte de un sistema de contratos vinculados, debe dimensionar las repercusiones que tendría la eventual concreción de una causa extraña y de la capacidad, idoneidad y disponibilidad de recursos con que cuenta para asumir el riesgo. Así pues, la insatisfacción de esta carga y la ausencia de conductas encaminadas a disminuir la probabilidad de concreción del riesgo, conllevaría a su incremento, dada la no advertencia de las condiciones específicas que lo aumentaban y la no utilización de mecanismos para reducirlo, frustrándose la finalidad económica perseguida en caso de concretarse.

- b) La asignación del riesgo de inejecución entre los miembros del sistema o su aseguramiento.

En caso de que la inejecución de las prestaciones a cargo de uno de los miembros se origine por un siniestro o un hecho externo al contrato y a la obligación, que no le sea imputable por ser constitutivo de un evento de caso fortuito o fuerza mayor, los miembros restantes *ex ante* o de manera concomitante pueden determinar que uno de los contratantes, de acuerdo con sus condiciones, sea el llamado a asumir el imprevisto siempre que no le resulte excesivamente oneroso, con miras asegurar la pervivencia del sistema, o que se suscriba un contrato con el cual se asegure ese específico siniestro.

En ese sentido, la asignación de riesgos es permitida entre las partes de los contratos atendiendo a sus condiciones particulares y mediando una contraprestación a su favor que los equilibre. Tratándose de los contratos vinculados, una asignación de riesgos que podría calificarse de abusiva en el contexto de los contratos bilaterales, es posible que se justifique en el sistema de contratos porque “puede proporcionar beneficios adicionales al principal

²⁹¹ LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato”, Op. cit., pág. 35.

portador del riesgo (traducción libre por el autor)²⁹² a través de “formas de indemnización pecuniarias o no pecuniarias o retribución a quienes asumen mayores riesgos”²⁹³ (traducción libre por el autor), cuya transmisión variará dependiendo de la especie de vinculación contractual y en especial, del aspecto temporal determinante del cumplimiento simultáneo o sucesivo de las prestaciones de los contratos, pudiendo asignarse el riesgo *ex ante* en cabeza de alguno de los miembros o traspasarse en forma progresiva con la ejecución de las prestaciones, último evento en el que se debe determinar el supuesto fáctico que concreta su transmisión de un miembro a otro. Por último, podemos señalar que la concreción del riesgo y la no satisfacción de esta carga, puede paralizar el sistema o frustrar su finalidad, ante la ausencia de mecanismos o remedios para superar el incumplimiento de las prestaciones.

- c) La estipulación de mecanismos que regulen la propagación de las vicisitudes entre los contratos vinculados.

Las partes de los contratos vinculados pueden pactar los procedimientos a seguir en caso de que alguna vicisitud los afecte, a través de la inserción de cláusulas al respecto en todos ellos, en el contrato marco en caso de existir, o de la referencia a los contratos que las contienen, bien sea limitando sus efectos al contrato que las padece, en caso de ser posible, o señalando alternativas para el cumplimiento de las prestaciones contenidas en los contratos afectados. Sin embargo, debemos aclarar que la satisfacción de esta carga se debe corresponder con la naturaleza de la operación económica a instrumentalizar, en el sentido de que la restricción de la propagación de las vicisitudes y las alternativas de solución, deben sobrepasar el plano formal y corresponderse con su realidad y teleología, así como propender por la conservación del sistema mediante la asignación de la prestación contenida en el contrato afectado a otro de los miembros o a un tercero que reúna las condiciones y tenga los recursos para asumirla, o la limitación de sus efectos al contrato afectado o, a lo sumo, a los contratos inmediatamente relacionados con él.

Así pues, en el despliegue de esta carga los contratantes pueden: (i) diseñar mecanismos eficientes de entrada y salida de las partes de los contratos vinculados, (ii) contratar seguros que amparen los siniestros consistentes en la inejecución del contrato por eventos de caso fortuito o de fuerza mayor,

²⁹² CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 45.

²⁹³ Ibid., pág. 45.

(iii) limitar la extensión de los efectos del incumplimiento a una o alguna de las fases de la operación económica a través de cláusulas, siempre que sea posible, (iv) o excluir a los miembros cuyo incumplimiento no obedezca a una justificación razonable. Por último, podemos señalar que la insatisfacción de esta carga puede derivar en la paralización del sistema, la propagación de la ineficacia en forma simultánea o sucesiva dependiendo de la especie de vinculación de que se trate y en últimas, en la frustración de la finalidad económica proyectada.

d) La reducción de la incertidumbre.

De manera preliminar podemos indicar que aunque sea imposible llevar la incertidumbre a un grado tal de hacerla inexistente, dados los factores externos que escapan al control de los miembros como las variaciones del mercado que influyen en todo el sistema, por ser una figura jurídica que instrumentaliza una operación económica a través de diversos contratos, es posible reducirla ya sea *ex ante* o *ex post* a su celebración pues, en el primer caso “las partes no están informadas sobre la naturaleza (del contrato) y necesitan definir su contenido, calidad y cantidad durante la relación”²⁹⁴ (traducción libre por el autor), mientras que en el segundo “las partes deben renegociar”²⁹⁵ (traducción libre por el autor) en caso de ocurrencia de supuestos que puedan influir en forma adversa en el cumplimiento de las prestaciones.

Por esta razón, la manifestación de la carga de advertencia y previsión antes citada se compagina con el deber de planificación del emprendimiento común y se puede resumir en la necesidad de los miembros del sistema de informarse en debida forma sobre la operación económica a emprender, su dinámica y las condiciones propias de los otros miembros, así como en el establecimiento de mecanismos para regular el cambio de las condiciones existentes al momento de la celebración de los contratos que afecten la ejecución de las prestaciones haciéndolas más gravosas. Así las cosas, en caso de su insatisfacción la consecuencia lógica es la entrada al sistema de un miembro sin la experiencia ni el conocimiento propio de la operación económica a desarrollar, así como la eventual paralización o frustración de la finalidad económica proyectada ante el cambio de las condiciones de ejecución de las prestaciones al momento de la celebración de los contratos.

c. La interpretación de los contratos vinculados.

²⁹⁴ Ibid., pág. 11.

²⁹⁵ Ibid., pág. 11.

En este acápite realizaremos una breve introducción sobre la interpretación como efecto jurídico para luego analizar las disposiciones del Código Civil colombiano, de la reforma del Código Civil francés de 2016, del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina y de los Principios Unidroit, que regulan en forma específica la atribución de significado tratándose de los contratos vinculados y abordar por último, los criterios de interpretación y el principio de no trasplante.

La interpretación como forma de atribución de significado a textos o enunciados normativos para derivar normas jurídicas de aquellos, merece especial atención tratándose de los contratos vinculados, en la medida en que de esta actividad se derivan consecuencias jurídicas relevantes para la figura. Así pues, de la interpretación en conjunto de los contratos que se encuentran vinculados se puede extraer o derivar la finalidad económica supra-contractual instrumentalizada a través de los distintos contratos por los miembros, a través de un ejercicio intelectual de atribución de significado a las declaraciones de voluntad expresas en los contratos o a los comportamientos, en las diferentes etapas del *iter* contractual.

En esa secuencia lógica, con posterioridad a la identificación de la finalidad económica común, ésta se erige como el parámetro abstracto o criterio de comparación de todos y cada uno de los contratos para su atribución de significado en el contexto del sistema, evitando así apreciaciones aisladas y parciales de la realidad contractual que no se correspondan con su teleología. Y ello es así porque tal proceder tiende a la conservación de la *ratio* del sistema en la interpretación de los contratos, cuyas prestaciones son elementos que se convierten en requisitos, presupuestos, condiciones o complementos necesarios de las restantes y por tanto, su análisis debe corresponderse con esta característica y con el principio de conservación del sistema o de producción de sus efectos jurídicos.

Con base en lo anterior es que podemos explicar que las partes de los contratos vinculados incluyan en su contenido cláusulas de interpretación específicas o generales, bien sea en todos los contratos, en algunos de ellos o en el contrato marco en caso de existir, o remitan al respecto a las cláusulas contenidas en otros de los contratos o en el contrato marco, para precisar la operación económica común que pretenden instrumentalizar, sin perjuicio de que está se puede derivar de la interpretación en conjunto de los contratos. Así las cosas, ahora nos referiremos a algunos cuerpos normativos que

contienen en forma expresa o implícita criterios para la interpretación de los contratos vinculados.

i. El Código Civil colombiano.

El Código Civil colombiano incluye disposiciones que son pertinentes a efectos de la interpretación de los contratos vinculados con base en la doctrina interpretativa del evolucionismo intencional²⁹⁶. El artículo 1618 señala que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. En nuestro caso, una vez identificada la finalidad económica supra-contractual de los contratos vinculados a través de la atribución de significado a las declaraciones expresas o a la exteriorización de comportamientos de los contratantes, debe tomarse como el parámetro de interpretación de todos y cada uno de ellos, prefiriéndose aquella que se corresponda con la operación económica global proyectada, aún en detrimento del tenor literal de las cláusulas contenidas en los diversos contratos autónomos.

Más adelante, el artículo 1620 establece que “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” como método de interpretación que tiende a la conservación y producción de efectos jurídicos del contrato, que aplicado a los contratos vinculados se traduce en que se debe favorecer aquella atribución de significado de los contratos individuales que permita a los restantes producir sus efectos finales o ejecutar la prestación que contienen sobre aquella que lo impida o intensifique la complejidad del sistema. Es por lo que salta a la vista su importancia en la búsqueda de soluciones al incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, supuesto en el cual se debe tratar de remediar o de limitar la extensión de la vicisitud al contrato afectado, privilegiando aquella interpretación que le permita al sistema producir sus efectos.

Por último, el artículo 1622 introduce de manera tímida un criterio interpretativo propio de los contratos vinculados al establecer que las cláusulas de un contrato “Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”, que si bien se limita a la identidad de partes y de materia entre los contratos, su relevancia radica en dotar de sustento legal el método con el cual se interpreten los

²⁹⁶ Según la cual la atribución de significado al texto normativo debe hacerse conforme con la intención que el legislador hubiese tenido al día de hoy de haber conocido el caso concreto de la figura de los contratos vinculados.

contratos vinculados por medio de los otros con miras a identificar la finalidad económica que subyace a todos ellos para después tomarla como parámetro de interpretación. Con base en ello, podemos afirmar que la voluntad del legislador de haber conocido la figura de la vinculación contractual no hubiera sido limitar esta disposición a la identidad de partes y de materia, sino que lo habría hecho extensivo a todos los contratos autónomos en los cuales mediara un vínculo funcional para el cumplimiento de un emprendimiento económico común.

Adicional a ello, este artículo dispone que los contratos también podrán interpretarse “O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”. En este punto podemos advertir que el criterio interpretativo de la aplicación práctica realizada por las partes se encuadra de manera perfecta en la figura de la vinculación contractual, dado que los sujetos no celebran un contrato individual como fin único y aislado para la consecución de una finalidad económico-práctica, sino que su aplicación práctica se traduce en la estructuración de una operación económica compleja a través de diversos contratos autónomos. Así pues, el criterio interpretativo tendrá como parámetro la finalidad económica supra-contractual del grupo de contratos por ser la concreción de su aplicación práctica.

ii. El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

El artículo 1074 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala que “Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido”, cuyo tenor ordena en forma expresa que la interpretación de los contratos conexos se hará en forma conjunta con las cláusulas de los contratos que están con él vinculados, con el objetivo de aprehender la *ratio* de la operación económica común que instrumentalizan y la cual solo es posible con la ejecución de todos ellos. Es por lo que el sentido apropiado que surge del grupo de contratos lo podemos identificar con la finalidad económica supra-contractual a que tienden, que se erigirá como el parámetro con base en el cual atribuirles significado. En consecuencia, el intérprete deberá integrar el contenido del contrato individual con los contratos que están con él vinculados para extraer la operación económica que pretenden instrumentalizar en ejercicio de su autonomía privada.

iii. La reforma del Código Civil francés de 2016.

El artículo 1189 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés dispone que “Cuando, en la intención de las partes, concurren varios contratos para una misma operación, se interpretarán con arreglo a esta”. Así pues, señala en forma expresa que, tratándose de contratos vinculados, éstos deberán interpretarse de conformidad con la operación económica común que instrumentalizan como la finalidad económica supra-contractual a la que dirigen sus esfuerzos mediante la celebración de dos o más contratos autónomos.

Como antecedente de la reforma antes citada podemos señalar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés que contempló reglas específicas en materia de interpretación de los contratos vinculados. En ese sentido, en el Artículo 1137 Sección 2, § 1 se estableció que “En el conjunto contractual que conforman los contratos interdependientes se interpretan en función de la operación a la cual están ordenados”²⁹⁷, disposición que señalaba en forma expresa que la finalidad económica supra-contractual se erigía como el parámetro interpretativo de todos los contratos vinculados funcionalmente.

Así también se precisó en el Artículo 1172-1 de la Sección 7, § 5 que “Las cláusulas que organizan las relaciones de las partes en uno de los contratos del conjunto no se aplican a las demás convenciones sino en cuanto hayan sido reproducidas y aceptadas por los demás contratantes”²⁹⁸, texto normativo que recoge el principio del no trasplante de las cláusulas de uno de los contratos hacia otros, salvo que hayan sido reproducidas en los demás contratos y aceptadas por las demás partes. En ese sentido:

Al interpretar las cláusulas contractuales, el juez debe considerar que la ‘función económica’ de este contrato se lleva a cabo de manera conjunta con los otros contratos interdependientes. Sin embargo, esto no significa que un contrato, que sea interdependiente, deba ser interpretado observando todas las cláusulas y términos del primer contrato: de lo contrario podríamos equivocarnos al no distinguir la figura de los contratos

²⁹⁷ *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil Francés: libro III, títulos III y XX., Op. cit., pág. 180.*

²⁹⁸ *Ibid., pág. 199.*

vinculados del contrato único complejo²⁹⁹ (traducción libre por el autor).

iv Los Principios Unidroit.

En los Principios Unidroit del año 2016 se señala que “Un contrato se interpretará de acuerdo con la intención común de las partes”³⁰⁰. Es por lo que “A un término del contrato se le puede dar un significado que difiera tanto del sentido literal de las palabras usadas como del significado que una persona razonable le atribuiría, siempre que esa interpretación diferente fuere común a las partes al momento de la celebración del contrato”³⁰¹.

Así las cosas, podemos afirmar que esta disposición acoge un criterio subjetivo de análisis de las cláusulas contractuales. En nuestro caso, cuando la intención o finalidad querida por las partes de los contratos vinculados no se corresponda con el tenor literal del clausulado de alguno de ellos ni tampoco con el significado que una persona razonable en las mismas circunstancias le atribuiría, deberá preferirse la primera, cuando se derive de la finalidad económica supra-contractual perseguida como parámetro de interpretación, y de los elementos circunstanciales que subyacen a la celebración del contrato, así como del contenido de los restantes. En lo demás, remitimos al acápite correspondiente de los fundamentos legales de la vinculación contractual.

v. El principio de no trasplante.

Por último, creemos pertinente abordar la posibilidad de la extensión o trasplante de las cláusulas entre los contratos vinculados en materia de su interpretación. Para ello debemos antes precisar que las cláusulas de los contratos vinculados no se hacen extensivas en forma automática a los restantes dada su autonomía física y jurídica. Sin embargo, dicha posibilidad amerita un análisis por el operador jurídico en los casos en que se presenten dificultades para identificar la teleología del sistema con miras a alcanzar su comprensión coherente.

Así las cosas, este principio del no trasplante lo recoge el Código Civil, en virtud del cual no se admite la posibilidad de insertar en forma automática las cláusulas de un contrato en otros y que en nuestro caso, tiene asidero en la autonomía física y jurídica característica de los contratos vinculados. No obstante, su aplicación no es absoluta dado que en ciertos escenarios es

²⁹⁹ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 32.

³⁰⁰ Numeral 1º del artículo 4.1.

³⁰¹ Comentario al numeral 1º del artículo 4.1 de los Principios Unidroit edición 2016, pág. 137.

procedente la extensión de las cláusulas de uno de los contratos a otros como en el caso de las lagunas. Un ejemplo de ello, es el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés en el que se señalaba:

Sin embargo, determinadas cláusulas que aparecen en los contratos del conjunto extienden su efecto a los contratantes de las demás convenciones, siempre que estos hayan tenido conocimiento de ellas al asumir su compromiso y no hubieran hecho reservas. Así, las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad, las cláusulas compromisorias y las cláusulas de atribución de competencia³⁰².

Con base en lo anterior, podemos sostener que la excepción al principio de no trasplante se justifica en la correspondencia sistémica entre las prestaciones y en la finalidad económica supra-contractual de los contratos vinculados, teniendo en cuenta que en algunos casos se requiere, para darle coherencia al sistema, la extensión de las cláusulas de un contrato a otros, dentro de las que se incluyen a manera enunciativa: (i) las de limitación o exclusión de responsabilidad, (ii) las compromisorias y (iii) las de atribución de competencia.

La extensión de las primeras se justifica en que un miembro no se puede obligar con las otras partes en condiciones disímiles a las que se obligó con su cocontratante inmediato a efectos de la responsabilidad, y en que, en tanto los miembros asuman riesgos idénticos o similares a cambio de una contraprestación a su favor, es lógico que a igual riesgo se les apliquen las mismas cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad. En las demás, cuando los miembros conozcan que alguno de los contratos vinculados contiene cláusulas compromisorias o de atribución de competencia y no formulen objeciones o reservas al respecto, del vínculo funcional existente entre ellos se puede deducir que, debido a la ejecución necesaria de todas las prestaciones para alcanzar la operación económica proyectada, las controversias que se susciten al interior del sistema deben ser conocidas por el mismo operador jurídico, siendo la vinculación contractual uno de los factores de prórroga de competencia en algunos países.

En resumen, la labor interpretativa de los contratos vinculados debe realizarse en conjunto so pena de limitarse a un entendimiento parcial de la

³⁰² *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil Francés: libro III, títulos III y XX., Op. cit., pág. 200.*

finalidad económica supra-contractual querida, que en muchos casos resultaría errada si se interpretara cada contrato en forma aislada, pasando por alto el ejercicio lógico de establecer relaciones entre las partes y de identificar los diferentes intereses que se encuentran inmersos en ellas.

d. Efectos procesales de la vinculación contractual.

Por “efectos procesales” se deben entender las consecuencias jurídicas en el plano jurisdiccional que se derivan de la existencia de los contratos vinculados que tienen como presupuesto necesario la morigeración del principio de los efectos relativos de los contratos, que se erigen en mecanismos de protección bien sea para los miembros del sistema o para los terceros ajenos a él, en caso de controversia, y sirven a la realización de los derechos subjetivos que nacen con ocasión de la figura objeto de estudio.

- i. La concesión de acciones directas a los miembros pertenecientes al sistema y a los terceros ajenos a él.

En este acápite nos referiremos a la procedencia de las acciones directas entre los miembros del sistema, así como a las provenientes de terceros. Así pues, en principio, ante el incumplimiento o la imposibilidad de ejecución de alguno de los contratos vinculados, el miembro del sistema o el tercero ajeno a él que no son partes del contrato incumplido, tendrían que encauzar su pretensión de cumplimiento o de indemnización de perjuicios a través de la acción de responsabilidad extracontractual, acreditando de manera previa su interés para actuar, así como el daño, el título de imputación y el nexo de causalidad entre el daño causado y el incumplimiento del miembro del sistema. Sin embargo, en algunos casos el ordenamiento permite a los sujetos el ejercicio de acciones directas para “demandar en sede contractual a una persona con la cual nunca celebró el actor un contrato”³⁰³.

En relación con las acciones directas podemos señalar que para su ejercicio los miembros del sistema tendrían que probar que la prestación contenida en el contrato incumplido es requisito, condición, complemento o presupuesto necesario para la ejecución de la prestación a su cargo, acreditando la existencia de la vinculación contractual, mientras que los terceros ajenos al sistema deberían demostrar el supuesto de hecho del texto normativo que los legitima para demandar o reclamar de manera directa al sujeto que no es su

³⁰³ BERNARD MAINAR, R., Op. cit., pág. 160.

cocontratante inmediato, que en la mayoría de los casos están contenidos en normas de protección al consumidor. No obstante, a partir de la existencia de la vinculación contractual, de la finalidad económica supra-contractual y de la correspondencia entre las prestaciones de los contratos, a continuación analizaremos la procedencia de la acción directa para los miembros del sistema y para los terceros ajenos a él que hayan sufrido perjuicios derivados de incumplimiento de un contrato del que no son partes, o que pretendan su cumplimiento por parte de otros miembros del sistema.

En primer lugar, los miembros del sistema no son terceros absolutos ni relativos en relación con los contratos vinculados de los que no son partes en sentido estricto. Por el contrario, la categoría de “miembros del sistema” es *sui generis* porque los contratantes vinculados detentan una legitimación especial y restringida por pasiva y por activa derivada de su pertenencia al mismo y de la existencia de la vinculación contractual, con base en la cual pueden demandar judicialmente al miembro incumplido, o ser demandados, pretendiendo el cumplimiento o la declaración de responsabilidad con la correspondiente indemnización de perjuicios. Así pues, la legitimación sustancial restringida aludida si bien no tiene consagración legal en Colombia, en caso de reconocerse y declararse la existencia de la vinculación contractual, encajaría bien sea en la figura del litisconsorcio necesario o cuasinecesario, derivando de allí los miembros su legitimación para ejercer en contra del contratante incumplido la acción con pretensión de cumplimiento o de declaración de responsabilidad con la consecuente indemnización de perjuicios.

Por esta razón, la acción directa entre los miembros del sistema es un mecanismo idóneo de protección de sus derechos de crédito e intereses, en la medida en que la culpa es presunta y por tanto, “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”³⁰⁴, al miembro incumplido, bastándoles acreditar el daño derivado del incumplimiento y su nexo de causalidad con la conducta del miembro incumplido, a diferencia de la acción de naturaleza extracontractual en la cual se traslada la carga de acreditar la culpa al accionante.

Por otro lado, tratándose del incumplimiento de los deberes secundarios de conducta de un miembro frente al sistema o frente a otros miembros, o de alguna prestación a su cargo que imposibilite el cumplimiento de las demás por los miembros restantes, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha sostenido:

³⁰⁴ Inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil.

Siguiendo el hilo de la cuestión como se trae, fácil es notar que cuando el incumplimiento atribuido a uno de los intervinientes en la red, versa sobre los compromisos concernientes con el sistema, ese comportamiento no es ajeno al desarrollo contractual, sino propio de él.

Es que puestas las convenciones celebradas en el contexto que les corresponde, esto es, en el de su unión o estrecha ligazón funcional, surge patente la idea de que el cumplimiento que se espera de los intervinientes y que, por lo mismo, les es exigible, concierne tanto con la satisfacción de las obligaciones derivadas de cada una de ellas, como del conjunto (sistema).

De allí que la insatisfacción de unas y otras califique como contractual, pues así como los contratos se integran para actuar como un todo, sin que luego pueda escindírseles, algo parecido pasa con las obligaciones, de modo que no sea factible separarlas para pensar que su desatención da lugar, en ciertos casos, a responsabilidad contractual y, en los restantes, a responsabilidad extracontractual.

De lo anterior se sigue que, por lo mismo, la acción mediante la cual se reproche al incumplido su conducta, cualquiera sea el deber que haya desconocido, ostenta el mismo linaje contractual³⁰⁵.

Esta posición a la vez es compartida por Lorenzetti, quien elabora tres fundamentos para la acción de naturaleza contractual entre los miembros del sistema. El primero es la existencia de la vinculación contractual, el segundo es el contrato a favor de terceros y el último es la estructura del vínculo obligatorio, siendo el primero el único que ocupa nuestra atención. En ese sentido, señala que la procedencia de la acción contractual entre miembros del sistema dependería de la declaración de la vinculación en los casos en que tenga fuente legal o necesaria, y cuando se derive del nexo causal y económico existente entre los contratos en ausencia de texto normativo que lo regule, para la cual creemos que previo a optar por el escenario judicial, los miembros deberían tratar de solucionar sus diferencias en forma directa en desarrollo del deber de lealtad y de la teleología derivada de la figura. Al

³⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de noviembre de 2017, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

respecto, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación Francesa ha señalado que:

En un grupo de contratos, la responsabilidad contractual necesariamente rige la demanda indemnizatoria de todos aquellos que sufren daños por haber tenido una relación con el contrato inicial... En efecto, en este caso, como el deudor habría debido prever las consecuencias de su incumplimiento según las reglas contractuales, la víctima tiene contra él una acción contractual, a pesar de la ausencia de contrato entre ellos³⁰⁶.

En el mismo sentido, Christian Larroumet ha indicado que:

En efecto, en virtud del vínculo que existe entre dos o varios contratos, como la víctima del daño es parte en uno de estos contratos, pero no en aquél que originó la obligación a cargo del deudor que no cumplió o cumplió mal, se debe admitir que el deudor no puede estar obligado para con la víctima de una manera diferente de aquella con la cual está obligado para su co-contratante inmediato (...) De manera general, se puede estimar que *siempre* que el contrato concluido entre A y B ha hecho necesario y ha permitido la conclusión de un contrato entre B y C, el perjuicio sufrido por C a causa del incumplimiento de la obligación contraída por A con respecto a B deberá ser reparada en favor de C, que intenta para este fin una acción contra A, basándose en las reglas que rigen la responsabilidad contractual de A y no sobre las reglas que regulan la responsabilidad extracontractual... En realidad, en un grupo o conjunto de contratos, lo que supone que por lo menos dos contratos están vinculados para realizar una operación económica global, cada una de las partes comprendidas en el conjunto no es un tercero en relación con otro contrato del mismo conjunto. Conviene, pues, proceder a una nueva interpretación del artículo 1165 del Código Civil, a la luz de la noción de grupo contractual³⁰⁷.

Así las cosas, la naturaleza de la acción a ejercer por el miembro afectado con el incumplimiento con pretensión indemnizatoria, de cumplimiento o cualquier otro remedio, es contractual dado que: (i) el miembro incumplido tuvo la carga de prever los efectos que su incumplimiento le podría irradiar a

³⁰⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, J., Op. cit., pág. 162.

³⁰⁷ LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Bogotá, 1993.

los miembros restantes, ante cuya insatisfacción debe soportar las consecuencias que ello le genere como lo es el ejercicio de una acción contractual en su contra, y que (ii) como manifestación del deber de trato igualitario entre los miembros del sistema³⁰⁸, el miembro incumplido no se puede obligar frente a los miembros restantes a efectos de la responsabilidad que asume, en condiciones disímiles de aquellas pactadas con el sujeto que es parte inmediata del contrato incumplido.

En segundo lugar, si bien estamos de acuerdo con la posición mayoritaria que sostiene que el vehículo para que los terceros ajenos al sistema encaucen sus pretensiones de cumplimiento o de indemnización de perjuicios en contra de sujetos que no son sus cocontratantes es la acción extracontractual, de manera reciente la posición que propende porque sea la acción directa el mecanismo procesal a utilizar ha cobrado fuerza. Por ello, procederemos a exponer la acción extracontractual mayormente aceptada para luego hacer lo propio con la acción directa de los terceros ajenos al sistema. En ese sentido, la naturaleza de extracontractual de la acción del tercero ajeno al sistema en contra del miembro incumplido que no es su cocontratante inmediato se justifica por dos razones: la primera y más evidente, el tercero no ha suscrito contrato alguno con el miembro incumplido y la segunda, el tercero no es miembro del sistema y por tanto, carece de legitimación especial y restringida por activa para encauzar la pretensión de cumplimiento o de responsabilidad con indemnización de perjuicios a través de la acción contractual.

Por otro lado, la posición doctrinaria que se inclina por aceptar la procedencia de la acción directa en cabeza de los terceros ajenos al sistema en contra del miembro incumplido con el cual no contrató de manera directa, busca colocar al tercero en la misma posición en que estaría de no haber contratado, trasladando la carga de la prueba de la diligencia o del *casus* al miembro incumplido, bastándole con acreditar el daño causado con el incumplimiento y el nexo de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios sufridos, y que se justifica en la medida que

La posibilidad de terceros de ejercer acciones contractuales por incumplimiento asegurará la coherencia para los afectados por el mismo incumplimiento (los miembros del sistema y los terceros

³⁰⁸ Deber que tiene una dimensión negativa, en el sentido de que el miembro incumplido podría oponer al reclamante las mismas excepciones que tiene frente a su cocontratante inmediato e incluso, las excepciones derivadas de los deberes secundarios exigibles con ocasión de la pertenencia al sistema, con exclusión de las personales, limitadas a su contraparte inmediata.

ajenos a él), pero, aún más importante, asegurará un incremento de los efectos disuasorios. La acción contractual, a diferencia de los daños en la responsabilidad civil, debería, en principio, permitir que las víctimas del incumplimiento se colocaran en la posición que hubieran tenido, si el contrato se hubiera ejecutado ³⁰⁹ (traducción libre por el autor).

Sin perjuicio de lo anterior y como consecuencia de las conquistas alcanzadas por el derecho del consumo, los terceros ajenos al sistema afectados por el incumplimiento del contrato vinculado podrían ejercer en contra del miembro incumplido no la acción contractual, sino la acción de protección al consumidor, por ser aquellos productores, expendedores o distribuidores de los productos o servicios y así hacer efectiva la garantía legal, siempre que reúnan los presupuestos para su procedencia.

- ii. La legitimación sustancial especial y restringida por pasiva y por activa.

En primer lugar, la legitimación en la causa por activa se puede definir como “la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo (...)”³¹⁰. Por esta razón en los contratos vinculados cada miembro del sistema está legitimado por el lado activo en forma restringida y especial para exigir a otro miembro sea o no su cocontratante inmediato, el cumplimiento o la ejecución de la prestación a su cargo, en caso de que sus derechos subjetivos o el cumplimiento de sus prestaciones se vean afectados con tal incumplimiento o inejecución.

Esta legitimación se caracteriza por ser restringida y especial. En cuanto a su carácter de restringida, este se refiere a que su ejercicio no puede ser ilimitado sino que debe ejercerse solo en los casos en que la prestación de un miembro del grupo cumpla con dos requisitos: (i) que no haya sido cumplida o ejecutada por el miembro que tiene la obligación de materializarla y (ii) que la prestación incumplida o no ejecutada sea presupuesto, condición, complemento o requisito necesario para la ejecución de las prestaciones a cargo del accionante, o que tal inejecución suponga la paralización o la frustración de la finalidad económica proyectada, eventos en los que el demandante tendría la carga de acreditar las circunstancias aludidas. Por el

³⁰⁹ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 41.

³¹⁰ Sentencia de la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 11 de mayo de 2011, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

contrario, en caso de que la prestación incumplida o no ejecutada carezca de repercusiones o efectos en el cumplimiento de las prestaciones a cargo de otro miembro, o no represente un peligro grave e inminente para el sistema, éste carecería de legitimación por activa para exigir su cumplimiento.

Por otro lado, en relación con su característica de especial, podemos señalar que el miembro del sistema solo puede hacer uso de la acción contractual en contra de otro miembro que no sea su cocontratante, cuando la prestación incumplida o inejecutada esté contenida en alguno de los contratos vinculados. Por el contrario, las pretensiones de cumplimiento o indemnizatorias contenidas en contratos bilaterales no vinculados, deben regirse por las normas generales de acuerdo con las cuales el sujeto accionante será un tercero y deberá encauzar sus pretensiones a través de una acción de naturaleza extracontractual.

En segundo lugar, la legitimación en la causa por pasiva se puede entender como “la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho”³¹¹. En ese sentido el miembro del sistema que no haya ejecutado o cumplido o no se allane a cumplir la prestación a su cargo estaría legitimado en la causa por pasiva para ser demandado por su cocontratante inmediato o por cualquier miembro, último caso en que deberá existir una afectación consistente en que tal incumplimiento le impida al accionante el cumplimiento o la ejecución de la prestación a su cargo o signifique la paralización o desintegración del sistema. A la vez, esta legitimación por pasiva también es especial y restringida.

En consecuencia, es restringida en la medida en que el miembro accionado solo tiene el deber de cumplir o ejecutar la prestación objeto de reclamo cuando provenga de un miembro afectado en el cumplimiento de sus prestaciones por la inejecución o que acredite la afectación superlativa del sistema de contratos con ocasión de la inejecución. Y es especial, dado que el miembro demandado solo tendrá el deber de ejecutar lo pedido a través de la acción contractual por el miembro que no sea su cocontratante inmediato cuando se trate de una prestación inmersa en uno de los contratos vinculados. En contraste, cuando sea una prestación contenida en un contrato bilateral no vinculado, podrá excepcionar en contra del reclamante la falta de legitimación en la causa por activa por no haber celebrado un contrato con este último.

³¹¹ Ibid.

iii. La integración del litisconsorcio.

En un escenario judicial, es posible que las partes del proceso, demandante o demandado, estén integradas por pluralidad de sujetos, en nuestro caso, los miembros del sistema de contratos. En este punto, nos limitaremos a analizar la clase de litisconsorcio que se configura en la vinculación con fuente funcional, por ser el tema que nos ocupa. Así pues, en esta especie se configura un litisconsorcio cuasinecesario porque la sentencia que decida de mérito sobre la relación sustancial contenida en uno de los contratos vinculados, extiende sus efectos en forma necesaria a los miembros del sistema sin necesidad de que hayan comparecido o sido vinculados al proceso de manera obligatoria. Y ello es así debido a la existencia de una relación sustancial sistémica y común a todos los contratos cuyo contenido se puede extraer de la necesidad de la correspondencia y del cumplimiento de las prestaciones para el logro de una finalidad económica. Entonces, la decisión que se tome en la sentencia bien sea sobre la existencia, eficacia, validez, cumplimiento o indemnización de perjuicios de alguno de los contratos vinculados, va a incidir de manera necesaria en los miembros restantes, dada la correspondencia sistémica entre las prestaciones contenidas en los contratos a cargo de los miembros que bien pudieron comparecer o no al proceso, de lo cual se deriva la unicidad de la relación sustancial sistémica.

Por tanto, el miembro del sistema se podrá hacer parte en forma voluntaria en el proceso al interior del cual se debata la suerte de uno de los contratos con el que se encuentra vinculado el contrato del cual es parte, a través del envío de una solicitud al juez acompañada con la prueba de la existencia o, con la solicitud de declaración de la vinculación contractual que en caso de reconocerse, lo autorizará para intervenir en el proceso en el estado en que se encuentre.

En uno de sus fallos³¹², la Corte Suprema de Justicia se refirió a este efecto procesal. En aquella ocasión, se trató de una demanda de casación cuyo sustento fáctico consistió en que para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del deudor incumplido, se celebró un concordato preventivo potestativo con todos sus acreedores y un contrato de mutuo entre el concordado y uno de los acreedores, el Banco Central Hipotecario. Para esta Corporación se verificó la conexidad contractual, debido a la existencia de un vínculo funcional entre los contratos, consistente en que el contrato de mutuo era necesario para el cumplimiento del concordato porque con el contrato de

³¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de octubre de 1999, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

mutuo adicional se haría posible la finalidad de la operación económica global: el pago de las obligaciones a todos los acreedores a través de la venta de las unidades de un complejo habitacional cuya construcción sería financiada a través del contrato de mutuo suscrito con la entidad financiera.

Sin embargo, en esta ocasión consideró la Corte que de la conexidad contractual no se derivaba la integración de un litisconsorcio necesario por activo de todos los acreedores en la demanda dirigida por el deudor concordado en contra del Banco por el supuesto incumplimiento del contrato de mutuo, ya que en su opinión, este último se suscribió entre el deudor concordado y la entidad financiera y frente al cual los demás acreedores eran simples terceros, consideración que se basó en que:

la reclamación que se formula por uno sólo de ellos, como aquí acontece con el deudor del préstamo, no redundaría en menoscabo de los restantes; en verdad, no se advierte que la sola iniciativa del deudor concursado concretada en este proceso afecte de manera directa a los acreedores que hoy están por fuera de él, como tampoco que a éstos se les vulnera de algún modo su derecho de defensa (...) los efectos consiguientes y en particular los derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por uno u otro deben definirse con su sola presencia, desde luego que los demás acreedores si acaso tienen a ese respecto un interés indirecto, el cual, per se, no los hace partícipes necesarios de la cuestión litigiosa, la cual, entonces, atañe únicamente con una relación jurídica de índole singular o individual como la reseñada³¹³.

En este punto, coincidimos con la Corte en que por ser la vinculación de origen funcional, no se origina un litisconsorcio necesario por activo por ser los contratos autónomos desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, la demanda del deudor concordado contra la entidad financiera tuvo la potencialidad de afectar los intereses de los restantes acreedores, dado que de no ejecutarse el contrato de mutuo a satisfacción, sus créditos no podrían ser pagados por imposibilitarse la construcción del complejo habitacional de cuya venta serían pagados. Adicional a ello, se reitera que los acreedores restantes no son terceros absolutos sino miembros del sistema, supuesto en el cual es procedente la constitución de un litisconsorcio cuasinecesario derivado de la existencia de una única relación sustancial supra sistémica entre los contratos.

³¹³ Ibid.

En sentido contrario, en providencia reciente³¹⁴ la Corte modificó su posición al señalar que tratándose de los contratos vinculados, la relación procesal que se presenta entre los miembros del sistema de contratos es la de litisconsortes necesarios. A esta conclusión arribó al conocer en sede de tutela un caso en el que se pretendía el amparo del derecho fundamental al debido proceso cuya supuesta vulneración se evidenció en el hecho de que el *a quo* decidiera acceder a la solicitud del demandado de vincular al proceso -en el que se pretendía la declaración de la inexistencia de un contrato de permuta de los bienes sobre los cuales se estaba desarrollando un proyecto para el cual se constituyó un fideicomiso, por la paralización del proyecto-, como litisconsortes necesarios a los beneficiarios de área que suscribieron el encargo fiduciario.

Esta decisión se motivó en que los contratos de permuta, de fiducia mercantil y encargos fiduciarios estaban vinculados y estrechamente relacionados entre sí y por tanto, se debía decidir de mérito frente a ellos en forma uniforme dado que la suerte de alguno de ellos repercutiría en los demás, determinación a la que llegó al considerar que “en conjunto todos ellos hacían posible la construcción de la obra para la que se constituyó el Patrimonio Autónomo, y la validez, cumplimiento o incumplimiento de alguno de ellos afecta de manera directa a todos, tanto así que no sería posible su ejecución”³¹⁵. A raíz del sustento fáctico antes citado sometido a su conocimiento, la Corte interpretó el artículo 61 del Código General del Proceso en el siguiente sentido:

El artículo en cita, no circunscribe su admisión a un negocio jurídico concreto, sino que expande el abanico de posibilidades a actos jurídicos o relaciones, es decir, la norma es generosa en este aspecto, ya que no limita su aplicabilidad exclusivamente a los sujetos suscriptores de un contrato, sino que permite su extensión hasta el punto de relaciones o actos jurídicos relacionados entre sí (...) En ese orden, era razonable que el juzgador, considerara que ante la coligación de los convenios para resolver respecto de uno de ellos (permuta), era necesaria la vinculación de quienes participan en los demás, lo que no es arbitrario ni antojadizo, ni

³¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo de 2018, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

³¹⁵ *Ibíd.*

menos desconoce la Ley procesal, por el contrario es propio Código General del Proceso (...) ³¹⁶.

Por el contrario, una posición disímil subyace del salvamento de voto emitido en la misma providencia, en el que la magistrada sostuvo que la naturaleza de las relaciones procesales entre los miembros del sistema se encuadra en un litisconsorcio cuasinecesario y no en uno necesario. Al respecto manifestó:

7. No es de sentido común que sujetos de una relación jurídica sustancial que no se debate en un proceso determinado, como los beneficiarios del área que participan en el proyecto, y, respecto de ella, no se ha deducido pretensión alguna, se les atribuya la calidad de litis consortes necesarios (...)

9. Ahora, que la decisión del asunto sometido a tutela judicial pueda alcanzar indirectamente las relaciones jurídica materiales de los beneficiarios de área, no le otorga la calidad de Litis consortes necesarios sino de litisconsortes cuasi necesarios; no siendo obligatoria su comparecencia al proceso, sino facultativa, tal lo prevé el artículo. 62 del CGP ³¹⁷.

iv. La extensión de la cláusula compromisoria.

La cláusula compromisoria como una de las especies del pacto arbitral es “un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que (...) puedan surgir entre ellas” ³¹⁸, con base en la cual acuerdan sustraerse de la jurisdicción ordinaria para someter sus controversias futuras a la decisión de un tribunal de arbitramento. Al respecto, con ocasión de la tensión entre los principios de no trasplante de cláusulas y de los efectos relativos de los contratos con el vínculo funcional existente entre ellos, sobre la posibilidad de extensión de la cláusula compromisoria contenida en alguno de los contratos vinculados hacia los restantes, cuando éstos últimos no la incluyan en forma expresa, la doctrina ha elaborado algunos criterios con base en los cuales se justifica tal extensión a las partes no signatarias, dentro de los que cabe mencionar: (i) la incorporación por referencia, (ii) la asunción, (iii) la agencia, (iv) el levantamiento del velo, (v) el *estoppel* y (vi) los grupos de contratos, entre otros.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ Artículo 3º de la ley 1563 de 2012.

Expuesto el contexto general, a continuación nos referiremos al criterio de los grupos de contratos que ha sido utilizado para hacer extensiva la cláusula compromisoria contenida en alguno de los contratos vinculados a las partes de los contratos vinculados restantes que no la contienen, supuesto en el que la extensión o trasplante de la cláusula compromisoria no opera *ipso facto*, sino que su procedencia se condiciona a la satisfacción de algunos requisitos con base en los cuales se podría justificar la morigeración o excepción al principio *res inter alios acta*. En ese sentido, si bien en Colombia se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito³¹⁹, este requisito no se debe entender de manera restrictiva sino de acuerdo con el contenido que se le ha dado en la norma que lo regula³²⁰, la cual tiene en cuenta la manifestación de voluntades y la exteriorización de comportamientos por las partes al respecto. Así, en nuestro caso, la cláusula compromisoria se podría entender “escrita” en los demás contratos vinculados.

Con base en la ley 1563 de 2012 se puede considerar que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando: (i) quede constancia de su contenido en cualquier forma “ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier medio”³²¹, (ii) exista “una comunicación electrónica si la información contenida en ella es accesible para su ulterior consulta”³²², (iii) “esté contenido en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”³²³ o (iv) se haga referencia a ella “en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria (...) siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”³²⁴.

Así las cosas, solo cuando los miembros exterioricen su voluntad de quedar vinculados por la cláusula compromisoria contenida en alguno de los contratos vinculados de forma expresa a través de un acuerdo verbal, de intercambios de información a través de medios electrónicos o de su inserción por referencia en otro contrato, o implícita a través de la ejecución de actos de los cuales se desprenda su aceptación o de la no proposición de excepciones en relación con el acuerdo de arbitraje, tendrá cabida la extensión de la

³¹⁹ Artículo 69 de la ley 1563 de 2012.

³²⁰ Literales a), b), c) y d) del artículo 69 de la ley 1563 de 2012.

³²¹ Literal a) del artículo 69 de la ley 1563 de 2012.

³²² Literal b) del artículo 69 de la ley 1563 de 2012.

³²³ Literal c) del artículo 69 de la ley 1563 de 2012.

³²⁴ Literal d) del artículo 69 de la ley 1563 de 2012.

cláusula compromisoria a los contratos vinculados que en principio, no la contenían. Además, tal extensión tendría fundamento en la teleología misma de la figura de la vinculación contractual, así como en la facticidad y en el contexto previo, concomitante y posterior a la ejecución de la operación económica, como se pasa a explicar.

En primer lugar, de los deberes secundarios de contribución al sostenimiento del sistema y de colaboración para la consecución de un fin común se desprende que a fin de evitar dilaciones innecesarias del proceso, la paralización del sistema, la frustración de su finalidad o soluciones contradictorias en relación con la existencia, la interpretación, el cumplimiento, la validez, la propagación de vicisitudes o la indemnización de perjuicios en los contratos vinculados, es lógico que sus miembros asientan la posibilidad de que la cláusula compromisoria contenida en alguno de los contratos vinculados se les haga extensiva.

Asimismo, con base en la extensión del deber de información propio de la vinculación contractual, los sujetos del contrato que contenga el acuerdo arbitral deben ponerlo en conocimiento a los restantes miembros para que tengan la oportunidad de hacer objeciones o reservas en relación con la cláusula compromisoria, oportunidad que de ser pretermitida bien podría impedir su extensión por carecer de la aceptación expresa o tácita, de los miembros que se verían vinculados por ella. Por el contrario, en caso de que los miembros hayan tenido efectivo conocimiento y no hagan reservas u objeciones frente a la cláusula compromisoria, en caso de suscitarse controversias en relación con la interpretación, ejecución, existencia, validez, cumplimiento o indemnización de perjuicios derivadas de la existencia del sistema de contratos, bien se podría inferir de la exteriorización de sus comportamientos que la cláusula consta por escrito.

Por otro lado y derivado de la unicidad de la relación sustancial sistémica, de la consideración debida entre los miembros y de las relaciones de confianza al interior del sistema, para la decisión de mérito acerca de la interpretación, ejecución, validez, existencia, cumplimiento o indemnización de perjuicios de uno de los contratos vinculados, que repercuta en los restantes aun cuando sus partes conformen un litisconsorcio cuasinecesario, es dable para la coherencia de la decisión que sean decididos o bien por la jurisdicción ordinaria o por la justicia arbitral, escenarios en los cuales además de los sujetos de los contratos implicados, los restantes miembros podrían concurrir en forma voluntaria.

Además, de la calidad de miembros del sistema subyace que al no ser terceros respecto del contrato vinculado que contiene la cláusula arbitral, es viable hacerla extensiva, debido a que en virtud de los deberes secundarios de conducta y de las cargas que pesan sobre los miembros, a éstos o bien les fue revelada la existencia del acuerdo arbitral o pudieron conocerla. Este razonamiento adquiere peso si tenemos en cuenta que la mayor de las veces la cláusula arbitral contenida en uno de los contratos vinculados es seguida por una cadena de transacciones instrumentalizadas a través de otros contratos. Por tanto, es razonable que los miembros celebrantes de los contratos posteriores hayan tenido acceso al contenido del primero y por ende, conocido de la existencia de la cláusula compromisoria, escenario en el cual de no haberse realizado reservas u objeciones, quedarían vinculados por el acuerdo arbitral derivado de su comportamiento.

En el mismo sentido, con base en el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia y derivado de la existencia del litisconsorcio cuasinecesario, no sería coherente debatir unos asuntos transversales a los contratos vinculados ante la jurisdicción ordinaria y otros ante el tribunal arbitral, siempre, claro está, que los miembros hayan tenido conocimiento de la cláusula compromisoria, por ser indispensable un escenario de coherencia en el que los miembros restantes del sistema puedan ejercer el derecho de hacerse parte o de abstenerse de participar al interior del proceso. Adicional a ello y dada la variedad de especies de vinculación contractual, la extensión de la cláusula compromisoria puede suscitar más o menos reparos dependiendo del grado de identidad entre los miembros de los distintos contratos. Es por lo que entre mayor sea la identidad de los contratantes, el requisito de “constar por escrita” se podrá acreditar con mayor facilidad, con la consecuente declaración de su extensión a otros miembros del sistema, para la cual se deberán considerar sus posibles efectos positivos o negativos. En efecto,

Si la cláusula insertada en el contrato entre A y B produciría efectos negativos sobre el contrato entre C y D, y también sobre sus poderes de contratación con otros participantes de la red contractual, entonces es probable que esté prohibida (o al menos limitada). Por el contrario, se da un mayor margen a las cláusulas que beneficiarían a terceros, que pertenecen a la red al conferir derechos o al limitar su responsabilidad³²⁵ (traducción libre por el autor).

³²⁵ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 26.

En este punto, es de precisar que los efectos bien pueden variar de un miembro a otro, siendo para algunos beneficiosos y para otros adversos, situación que entraña la dificultad de sentar una posición unívoca por la influencia que ejercen las condiciones propias de cada uno de ellos. Por último, analizaremos dos textos normativos que contienen en forma expresa la extensión de la cláusula compromisoria con base en el criterio de los grupos de contratos: el Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés y el Decreto Legislativo No. 1071 de 27 de junio de 2008 de Perú. El primero señala en su artículo 1172-2 de la Sección 7, § 5:

Sin embargo, determinadas cláusulas que aparecen en los contratos del conjunto extienden su efecto a los contratantes de las demás convenciones, siempre que estos hayan tenido conocimiento de ellas al asumir su compromiso y no hubieran hecho reservas. Así (...) las cláusulas compromisorias (...)³²⁶.

Y el segundo dispone en su artículo 14 que:

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos³²⁷.

De los textos transcritos se puede observar que la extensión de la cláusula compromisoria de uno de los contratos vinculados a los restantes procedería en el evento de que los miembros de estos últimos hubieren podido tener conocimiento efectivo de ella, lo exteriorizaren y no realizaren reservas, en forma expresa o derivado de su participación activa y necesaria en la ejecución de las prestaciones contenidas en los contratos vinculados que contienen la cláusula compromisoria para el cumplimiento de la operación económica.

v. La carga de la prueba.

³²⁶ Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil Francés: libro III, títulos III y XX*, Op. cit., pág. 200.

³²⁷ Artículo 14 del Decreto Legislativo No. 1071 de 27 de junio de 2008 de Perú.

El contenido de la carga de la prueba se puede formular de la siguiente manera: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”³²⁸, que aplicada a los contratos vinculados se traduce en que “la carga de la prueba pesa sobre quien invoca la conexidad”³²⁹ y en que “prueba aquel que tiene interés jurídico en hacerlo, porque hace a su relación con otro u otros”³³⁰. Así pues, con el despliegue de esta conducta procesal el miembro del sistema podrá “mejorar una situación o posición jurídica, para alcanzar nuevos o mejores derechos o bien para debilitar deberes propios”³³¹, derivados de la aplicación de los efectos jurídicos específicos de la figura analizada.

En ese sentido, cuando la vinculación tenga fuente legal, necesaria, voluntaria o judicial, el miembro del sistema que pretende la aplicación de alguno de los efectos jurídicos consagrados en la ley o en el contrato, respectivamente, deberá acreditar el supuesto de hecho de las normas que los contienen, mientras que, tratándose de la vinculación con fuente funcional, dada la atipicidad de la figura, el miembro que pretenda derivar efectos jurídicos de la existencia del grupo de contratos deberá incoar una secuencia lógica de pretensiones, en las que solicite en primer lugar, la declaración de la vinculación entre los contratos acreditando los requisitos estructurales de la figura, para luego pedir que, subsecuentemente, se apliquen los efectos jurídicos que se derivan de ella. Por último, se debe decir que es una carga que puede desplegarse en un escenario judicial o extrajudicial, en los cuales es usual que la contraparte despliegue una actividad probatoria tendiente a acreditar que los contratos son independientes, que la finalidad querida se enmarca en el ámbito contractual o que las prestaciones objeto del contrato son recíprocas y residen en la esfera contractual.

³²⁸ Artículo 167 del Código General del Proceso.

³²⁹ MOSSET ITURRASPE, J., Op. cit., pág. 63.

³³⁰ Ibid., pág. 64.

³³¹ Ibid., pág. 64.

vi. La vinculación contractual como factor de atribución o prórroga de competencia.

La determinación, la atribución y prórroga de competencia es una potestad exclusiva que reside en cabeza del legislador. Así pues, en Colombia la vinculación contractual no fue recogida como uno de los factores de prórroga de competencia, a diferencia de México en cuyos Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil del Distrito Federal, se incluyó la vinculación o conexidad contractual como factor para prorrogar la competencia de los jueces. El primero señala que:

La competencia por razón de materia es prorrogable con el fin de no dividir la continencia de la causa en aquellos casos en que existan contratos coaligados o las prestaciones tengan íntima conexión entre sí (...) En consecuencia ningún tribunal podrá abstenerse de conocer de asuntos alegando falta de competencia por materia cuando se presente alguno de los casos señalados, que podrán dar lugar a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias³³².

Con base en la disposición transcrita podemos señalar que con miras a no fraccionar la finalidad económica supra-contractual instrumentalizada a través de diferentes contratos, a regular en debida forma la correspondencia sistémica entre las prestaciones y a evitar decisiones contradictorias, es posible prorrogar la competencia del juez por razón de la materia para que conozca de todos los asuntos al interior los contratos vinculados, cuando así lo solicite el miembro en una misma demanda. Por otro lado, en el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal de México se establece que:

La competencia por razón de materia únicamente es prorrogable (...) en aquellos casos en que las prestaciones tengan íntima conexión entre sí (...) sin que para que opere la prórroga de competencia en las materias señaladas, sea necesario convenio entre las partes, ni dará lugar a excepción sobre el particular. En consecuencia, ningún tribunal podrá abstenerse de conocer de asuntos argumentando falta de competencia por materia cuando se presente alguno de los casos señalados, que daría lugar a la división de la continencia de la causa o a multiplicidad de litigios con posibles resoluciones contradictorias (...)³³³.

³³² Artículo 1121 del Código de Comercio de México.

³³³ Artículo 149 del Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal de México.

Así pues, este texto en igual sentido consagra la posibilidad de prorrogar la competencia de los jueces tratándose de contratos en los cuales sus prestaciones guarden correspondencia con el fin de mantener la unidad de la finalidad económica supra-contractual para favorecer una decisión de mérito coherente. Por esta razón, el criterio de prórroga de la competencia por la materia deriva de la mera facticidad de los contratos que se encuentran vinculados sin que sea necesario un convenio entre las partes al respecto, y tampoco servirá para suscitar un conflicto de competencia negativo, por justificarse la prórroga en la existencia de contratos vinculados.

e. Propagación de vicisitudes entre los contratos vinculados.

En este punto, comenzaremos con una introducción sobre el tema, para luego abordar los criterios a tener en cuenta tratándose de la propagación de las vicisitudes en los contratos vinculados, y terminar con un comentario sobre la extensión de la sanción o consecuencia legal.

Introducción. La propagación de las vicisitudes entre los contratos vinculados también denominada como “vicisitudes ambulatorias” o “efecto cascada”, se entiende como la extensión o comunicación de efectos jurídicos adversos desde el contrato vinculado afectado hacia alguno o todos los restantes, producto de la inexistencia, ineficacia, invalidez, resolución, retracto, rescisión, terminación o del incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, que en últimas, afectan de manera directa la consecución de la finalidad económica supra-contractual proyectada. Así pues, tal frustración:

Está vinculado a las vicisitudes de algunos de los miembros de la agrupación, de tal manera que, estrictamente, son estas últimas contingencias las que afectan a los contratos paralelos. Por consiguiente, la explicación de los efectos jurídicos intragrupo debería completarse apuntando que, no sólo la frustración de la causa global frustra la de los demás miembros, sino que la de estos últimos incide en la causa fin de los contratos agrupados³³⁴.

Por esta razón, la procedencia de la extensión de los efectos jurídicos adversos de uno de los contratos hacia todos o algunos de los restantes se explica en la teleología de la figura de la vinculación contractual, en la morigeración del principio *res inter alios acta* como su presupuesto, así como

³³⁴ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., Op. cit., pág. 328.

en el brocardo "*simul stabunt, simul cadent*"³³⁵ en virtud del cual, de la unicidad del sistema como una relación sustancial multilateral y supra-contractual, se deriva que la vicisitud de que se trate sería potencialmente lesiva de la homeostasis de su orden interno, generada a partir de la interacción entre las prestaciones contenidas en los distintos contratos. Así las cosas, el efecto de la propagación de las vicisitudes pese a no ser un juicio apriorístico, tendrá mayor probabilidad de manifestarse al interior de los contratos vinculados si existe identidad entre las partes de los distintos contratos, mientras que la pretensión de hacer extensivas las vicisitudes de uno de los contratos frente a otros necesitará de una carga argumentativa mayor en caso contrario.

En este punto, es de precisar que la materialización del efecto en comento está supeditada al conocimiento efectivo de las partes de los contratos vinculados de su existencia y de la pertenencia de los sujetos contratantes al sistema de contratos. Y ello es así porque a un sujeto ajeno al contrato afectado con la vicisitud, que desconozca fundadamente la existencia de la vinculación contractual, o que no pudo haberla conocido empleando la diligencia debida, no le sería oponible la propagación de los efectos jurídicos adversos con base en la confianza en la que basó su relación y de la cual era exigible el suministro de información al respecto. Sin embargo, aun en ausencia de este requisito, en los supuestos en los cuales sea imposible contener o limitar la vicisitud al contrato original que la padece y de ello se derive un perjuicio bien sea para otros miembros o para terceros ajenos al sistema, las partes del contrato causante de los perjuicios en caso de que la extensión o propagación sea imputable a título de dolo o de culpa, estarían obligadas a reparar a los sujetos afectados.

Los criterios a tener en cuenta. Expuestos a grandes rasgos los efectos de la propagación de las vicisitudes en los contratos vinculados, podemos advertir que la propagación de las vicisitudes de un contrato a otros no se erige en un juicio apriorístico, sino que obedece a un previo análisis que debe tener en cuenta diferentes criterios como los del grado de dependencia entre los distintos contratos y por ende, la especie de vinculación contractual de que se trate, así como la fuente de la vinculación.

El criterio del grado de dependencia. Para López Frías³³⁶ la propagación de las vicisitudes en los contratos vinculados obedece a la intensidad de la

³³⁵ Brocardo que traducido quiere significar que "*Simultáneamente de pie (o sea: vigentes), o simultáneamente en el suelo (esto es: ineficaces)*": LÓPEZ FRÍAS, A., Op. cit.

³³⁶ Ibid., págs. 299-300.

dependencia que exista entre ellos. Por tanto, distingue entre dependencia completa y no completa. En la primera, la vicisitud de un contrato se extiende de manera necesaria a los demás como es el caso del contrato accesorio respecto del principal y de los contratos cuya fuente de vinculación sea funcional, mientras que en la segunda, se debe analizar si los contratos vinculados restantes pueden alcanzar la finalidad económica supra-contractual o si, por el contrario, ésta se torna inalcanzable. Al respecto, ha indicado la Corte Suprema de Justicia colombiana:

Sobre el particular, los autores suelen distinguir entre la dependencia recíproca o bilateral y aquella simplemente unilateral. En la primera hipótesis, se ha dicho, la interdependencia da lugar para que cada vicisitud (nulidad, resolución, rescisión, por ejemplo) que pueda afectar a uno de los contratos coligados se extienda al otro (*simul stabunt simul cadent*). En la segunda, por el contrario, las patologías que alteren al contrato principal se transmitirán al accesorio, pero no a la inversa³³⁷.

En esa medida, la extensión de las vicisitudes entre los contratos vinculados obedece al grado de vinculación o dependencia que tengan sus prestaciones y por tanto, la regla "*simul stabunt, simul cadent*" debe ponderarse con las máximas "*Utile per inutile non vitiatur*"³³⁸ y "*effet utile, res magis valeat quam pereat*"³³⁹.

En cuanto a la máxima "*Utile per inutile non vitiatur*" podemos señalar que es una manifestación del principio de conservación del contrato y del sistema, de acuerdo con los cuales, de ser posible que los contratos vinculados desplieguen sus efectos jurídicos y cumplan con la finalidad económica supra-contractual, aun cuando uno de ellos esté afectado por alguna vicisitud, valiéndose los miembros de alguno de los remedios para superarla, no resultaría razonable la aplicación de plano de la regla de la transmisión de las vicisitudes de un contrato respecto de los otros por su sola pertenencia al sistema. Adicional a ello, según esta regla se debería tratar de limitar la vicisitud al contrato individualmente considerado en caso de que sea posible

³³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de noviembre de 2016, M.P. Margarita Cabello Blanco, siguiendo lo expuesto por Diener, M., *Il Contratto in Generale*, 200, 87.

³³⁸ Brocardo latino según el cual lo útil no se vicia por lo inútil.

³³⁹ GRASSETTI, C., Citado por LEYVA SAAVEDRA, J., en "Interpretación de los contratos", *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 66, Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM, Lima, 2009, pág. 176., brocardo latino que contempla el principio del efecto útil.

la subsistencia del sistema con prescindencia de aquel, dado que la concreción de una vicisitud se circunscribe en principio y en forma restrictiva al contrato autónomo que la soporta y no al sistema, por ser un efecto que irradia consecuencias desfavorables para sujetos que en estricto sentido no son partes del contrato, y que la propagación en mención carece de soporte legal, manifestándose fácticamente solo en los eventos en que la finalidad económica sea de imposible consecución.

En el mismo sentido, con base en la regla “*effet utile, res magis valeat quam pereat*” o de preferencia de la eficacia en los contratos vinculados sobre su ineficacia, se debe determinar qué se pretende alcanzar con ellos y así preferir aquella interpretación que se corresponda con la finalidad económica supra-contractual y le permita al sistema producir efectos sobre aquella con la que se concrete la propagación de la vicisitud.

Con base en lo señalado, de estas máximas se desprende que para que proceda la comunicación de la vicisitud de alguno de los contratos hacia los restantes, aquella debe exceder la mera *difficultas* en el cumplimiento de las prestaciones necesarias para el logro de la operación económica sin el contrato afectado, exigiéndose que alcance un grado tal que sea imposible su ejecución y el logro de la finalidad económica supra-contractual querida, aun con la aplicación de los remedios tendientes a conservar el sistema.

El criterio de la fuente de la vinculación. La propagación o extensión de las vicisitudes de uno de los contratos del sistema a los restantes operará en tres supuestos. Primero, cuando la vinculación tenga fuente funcional y devenga en imposible la consecución de la finalidad económica supra-contractual a causa de la presencia de una vicisitud en alguno de los contratos que impida ejecutar las demás prestaciones necesarias para instrumentalizar la operación económica a cargo de los restantes miembros, por no ser procedente remedio alguno y por superar el grado de *difficultas* en su cumplimiento.

En segundo lugar, en los casos en que en la vinculación con fuente voluntaria, los miembros del sistema hayan dispuesto *ex profeso* que las vicisitudes que afecten a uno de los contratos sean una causal de terminación de los restantes o constituya el supuesto de hecho de una condición resolutoria de los demás, en ejercicio de su autonomía privada. En este punto se aclara que no opera en estricto sentido, la comunicación de las vicisitudes derivadas de la teleología de la vinculación con fuente funcional, sino que es la consecuencia jurídica derivada de las estipulaciones de las partes. Por último, en los supuestos de vinculación con fuente legal o necesaria, en caso de acaecer el supuesto de

hecho consistente en la existencia de una vicisitud en el contrato principal como es el caso de la nulidad y de la terminación, se comunicará la ineficacia que deriva de ellas a los contratos accesorios como la consecuencia jurídica establecida para ello.

Expuesto lo anterior, podemos afirmar que la propagación de las vicisitudes entre los contratos autónomos vinculados atiende a fin de cuentas, al desequilibrio de la finalidad económica supra-contractual a causa de la afectación de uno de los contratos que repercute en la homeostasis del conjunto, y a la frustración desde el punto de vista causal, en la correspondencia sistémica entre las prestaciones a cargo de sus miembros.

Extensión de la sanción o consecuencia legal. Aquí es preciso indicar que “los contratos se encuentran vinculados frente a las prestaciones necesarias para hacer realizable la operación global propuesta, no así en cuanto a la sanción legal que la ley confiere, desde esa perspectiva son autónomos”³⁴⁰. En ese sentido, las vicisitudes no se propagan en forma automática de un contrato vinculado a los restantes, teniendo en cuenta que estos últimos son válidos y nacieron a la vida jurídica con el lleno de los requisitos legales.

Entonces, lo que sucede es que las prestaciones contenidas en los demás contratos para cuya realización era menester la ejecución previa de la prestación contenida en el contrato afectado por la vicisitud por ser su presupuesto, condición, complemento o requisito necesario, se ven afectadas desde el punto de vista causal. En otras palabras, el cumplimiento de las prestaciones de los contratos restantes deviene en imposible por afectarse su vínculo causal, dada la correspondencia sistémica existente entre las prestaciones para el logro de la finalidad económica supra-contractual. Así pues, podemos concluir entonces que aun cuando los contratos del sistema son autónomos, la propagación de las vicisitudes o mejor, de la ineficacia, es posible por afectarse el vínculo causal, así como por razones de lógica y de equidad, más que razones de derecho positivo. Al respecto cabe anotar que:

La existencia de una finalidad global que es aceptada de forma expresa o tácita por las partes, lo cual conlleva que las incidencias que ocurran en la celebración y posterior ejecución de un contrato, como la invalidez, la resolución o la rescisión, deba dar lugar a que se declare, judicialmente, la ineficacia de los demás por imposibilidad de realizar el interés perseguido por las partes. Esta

³⁴⁰ GUTIÉRREZ FRÍAS, G., Op. cit., pág. 65.

ineficacia del negocio que no presenta ninguna vicisitud, deviene en ineficaz no porque sea inválido, sino por la inutilidad del mismo, por lo que el contrato no viciado sigue siendo válido y conserva su propia relevancia, pero no es útil para las partes desde una perspectiva global³⁴¹.

En últimas, podemos afirmar que independientemente de la vicisitud que se presente en el contrato vinculado, lo que se propagará será la ineficacia y no la vicisitud de que se trate propiamente dicha. Por tanto, consideramos más acertado referirnos a la propagación de la ineficacia que a la propagación de las vicisitudes, dado que “aún cuando, cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su eficacia encuentra condicionamiento recíproco”³⁴², planteamiento que procederemos a desarrollar en las líneas siguientes.

i. La inexistencia.

Se debe precisar que la inexistencia más que un juicio jurídico es un juicio fáctico, a través del cual se verifican los elementos esenciales o indispensables de existencia de los contratos vinculados. Así pues,

El negocio jurídico es inexistente como tal cuando no se recorre a plenitud su definición legal o social y, por lo tanto, queda reducido al plano puramente social, desprovisto de juridicidad o, en otros términos, la conducta dispositiva es irrelevante cuando en la práctica la aplicación del supuesto de hecho es incompleta o resulta contradictoria, y esa falta de plenitud o esta antinomia no puede conducir más que a la nada en el campo jurídico negocial³⁴³.

La definición de inexistencia antes aludida cuenta con soporte legal en el Código de Comercio, en el siguiente sentido: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando le falte alguno

³⁴¹ DI NANNI, C., Collegamento negoziale e funzione complessa, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1977, pág. 333, citado por Bozzo Hauri, S., “Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLV, 2015, pág. 61.

³⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1º de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas.

³⁴³ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015 pág. 693.

de sus elementos esenciales”³⁴⁴. Con base en lo anterior podemos afirmar que el juicio de inexistencia tiene hondas relaciones con la carga de legalidad, dado que ambos se valen del recorrido de la definición legal del contrato o supuesto de hecho normativo de que se trate, bien sea de la regulación especial y general en caso de los contratos típicos, o de la regulación general y del reconocimiento social en caso de los contratos atípicos, para determinar si hubo una disposición de intereses vinculante para las partes o si ésta ni siquiera hizo aparición en el mundo jurídico por carecer de alguno de los requisitos de existencia.

Por esta razón, carece de sentido afirmar que la inexistencia extienda sus efectos a los demás contratos vinculados porque algo que no existe no tiene la potencialidad de propagarse y, por tanto, en caso de ser alguno de los contratos inexistente, ello tendría como resultado la inoperancia de la figura de la vinculación contractual con fuente funcional, cuando uno solo de los contratos conserve su existencia o cuando la inexistencia del contrato haga imposible el logro de la operación económica por los restantes. Sin perjuicio de que las partes, en cumplimiento de sus deberes secundarios de contribución al sostenimiento del sistema y de colaboración, opten como remedio por convertir el negocio inexistente en uno existente, dando cumplimiento a los requisitos omitidos de la definición legal o de la parte general de los contratos.

ii. La invalidez o nulidad derivada.

Cuando la disposición de intereses realizada por las partes de los contratos vinculados no se corresponde con los intereses y bienes tutelados por el ordenamiento jurídico, la consecuencia que se deriva es un juicio de valor negativo a causa del no cumplimiento por los celebrantes de las exigencias para la producción de efectos del negocio jurídico que tienen proyectado celebrar. En ese sentido, la invalidez es el efecto jurídico que surge de la declaratoria de nulidad absoluta o relativa de un contrato a causa de la “ausencia o defectuosidad de ciertos requisitos considerados por ley, estos como fundamentales y aquella como merecedora de tamaña reacción”³⁴⁵. A diferencia de la inexistencia, la conducta dispositiva existe y es relevante, siendo posible realizar un juicio de valor sobre ella en los términos de su adecuación o conformidad “con los valores expresados en el sistema normativo y a los que dicho sistema responde: juicio de validez o

³⁴⁴ Inciso 2 del artículo 898 del Código de Comercio.

³⁴⁵ HINESTROSA, F., Tratado de las obligaciones. *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 698.

invalidez''³⁴⁶, para determinar si tiene la potencialidad de producir o no efectos jurídicos. Es por lo que

La invalidez ataca de raíz el acto, se dirige contra los efectos negociales y, acabando con ellos, derrumba los finales: va contra la vinculación misma como efecto básico del negocio, y destruida esta, es natural que desaparezcan todas sus consecuencias prácticas: que no se produzcan los efectos finales pendientes y que los ya realizados se borren (...)''³⁴⁷.

Aclarado este punto, nos corresponde ahora analizar si la invalidez derivada de la declaración de nulidad es susceptible de propagación o extensión a los restantes contratos vinculados o si, por el contrario, se restringe al contrato o negocio jurídico que es privado de efectos jurídicos negociales y finales por el no cumplimiento de las exigencias legales, para lo cual debemos tener en cuenta que "la validez, la conformidad de la ejecución de un contrato (...) debe ser valorada por los tribunales no solo teniendo en cuenta los elementos del contrato específico sino también la operación compleja (traducción libre por el autor)"³⁴⁸.

Así pues, debemos señalar que los contratos vinculados tienen autonomía física y jurídica, pero no económica. Por esto, su configuración requiere la coexistencia de pluralidad de contratos y es con base en su autonomía que podemos afirmar que en caso de que alguno de ellos sea privado de sus efectos jurídicos negociales y finales, o inválido como consecuencia de la declaración judicial de nulidad, dicha invalidez no se comunica en forma automática a los restantes contratos. Lo que sucede, en cambio, es que tal privación de efectos jurídicos repercute en forma negativa en el ámbito causal, en la ejecución de las restantes prestaciones necesarias para el logro de la operación económica proyectada a través del sistema. En ese sentido:

el juicio de validez o invalidez de un acto dispositivo de intereses es singular, versa sobre él solo, y que la nulidad no es, por así decirlo contagiosa. Distinto es el fenómeno de las repercusiones de la nulidad de un negocio o contrato sobre otros actos apoyados en él y, sobre todo, dependientes de él (...) de manera tal que al caer

³⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 699.

³⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 700.

³⁴⁸ CAFAGGI, F., *Op. cit.*, pág. 32.

este los otros pierdan su sustento y, huelga decirlo, no pueden realizar su cometido³⁴⁹.

Con base en lo expuesto podemos afirmar que la nulidad se restringe al contrato declarado inválido con fundamento en tres razones principales: (i) los restantes contratos vinculados gozan de autonomía física y jurídica, (ii) existen y fueron válidamente celebrados con el lleno de los requisitos y exigencias legales y (iii) la naturaleza sancionatoria de la nulidad como reacción política del ordenamiento, de exclusiva aplicación judicial, exige que su interpretación sea restrictiva y se limite al contrato declarado inválido. En otros términos, “La sanción de la nulidad o de la rescisión, por ejemplo, no se aplica, por regla general, sino al contrato celebrado. Los demás contratos válidamente celebrados no resultan afectados por la falta del elemento que provocó la invalidez de aquel”³⁵⁰.

Sin embargo, en el evento en que la prestación contenida en el contrato nulo sea condición, presupuesto, requisito o complemento necesario para la ejecución de los demás contratos vinculados, el cumplimiento de las prestaciones de éstos últimos se haría imposible desde el punto de vista causal ya que se propagaría la ineficacia generada con el contrato declarado nulo. Como ejemplo de ello podemos citar los contratos principales y accesorios, el subcontrato y las cadenas de contratos, en relación con los cuales es preciso señalar que:

Una cosa es que la nulidad de la venta haga ineficaz la hipoteca constituida para garantizar el pago del saldo del precio, y otra es que se pueda sostener que la nulidad de aquella implica la nulidad de este. La imprecisión de los términos conduce a estos contrasentidos. En verdad, se trata de una ineficacia del contrato conexo³⁵¹.

En conclusión, podemos afirmar que la nulidad no se propaga entre los contratos sino que, en caso de que uno de ellos sea declarado inválido, puede que tal ineficacia se extienda a los restantes, supuesto en el que cabe distinguir dos situaciones: (i) el contrato declarado inválido sea necesario para la ejecución de las restantes prestaciones contenidas en los contratos

³⁴⁹ HINESTROSA, F., Tratado de las obligaciones. *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 731.

³⁵⁰ Figueroa Yáñez, G., Op. cit., pág. 319.

³⁵¹ HINESTROSA, F., Tratado de las obligaciones. *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 731.

vinculados y, por tanto, el cumplimiento de la operación económica devenga imposible o (ii) aun con la declaratoria de invalidez del contrato declarado nulo, a través de los restantes contratos vinculados se pueda instrumentalizar la operación económica, haciendo uso de alguno de los remedios. En resumen, de sancionarse por el ordenamiento con nulidad alguno de los contratos vinculados, se podría afirmar que estamos en presencia, no de una nulidad derivada sino de una ineficacia derivada.

iii. La ineficacia.

La eficacia es “fuerza, aptitud para producir efectos, a la vez que realización de estos; en tanto que ineficacia es la ausencia de efectos o, más ampliamente, la afectación de ellos”³⁵². En esa medida, la atribución o ausencia de efectos negociales y finales se deriva de la valoración política de un supuesto de hecho resultante de su comparación con el ordenamiento. Por tanto, la ineficacia se puede definir como “una calificación jurídica de contenido negativo”³⁵³ o como “el negocio jurídico que no produce efectos o, más precisamente, aquel que por el motivo que sea, interno o exterior, no produce o deja de producir efectos que le son propios, en general, o en atención a su naturaleza, o en fuerza de las estipulaciones específicas de las partes (...)”.

Así pues, la ineficacia se puede entender en dos sentidos: *lato sensu*, como la falta de efectos, comprensiva de la inexistencia, la inoponibilidad, la resolución, la rescisión, la terminación, la caducidad y la invalidez producto de la declaración de nulidad o, *strictu sensu*, como “supresión, alteración o atenuación de los efectos finales, que, por lo demás, presupone un comportamiento relevante y, además, válido”³⁵⁴ como “una figura que presupone tanto la existencia -relevancia- como la validez”³⁵⁵, con lo cual se excluye de su definición la inexistencia y la nulidad.

Por otro lado, la ineficacia puede ser original o sobrevenida, como ejemplo de la primera podemos señalar la nulidad y la rescisión mientras que dentro de la segunda se incluye la resolución, y a diferencia de la invalidez, puede provenir de la voluntad de los sujetos. En últimas, tomaremos partido por la ineficacia en sentido amplio que abarca “Todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple

³⁵² Ibid., pág. 678.

³⁵³ Ibid., pág. 679.

³⁵⁴ Ibid., pág. 680.

³⁵⁵ Ibid., pág. 833.

reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulabilidad, la rescisión, la revocación”³⁵⁶.

Así las cosas, es preciso señalar que en los contratos vinculados es posible que se propague la ineficacia de un contrato, cualquiera que sea su causa, hacia los restantes cuando “el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial”³⁵⁷. En ese sentido, “el problema de la propagación de la ineficacia debe resolverse de distinta manera en función de cuál sea la naturaleza del vínculo que une a los contratos celebrados por las partes”³⁵⁸. Por tanto, solo se “extenderá la ineficacia de un contrato coligado a otro si, tras la desaparición del primero, el segundo pierde su razón de ser y se hace inalcanzable el propósito que vinculaba a ambos convenios”³⁵⁹, cuya justificación reside en que “La finalidad global o común conduce a que la eficacia de estos contratos miembros se vea condicionada por la de los restantes, y su frustración, la de la finalidad global, afecta los fines particulares o causas de los contratos agrupados”³⁶⁰. En esa misma línea, en sede de justicia arbitral se indicó lo que sigue:

la pluralidad negocial se vincula a la interdependencia funcional y teleológica y, aun cuando, cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su eficacia encuentra condicionamiento recíproco, por cuanto los distintos contratos están coligados por el nexo teleológico o funcional dispuesto por las partes o el ordenamiento jurídico y la común intención práctica de su celebración, a punto que no obstante su individualización, sus vicisitudes se reflejan en el otro (...) ³⁶¹.

En nuestra opinión, la ineficacia es la única vicisitud susceptible de propagación tratándose de los contratos vinculados, entendida como la privación o supresión de efectos negociales y finales, comprensiva, *lato sensu*, de la invalidez, la inexistencia, la inoponibilidad, la nulidad, entre otras formas de ineficacia del negocio jurídico. Y ello es así porque en caso de que alguna de las prestaciones contenidas en un contrato vinculado que sea

³⁵⁶ Ibid, pág. 683.

³⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, en A.D.C., 1961.

³⁵⁸ LÓPEZ FRÍAS, A., Op. cit., pág. 298.

³⁵⁹ Ibid., pág. 299.

³⁶⁰ BAENA CÁRDENAS, L., Op. cit., pág. 61.

³⁶¹ Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 10 de abril de 2003. Herrera Mercado, Hernando; Namén Vargas, William; Rodríguez Rodríguez, Libardo.

necesaria para el cumplimiento de los demás, devenga ineficaz o sea privada de efectos jurídicos, por la razón que sea, se afectaría la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos vinculados desde el punto de vista causal, en la medida en que sin la prestación privada de efectos devendría imposible la ejecución coordinada de la operación económica perseguida con el sistema.

Además, debemos aclarar aquí que los restantes contratos vinculados no privados de efectos jurídicos por celebrarse con anterioridad al contrato que devino ineficaz, pueden existir, ser válidos y vincular a las partes que los suscribieron, dependiendo de la causa de la ineficacia. Sin embargo, en razón de la correspondencia sistémica entre sus prestaciones para la instrumentalización de una operación económica, se ven afectados a nivel causal, dada la imposibilidad de la obtención de la finalidad global, a causa de la ineficacia de uno de los contratos que contenía alguna de las prestaciones necesarias para su logro.

En este sentido, es incorrecto sostener que la nulidad de un contrato produce la nulidad del otro; o bien, que la resolución (o rescisión) de un contrato suscita la resolución (o rescisión) del otro. En realidad, lo que sucede es que la ineficacia del primer contrato se traslada al otro, que se extingue por desaparecer, precisamente, la función económico-individual para la que fue programado. Se produce una *imposibilidad sobrevenida* de realizar la finalidad global que persiguen los contratantes, de tal manera que los contratos vinculados dejan de tener sentido³⁶².

En conclusión, “la propagación de *la ineficacia* de un contrato a los demás (...) ocurriría en caso de nulidad, terminación, resolución (o rescisión) y desistimiento unilateral”³⁶³. Como nota final, podemos señalar que la consagración expresa de la ineficacia como el efecto que se sigue de la privación de efectos jurídicos de alguno de los contratos vinculados se encuentra en el artículo 1075 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina cuando señala, al referirse a la posibilidad de que uno de los contratantes vinculados oponga las excepciones a causa del incumplimiento de otros miembros del sistema, que también podrán interponerse “cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”.

³⁶² DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 124.

³⁶³ Ibid, pág. 122.

iv. La inoponibilidad.

La inoponibilidad como especie de ineficacia consiste en “la inhabilidad de los otorgantes para esgrimir su disposición frente a personas extrañas a ellos”³⁶⁴, bien sea porque su disposición de intereses afecte derechos de terceros o por la posibilidad de que terceros desconozcan “todo pacto sobre la situación de donde con anterioridad hubo su derecho”³⁶⁵, por no haber tenido noticia de su celebración, aun cuando el negocio sea válido y se ejecute a satisfacción.

Tratándose de los contratos vinculados, en principio, el sistema podría subsistir y alcanzar la finalidad con el que fue proyectado cuando albergue en su interior un contrato inoponible, siempre que en el lapso de tiempo requerido para la ejecución de tal finalidad ningún tercero ejerza defensa alguna que desconozca la disposición de intereses realizada. Por el contrario, en caso de que un tercero pueda ignorar la disposición de intereses realizada por las partes de los contratos vinculados y desconocer legítimamente el negocio que intentaron oponerle, puede derivar en que si bien se despliegan los efectos negociales entre los miembros del sistema, no ocurra lo mismo frente a los terceros que, en caso de esgrimir defensa alguna podrían alterar los efectos finales y, a la vez, la correspondencia entre las prestaciones necesarias para el logro de la operación económica, caso en el cual estaríamos frente a un fenómeno de propagación de la ineficacia por devenir el logro de la finalidad proyectada en imposible desde el punto de vista causal.

v. La terminación de los contratos.

La terminación de los contratos se puede definir como la extinción del vínculo obligacional, liberatorio de las obligaciones asumidas por las partes en virtud de aquel, siempre que no se presente incumplimiento alguno, y el cual puede responder a diversas circunstancias. Así pues, teniendo en cuenta que los contratos vinculados gozan de autonomía jurídica, en principio, su terminación debe basarse en las causales específicas incorporadas en cada uno de ellos, no siendo posible una terminación automática en efecto cascada de los restantes contratos producto de la terminación de alguno de ellos. Sin embargo, es posible que los miembros del sistema celebren un contrato marco con causales comunes de terminación dentro de las que se incluya la terminación de uno de los contratos vinculados, o las incorporen en el

³⁶⁴ HINESTROSA, F., Tratado de las obligaciones. *De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 835.

³⁶⁵ *Ibid*, pág. 837.

contenido de cada contrato o remitan a uno de ellos que las contenga. Es por lo que el análisis de la terminación se debe circunscribir al momento de la ejecución del contrato en que se presente, pues dependiendo de en qué etapa del *iter* contractual acaezca, las repercusiones pueden ser disímiles.

En ese sentido, si el contrato vinculado se termina por el cumplimiento de su objeto por ser uno de los que se ejecuta primero en consideración a la naturaleza y a la lógica de la operación económica, es claro que en este caso su terminación no tendrá efectos adversos para el sistema ni para los demás miembros. En contraste, cuando alguno de ellos se termine sin haberse ejecutado a satisfacción la prestación que contenía por incumplimiento grave o por la extinción de la obligación producto de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, el sistema, así como sus miembros podrían verse afectados porque en caso de incumplimiento grave, “La resolución de un contrato se limitará, en principio, a ese propio contrato, salvo que sea razonable, de acuerdo con las circunstancias, que los demás contratos también se resuelvan”³⁶⁶.

Por esta razón, aun cuando los restantes contratos existan, sean válidos y desplieguen sus efectos negociales, puede que no ocurra lo mismo con efectos los finales, a causa de la resolución por incumplimiento grave o de la extinción de la obligación producto de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, de alguno de los contratos vinculados que era presupuesto, requisito, complemento o condición necesaria para su cumplimiento, afectándolos desde el punto de vista causal con la ineficacia derivada, que puede obedecer a una causal de terminación propia de los restantes contratos vinculados como el mutuo acuerdo de las partes o a la imposibilidad del cumplimiento de su objeto por la afectación de la ejecución de las prestaciones que contenían a nivel causal. Por tanto, “La terminación tendrá diferente importancia y consecuencias dependiendo de la identidad de la parte que amenace con la terminación y de la cantidad de recursos esenciales que ‘posea’”³⁶⁷ (traducción libre por el autor).

Así las cosas, es de resaltar que, atendiendo a la teleología de los contratos vinculados, la terminación de alguno de ellos si bien hace parte de la autonomía privada de los celebrantes, por materializarse alguna de las causales específicas de terminación del contrato o por solicitarse en forma principal la pretensión de resolución del contrato ante un incumplimiento grave, se debe acompañar con los intereses de los miembros restantes, con los

³⁶⁶ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 130.

³⁶⁷ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 45.

deberes secundarios de conducta y con la operación económica, y ejercerse en forma que no se torne abusiva. En este punto debemos aclarar además, que la resolución de alguno de los contratos vinculados por incumplimiento grave o la extinción de la obligación producto de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, no extingue las relaciones del sujeto respecto de los otros miembros ni del sistema, dado que de las relaciones de confianza existentes se derivan obligaciones post-contractuales “a fin de garantizar la estabilidad de la red y de prevenir salidas oportunistas”³⁶⁸ (traducción libre por el autor), dentro de las que cabe mencionar la obligación de confidencialidad, las cláusulas de no competencia en un territorio específico y las que contemplan el deber de información post-contractual con miras a la conservación del sistema y a la sustitución del miembro saliente, siempre que sea posible.

En conclusión, la terminación o extinción de uno de los contratos vinculados no se propaga a los restantes sino que tal ineficacia puede repercutir en su ejecución, porque no obstante existir y ser válidos, se pueden ver afectados desde el punto de vista causal en el despliegue de sus efectos finales. Por tanto, es posible sostener que en los contratos vinculados se puede propagar la ineficacia o existir una “ineficacia derivada”, pero no una propagación de la terminación o de la resolución en estricto sentido, que se explica en que “Cuando las circunstancias aconsejen que los efectos de la terminación de un contrato se trasladen a los demás, las partes quedarían liberadas de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras, debidas por virtud de otro contrato con el que se halle conexo”³⁶⁹.

Como ejemplo de terminación por agotamiento del objeto del contrato, podemos señalar el caso decidido por la justicia arbitral³⁷⁰, en el cual, si bien no se falla en ese sentido, se expone a manera ejemplificativa que, tratándose de contratos vinculados, del pago total de los créditos como obligación principal, por parte del deudor fiduciante que los garantizó con una fiducia mercantil en garantía, en virtud de la cual se le entregó al primero la tenencia de los bienes fideicomitidos a título de comodato precario, se derivaría la cesación de los efectos jurídicos del contrato de fiducia mercantil en garantía a favor de los acreedores garantizados y, a la vez, del contrato de comodato a título precario, por agotamiento de su objeto. En este caso, el contrato de fiducia mercantil de garantía dejaría de producir efectos por la extinción de la

³⁶⁸ Ibid., pág. 47.

³⁶⁹ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 131.

³⁷⁰ Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 17 de junio de 2005. Chaves Vela, Isaías; Ordóñez Noriega, Sara; Muñoz Laverde, Sergio.

obligación principal garantizada y el de comodato a título precario, por la terminación de la fiducia, porque el sujeto que fungía como fiduciante, ya no sería tenedor del bien inmueble sino que recuperaría el derecho real de dominio sobre él, en virtud de la transferencia del bien fideicomitido realizada por la fiduciaria.

Con base en lo anterior podemos concluir que si bien la fiducia mercantil en garantía y el comodato a título precario existen y son válidos, con la extinción de la obligación principal por el pago del deudor fiduciante a sus acreedores garantizados, los efectos jurídicos de la fiducia mercantil cesarían por el cumplimiento de su objeto o por el mutuo acuerdo de las partes, así como el comodato a título precario se terminaría a la vez, con ocasión de la terminación del contrato de fiducia y la transferencia en propiedad por la fiduciaria de los bienes fideicomitados al fiduciante, no afectándose el sistema ni los miembros, en razón a la consecución de la operación económica proyectada. A diferencia del caso citado, la reforma del Código Civil francés de 2016 contempla la caducidad o terminación de los contratos vinculados cuando uno de ellos desaparezca y haga imposible la ejecución de la operación económica común instrumentalizada a través de ellos, en los siguientes términos:

Cuando se hayan celebrado contratos con vistas a una operación y uno desaparezca, caducarán los contratos cuya ejecución resulte imposible por esta desaparición y aquellos para los que la celebración del contrato desaparecido fuera una condición determinante del consentimiento de una parte³⁷¹.

Al respecto, creemos que el verbo “desaparezca” puede contemplar tanto hipótesis de resolución de un contrato por incumplimiento grave, así como el supuesto de extinción de la obligación contenida en el contrato con ocasión de la concreción de un evento de caso fortuito o fuerza mayor, pues en ambos casos desaparece el contrato, aunque por diferentes causas.

vi. El incumplimiento.

Expuesta en líneas anteriores la vinculación contractual en Colombia como una figura atípica con reconocimiento jurisprudencial y doctrinario expreso, que busca tutelar a nivel jurídico los fenómenos complejos que demanda la

³⁷¹ Artículo 1186 de La Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

economía actual a través de su instrumentalización por medio de diversos contratos autónomos que comparten un resultado negocial común, no resulta extraño que se susciten interrogantes en cuanto a su existencia, aplicación, validez, oponibilidad y, sobre todo, a su eficacia. Es por lo que se justifica su estudio profundo, a razón de que no somos fugitivos de nuestro tiempo sino testigos de sus cambios y, por tanto, pesa sobre nosotros el deber de ofrecer soluciones que se acompasen con esta nueva realidad.

Por ello, a lo largo del segundo capítulo de este trabajo centraremos nuestra atención en esclarecer el panorama jurídico, intentando explicar cómo opera el incumplimiento tratándose de contratos que se encuentran vinculados y, en especial, los remedios tradicionales y específicos susceptibles de aplicación para superarlo, lo cual nos llevará a concluir que si bien en el plano tradicional no existe una jerarquía entre ellos y que el acreedor está legitimado para ejercer su *ius variandi* con una amplia esfera de acción, el escenario es diferente al interior de los contratos vinculados, pues la idoneidad de los remedios no siempre se corresponderá con su teleología, lo cual justificará la imposición de limitaciones a su ejercicio.

Así pues, hace más de dos milenios el visionario jurista Cicerón fue el autor de la máxima "*omnia vivunt omnia inter se conexa*", para nosotros, tenía razón, y la fiel prueba de ello son los contratos vinculados como muestra de que, incluso el contrato concebido en su sentido aislado como elaboración perfecta y acabada de los códigos decimonónicos, se conecta con otros, como instrumento flexible a las nuevas realidades y a las necesidades que demanda la sociedad contemporánea. Es por esta razón que el tratamiento, la jerarquización y la justificación del ejercicio de los remedios ante el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados se torna del todo relevante en razón a su interdependencia, a los intereses que lleva inmersos, a la entidad de las operaciones económicas que instrumentalizan y a su posible eficacia satisfactiva no solo de los acreedores inmediatos sino también de los mediatos y, en últimas, de los terceros ajenos al sistema y de la sociedad en general.

CAPÍTULO II. REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS VINCULADOS

1) El incumplimiento en los contratos vinculados.

En este punto, realizaremos, en primer lugar, una breve introducción sobre el cumplimiento de los contratos, para luego definir el incumplimiento y precisar sus efectos, clases, naturaleza y causas, para terminar con un comentario acerca de su propagación entre los contratos vinculados y con la referencia a algunos fallos a nivel nacional sobre el tema.

a. Introducción.

Antes de abordar el incumplimiento contractual es preciso referirnos al “deber ser” o cumplimiento espontáneo de las obligaciones o del débito primario contractual, sin que sea necesario activar el elemento preeminentemente coercitivo o de responsabilidad de la obligación. Para ello, es preciso partir del concepto de obligación que implica:

una relación jurídica (...) establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina *acreedor*, espera fundamentalmente un determinado comportamiento, colaboración, que es la *prestación*, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado *deudor*, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento³⁷².

Así pues, el concepto de obligación jurídica se complementa con el de relación obligatoria, si se considera la obligación como una programación de comportamientos dinámicos o diacrónicos que el deudor debe ejecutar porque “Toda relación obligatoria no es, en el fondo, otra cosa que un vehículo jurídico para la conversión en realidad del primitivo proyecto de

³⁷² HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 55.

comportamiento establecido en el acto de constitución de la relación”³⁷³. En ese sentido, podemos formular la regla general del cumplimiento espontáneo del contrato en los siguientes términos: el deudor voluntariamente, en la mayoría de los casos, ajusta su conducta o realiza un comportamiento, la prestación, en los términos contractuales convenidos, a favor del acreedor, que espera legítimamente que con esa ejecución se satisfaga su interés³⁷⁴.

Entonces, la lógica de la regla general del cumplimiento espontáneo del contrato antes descrita subyace en que, a raíz el vínculo jurídico existente, el deudor queda atado o compelido a realizar en tiempo la prestación a que se obligó a favor del acreedor³⁷⁵, en virtud de lo cual su libertad de acción se restringe durante su ejecución a la adopción de todas las actividades necesarias para su satisfacción. Por esta razón podemos afirmar que el cumplimiento espontáneo o voluntario del contrato es la regla general, por ser la forma natural de extinción del vínculo jurídico denominado “pago”, a través del cual el deudor recupera su libertad de acción, en la medida en que “la relación obligatoria crea, por así decirlo, una tensión entre *acreedor y deudor*. Apremia al equilibrio mediante el cumplimiento”³⁷⁶.

Así las cosas, el pago³⁷⁷ o cumplimiento del contrato es un acto jurídico que consiste en “la prestación de lo que se debe”³⁷⁸ o “la ejecución de la

³⁷³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, 4.ª ed., V. II., Madrid, Civitas, 1993, pág. 470.

³⁷⁴ Para el Profesor Fernando Hinestrosa: “El cumplimiento, entendido como conformidad plena de lo acontecido con lo prevenido (por el deudor, al acreedor, en el tiempo, el lugar, el cómo, el modo indicados en el título integrado): “correspondencia objetiva con el programa obligatorio”, “realización objetiva de la prestación”, implica y acarrea la satisfacción del acreedor y las consiguientes extinción de la relación obligatoria y la liberación del deudor. En una palabra “la relación obligatoria se extingue naturalmente, por así decirlo, con la ejecución de la prestación por parte del deudor y su recibo por parte del acreedor, cuyo interés se satisface de tal modo”. A la inversa, la satisfacción del acreedor no presupone el cumplimiento, como tampoco implica de suyo los efectos consuntivos de este”: Hinestrosa, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 572.

³⁷⁵ En ese sentido, “El deudor debe satisfacer el interés del acreedor, y es evidente la correspondencia entre la utilidad propia de la relación crediticia y el comportamiento debido por el deudor; de ahí la exigencia de que este se desempeñe adecuadamente (...)”: Hinestrosa, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 560.

³⁷⁶ MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, I, cit., pág. 24. Citado por HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 55.

³⁷⁷ Para Galindo Garfias el cumplimiento se define como “la ejecución por el deudor de los actos que constituyen la prestación o contenido de la obligación a su cargo (...) un acto o serie

prestación debida, cualquiera que sea la clase de obligación''³⁷⁹, que esté en la necesidad de realizar el deudor, bien sea de dar, de hacer o de no hacer y que, en estricto sentido, "significa conformidad entre lo ocurrido y lo previsto, entre la conducta exigible del deudor y su comportamiento frente al acreedor y, por lo mismo, sus requisitos son ante todo los puntualizados en el título o fuente de la obligación, sin perjuicio de la reglamentación general que del fenómeno hace la ley (...)"³⁸⁰, cuyos efectos legales son la liberación del deudor, la extinción del vínculo contractual, la satisfacción del interés y del crédito del acreedor, y la justificación de la atribución patrimonial realizada en virtud del negocio jurídico³⁸¹.

En esa medida, para realizar el juicio de conformidad entre la ejecución de la prestación y lo señalado en el contrato, "ha de pensarse en la confrontación de pareceres entre el acreedor, para quien, llegado el caso, el deudor no realizó la conducta debida o no se desempeñó como le era necesario, y el deudor que considera que estuvo a la altura de lo que le era exigible, cuando no se trata de un resultado cierto, en donde, por así decirlo, el problema puede resolverse con la superposición de la plantilla de los hechos, dentro de un cotejo elemental"³⁸².

En últimas, podemos afirmar que solo se considerará que el contrato ha sido cumplido cuando el deudor en forma directa o a través de sus auxiliares, representantes, autorizados o terceros, haya realizado los actos constitutivos de la prestación en forma idéntica, íntegra y exacta de acuerdo con el programa contractual, o cuando se satisfagan todos y cada uno de los requisitos subjetivos, objetivos y circunstanciales de la obligación y, por tanto, se logre la finalidad práctico social instrumentalizada con el contrato. Sin embargo, solo existirá cumplimiento cuando además de lo anterior, se

de actos de ejecución forzosa, que no dependen de la voluntad del obligado, sino que deben ser ejecutados forzosamente por quien se encuentra obligado''³⁷⁷: GALINDO GARFIAS, I., *Teoría de las obligaciones*, 3.^a ed., México, Porrúa, 2017, pág. 198.

³⁷⁸ Artículo 1626 del Código Civil.

³⁷⁹ HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 571.

³⁸⁰ *Ibid.*, pág. 572.

³⁸¹ Para Díez Picazo "El cumplimiento es, en un sentido general, todo acto de exacta ejecución de una prestación debida en virtud de una relación obligatoria. Es, por ello, acto de realización del deber jurídico (deuda) que sobre el deudor pesa; es, asimismo, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (*solutio*); y es, finalmente, la manera de satisfacer el derecho y el interés del acreedor": DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 472.

³⁸² HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 572.

satisfaga el interés o se logre la utilidad final que el acreedor espera legítimamente con la ejecución del contrato. Por último, en la definición de cumplimiento debemos incluir aquellos remedios o medios de tutela preventivos que están a disposición del acreedor en la fase fisiológica del contrato, dirigidos a evitar el incumplimiento del contrato.

b. Definición de incumplimiento contractual.

Aquí nos referiremos a las definiciones de incumplimiento elaboradas por la doctrina, para luego establecer cuál es el concepto aplicable en Colombia o, concluir que tal concepto difiere en relación con el régimen de que se trate.

i. El incumplimiento contractual.

Desde el punto de vista conceptual la obligación se compone de dos elementos, el débito y la responsabilidad, "teniendo en cuenta que la fuerza del derecho, esto es, su coercibilidad, no se manifiesta únicamente en la reacción cierta, remedial, ante su quebranto, sino, además, preventivamente, en la presión moral y social que ejerce sobre el destinatario, acá el obligado, la mera posibilidad de que ello suceda, por lo cual dicha seguridad (pretensión) forma parte del concepto dinámico de esta relación jurídica"³⁸³. Es por lo que "En su dinámica, la relación obligatoria puede desembocar en unos hechos reales, que coincidan con el primitivo programa o que se desvíen de él"³⁸⁴, último caso en el que el comportamiento realizado por el deudor se desvía del programa contractual inicial que

Exige la presencia de dos posiciones correlativas; el derecho, esperanza que se convierte en pretensión (...) en caso de renuencia del sujeto pasivo, y la deuda, necesidad de aquel de orientar en cierto modo su conducta, que en tal eventualidad se traduce en su exposición a los poderes extraordinarios del acreedor para la satisfacción específica o genérica de su interés y para el resarcimiento del daño padecido con la violación de su derecho³⁸⁵.

En ese sentido, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico reacciona ante el incumplimiento de la obligación con fuente contractual, activando el

³⁸³ Ibid., pág. 56.

³⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 470.

³⁸⁵ HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 56.

elemento de la responsabilidad, preeminentemente coercible, como reacción cierta y remedial ante su quebranto, dotando al acreedor de una acción civil, comercial o especial para encauzar sus pretensiones de contenido preventivo o correctivo, en caso de renuencia del deudor a adecuar su comportamiento según el contenido del contrato, cuya procedencia se desata con la no ejecución de alguno o de todos los requisitos subjetivos, objetivos o circunstanciales que deben concurrir en forma necesaria para reputar cumplido el contrato, o con la insatisfacción de su interés. Y ello es así porque existe un desequilibrio entre el débito y el crédito, ya que el crédito no encuentra su correlativo en el débito, debido a que son partes de una misma relación obligatoria. Por último, debemos señalar que el incumplimiento es un concepto jurídico que se concreta en cada caso con el contenido de la relación obligatoria específica.

ii. Clases de incumplimiento contractual.

En este punto, nos referiremos al incumplimiento contractual objetivo, al subjetivo, y a los regímenes de responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano para señalar sus repercusiones frente al concepto de incumplimiento.

a) Incumplimiento contractual objetivo.

Los instrumentos de derecho uniforme dentro de los que cabe destacar la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Unidroit y los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos, desarrollan un concepto amplio de incumplimiento al regularlo

como un hecho objetivo consistente en cualquiera infracción de los contenidos de la regla contractual y el efecto que produce en la situación del acreedor es la de lesionar su interés obstando su satisfacción plena. Este incumplimiento produce sus efectos al margen de la culpa o negligencia del deudor que lo comete (...) el deudor puede quedar exonerado de responsabilidad cuando la causa de su incumplimiento fue un impedimento ajeno a su esfera de control. Este impedimento no extingue la obligación, solo suspende su exigibilidad; y no afecta el ejercicio de los restantes remedios que presuponen igualmente el incumplimiento, como la resolución, la rebaja del precio, o la sustitución o reparación de las mercaderías³⁸⁶.

³⁸⁶ VIDAL OLIVARES, A., "El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional", [en línea], *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n°

Y es con base en el concepto de incumplimiento amplio y objetivo que aquellos cuerpos normativos han elaborado un régimen unitario de remedios o medios de tutela frente al incumplimiento³⁸⁷, que le permiten al acreedor cuyo derecho de crédito ha sido lesionado, optar por cualquiera de ellos siempre que se corresponda con la naturaleza de la infracción, apartándose de los Códigos decimonónicos en los que se puede identificar un régimen subjetivo y fraccionado de remedios, cuya procedencia se supedita en algunos casos a la tipología contractual y, en otros, a la gravedad del incumplimiento.

Así las cosas, el incumplimiento contractual desde una perspectiva objetiva tiene cabida cuando el comportamiento del deudor no se corresponde en forma idéntica, íntegra o exacta con el programa contractual ideal, cualquiera que sea su forma, lesionando el derecho de crédito del acreedor, al margen de si tal conducta se le puede atribuir a título de dolo o de culpa³⁸⁸, pues existirá incumplimiento contractual tanto en los casos en que la infracción del objeto contractual se derive de un comportamiento doloso o culposo del deudor como en aquellos en que la inejecución sea consecuencia de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito³⁸⁹, debido a que en ninguno de los

3, 2006, pág. 439-477. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300002 [consultado el 1 de febrero de 2019], 451.

³⁸⁷ “El incumplimiento es un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación respecto de la conducta desplegada por el deudor en cumplimiento del contrato. Ese incumplimiento, carente de una valoración subjetiva, es el que permite articular el sistema de los remedios de que dispone el acreedor y entre los cuales puede optar más o menos libremente”: VIDAL OLIVARES, A., “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, [en línea], *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 n° 1, 2007, pág. 41-59. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es [consultado el 29 de enero de 2019]

³⁸⁸ El numeral 4 del artículo 1:301 de Los Principios de Derecho Europeo de Contratos señala que “El término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”.

³⁸⁹ De acuerdo con el artículo 7.1.7 de la versión del año 2016 de los Principios Unidroit “(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. (3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción. (4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el

casos la obligación se extingue. Sin embargo, la causa de la inejecución de la prestación tendrá importantes repercusiones en el ejercicio de los remedios o medios de tutela por el acreedor porque en caso de que el incumplimiento se haya producido en forma exclusiva por el acaecimiento de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, no será procedente la solicitud de la indemnización de los perjuicios causados, limitándose su *ius variandi*, dado que “la excusa, como se la conciba, sólo priva al acreedor del derecho a la indemnización de daños, no así de los otros medios de tutela”³⁹⁰.

En consecuencia, con base en esta aproximación, la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito constituye un incumplimiento contractual, pues no se extingue de modo necesario la obligación debido a que, como cualquier clase de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer el remedio de la resolución del contrato o la solicitud de cesión de las acciones en contra del tercero que lo haya causado³⁹¹, porque no es una de sus consecuencias naturales la terminación automática del contrato. En resumen, en el incumplimiento objetivo

Resulta irrelevante para definir si hay o no incumplimiento, si éste tuvo su causa en la propia conducta del deudor, del acreedor o de sus auxiliares, de un tercero o en un impedimento ajeno a la esfera de control del deudor -caso fortuito o fuerza mayor. Cualquiera sea el caso, lo cierto es que hay incumplimiento del contrato, quedando pendiente dilucidar cuáles son los efectos que producirá, los medios de tutela que dispondrá el acreedor para ese caso concreto. Es, precisamente, en el plano de los efectos del incumplimiento en que sí incide la causa del incumplimiento, llegando a determinar la procedencia de alguno de los remedios del acreedor³⁹².

derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

³⁹⁰ DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C.; VIDAL, A., Op. cit., pág. 55.

³⁹¹ Como ejemplo de ello, los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos “Tratan la imposibilidad no imputable, sea total o parcial, como un supuesto de incumplimiento o cumplimiento imperfecto, reconociéndole al acreedor, cuando la imposibilidad es total, la elección entre la resolución del contrato y el derecho a exigir al deudor la cesión de los derechos y acciones de que sea titular en contra de terceros; y para la imposibilidad parcial, entre la reducción del precio, la resolución si el incumplimiento es esencial, o la cesión de derechos y acciones en contra de terceros”: Ibid., pág. 53.

³⁹² Ibid., pág. 54.

b) Incumplimiento contractual subjetivo.

A diferencia incumplimiento objetivo, en el incumplimiento subjetivo no podrá considerarse como incumplimiento la inejecución de la prestación causada en forma exclusiva por la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito porque se extingue la obligación³⁹³. Y ello es así ya que, para que se pueda hacer un juicio de valor sobre la conformidad de la ejecución de la prestación, la obligación debe existir pues, en caso contrario, no será procedente. Así las cosas, en el incumplimiento subjetivo la inejecución del contrato producto de la concreción exclusiva de un evento imprevisible e irresistible tendrá como consecuencia natural la terminación del contrato como causa legal de extinción de la obligación. Es por lo que la extinción del vínculo obligatorio no se podrá considerar como el ejercicio por el acreedor del medio de tutela de la resolución, pues la terminación del contrato será una consecuencia legal de la concreción exclusiva de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

Con base en lo anterior podemos concluir que el incumplimiento contractual en Colombia, salvo algunos regímenes especiales como el de protección al consumidor, es subjetivo pues, para que se pueda considerar que la prestación ha sido infringida, tal inejecución debe ser atribuible al deudor a título de dolo o de culpa porque de lo contrario, de haberse producido en forma exclusiva por la concreción de caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extinguirá y, por tanto, no será posible predicar el incumplimiento de una obligación que no existe. Por esta razón, no será procedente el ejercicio del medio de tutela de la resolución a instancias del acreedor porque la consecuencia legal derivada de la extinción de la obligación por la concreción de una fuerza mayor o caso fortuito, es la terminación del contrato, supuesto en el que procederá bien sea la restitución de lo ejecutado o la resiliación, dependiendo de la naturaleza de la obligación, no como remedio sino como efecto natural de la terminación del contrato.

En resumen, después de realizar un juicio de superposición o comparación de hechos entre el contenido del contrato y el comportamiento real o efectivamente desplegado por el deudor, podemos sostener que existe incumplimiento subjetivo del contrato en los casos en que la lesión del derecho de crédito del acreedor es imputable al deudor, cuando el deudor no ejecuta en forma idéntica, íntegra ni exacta los actos constitutivos de la

³⁹³ El artículo 1729 del Código Civil establece que “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación”.

prestación, que bien puede corresponder a una inejecución absoluta, parcial o tardía. Así también, existirá incumplimiento cuando no se satisfagan en forma plena los requisitos subjetivos, objetivos o circunstanciales de la obligación contractual, o cuando exista divergencia, infracción o desviación entre el programa ideal contenido en el contrato y la conducta real desplegada por el deudor.

En ese sentido, las diferentes clases de incumplimiento subjetivo anteriormente referidos tendrán en común la no satisfacción del interés ni del derecho de crédito del acreedor, así como la transgresión a la disposición de intereses realizada por las partes imputable a título de dolo o de culpa del deudor. Por último, debemos precisar que en los casos de incumplimiento contractual nos ubicamos en el elemento de la obligación preeminentemente coercible denominado “responsabilidad”, que legitima al acreedor insatisfecho a ejercer los diferentes remedios o medios de tutela para obtener la satisfacción de su crédito. En últimas, el “Incumplimiento del contrato quiere decir inejecución de obligación emanada de él, imputable al deudor y, en términos generales, atribuible a culpa suya”³⁹⁴.

Para concluir, podemos señalar que el incumplimiento contractual subjetivo y el objetivo, convergen en que la no ejecución de la prestación “supone la lesión o perturbación del derecho de crédito”³⁹⁵ y “entraña el aspecto coercible de la conducta jurídica, o sea, la ejecución forzada de los actos positivos o de simple abstención en los que consiste la prestación que es a su cargo”³⁹⁶, dado que “si existe una divergencia, la prestación ejecutada deberá considerarse como otra cosa distinta (*aliud*) y el acreedor podrá rechazar justificadamente la oferta o la tentativa de pago”³⁹⁷, es decir, existirá incumplimiento de la obligación.

³⁹⁴ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 871.

³⁹⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., “Curso de Derecho Civil III Obligaciones” [en línea], 2017, disponible en: <https://www.uatx.mx/biblioteca/libros/978-980-7561-01-3.pdf> [consultado el 27 de enero de 2019], pág. 150.

³⁹⁶ GALINDO GARFIAS, I., Op. cit., pág. 198.

³⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 500.

iii. Regímenes de responsabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano y sus repercusiones en torno al concepto de incumplimiento.

En Colombia no existe un régimen de responsabilidad unívoco, sino que, por el contrario, coexisten diversos sistemas de imputación o atribución de responsabilidad que, a efectos de nuestro estudio, se circunscribirán al régimen responsabilidad contractual del Código Civil y de Comercio y, al régimen establecido en el Estatuto del Consumidor, la Ley 1480 de 2011, por incumplimiento de la garantía legal, cuyas especificidades responden principalmente a la naturaleza de las relaciones entre los sujetos contratantes. Por esta razón, el concepto de incumplimiento estará determinado por el régimen de atribución de responsabilidad que le sea aplicable a los contratantes en consideración a la naturaleza de sus relaciones, así como por los medios de tutela que han sido establecidos por el legislador para superarlo.

Así pues, los Códigos Civil y de Comercio establecen un régimen de responsabilidad subjetiva en que el daño o incumplimiento contractual, como la lesión del derecho de crédito del acreedor, puede provenir “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”³⁹⁸. Es por lo que podemos afirmar que estos cuerpos normativos recogen un concepto amplio de incumplimiento contractual³⁹⁹ que puede adoptar las formas de incumplimiento absoluto, parcial o imperfecto, o tardío de las prestaciones objeto del contrato⁴⁰⁰. Así como que, para que se pueda considerar que existe responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación contractual, tal daño debe ser imputable a título de dolo o de culpa al deudor incumplido y debe mediar un nexo causal entre los errores de conducta dolosos o culposos y el incumplimiento contractual o daño. Entonces,

El incumplimiento del contrato es el reverso de su cumplimiento.
De esta manera, se incumple el contrato cuando el deudor no

³⁹⁸ Artículo 1613 del Código Civil.

³⁹⁹ El artículo 86 de los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos señala que “(1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada. (2) El incumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor. (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución”.

⁴⁰⁰ El artículo 7.1.1 de los Principios Unidroit señala que “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

realiza lo acordado o lo realiza imperfectamente, sea que se trate de un incumplimiento parcial, tardío, o que adolezca de alguna anomalía material o jurídica. Hay incumplimiento de contrato cuando el objeto real, lo ejecutado por el deudor, no coincide o no se conforma con el objeto ideal, lo pactado o acordado por las partes (...) la noción de incumplimiento del contrato se identifica con la no realización de lo pactado, éste incorpora cualquier hipótesis de desviación respecto de lo pactado (...) ⁴⁰¹.

Lo anterior, sin perjuicio de los medios de tutela o remedios específicos que contemplan y restringen el concepto de incumplimiento a alguna de sus manifestaciones, como es el caso de las acciones edilicias de resolución y de reducción del precio incluidas en la regulación de los vicios ocultos del contrato de compraventa, cuya procedencia se condiciona a que los vicios deben “Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio” ⁴⁰² o “que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato” ⁴⁰³. Es por lo que podemos afirmar que este remedio específico se circunscribe al incumplimiento defectuoso o imperfecto del objeto del contrato de compraventa, limitando el contenido amplio del concepto de cumplimiento establecido por el legislador para todos los contratos en general. Por último, en este punto debemos señalar aquí que además del régimen de responsabilidad subjetivo por incumplimiento contractual, los Códigos Civil y de Comercio contemplan un concepto de incumplimiento subjetivo, en los términos señalados en líneas anteriores.

Por otro lado, la ley 1480 de 2011 como régimen de responsabilidad especial aplicable a las relaciones de consumo, prescribe que los productores o proveedores serán responsables ante los consumidores por el incumplimiento de la garantía legal y que, “Para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto (...)” ⁴⁰⁴. En este punto, es pertinente aclarar que no nos referiremos a la responsabilidad por el producto defectuoso, pues el daño aquí analizado está limitado al incumplimiento contractual o la lesión del derecho de crédito y, por tanto, la muerte o las

⁴⁰¹ DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C.; VIDAL, A., Op. cit., pág. 52.

⁴⁰² Artículo 1915 del Código Civil.

⁴⁰³ Artículo 934 del Código de Comercio.

⁴⁰⁴ Artículo 10 de la Ley 1480 de 2011.

lesiones corporales o los daños causados a cosas diferentes del producto defectuoso, escapan a nuestro objeto de estudio.

Entonces, con base en lo anterior podemos afirmar que el régimen especial de protección al consumidor que se concreta en la garantía legal incluye, en principio, un concepto limitado de incumplimiento contractual -en caso de que el consumidor adquiera, disfrute o utilice el producto con ocasión de la celebración de un contrato-, que se circunscribe al incumplimiento defectuoso o no conforme, expresado en la falta de calidad, idoneidad o de seguridad del producto objeto de la prestación. No obstante, dentro de las obligaciones contenidas en la garantía legal podemos identificar una disposición que sirve de sustento para incluir a la vez el incumplimiento absoluto. Además, podemos identificar un régimen de responsabilidad objetiva porque al consumidor le basta demostrar el defecto de la cosa para que se haga efectiva la garantía legal, y el productor o proveedor no se podrá exonerar de su responsabilidad demostrando la diligencia debida, sino solo acreditando la concreción de alguna de las causales de exoneración específicas⁴⁰⁵.

En ese sentido, podemos señalar que el productor o proveedor quedará exonerado de responsabilidad y, por tanto, de la obligación de hacer efectiva la garantía legal -reparar, reponer, devolver el dinero- en términos generales, cuando demuestre que el defecto del producto o el incumplimiento defectuoso del contrato proviene de la concreción de una causa extraña. Es por lo que, cuando el defecto del objeto contractual o el incumplimiento se deba a la concreción de una causa extraña, no procederá el ejercicio de los remedios específicos del régimen de protección al consumidor y el proveedor o productor quedará exonerado de la responsabilidad de hacer efectiva la garantía legal.

Así pues, con base en lo anterior podemos concluir que el Estatuto del Consumidor además de establecer un régimen objetivo de responsabilidad, recoge un concepto de incumplimiento objetivo porque existirá incumplimiento contractual cuando el objeto del contrato tenga un defecto, sin que sea necesario acreditar la culpa o dolo del deudor, el productor o el proveedor, en la producción del daño materializado en el incumplimiento del contrato en virtud del cual el consumidor adquirió la propiedad, el goce o el uso del producto. Por esta razón, en estricto sentido, no habrá incumplimiento defectuoso o imperfecto del contrato cuando el defecto del producto provenga de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso

⁴⁰⁵ Artículo 16 de la Ley 1480 de 2011.

fortuito y, por tanto, el consumidor no podrá hacer efectiva la garantía legal o, en otras palabras, no existe incumplimiento cuando el defecto del producto provenga de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

Así las cosas, conviene ahora referirnos a la posibilidad de concurrencia de ambos regímenes, puesto que las relaciones civiles o comerciales pueden concurrir con las de consumo, supuesto que de configurarse, se solucionará con el ejercicio del *ius variandi* del acreedor para encauzar sus pretensiones con el fin de superar el incumplimiento, a través de la elección del régimen jurídico que mejor responda a sus necesidades y sea el más idóneo para satisfacer sus intereses. De todo lo anterior, podemos concluir que en Colombia coexisten los conceptos de incumplimiento subjetivo y objetivo, aunque esté consagrado en un régimen especial, así como los regímenes de responsabilidad subjetivo y objetivo que contemplan alcances diversos del concepto de incumplimiento y es por lo que tal concepto no es una categoría con límites y contenido común, sino que varía de un régimen a otro.

c. El incumplimiento en los contratos vinculados.

En este acápite realizaremos primero una aproximación al incumplimiento en los contratos vinculados a través de la ciencia de las redes, para luego abordar nuestro tema desde el punto de vista jurídico, en estricto sentido. Así pues, al analizar el incumplimiento de los contratos vinculados a través de la ciencia de las redes podemos señalar que las redes compuestas por nodos o contratos vinculados llevan inmersas relaciones que revisten cierto grado de complejidad, que se deriva de las operaciones económicas que instrumentalizan. Es por lo que la ciencia de las redes como criterio de organización resulta útil para efectos de su análisis y para develar la conectividad existente en ellas, ya que a partir de esta base conceptual podemos afirmar que los contratos vinculados corresponden a los nodos interconectados de la red que se unen a través de enlaces que, en nuestro caso, son las relaciones causales que se establecen entre las prestaciones instrumentalizadas a través de los contratos individualmente considerados para el logro de una operación económica común.

Sin embargo, es de precisar que en las redes de contratos vinculados no todos los nodos están relacionados entre sí en forma directa, sino que existe un cierto grado de separación, esto es, el razonamiento lógico que se debe realizar para encontrar las relaciones existentes entre dos o más contratos que no se relacionan en forma inmediata pero sí mediata, procedimiento que se explica en la interconectividad que es propia de las redes, que permite

establecer relaciones entre todos los contratos a través de sus enlaces, tomando como parámetro la finalidad económica supra-contractual a cuya realización tienden. Preciso lo anterior, a continuación nos referiremos al incumplimiento en los contratos vinculados partiendo de los conceptos de robustez, vulnerabilidad e interconectividad, elaborados por la ciencia de las redes. Para ello abordaremos en primer lugar la robustez y luego la vulnerabilidad como propiedades de las redes sin escalas, para luego proceder a su aplicación a los contratos vinculados.

La robustez. Los errores y las fallas en al menos uno de los nodos de la red pueden alterar su funcionamiento y repercutir en forma negativa en los componentes restantes, dado que las redes de creación humana no tienen la tolerancia necesaria para absorberlos, a diferencia de las naturales que son flexibles y resistentes, y se adaptan y guían por las leyes de la naturaleza y, por tanto, a pesar de los errores internos que afectan su comportamiento, pueden mantener la operación de sus funciones básicas. Es por lo que, en la búsqueda de remedios frente a las fallas y errores en las redes de creación humana, se debe partir del estudio de la robustez como propiedad de las redes naturales a través de la cual los sistemas sobreviven a circunstancias extremas y funcionan a pesar de las fallas y errores en su interior, gracias a la alta interconectividad que existe entre los centros, nodos y enlaces que las componen. Así pues, la razón que justifica su estudio reside en que “las fallas de nodos pueden dividir fácilmente una red en fragmentos aislados que no se comunican (traducción libre por el autor)”⁴⁰⁶, probabilidad de fragmentación en las redes libres de escalas que aumenta con la eliminación de los nodos, por ser mayor el impacto en la integridad de la red y porque en caso de alcanzar un punto crítico, “el sistema se rompe abruptamente en pequeñas islas sin conexión (traducción libre por el autor)”⁴⁰⁷.

Por el contrario, en las redes aleatorias “hay un umbral de error crítico por debajo del cual el sistema está relativamente indemne. Por encima de este umbral, sin embargo, la red simplemente se desintegra (traducción libre por el autor)”⁴⁰⁸, mientras que en las redes sin escalas se pueden remover nodos en forma aleatoria sin que se desintegre, lo que encuentra justificación en la propiedad de la robustez que les es inherente y les permite la adaptación a los errores. En esa medida, la diferencia entre las redes sin escalas y las aleatorias atiende a la existencia de centros o nodos altamente interconectados en las primeras, que se encargan de mantener su integridad y que no están

⁴⁰⁶ BARABÁSI. Op. cit., pág. 112.

⁴⁰⁷ Ibid., pág. 112.

⁴⁰⁸ Ibid., pág. 113.

presentes en las segundas, en las que un nodo tendría las mismas posibilidades de enlazarse con otros y no existirán, por tanto, centros. Así las cosas y dado que la mayor parte de las fallas o errores se presentan en los pequeños nodos por ser más numerosos, la razón por la que las redes sin escalas no se desintegran es la existencia de centros que mantienen su cohesión y aún, “la eliminación accidental de un solo centro tampoco será fatal, ya que la jerarquía continua de varios centros grandes mantendrá la integridad de la red (traducción libre por el autor)”⁴⁰⁹.

En este punto, es de señalar que mientras “las redes aleatorias se desintegran después de que se ha eliminado una cantidad crítica de nodos (traducción libre por el autor)”⁴¹⁰, las redes sin escalas lo hacen cuando se remueven los centros o nodos altamente interconectados, dado que “grandes fragmentos de nodos se desprendían de la red y se desconectaban del grupo principal (traducción libre por el autor)”⁴¹¹, secuencia que al repetirse desencadena en el colapso y la desintegración de la red en nodos aislados, pues aparece el punto crítico. En consecuencia, la desintegración de las redes sin escalas con posterioridad a la remoción simultánea de un número crítico de centros o nodos altamente interconectados es una manifestación de la propiedad de la robustez, dada la desigualdad estructural entre los nodos ya que las “fallas afectan desproporcionadamente pequeños nodos (traducción libre por el autor)”⁴¹².

En resumen, la robustez es una de las propiedades de las redes sin escalas que implica que, aun cuando algunos de los nodos funcionen mal y causen dificultades, éstas continuarán funcionando en forma normal, permitiendo que tales errores o fallas internas pasen desapercibidos. Sin embargo, “el precio de esta robustez topológica (...) es la exposición extrema a los ataques. Quitar una jerarquía de centros altamente conectados desintegrará cualquier sistema (traducción libre por el autor)”⁴¹³.

La vulnerabilidad. Como propiedad diferenciable de la robustez, la vulnerabilidad a los ataques es inherente a las redes sin escalas y no se relaciona con los errores o fallas en su diseño o funcionamiento, sino que atiende a la posibilidad de desintegración de la red a causa de la interrupción de la comunicación entre los centros, nodos y enlaces debido a su alta

⁴⁰⁹ Ibid., pág. 114.

⁴¹⁰ Ibid., pág. 115.

⁴¹¹ Ibid., pág. 116.

⁴¹² Ibid., pág. 114.

⁴¹³ Ibid., pág. 121.

interconectividad. A diferencia de las redes aleatorias en las que su desintegración requiere de un ataque que elimine gran cantidad de nodos hasta llegar al punto crítico, en las redes libres de escalas, basta con el ataque a alguno de los centros altamente interconectados para que se produzca tal resultado, cuando la velocidad de propagación de los centros a los nodos restantes sobrepase el punto crítico de fragmentación o vaya acompañada de un efecto en cascada de fallas.

Entonces, esta propiedad tiene relación directa con la velocidad de propagación de los errores o fallas hacia los nodos o centros restantes de la red, que disminuirá cuando se afecten nodos pequeños poco interconectados y aumentará cuando aparezcan en los nodos altamente conectados o centros. Además, es de resaltar que si bien las redes libres de escalas pueden sobreponerse a los errores o fallas internas gracias a la robustez que les es propia, no pasa lo mismo frente a los ataques externos con la potencialidad de eliminar alguno de los centros. Es por lo que “ocultos dentro de su estructura, las redes libres de escalas albergan un talón de Aquiles insospechado, el acoplamiento de una robustez frente a las fallas con vulnerabilidad a los ataques (traducción libre por el autor)”⁴¹⁴.

Sin embargo, debemos aclarar que un ataque a los centros no se traduce en forma automática en la desintegración de la red, que solo acaecerá cuando se desencadene un efecto en cascada de fallas o errores a los centros y nodos restantes, producto de su interconectividad e interdependencia. En relación con la propagación o la extensión de las fallas o errores producto de ataques dentro de una red denominados “fallas en cascada”, es de señalar que corresponden a los eventos en los cuales en una red

la falla local desplaza cargas o responsabilidades a otros nodos. Si la carga adicional es insignificante, el resto del sistema puede absorberla sin problemas, y la falla permanece desapercibida. Si la carga adicional es demasiada para que los nodos vecinos la carguen, ellos o bien se volcarán o distribuirán la carga a sus vecinos (traducción libre por el autor)⁴¹⁵.

Así pues, la magnitud de la falla dependerá de “la centralidad y la capacidad de los nodos que se han eliminado en la primera ronda (traducción libre por el autor)”⁴¹⁶, así como de la capacidad de los restantes nodos para absorber la

⁴¹⁴ Ibid., pág. 118.

⁴¹⁵ Ibid., pág. 119.

⁴¹⁶ Ibid., pág. 120.

carga producida con su eliminación y para reorganizar el sistema. Es por lo que “la probabilidad de que una falla local perjudique a todo el sistema es mucho mayor si perturbamos los nodos más conectados (traducción libre por el autor)”⁴¹⁷, dado que las cadenas de fallas son propiedades que se exteriorizan en sistemas complejos.

No obstante, no podemos olvidar que las redes tienen resistencia o tolerancia frente a los ataques a través de su auto organización, que les permite mantenerse en pie incluso ante la manifestación de cadenas o cascadas de fallas, lo que amerita estudiar los mecanismos para remediarlas. En efecto, los remedios susceptibles de aplicación no se deben limitar al centro afectado sino que se deben extender a los nodos con los que se encuentra inmediatamente interconectado, con miras a evitar su afectación causal producto del error o falla en el nodo afectado, para lo cual será necesario trazar el esquema de la red de contratos a través de la cual se instrumentaliza la operación económica global, que refleje su funcionamiento y estructura, y permita establecer las interacciones de los nodos a través de sus enlaces, para luego valerse de las leyes que los gobiernan y así encontrar los remedios correctivos y preventivos frente a las fallas y errores, que se deben aplicar en los nodos afectados frente los ataques que sean susceptibles de desintegrar la red para eliminarlos o, al menos, evitar su extensión a los nodos restantes. Por último, se debe verificar la idoneidad del remedio utilizado, bien sea para continuar o suspender su aplicación o para cambiarlo por otro ante la ausencia de efectos favorables.

Con base en lo anterior, podemos sostener que la red de contratos vinculados es vulnerable, dado que la ineficacia derivada de la concreción de alguna de las vicisitudes en alguno de los contratos vinculados como el incumplimiento, es susceptible de propagarse a los restantes y desintegrar la red, debido a la alta interconectividad existente entre ellos, lo que no impide el uso remedios para impedirlo.

Aplicación de las propiedades de la robustez y de la vulnerabilidad de la ciencia de las redes a los contratos vinculados. Las redes compuestas por contratos vinculados como nodos altamente interconectados en razón a la correspondencia sistémica entre las prestaciones que instrumentalizan para el logro de una operación económica común, por ser los nodos requisitos, presupuestos, condiciones o complementos necesarios de otros nodos, se unen a través de enlaces o relaciones económicas a nivel causal, que se establecen con base en

⁴¹⁷ Ibid., pág. 120.

criterios lógicos y temporales de acuerdo con la finalidad económica global que se quiera alcanzar y que determinará la secuencia simultánea o sucesiva de la ejecución de las prestaciones contenidas en los diversos contratos que integran la red. En nuestro caso, los nodos o contratos vinculados se relacionan a nivel causal con los restantes, sea de manera directa o indirecta, mediando en el último caso contratos intermedios, cuyas relaciones se pueden establecer partiendo de la finalidad económica supra-contractual como parámetro interpretativo común a todos los contratos pertenecientes a la red, lo que se justifica en la interconectividad existente entre los nodos de la red a través de sus enlaces.

En relación con el incumplimiento en los contratos vinculados, podemos señalar que cuando éste se materializa en alguno de ellos, cualquiera que sea la clase, sus efectos, la ineficacia, no se limitan al nodo afectado sino que, en cambio, repercuten en los otros contratos vinculados de la red, en especial, en aquellos que dependen causalmente de su ejecución, por ser posteriores al contrato afectado con tal incumplimiento, aun cuando los contratos vinculados anteriores y ejecutados a cabalidad también se vean afectados, en caso de que tal incumplimiento haga imposible o frustre la operación económica global que motivó su celebración. Es por lo que la inejecución de alguno de los contratos vinculados, en últimas, se traduce en el desequilibrio o alteración del funcionamiento de la red, dada la interconectividad existente en su interior, así como en la propagación o extensión de los efectos adversos a través de los enlaces o de las relaciones entre los nodos.

Por esta razón, en las redes de creación humana como los contratos vinculados que instrumentalizan operaciones económicas complejas, se hace necesaria la implementación de herramientas que permitan absorber las cargas derivadas de las fallas o errores, en nuestro caso, la ineficacia, así como las consecuencias de los ataques, que se traducen en el incumplimiento o la extinción de alguno de los contratos vinculados, dotando de flexibilidad y resistencia a la red, para que mantenga su funcionamiento y no se desintegre, las cuales deben partir de la interconectividad existente entre los nodos y sus enlaces, debido a que el incumplimiento o la extinción de alguno de los contratos vinculados puede afectar la comunicación a nivel causal entre ellos y fragmentar la red, frustrando así la consecución de la operación económica compleja que a través de ellos se ha instrumentalizado, probabilidad de frustración que se aumenta cuanto más contratos sean incumplidos o se extingan, por impactar en forma adversa a la integridad de la red y por aislar las prestaciones que contiene.

En este punto debemos aclarar que no es necesario el incumplimiento de todos y cada uno de los contratos vinculados o nodos que hacen parte de la estructura de la red para imposibilitar la operación económica a cuya consecución tienden, sino que basta con el incumplimiento de alguno de ellos, altamente interconectado con los restantes, que imposibilite a nivel causal la ejecución de la operación económica por ser su cumplimiento requisito, presupuesto, condición o complemento necesario para tal materialización, inejecución que de concretarse y de no ejercerse los medios de tutela que permitan alcanzar soluciones idóneas para superarlo, desencadenará en la frustración de la operación económica, dada la falla en la comunicación y la separación entre los nodos.

Con base en todo lo anterior, podemos afirmar que los contratos vinculados como redes de creación humana a diferencia de las naturales, no poseen, *per se*, la propiedad de la robustez que les permita mantener su funcionamiento a pesar de las fallas o errores en alguno de sus nodos, propiedad que se hace necesaria debido a que la operación económica compleja solo se conseguirá con la ejecución conjunta de todos y cada uno de ellos y, por tanto, en caso del incumplimiento total, definitivo y no superable de alguno de los contratos, se frustraría, teniendo como resultado la desintegración de la red. Sin embargo, es posible que en caso de incumplimientos parciales o totales que sean superables, los miembros del sistema hagan uso de remedios de creación humana que, sin desnaturalizar la red de que se trate, permitan su funcionamiento con normalidad y la consecución de la finalidad económica querida, erigiéndose como una de las manifestaciones de la robustez con origen humano.

En punto de la frustración de la operación económica, se debe decir que esta se producirá cuando la velocidad de propagación de la ineficacia producto del incumplimiento o la extinción de alguno de los contratos vinculados o nodos, sobrepase el punto crítico de fragmentación, es decir, que tal afectación causal imposibilite la ejecución de los restantes contratos y desencadene una cascada de fallas en los nodos restantes, derivada de la interconectividad o interdependencia entre ellos, denominada en este trabajo “correspondencia sistémica entre las prestaciones instrumentalizadas a través de los diversos contratos vinculados”, que se produce cuando la ineficacia de alguno de los contratos vinculados derivada de su incumplimiento no superable o de su extinción, se extiende o propaga hacia los restantes nodos, cuando sea relevante e imposibilite su ejecución a nivel causal y no pueda ser absorbida por los nodos restantes valiéndose de remedio alguno. No obstante, en caso contrario, cuando la ineficacia se pueda limitar al contrato

vinculado afectado o se pueda impedir su propagación a los restantes, la red se puede auto organizar, haciendo uso de diferentes medios de tutela, atendiendo a la estructura de la red y a las propiedades que le son inherentes.

En conclusión, las redes de contratos vinculados son libres de escalas y dirigidas, no obstante, aun cuando se pueda comprobar la existencia de nodos y centros, y que la ejecución de las prestaciones contenidas en los contratos atiende a criterios lógicos y temporales definidos por la operación económica que se instrumentaliza, basta con el incumplimiento relevante y no superable de alguno de ellos o con su extinción, cuya concurrencia es necesaria como requisito estructural de su existencia, para la desintegración de la red o, en nuestros términos, la frustración de la operación económica supra-contractual, lo que nos lleva a señalar que aunque en el ámbito científico se puedan identificar leyes universales que se presentan en todas las redes naturales, en el mundo del Derecho su aplicación estará condicionada a los medios de tutela creados por el legislador o producto de la autonomía privada, cuyo ejercicio adecuado permitirá identificar las propiedades de la robustez y de la vulnerabilidad en el caso concreto.

Expuesto de manera sucinta el incumplimiento de los contratos vinculados, partiendo de las categorías elaboradas por la ciencia de las redes, ahora nos compete analizarlo desde el punto de vista jurídico, en estricto sentido. Aquí debemos precisar que “las ideas de cumplimiento y de incumplimiento entrañan un juicio de valor sobre los actos del deudor y sobre la ejecución de las prestaciones. Se trata de valorar en qué forma el deber jurídico o deuda se ha cumplido o si, por el contrario, ha sido infringido⁴¹⁸”. En ese sentido, tratándose del incumplimiento de los contratos vinculados, podemos afirmar que el análisis del comportamiento de los contratantes, en principio, debe residir en los contratos individualmente considerados que integran el sistema, pues como lo señalamos en el primer capítulo de este trabajo, son contratos autónomos que coexisten.

Empero, la particularidad que subyace de la figura de la vinculación contractual en relación con el incumplimiento o la inejecución de las prestaciones por parte de los sujetos de alguno de los contratos que instrumentalizan la operación económica común, la podemos formular en el siguiente sentido: aunque el incumplimiento de un contrato vinculado se limite, a primera vista, al contrato individualmente considerado, pues la vinculación contractual no supone la propagación automática de los efectos

⁴¹⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 471.

del incumplimiento o de la ineficacia a los restantes contratos, en razón a la correspondencia sistémica entre las prestaciones objeto de los contratos o al nexo causal existente entre ellas, los efectos del incumplimiento de uno de los contratos tendrán la potencialidad de extenderse a los restantes contratos con él vinculados, de no activarse los remedios o medios de tutela del derecho de crédito para satisfacer los intereses de los acreedores directos o indirectos, o de no ejercerse el remedio que se corresponda con la teleología de la figura.

Así pues, los efectos del incumplimiento, en especial la ineficacia, de uno de los contratos, son susceptibles de propagarse o sobrepasar los límites del contrato individual y comunicarse a los restantes contratos con él vinculados y, por tanto, de afectar a los contratantes o extremos subjetivos de los otros contratos que no son parte, en estricto sentido, del contrato incumplido. Por esta razón, se justifica el análisis del incumplimiento a nivel sistémico o del entramado de contratos en los que la propagación o extensión de los efectos del incumplimiento asume un papel trascendental porque “En el caso de la conexidad contractual, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato puede afectar la estabilidad de los demás contratos”⁴¹⁹.

Y ello es así porque, entre otras razones, la inejecución de alguno de los contratos vinculados, a menos que obedezca a la concreción exclusiva de un evento de fuerza mayor o caso fortuito en el que no medie dolo o culpa del deudor, no extingue las prestaciones que cada uno de los miembros del sistema se comprometió a ejecutar, bien respecto de su cocontratante inmediato, de los restantes miembros del sistema o del sistema en sí mismo considerado, sino que muta el elemento de la obligación contractual, del “débito” a la “responsabilidad”, que legitima a los acreedores directos o indirectos a utilizar diferentes medios de tutela o remedios para superar tal estado de indefinición ocasionado con la no ejecución de las prestaciones, dada la posibilidad de propagación de los efectos adversos del incumplimiento a los restantes contratos de los cuales sí son partes, en estricto sentido.

En lo que aquí nos atañe, el incumplimiento contractual que justifica el accionar de los otros miembros debe revestir tal relevancia que, a nivel causal, tenga la potencialidad de desequilibrar el sistema a causa de la propagación de la ineficacia derivada del incumplimiento de uno de los contratos hacia los restantes, por no desplegar el contrato vinculado, típico o atípico, sus efectos finales, excediendo los efectos adversos al contrato

⁴¹⁹ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 128.

individualmente considerado. Entonces, en caso de tornarse relevante o material el incumplimiento de alguno de los contratos autónomos, además de insuperable y definitivo, no se producirán los efectos finales con él buscados, ineficacia que tiene la potencialidad de propagarse hacia los restantes contratos con él vinculados, dado que la operación económica solo puede conseguirse a partir de la concurrencia necesaria de todos y cada uno de los contratos vinculados y, en estricto sentido, con el despliegue de los efectos finales de la totalidad de los contratos que hacen parte del sistema, sin perjuicio de que los miembros o contratantes vinculados ejerzan algunos de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, o derivados de la autonomía privada, que permiten tutelar su derecho de crédito y satisfacer su interés.

En resumen, el incumplimiento relevante, insuperable y definitivo de uno de los contratos vinculados frustra la ejecución, a nivel causal o fenomenológico, de los contratos concomitantes o posteriores a su celebración por ser la prestación que contenía un requisito, presupuesto, condición o complemento necesario para su cumplimiento, ya que los contratos autónomos ejecutados con anterioridad pueden subsistir en forma aislada. Asimismo, imposibilita el logro de la operación económica común que se han proyectado los miembros, debido a la necesaria concurrencia de los efectos finales de todos y cada uno de los contratos para su consecución, afectándose los contratos cuya ejecución es anterior, concomitante y posterior al contrato incumplido, a causa de la propagación de la ineficacia del primero hacia los restantes a través de los vínculos o enlaces que conectan a todos los contratos del sistema. En últimas, el incumplimiento en los términos antes descritos de alguno de los contratos vinculados es un concepto que se integra con el contenido y con la teleología de los contratos vinculados, y se traduce en la afectación de la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos del sistema y en la frustración de la finalidad económica supra-contractual perseguida, a causa de la propagación de la ineficacia desde el contrato incumplido hacia los restantes, cuando el ejercicio de los remedios no tenga la aptitud para superar tal incumplimiento después de realizar un análisis que siempre debe ajustarse a "las circunstancias del caso, el carácter del pacto incumplido y si los demás (contratos) pueden subsistir sin él"⁴²⁰.

Precisado lo anterior, conviene ahora citar algunas decisiones a nivel nacional que se han referido al tema que nos ocupa. Así, en un laudo decidido en el

⁴²⁰ SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992.

año 2005⁴²¹, el Tribunal señaló en su parte motiva, al analizar la vinculación entre el contrato de fiducia mercantil en garantía y el comodato a título precario, en virtud de los cuales la fiduciaria le concede la tenencia material del inmueble al fiduciante aportante que, dada la dependencia unilateral del comodato frente a la fiducia, en el supuesto de que hubieren incumplimientos por parte del fideicomitente, el comodatario de igual forma debería restituir el inmueble a petición de la fiduciaria. Años más tarde, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló en sede de tutela ⁴²² respecto de la vinculación entre los contratos de permuta, de fiducia y los encargos fiduciarios, necesarios para la construcción de una obra:

Ahora bien, es claro que el incumplimiento de cualquiera de los contratos afectan de manera directa a los otros, así por ejemplo, al atenderse las pretensiones de inexistencia de la demanda de los accionantes, no sólo haría imposible la consecución del proyecto porque el bien en el que se desarrollaría la construcción, objeto central de toda la operación de fiducia desaparecería, sino que además los demás encargos fiduciarios, no serían posibles o carecerían de algún sentido, incluso si se revisa, la falta de ejecución de la obra, ha conllevado no sólo al incumplimiento de la fiducia o del encargo, sino además el de transferencia del bien, por falta del pago⁴²³.

Por esa razón, la incidencia causal del incumplimiento de uno de los contratos vinculados frente a los restantes no solo se limita a la etapa contractual propiamente dicha o de celebración y ejecución del contrato, sino que se extiende al período previo a la celebración de los contratos y al posterior a su terminación y liquidación. En el período pre-contractual, es posible que el incumplimiento de uno de los contratos que debe celebrarse y ejecutarse primero, frustre la celebración y ejecución de los restantes. Por otro lado, en el período post-contractual, existe la posibilidad de que aun cuando algunos de los contratos vinculados se ejecuten en debida forma, no se pueda alcanzar la operación económica conjunta proyectada, por el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados sucesivos o posteriores, que imposibilite su consecución, supuesto que legitimará a los acreedores directos

⁴²¹ Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 17 de junio de 2005. Chaves Vela, Isaías; Ordóñez Noriega, Sara; Muñoz Laverde, Sergio.

⁴²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo de 2018, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

⁴²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de mayo de 2018, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

e indirectos para incoar la pretensión de indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento contractual les haya causado. Y ello es así porque, aunque el contrato autónomo se ejecute en la forma debida y despliegue sus efectos finales, en caso de que existan contratos vinculados posteriores que no se ejecuten a satisfacción, la operación económica proyectada que demanda la ejecución del primero hasta el último de los contratos vinculados, no se completará.

En este punto es de aclarar que, aunque la obligación contenida en el contrato vinculado que se ejecuta primero se extinga por su cumplimiento o pago, subsistirán las obligaciones y deberes secundarios de colaboración con los miembros y con el sistema en sí mismo considerado en la etapa post contractual, cuya exigibilidad se deriva de la pertenencia del miembro al sistema de contratos vinculados. Por tanto, no obstante que el sujeto haya cumplido la obligación principal contenida en el contrato vinculado, es posible realizar un juicio de conformidad en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones secundarias respecto del sistema y de los demás miembros, es decir, existirá incumplimiento cuando el sujeto se sustraiga de la ejecución a satisfacción de tales deberes y obligaciones secundarias, como manifestación de la correspondencia sistémica entre las prestaciones que instrumentalizan una operación económica, dado que "A menudo, la organización del contrato requiere que las obligaciones continúen después de su ejecución, hasta que los miembros vean reflejados los beneficios del esfuerzo cooperativo (traducción libre por el autor)"⁴²⁴.

Al respecto, podemos señalar que la principal expresión de tales deberes y obligaciones secundarias se traduce en forma inmediata en la cooperación con los miembros restantes en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, en caso de que tal colaboración sea necesaria y no demande una destinación excesiva de recursos, así como tampoco les imponga deberes o cargas que exceden sus deberes de colaboración o muten a la delegación o a la subcontratación, y en forma mediata, en la conservación, el sostenimiento y la contribución a la estabilidad del sistema. Es por lo que, para realizar el juicio de adecuación de la conducta del deudor en un contrato vinculado, es necesario realizar una tarea de interpretación de la voluntad de las partes del contrato y de la operación económica que pretenden instrumentalizar para integrar el contenido del contrato y poder realizar un juicio íntegro de conformidad. Así las cosas, solo se podrá considerar que el deudor ha cumplido con la obligación cuando su conducta se ajuste en forma idéntica,

⁴²⁴ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 47.

íntegra y exacta al programa ideal del contrato individual, y a las obligaciones y deberes secundarios derivados de la figura de la vinculación contractual o, en otros términos, existirá incumplimiento del contrato vinculado sea que no se satisfagan en debida forma los deberes secundarios de conducta, o que no se ejecute en debida forma la obligación principal por no agotarse los requisitos objetivos, subjetivos o circunstanciales, como se pasa a desarrollar.

i. Desde la perspectiva de sus requisitos.

a.) De los requisitos subjetivos⁴²⁵.

Un aspecto común del incumplimiento de los requisitos subjetivos en los contratos vinculados, es que el comportamiento realizado no tendrá efectos liberatorios, satisfactivos ni solutorios de la obligación contractual, bien sea por no reunir los requisitos del cumplimiento en el extremo pasivo o en el extremo activo de la relación obligatoria.

En principio, cuando los actos constitutivos de la prestación objeto de los contratos vinculados son realizados o recibidos por sujetos incapaces o que carecen de legitimación, el pago será irregular. Desde la perspectiva del deudor, cuando éste realice el comportamiento constitutivo de la prestación siendo incapaz, el pago o cumplimiento se verá afectado en su validez por una nulidad relativa que, en el evento de ser solicitada por la parte afectada y declarada por el juez, acarreará en últimas la ineficacia de los efectos finales del negocio jurídico, volviendo las cosas al estado anterior a su celebración, evento en el que “el que contrató con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto

⁴²⁵ Para Martínez de Aguirre hay cumplimiento de la obligación en sentido estricto “cuando se da una conducta del deudor que realiza exactamente lo previsto en el programa de prestación. Es decir, que tanto desde el punto de vista subjetivo –persona que realiza la conducta– como objetivo –conducta realizada– el programa de prestación previsto en el título constitutivo de la obligación ha sido correctamente actuado. En tal caso, el cumplimiento desempeña las tres funciones que le caracterizan: liberatoria del deudor, satisfactiva del acreedor, y extintiva del vínculo”: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el derecho navarro” [en línea], *Revista jurídica de Navarra*, n° 27, 1997, pág. 9-56. Disponible en: https://www.google.es/search?source=hp&ei=oe9SXl7IO6_t5gLC3bmICg&q=el+cumplimiento+de+las+obligaciones+y+ss+subrogados+en+el+derecho+navarro&btnK=Buscar+con+Google&oq=el+cumplimiento+de+las+obligaciones+y+ss+subrogados+en+el+derecho+navarro&gs_l=psy-ab.3...4841.13444..13683...0.0..0.145.8254.7j66.....0.....1..gws-wiz.....0..0i131j0j0i22i30j33i22i29i30j33i160.gRRr9eOffFRY [consultado el 31 de enero de 2019], 12.

probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz''⁴²⁶, o cuando las cosas pagadas o adquiridas por el incapaz en virtud del negocio jurídico le hubieren sido necesarias o subsistan, y el contratante que las pagó quisiere retenerlas. En el mismo sentido, cuando uno de los miembros se obliga en virtud de un contrato vinculado a transferir algún derecho real sin tener su libre disposición al momento de hacerse exigible la prestación, el contrato se considerará incumplido.

Ahora, tratándose del pago realizado por un representante del contratante deudor, se podría pensar que la calidad *intuitu personae* de los miembros del sistema en virtud de las relaciones de confianza que se establecen al interior de la vinculación contractual, *prima facie*, impediría que la prestación objeto de alguno de los contratos vinculados se ejecutara por una persona diferente del contratante original. Sin embargo, como se señaló en líneas anteriores, las cualidades especiales que deben reunir los sujetos para pertenecer al sistema no implican en forma automática que el objeto de todas las prestaciones contractuales sea *intuitu personae*. Por esta razón, solo se podrá considerar que el miembro del sistema ha incumplido cuando se valga de un representante, y la naturaleza de la prestación sea *intuitu personae* o cuando el representante no ejecute a satisfacción la prestación.

En cuanto a las prestaciones ejecutadas por un tercero, podríamos afirmar que, aunque el cumplimiento por un tercero de la obligación esté permitido en Colombia y formalmente se ejecute a conformidad la prestación, tal cumplimiento formal no tendrá la potencialidad de satisfacer el interés del acreedor directo ni de los acreedores indirectos en razón a la naturaleza *intuitu personae* de la calidad de los miembros, cuya justificación reside en la complejidad de la relación económica y en la operación económica común en sí misma considerada, por ser relaciones de confianza que demandan la anuencia de los miembros restantes para que un tercero ejecute la prestación.

Por tanto, la ejecución por un tercero de la prestación a cargo de uno de los miembros se podrá considerar como un supuesto de incumplimiento de la obligación. Sin embargo, ante la inejecución de las prestaciones por uno de los miembros, cuya pasividad haga mutar el incumplimiento temporal en definitivo, se justificaría exceptuar la calidad *intuitu personae* de los sujetos que pertenecen al sistema con el fin de satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos y de evitar la frustración de la operación económica, admitiendo la intervención de terceros que ejecuten las prestaciones en forma

⁴²⁶ Artículo 1747 del Código Civil.

provisional, aun cuando sea por una única vez mientras los miembros restantes eligen a un sujeto apto para hacer parte de la operación económica común, lo cual tendrá importantes repercusiones al momento de la elección de los remedios o medios de tutela para superar el incumplimiento de alguno de los contratos.

Así pues, analizado el incumplimiento desde la perspectiva del extremo pasivo, conviene hacer lo propio en relación con el extremo activo. En esa medida podemos afirmar que, en principio, cuando el contratante no pague al miembro acreedor de la obligación que sea exigible o pague a un tercero, se considerará que ha incumplido la obligación a su cargo. En igual sentido, cuando el deudor no realice el pago al mandatario con poder del acreedor para recibirlo o a la persona designada en el contrato, el contrato también se considerará incumplido.

En la misma línea, cuando el acreedor sea incapaz y el deudor solicite la nulidad del contrato y se declare por el juez, el deudor no podrá repetir lo pagado a menos que acredite que con tal pago el acreedor incapaz se hizo más rico -cuando los actos o comportamientos constitutivos de la prestación le hubieren sido necesarios o se hubiere incrementado su haber patrimonial-, evento en el que podrá repetir lo pagado en virtud del negocio jurídico. Al respecto, dado que la nulidad relativa afecta en primer lugar, la validez del contrato y, en segundo, su eficacia, por retrotraer las cosas al estado anterior a la celebración del negocio jurídico, de declararse, se le restarían los efectos extintivos, liberatorios y satisfactivos al pago realizado al acreedor incapaz o, al deudor recíproco, en caso de ser contratos sinalagmáticos.

Asimismo, el pago será nulo cuando el acreedor carezca de la libre administración o disposición de los bienes sobre los que recaen los derechos reales que le fueron transferidos, cuya declaratoria generará que se retrotraigan las cosas al estado anterior a la celebración del contrato vinculado, afectándose a nivel causal el sistema por ser la prestación que contenía el contrato declarado nulo, requisito, presupuesto, condición o complemento necesario para la ejecución a nivel causal de los restantes, propagándose, en últimas, la ineficacia derivada de la nulidad a los restantes contratos que, en caso de no ser posible la aplicación de remedios, no podrán ejecutarse por su imposibilidad fáctica. Sin embargo, cuando se pruebe que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, el pago no será nulo y no se afectará la validez ni la eficacia del negocio jurídico ni tendrá efectos adversos para el sistema de contratos.

Por último, en cuanto a la validez del pago al acreedor aparente, aun cuando sea válida en Colombia en los casos en que el deudor lo haya realizado de buena fe a la persona que estaba en posesión del crédito, tratándose de los contratos vinculados, tal situación sería extraña en la medida de que, por tratarse de relaciones de confianza y por ser la calidad de los miembros del sistema *intuitu personae*, no sería lógico que un contratante pagara a persona diferente de su cocontratante o ejecutara las prestaciones a favor de sujetos que sean extraños a la operación, pues tales caracteres suponen que el deudor al menos conozca con quién contrata y quiénes integran el sistema del cual es parte. Así pues, en caso de que el deudor pague a un sujeto que no sea su cocontratante o miembro del sistema, se considerará incumplido el contrato.

En resumen, el requisito de identidad de los sujetos en el extremo activo y pasivo de la obligación contenida en un contrato vinculado, podrá ceder ante el interés de los acreedores directos e indirectos en que se ejecute la prestación, lo que será válido siempre que no se trate de una prestación cuya naturaleza no sea *intuitu personae* y siempre que se ejecute a satisfacción el comportamiento debido, teniendo la aptitud para el logro de la finalidad práctico-social del contrato individual y para la consecución de la operación económica conjunta.

b) Requisitos objetivos⁴²⁷.

Se considerará que un miembro del sistema ha incumplido con la prestación principal a su cargo cuando su ejecución no sea idéntica o íntegra frente a lo establecido en el contrato o frente a la operación económica que instrumentaliza el sistema. Así también, se considerará que ha incumplido cuando no exteriorice un comportamiento satisfactivo de los deberes y obligaciones secundarias derivadas de la vinculación contractual en forma idéntica ni íntegra. Por esta razón, el pago o cumplimiento que no satisfaga tales requisitos objetivos se considerará irregular.

En primer lugar, existirá incumplimiento del contrato vinculado cuando cualitativamente la ejecución de la prestación no agote el requisito de identidad por no ajustarse en forma precisa la conducta del miembro, al programa ideal del contrato o de la operación económica conjunta, porque “el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni

⁴²⁷ El cumplimiento de los requisitos objetivos de la prestación contenida en el contrato implica que “El acreedor tiene derecho a la prestación plena, precisa y oportuna, y cumplir quiere decir ejecutar exactamente la prestación debida”: HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 572.

aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida''⁴²⁸. Asimismo, el contratante habrá incumplido el contrato cuando su comportamiento no sea idóneo para satisfacer el interés de los acreedores inmediatos y mediatos de la prestación objeto del contrato, aunque formalmente se haya cumplido la obligación contractual y conseguido la finalidad económico-práctica querida con él, porque si tal ejecución no se corresponde con la teleología de la operación económica común que los miembros se han proyectado, los miembros podrán rechazarla por no ser el comportamiento que legítimamente habrían de esperar con ocasión de la conexidad contractual.

Sin embargo, tal requisito no puede servir de excusa para evadir los deberes secundarios de colaboración con los miembros del sistema en el cumplimiento de sus prestaciones y en la consecución de un fin común, así como tampoco el deber de lealtad reforzada y de buena fe exigible de los contratantes, en la medida en que una disconformidad inane o fútil no justificaría el rechazo de la prestación ejecutada por uno de los miembros, siempre que no afecte el cumplimiento del contrato específico ni del negocio económico global y que, además, conserve su aptitud para satisfacer el interés de los acreedores.

En segundo lugar, se podrá predicar el incumplimiento del contrato vinculado en los casos en que cuantitativamente el cumplimiento de la prestación no sea íntegro por no ejecutarse en forma completa la obligación de acuerdo con el programa contractual o sistémico, como otra de las expresiones de que "el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación''⁴²⁹ y de que el deudor "no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba''⁴³⁰ por estar compelido a cumplir con la totalidad de su débito en razón a la naturaleza de la prestación o al pacto de los contratantes. En ese sentido, una parte de la doctrina considera que "el deudor (...) no está llamado a cumplir una o varias obligaciones fraccionadas, sino el contrato entendido como un todo; se reemplaza la idea de incumplimiento de obligaciones contractuales por la del incumplimiento del contrato''⁴³¹.

Con base en lo anterior podemos afirmar que los acreedores directos o indirectos están legitimados para rechazar el cumplimiento o pago inidóneo o

⁴²⁸ Artículo 1627 del Código Civil.

⁴²⁹ Ibid.

⁴³⁰ Artículo 1649 del Código Civil.

⁴³¹ VIDAL OLIVARES, A., "El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional", Op. cit., pág. 450.

fraccionado de la prestación porque solo el cumplimiento total tendrá la aptitud para satisfacer su interés y “únicamente en aquellos casos en que el negocio jurídico constitutivo de la obligación autorice expresamente, o así proceda de acuerdo de acuerdo con los usos del tráfico, será legítimo el cumplimiento parcial”⁴³². No obstante, esta regla general podrá morigerarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, si se tiene en cuenta que el derecho al rechazo de la prestación por los acreedores no puede tornarse abusivo y que “una negativa del acreedor puede ser contraria a la buena fe, cuando la parte que falte sea muy escasa y el interés del acreedor quede satisfecho por lo menos en su mayor medida con la prestación ofrecida o intentada”⁴³³.

En punto de los requisitos objetivos, es pertinente señalar que el incumplimiento del pago por su falta de identidad o integridad debe ser relevante por no tener la aptitud para satisfacer el interés de los acreedores inmediatos ni mediatos, o contravenir materialmente lo dispuesto en los contratos vinculados o los deberes, obligaciones y cargas derivadas de la vinculación contractual. Empero, el cumplimiento que aun cuando no sea íntegro ni idéntico en su totalidad, permita el logro de la finalidad económica social del contrato individual y de la operación económica de los contratos relevantes, deberá considerarse cumplimiento, aunque se pueden aplicar remedios como la reducción del precio o de la contraprestación del deudor o la ejecución del porcentaje faltante pues, los requisitos objetivos ceden frente a la necesidad de la satisfacción del interés de los acreedores directos e indirectos.

c) Requisitos circunstanciales.

Con base en el juicio de comparación de los elementos de modo, tiempo y lugar previstos en el programa contractual y en el proyecto sistémico, podemos señalar que existe incumplimiento del contrato vinculado cuando el pago de la prestación no satisface tales requisitos o, en otras palabras, en caso de que el cumplimiento no sea exacto o sea inadecuado para satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos. Esta exigencia se deriva de que el cumplimiento debe realizarse “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”⁴³⁴, que, en nuestro caso, no solo incluye los elementos

⁴³² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 503.

⁴³³ *Ibid.*, pág. 503.

⁴³⁴ Artículo 1627 del Código Civil.

circunstanciales previstos en el contrato o derivados de su naturaleza, sino que incorpora también los de la operación económica conjunta.

Así pues, existirá incumplimiento cuando la ejecución de la prestación no se realice en el lugar convenido en el contrato o en el que se derive de su naturaleza, que se debe acompañar también con la operación económica común, porque el lugar de cumplimiento debe tener en cuenta la ejecución de las prestaciones de los restantes contratos vinculados cuando sea su requisito, condición, presupuesto o complemento necesario, como manifestación de los deberes de colaboración para la consecución de un fin común y de lealtad reforzada en las relaciones con los demás contratantes. Por esta razón, los acreedores directos e indirectos podrán legítimamente rechazar el pago realizado en un lugar diferente al previsto bien sea en el contrato o en el programa comercial común, siempre que tal incumplimiento sea relevante y exceda el alcance de los deberes de colaboración entre los contratantes y los miembros del sistema. En ese sentido, en caso de que el miembro deudor cumpla en un lugar diferente “debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el incumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato”⁴³⁵, siempre que tal cumplimiento inexacto tenga aptitud satisfactoria de los intereses de los acreedores directos e indirectos.

Asimismo, se podrá considerar que existe incumplimiento contractual, cuando el miembro no ejecute la prestación del contrato vinculado en oportunidad o cuando tal ejecución no sea tempestiva, de acuerdo con el contenido o la naturaleza del contrato, así como con la finalidad de la operación económica común. En ese sentido, el contratante habrá incumplido cuando ejecute la prestación en forma anticipada o tardía, puesto que podrá desequilibrar no solo la coordinación de las prestaciones del contrato específico, sino la de todos los contratos que se encuentran con él vinculados, por no corresponderse con el contrato, con su naturaleza ni con la dinámica del sistema de contratos, requisito que tiene importantes repercusiones prácticas en relación con la mora y con la indemnización de los perjuicios causados en caso de prestaciones que sean de dar o de hacer. En esa medida, “con excepción de aquellos casos en que el término sea esencial y configure de manera ineludible la prestación misma, el retraso, aunque constituye una infracción de la obligación, no impide el cumplimiento”⁴³⁶. Al respecto, el artículo 6.1.5 de la edición del año 2016 de los Principios Unidroit señala:

⁴³⁵ Numeral 2º del artículo 6.1.6 de la edición del año 2016 de los Principios Unidroit.

⁴³⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 504.

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Con base en la disposición transcrita⁴³⁷, cuando los acreedores directos o indirectos no tengan interés legítimo para rechazar el cumplimiento de la prestación anticipada o tardía, por ser tal inexactitud fútil y la ejecución idónea para satisfacer su interés, deberán aceptar el cumplimiento, sin perjuicio de los remedios que puedan ejercer.

Por último, en cuanto al modo, es preciso indicar que cuando la prestación no se ejecute en la forma prevista en el contrato vinculado o en el programa económico común, no se podrá considerar que el contratante ha cumplido. Como ejemplo de ello, el artículo 6.1.2 de los Principios Unidroit señala que “el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento”. Lo que se justifica en que, dado que los contratos vinculados requieren de coordinación a nivel temporal, territorial y circunstancial, un incumplimiento de tal entidad afectará a los restantes contratos porque la operación económica que fue proyectada haciendo uso de criterios lógicos, temporales, territoriales y circunstanciales, demanda la ejecución previa, concomitante o sucesiva coordinada de los contratos, necesaria para el logro del objetivo común que conlleva un modo esencial de cumplimiento al cual deben adaptarse todos los contratos.

⁴³⁷ En términos similares, el artículo 7:103 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establece que “(1) Las partes pueden negarse a aceptar una oferta de pago anterior al vencimiento de la obligación, excepto en los casos en que aceptar dicha oferta no perjudique sus intereses de manera significativa. (2) El hecho de que una parte acepte un pago anticipado no afecta para nada a la fecha del cumplimiento de sus propias obligaciones”.

Así las cosas, aquí es preciso señalar que, aunque la prestación sea cumplida en el lugar, el tiempo y el modo establecido en el contrato vinculado, si tales requisitos no se corresponden con la operación económica común, existirá incumplimiento, puesto que el contenido contractual deberá interpretarse a la luz de la finalidad económica contractual que, en caso de discordancia con el contrato vinculado, deberá prevalecer, debido a la teleología misma de la figura de la vinculación contractual. Además, es posible afirmar que el incumplimiento de los requisitos circunstanciales debe ser relevante y afectar en forma grave la relación causal en el cumplimiento de las prestaciones de los contratos vinculados porque no se correspondería con el deber de colaboración entre los miembros del sistema que los contratantes exigieran un cumplimiento excesivamente formal o se rehusaran a aceptar el pago cuando el deudor realice los actos constitutivos de la obligación a tan solo unos metros, minutos o segundos de lo convenido, o de un modo que de igual forma satisfaga su interés.

ii. Desde la forma que adopta el incumplimiento.

Expuesto el incumplimiento de los contratos vinculados por la falta de uno o de algunos de sus requisitos subjetivos, objetivos o circunstanciales, nos compete ahora describir las formas que puede adoptar tal incumplimiento, que principalmente hacen alusión al incumplimiento absoluto y parcial o defectuoso, del objeto contractual, que en ambos casos puede ser tardío.

a) El incumplimiento absoluto.

El incumplimiento absoluto de un contrato vinculado se presenta cuando “en el momento para ello prefijado, el deudor no ha realizado ningún acto dirigido a poner en práctica la prestación comprometida”⁴³⁸, pudiéndose caracterizar su comportamiento como una omisión total de los actos dirigidos a la ejecución de la prestación que se hizo exigible, sea de dar, de hacer o de no hacer, que bien se puede tornar en definitivo o plasmarse en inejecución total, pero temporal de la prestación.

En primer lugar, el incumplimiento definitivo del miembro del sistema se concreta cuando este no supera el estado de inejecución total de la prestación a su cargo que se hizo exigible, por no modificar o adecuar su comportamiento al programa contractual ni negocial común, que aún tendría la aptitud para que el contrato individual desplegara sus efectos finales, la

⁴³⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 570.

operación económica conjunta se materializara y se satisficiera el interés de los acreedores. Así pues, dentro de las manifestaciones del incumplimiento definitivo que impiden la ejecución de la obligación, se encuentran: (i) la imposibilidad física o jurídica de realizarse, (ii) no resultar idónea para que el contrato despliegue sus efectos finales ni para que la operación económica conjunta se materialice por carecer de la aptitud o eficacia –identidad, integridad o exactitud- para satisfacer el interés de los acreedores directos o indirectos, como en el caso de las obligaciones que cuentan con un término esencial derivado del contrato o de la operación común, o cuando la inejecución se prolongue en forma indefinida sin que exista una justa causa para mantener la vinculación de todos los acreedores, (iii) la manifestación inequívoca del miembro deudor de su voluntad renuente a cumplir, (iv) la contravención total o parcial de la obligación de no hacer, (v) no alcanzar la obligación de resultado objeto del contrato cuya consecución no sea posible con posterioridad o, (vi) la muerte o incapacidad absoluta del miembro, cuando se trate de obligaciones de hacer *intuitu personae*.

Por el contrario, en caso de que no se pueda ejecutar la prestación objeto del contrato vinculado o se imposibilite a causa de la concreción exclusiva de un evento de caso fortuito o fuerza mayor en el que no medie dolo o culpa del deudor, la obligación se extinguirá, quedando la operación económica común desequilibrada a nivel causal por la falta de uno de los objetos contractuales necesarios para su instrumentalización, evento en el que los miembros restantes deberán valerse de los remedios a su disposición para la el logro de objetivo económico en común, y en el que el miembro liberado de su obligación contractual deberá cumplir sus deberes y obligaciones secundarias con los miembros restantes y con el sistema en sí mismo considerado, pues la extinción de la obligación principal no lo libera de su cumplimiento. Así pues, en el caso antes referido no existirá incumplimiento contractual porque en Colombia la inejecución debe ser imputable a título de dolo o de culpa al deudor. En esa medida, cuando el incumplimiento sea imputable a título de dolo o culpa del contratante, no se extinguirá la obligación principal, así como tampoco los deberes y obligaciones secundarias respecto de los demás miembros y del sistema en sí mismo considerado, y los acreedores directos o indirectos podrán ejercer los medios de tutela que mejor se adecuen a sus intereses y a la teleología de la operación que pretenden instrumentalizar.

Así las cosas, podemos afirmar que el incumplimiento definitivo de la prestación objeto de alguno de los contratos vinculados frustra la finalidad práctico-social del contrato individual, así como el fin perseguido con la operación económica común, por ser la prestación incumplida requisito,

presupuesto, condición o complemento necesario para su realización, supuesto en el que los acreedores mediatos e inmediatos estarán legitimados para ejercer los medios de tutela adecuados que enerven el desequilibrio causal producido, so pena de la frustración de la finalidad económica supracontractual perseguida. Por último, en relación con el incumplimiento absoluto definitivo vale la pena aclarar que el miembro incumplido no podrá ser constituido en mora de cumplir porque la prestación no puede ser cumplida y es inidónea para satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos, requisitos que deben estar presentes para que la constitución en mora del deudor sea procedente.

En segundo lugar, el incumplimiento absoluto pero temporal o tardío de la prestación contenida en el contrato vinculado, se presenta en los casos en que, pese a que el miembro *ab initio* no ejecutó los actos constitutivos de la prestación ni adecuó su comportamiento de conformidad con el programa contractual ni negocial común, cuando la obligación se hizo exigible -aspecto que depende de la modalidad en que la obligación fue convenida: pura y simple, condicional o a plazo-, con posterioridad, en caso de ser posible, adapta su conducta hacia la realización de la prestación debida, superando el incumplimiento absoluto inicial. Así pues,

El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación objetivamente considerada es todavía posible y realizada tardíamente es idónea para satisfacer el interés del acreedor. En estos casos, hay retraso en la ejecución de la prestación, que puede llegar a convertirse en mora si se dan o aparecen los requisitos necesarios para colocar al deudor en esta especial situación⁴³⁹.

En nuestro caso, para que la ejecución tardía o inexacta a nivel temporal, del contrato vinculado pueda considerarse como cumplimiento eficaz no debe encuadrarse en ninguno de los supuestos de incumplimiento definitivo antes enunciados y debe ser idónea para satisfacer el interés del acreedor directo del contrato, así como el interés de los acreedores indirectos y partes de los restantes contratos vinculados, por ser la ejecución idéntica, íntegra y exacta, salvo por el factor temporal, y por cumplir con los requisitos subjetivos, objetivos y circunstanciales. Además, debe ser aceptada por los demás miembros del sistema, a menos que tengan un interés legítimo para rechazarla, derecho que se deberá integrar con los deberes secundarios de

⁴³⁹ Ibid., pág. 570.

colaboración en el cumplimiento de las prestaciones de los otros miembros, de colaboración al sostenimiento del sistema y al logro de un fin común. Es por lo que el cumplimiento tardío se puede considerar como cumplimiento y ser aceptado por los acreedores, lo que no excluye que estos últimos se reserven el ejercicio de remedios o medios de tutela de su derecho de crédito lesionado por falta de exactitud -temporal- o retardo, como la pretensión de reducción del precio o la contraprestación, la solicitud de ejecución de la porción de la obligación insatisfecha o de su equivalente pecuniario, o la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento tardío les haya causado.

Aquí, es preciso señalar que la pretensión de indemnización de los perjuicios por el cumplimiento tardío estará condicionada a la constitución en mora del deudor, pues el solo retardo no es suficiente, dado que en Colombia se requiere que sea además culposo o doloso, y esté precedido de la interpelación judicial del miembro incumplido por los acreedores directos o indirectos, cuando se trate de obligaciones de dar y de hacer puras y simples o sometidas a una condición, no así en los casos de obligaciones negativas o convenidas en la modalidad accidental del plazo. En otras palabras,

En la mora, el comportamiento del deudor, o los impedimentos transitorios de prestación, conducen a una omisión de la prestación, pero el obstáculo es todavía superable. De esta suerte, la prestación puede todavía ser realizada, y, una vez realizada, aunque lo sea tardíamente, es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor, a cuya obtención la relación obligatoria se dirige⁴⁴⁰.

Entonces, tratándose de los contratos vinculados, para que el miembro incumplido pueda ser constituido en mora no solo se requiere que el cumplimiento de la obligación contractual sea posible, sino que además, tal posibilidad se debe predicar de la operación económica común, pues de no ser posible la consecución de la finalidad supra-contractual en el evento en que el retraso afecte la coordinación temporal de las prestaciones que instrumentalizan el negocio global, se excluiría la posibilidad de constituir en mora al deudor por no ser posible la satisfacción del interés de los acreedores directos ni indirectos y, por tanto, el incumplimiento mutaría en definitivo.

⁴⁴⁰ Ibid., pág. 648.

Con base en lo expuesto de manera precedente, podemos señalar que con posterioridad a la constitución en mora por el incumplimiento absoluto, el deudor tiene dos posibilidades. La primera, adecuar su comportamiento al tenor del contrato y de la operación económica y cumplir, evento en el que los acreedores podrán reclamar en forma adicional la indemnización de los perjuicios en caso de que con el retardo en la ejecución de la prestación, se hayan causado, así como ejercer otros medios de tutela. La segunda, que el deudor siga incumpliendo, supuesto en que el incumplimiento absoluto temporal mutará en definitivo, cuando el cumplimiento tardío no sea idóneo para satisfacer los intereses de los acreedores directos o indirectos, por no tener la aptitud para el logro de la finalidad práctico-social del contrato individual ni de la operación económica común.

b) Incumplimiento parcial o imperfecto.

Existe incumplimiento parcial, imperfecto o defectuoso en los casos en que la conducta ejecutada por el miembro, cuando la prestación se hizo exigible, no satisface los requisitos objetivos por no ser el cumplimiento íntegro o idéntico⁴⁴¹, o por realizarse en forma fraccionada, en relación con el programa contractual o con la operación económica común. En este caso,

Puede ocurrir que el deudor haya desplegado alguna actividad, sin embargo, como ella no es conforme al plan, no le libera frente a su acreedor y sigue vinculado para con él. Ese pago imperfecto no extingue la obligación y sujeta al deudor incumplidor a responsabilidad en un sentido amplio, o si se quiere, al ejercicio de los remedios de que dispone el acreedor por el incumplimiento⁴⁴².

Así pues, “(i) existe incumplimiento imperfecto cuando el deudor cumple su obligación pero de manera defectuosa; (ii) el defecto del cumplimiento debe ser cualitativo o cuantitativo y no solamente temporal; (iii) el incumplimiento imperfecto no se limita a las obligaciones de dar, también puede existir un cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer (...)”⁴⁴³ y cuando “todavía sea posible corregir los defectos en la prestación debida por el

⁴⁴¹ Como lo señala el artículo 1649 del Código Civil: “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”.

⁴⁴² VIDAL OLIVARES, A., “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, Op. cit.

⁴⁴³ TECHERA BARREIRO, V., “Incumplimiento imperfecto y sus remedios”, [en línea], *Revista de Derecho*, [S.l.], n. 9, 2016, pág. 221-252, disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/756> [consultado el 29 de enero de 2019]

deudor y que bajo esa corrección la prestación sea idónea para satisfacer tal pretensión del acreedor”⁴⁴⁴. Por esta razón, en algunos casos los acreedores directos o indirectos pueden rechazar legítimamente el cumplimiento imperfecto de la prestación⁴⁴⁵, pero en otros, puede que “el interés legítimo del acreedor en recibir el cumplimiento total no sea evidente, y que la aceptación momentánea de un cumplimiento parcial no ocasione ningún daño al acreedor. Si el deudor prueba este supuesto, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento parcial (...) en cuyo caso no puede hablarse de incumplimiento de la obligación”⁴⁴⁶.

Ahora, tratándose de los contratos vinculados, la prestación imperfecta debe carecer de aptitud para que el contrato despliegue sus efectos finales y debe ser inidónea para la consecución de la operación económica común, para que se pueda predicar de los miembros un interés legítimo en su rechazo porque de lo contrario, en caso de que la prestación aunque carezca de identidad e integridad resulte apta para la consecución del negocio global y para la satisfacción del interés de los miembros del sistema, deberá ser aceptada como manifestación de los deberes de colaboración en la ejecución de las prestaciones de los otros miembros, de lealtad reforzada y de colaboración a la consecución de un fin común, con el objetivo de que no se paralice la ejecución de las prestaciones que están con ella vinculadas por ser su requisito, presupuesto, condición o complemento necesario, y tampoco la operación económica común. Sin perjuicio de que los acreedores se reserven el ejercicio de los remedios frente al incumplimiento parcial, como el pago por el miembro incumplido de los gastos generados con ocasión de la prestación defectuosa, la reducción de la contraprestación a su favor, la indemnización de los perjuicios que se llegaren a causar o la subsanación en especie o en la forma de subrogado pecuniario, de la parte de la obligación insatisfecha. Por el contrario, en caso de aceptación de la prestación o conducta ejecuta por el deudor sin reserva alguna, se podrá considerar cumplida en debida forma la obligación. Así pues,

⁴⁴⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., Op. cit., pág. 150.

⁴⁴⁵ Al respecto, el artículo 6.1.3 de la edición de 2016 de los Principios Unidroit señala: “(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo. (2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor”.

⁴⁴⁶ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 203.

El cumplimiento parcial comporta por lo general un incumplimiento del contrato. Una parte que no recibe el cumplimiento total a su vencimiento puede ejercitar los remedios correspondientes. Como regla general, el acreedor tiene un interés legítimo en reclamar el cumplimiento total de lo que le fue prometido y en el momento en el que le fue prometido. El acreedor puede, por supuesto, abstenerse de rechazar la oferta de cumplimiento parcial, reservándose los derechos de incumplimiento, o puede aceptarlos sin ninguna reserva, en cuyo caso el incumplimiento parcial no podrá ser más tarde considerado como incumplimiento⁴⁴⁷.

Por último, debemos indicar que al igual que en el incumplimiento absoluto, en el incumplimiento imperfecto, la inejecución parcial de la prestación contenida en el contrato vinculado puede ser superable o puede tornarse definitiva. En el primer caso, el incumplimiento parcial superable se puede identificar en los eventos en que el contratante adecue su conducta a los requisitos de integridad e identidad o, ejecute la parte de la prestación insatisfecha al momento de su exigibilidad en forma voluntaria o después de su constitución en mora.

Aquí conviene señalar que la aceptación de la prestación incompleta por los miembros del sistema es remedial y temporal, con el fin de que no se paralice la ejecución de los demás contratos ni la operación económica común, pudiendo ejercitar con posterioridad o de manera concomitante los medios de tutela dirigidos a la obtención del cumplimiento íntegro e idéntico siempre que sea posible corregir los defectos de la prestación y con ello satisfacer en su totalidad el interés de los acreedores o, en caso contrario, ejercer los remedios pertinentes como la solicitud de la reducción proporcional de la contraprestación a favor del deudor incumplido, del equivalente pecuniario de la parte insatisfecha o de la indemnización de los perjuicios causados. Es por lo que en caso de que el contratante ejecute en forma voluntaria la porción de la prestación faltante, solo deberá pagar los gastos adicionales generados para los demás miembros con ocasión del incumplimiento defectuoso.

En el segundo caso, el incumplimiento parcial o imperfecto no será superable y mutará a incumplimiento definitivo y absoluto cuando los acreedores directos e indirectos tengan interés legítimo en rechazar la ejecución parcial

⁴⁴⁷ Ibid., pág. 202.

de la prestación por no ser apta para que el contrato despliegue sus efectos finales ni para el logro de la operación económica común e inidónea para satisfacer su interés, y el deudor no adapte su comportamiento a la ejecución de la prestación en debida forma. En distinto grado, el incumplimiento parcial se torna definitivo, pero no absoluto, cuando los acreedores acepten el pago parcial y el contratante deudor no complete o ajuste la prestación conforme a los requisitos de integridad ni de identidad según el contrato y la operación económica conjunta.

Así pues, en el primer supuesto se configurará un incumplimiento absoluto de la obligación y debido a ello remitimos al acápite pertinente de este trabajo, mientras que en el segundo, los miembros del sistema podrán ejercer los medios de tutela para satisfacer su derecho de crédito lesionado con la falta de ejecución definitiva de la porción de la obligación faltante, dentro de los que cabe mencionar la pretensión de cumplimiento en su forma de subsanación como la ejecución en especie faltante, la reducción proporcional de la contraprestación pagada al miembro incumplido, el subrogado pecuniario de la porción de la obligación faltante o la indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento parcial les haya ocasionado, que no requerirá constitución en mora en caso de mutar a definitivo el cumplimiento. Además, es preciso aclarar que en este último caso no se frustra o paraliza la ejecución del contrato individual ni de la operación económica a diferencia del primer evento, pues el incumplimiento aunque imperfecto, conserva la aptitud e idoneidad para alcanzar sus finalidades.

d) Efectos del incumplimiento en los contratos vinculados y sus particularidades.

Como acto jurídico, el cumplimiento contractual es un comportamiento humano que el ordenamiento ha disciplinado, otorgándole efectos solutorios, liberatorios, patrimoniales y satisfactivos. Por el contrario, el incumplimiento contractual y, en especial, de los contratos vinculados, tiene como consecuencia la falta de producción de tales efectos, además de las especificidades propias derivadas de la naturaleza de la figura. Así pues, a continuación nos referiremos a los efectos o consecuencias para el deudor, para los acreedores directos e indirectos y para el sistema en sí mismo considerado, de la inejecución de las prestaciones contenidas en un contrato vinculado.

i. Para el deudor.

La “solución o pago efectivo”⁴⁴⁸ de la obligación contractual por el deudor es uno de los modos de extinción de la obligación, por lo demás, el natural, dada la regla general del cumplimiento espontáneo de la obligación. Sin embargo, en caso de que el deudor no ejecute la prestación según lo convenido en el contrato y en la operación económica común, existirá incumplimiento del contrato vinculado, así como de las obligaciones y deberes secundarios derivados de la figura. En consecuencia, el miembro incumplido no se liberará de la obligación contractual ni recuperará su libertad de acción por no extinguirse el vínculo jurídico que lo ata con sus acreedores, pues tal inejecución legitima a los acreedores directos e indirectos para ejercer los medios de tutela legales o los derivados de la autonomía privada, con los cuales puedan satisfacer su interés y reparar la lesión de su derecho de crédito proveniente del daño o incumplimiento contractual.

En nuestro caso, aun cuando el miembro del sistema cumpla formalmente con la obligación contractual principal a su cargo y esta se extinga por pago o cumplimiento, continúa siendo deudor de los deberes y obligaciones secundarias de conducta respecto de los demás miembros del sistema y del sistema en sí mismo considerado, por lo que no recuperará su libertad de acción hasta que la operación económica conjunta finalice con éxito. Por otro lado, en caso de incumplimiento de la obligación principal contenida en el contrato vinculado, la obligación no se extinguirá y el deudor continuará obligado con los acreedores directos e indirectos a satisfacer la prestación, así como a cumplir los deberes y las obligaciones secundarias hacia el sistema y hacia sus miembros, por no satisfacerse el interés del contratante inmediato ni de los acreedores indirectos a causa de la falta de ejecución del contrato individual y, de manera mediata, de la operación económica conjunta.

Por último, podemos señalar que en caso de que el incumplimiento absoluto, parcial o defectuoso se torne definitivo, ello repercutirá en la justificación de la contraprestación pagada al miembro incumplido, pues no se justificará el ingreso a su haber patrimonial de la totalidad de un beneficio que estaba supeditado al cumplimiento a satisfacción del contrato. Adicional a ello, tratándose de obligaciones de dar o de hacer puras y simples, o condicionales, el retraso culpable en la ejecución del contrato vinculado constituye en mora de cumplir al contratante, momento a partir del cual los acreedores directos e indirectos estarán legitimados para exigir la indemnización de los perjuicios causados con tal inejecución.

⁴⁴⁸ Artículo 1625 del Código Civil.

ii. Para el acreedor directo.

El incumplimiento de un contrato vinculado tiene como consecuencia inmediata la lesión del derecho de crédito del acreedor directo de la obligación contractual, además de la insatisfacción de su interés a causa de la falta de despliegue de los efectos finales del contrato individual y de la afectación de la operación económica común, cuya ejecución requiere en forma necesaria la materialización de los efectos finales de todos los contratos vinculados. Por lo que el contratante directo estará legitimado para el ejercicio de los medios de tutela que considere pertinentes a fin de obtener la satisfacción de su interés y de su derecho de crédito.

iii. Para los acreedores indirectos o miembros del sistema de contratos.

A diferencia del incumplimiento analizado desde el punto de vista del contrato aislado, la inejecución de alguno de los contratos vinculados tiene efectos, además de los ya enunciados para el deudor y para el acreedor inmediato, frente a los demás miembros del sistema y al sistema en sí mismo considerado. Así pues, tratándose de contratos vinculados, es posible afirmar que el incumplimiento de alguno de ellos se agrava en razón a que no solo tendrá repercusiones adversas respecto del contrato individual y del cocontratante inmediato, sino frente a los demás contratos vinculados y miembros del sistema.

En este punto, conviene señalar que con la inejecución del contrato vinculado no solo se lesionará el derecho de crédito del cocontratante inmediato sino el de los demás miembros del sistema porque estos últimos dejan de recibir las satisfacciones indirectas que obtendrían de haberse cumplido el contrato, por ser requisito, condición, presupuesto o complemento necesario y causal de la ejecución de las prestaciones a su cargo. Así mismo, con tal inejecución se materializa el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta del deudor hacia los acreedores indirectos, impidiendo que se satisfaga su interés por la frustración del negocio económico global. Y ello es así porque la ineficacia derivada del incumplimiento de alguno de los contratos vinculados es susceptible de propagarse, afectándose de manera directa los contratos cuya ejecución es concomitante o posterior al contrato incumplido, y de manera indirecta, los contratos ya ejecutados, por no ser posible la consecución de la operación económica final. Por último, el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados legitima en forma especial y restringida a los miembros del sistema para ejercer los medios de tutela que sean idóneos

para satisfacer su interés y superar la inejecución de las prestaciones, en caso de ser posible.

iv. Para el sistema en sí mismo considerado.

En cuanto al sistema de contratos como tal, el incumplimiento definitivo y no superable de alguno de los contratos vinculados puede derivar en su desintegración, a causa de la inejecución de los deberes de colaboración y de sostenimiento del sistema y de lealtad reforzada, aun cuando puedan subsistir algunos de los contratos individualmente considerados por haberse ejecutado con anterioridad al contrato incumplido y haber alcanzado su función práctico-social. Entonces, el sistema de contratos se desintegrará por devenir en imposible la consecución de la operación económica querida que exige la concurrencia de los efectos finales de todos los contratos vinculados y por no ser idóneo ninguno de los remedios ejercidos por los acreedores para superar tal incumplimiento.

v. Patrimoniales.

Como se señaló en líneas anteriores, la preexistencia de la obligación y su cumplimiento es el fundamento para conservar la atribución patrimonial en el haber del deudor de la prestación del contrato vinculado ya que "El pago (...) es, además, una justa causa que permite al accipiens obtener y conservar la atribución patrimonial en que la prestación consistía"⁴⁴⁹, justificación que desaparecerá con el incumplimiento definitivo de la obligación y que legitimará a los acreedores directos e indirectos para exigir la devolución total o parcial de la prestación patrimonial que derivó el miembro incumplido, a través de los medios de tutela puestos a su disposición.

2) Remedios frente al incumplimiento en los contratos vinculados.

En términos generales el incumplimiento en los contratos vinculados se puede definir como toda falta de adecuación entre el comportamiento del deudor y el programa ideal contenido en el contrato vinculado y en la operación económica conjunta, o derivado de su naturaleza, que le sea imputable a título de dolo o culpa. En consecuencia, no existirá incumplimiento cuando la imposibilidad de ejecución de la obligación obedezca a la concreción exclusiva de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, pues no será atribuible al deudor.

⁴⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 513.

Tras destacar lo anterior, podemos sostener que ante el quebranto, cualquiera que sea su forma, de la obligación contenida en alguno de los contratos vinculados o derivadas de la vinculación contractual, se pueden presentar dos escenarios: (i) que el acreedor directo o los acreedores indirectos asuman una conducta pasiva en relación con el incumplimiento o inejecución del contrato que se puede tornar definitivo y frustrar la finalidad del contrato y de la operación económica en común o, (ii) que los acreedores inmediatos o mediatos rechacen el cumplimiento parcial o defectuoso, o activen el elemento coercible de la obligación contractual -en los casos en que el incumplimiento sea absoluto, tardío o defectuoso- cuando esta sea exigible y el deudor no la haya cumplido a satisfacción o incurra en retardo o mora en su cumplimiento, mutando la originaria esperanza de cumplimiento contractual en una legítima pretensión encauzada a través del derecho de acción que puede adoptar la forma de diversos remedios o medios de tutela del crédito de los acreedores insatisfechos, cuyo ejercicio dependerá de la naturaleza del incumplimiento, del régimen de responsabilidad aplicable, del *ius variandi* del acreedor y, en últimas, de la teleología de los contratos vinculados. Entonces, el último escenario será el que ocupará nuestra atención en las páginas siguientes, al referirnos a las soluciones tradicionales que se han elaborado para superar el incumplimiento en los contratos bilaterales para analizar su idoneidad y pertinencia en los contratos vinculados, para luego proponer soluciones específicas y complementarias que se correspondan con la teleología de la figura.

De manera preliminar debemos señalar que un remedio se puede definir como aquel “Medio que se toma para reparar un daño o inconveniente”⁴⁵⁰, como una “Enmienda o corrección”⁴⁵¹ o como “Aquello que sirve para producir un cambio favorable de las enfermedades”⁴⁵². Asimismo, la tutela se puede entender como “Dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra”. Así pues, en este trabajo nos referiremos a los “remedios” o “medios de tutela” como términos equivalentes para denotar aquellos instrumentos legales o derivados de la autonomía privada a disposición del acreedor y en algunos casos del deudor, que tienen como propósito tutelar o proteger el derecho de crédito del acreedor, lesionado con el incumplimiento contractual o daño, pues están encaminados a superar el estado de inejecución de la prestación y a satisfacer el interés del acreedor, bien sea

⁴⁵⁰ Real Academia Española.

⁴⁵¹ *Ibíd.*

⁴⁵² *Ibíd.*

atacando el vínculo jurídico para extinguir la relación contractual o, pretendiendo la corrección del incumplimiento⁴⁵³. En ese sentido,

El solo incumplimiento es suficiente para poner a disposición del acreedor unas medidas de protección que, genéricamente, se las llama remedios por incumplimiento, es decir, acciones o derechos que la ley o el contrato confieren al acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, entre los cuales puede optar, más o menos, libremente y cuyo objetivo es la realización de su interés en la prestación, afectado por la infracción. Esto es, los denominados efectos anormales de las obligaciones o derechos y acciones por incumplimiento⁴⁵⁴.

En este punto, consideramos pertinente destacar el origen en el *Common Law* de la categoría “remedios” al incumplimiento contractual o “*remedies for breach*”, que en el derecho de tradición continental se ha asimilado bien como “remedios” o como “medios de tutela” del derecho crédito del acreedor afectado con el incumplimiento contractual. Entonces,

la expresión general remedios se define como aquellos medios por los cuales se ejecuta un derecho o se evita, compensa o indemniza su violación. Y, en particular, los remedios por incumplimiento son aquellos derechos o facultades que la ley o el contrato confiere a la parte afectada por el incumplimiento, cuyo ejercicio depende del incumplimiento de la otra parte contratante y de la concurrencia de su supuesto de hecho específico⁴⁵⁵.

Por esta razón, aunque la categoría de remedios frente al incumplimiento sea una construcción foránea, no riñe con la estructura jurídica propia de la tradición romano-germánica, por ser una abstracción o género comprensivo de las figuras jurídicas de un ordenamiento específico o “La sistematización

⁴⁵³ “Se puede definir a los remedios como los medios de tutela de las posiciones jurídicas”: BUENDÍA DE LOS SANTOS, E., “Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado”, [en línea], *Revista Foro Jurídico*, n.º. 15, 2016, págs. 303-325, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19853/19894> [consultado el 31 de enero de 2019], 306.

⁴⁵⁴ VIDAL OLIVARES, A., “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, Op. cit.

⁴⁵⁵ VIDAL OLIVARES, A., “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, Op. cit., pág. 452.

de las acciones a favor del acreedor en caso de incumplimiento''⁴⁵⁶, en nuestro caso el colombiano, que tienen en común su función remedial frente al incumplimiento contractual, bien sea en su forma correctora o extintiva, como medios de protección a disposición del acreedor cuyo derecho de crédito ha sido lesionado y, en algunos casos, del deudor incumplido. En otros términos, puede que en distintos países se haga uso de la construcción de los remedios frente el incumplimiento contractual, pero el contenido y el elenco de remedios variará de un país a otro, pues esta figura comprende aquellos remedios contemplados por vía legal o contractual, limitándose o ampliándose los medios de tutela de que dispone el acreedor, dependiendo del Estado en que se encuentre. Además, debemos aclarar que en Colombia los remedios frente al incumplimiento contractual son una construcción doctrinaria y no legal ya que, como hemos señalado, el Código Civil y de Comercio no hacen una sistematización de los medios de tutela a disposición del acreedor sino que los regulan de manera dispersa.

Cabe aquí señalar también que tradicionalmente el análisis de los remedios o medios de tutela de que dispone el acreedor se ha circunscrito al contrato bilateral y aislado y, por tanto, a la legitimación restringida del acreedor directo, en la mayoría de los casos, para invocarlos, lo que se justifica en el arraigo del principio de los efectos relativos del contrato y del paradigma de la reciprocidad de las prestaciones, con base en los cuales se considera que tal legitimación se restringe al acreedor por ser el único que hace parte de la relación sustancial contractual con el deudor incumplido. Sin embargo, tratándose de los contratos vinculados es pertinente hacer un quiebre con la concepción tradicional, admitiendo la posibilidad de que los acreedores indirectos o miembros del sistema, además del contratante directo, puedan ejercer los medios de tutela para proteger su derecho de crédito, como una manifestación de los efectos jurídicos que se derivan de la teleología de la vinculación contractual.

Y ello es así porque los miembros del sistema o acreedores indirectos del contrato derivan una legitimación especial y restringida por activa para ejercer los remedios para superar el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, debido a que con su ejecución obtienen satisfacciones indirectas de su interés en la medida en que tal ejecución es requisito, presupuesto, condición o complemento necesario de la prestación a su cargo,

⁴⁵⁶ PIZARRO WILSON, C., "Los Remedios al Incumplimiento Contractual en los Proyectos Franceses de Reforma del Derecho de Contratos", [en línea], *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, Valparaíso, 2011, págs. 117-138, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n36/a03.pdf> [consultado el 2 de febrero de 2019], 123.

así como indispensable para la consecución de la operación económica común. Por esta razón, de la existencia de una relación sustancial “sistémica” o negocial común, se deriva un litisconsorcio cuasinecesario o necesario, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia analizada en el primer capítulo, entre los extremos subjetivos de los contratos vinculados, que los faculta para ejercer su derecho de acción contractual para superar el incumplimiento y se materializa a través de los diferentes medios de tutela de su crédito. Expuesto el panorama general, a continuación nos referiremos en términos generales a los medios de tutela establecidos en los Códigos Civil y de Comercio colombianos, y a los remedios contemplados en el Estatuto del Consumidor.

En primer lugar, podemos señalar que el régimen de protección al acreedor que se puede identificar en los Códigos Civil y de Comercio colombianos, no sistematiza los remedios o medios de tutela susceptibles de ejercicio por aquel, con prescindencia de la tipología contractual, en caso de que su derecho de crédito sea lesionado por cualquier disconformidad entre la conducta del deudor y el programa contractual o sistémico ideal ni elabora una disciplina frente al cumplimiento del contrato con pretensiones de generalidad. En cambio, frente a ciertas manifestaciones del incumplimiento el legislador elaboró una disciplina especial y sectorizada de protección al acreedor como los vicios ocultos para la compraventa, en la que los remedios aplicables son las acciones edilicias de rebaja del precio y de resolución del contrato. Así las cosas, no existe un sistema unitario de remedios aplicable a los contratos típicos o atípicos, sino que la protección del derecho de crédito variará de acuerdo a la tipología del contrato incumplido, y a la naturaleza de las relaciones entre las partes, lo que se explica en la ausencia de un concepto amplio y omnicompreensivo de todas las especies de inejecución de la prestación respecto del programa ideal obligacional con soluciones uniformes para todo tipo de contratos, así como en que “si bien esta construcción de la obligación -como prestación- parece ser muy clara y fácil de explicar, es excesivamente esquemática y limitada, pues solo contempla los deberes de conducta del deudor, pero no considera la vinculación contractual desde la perspectiva de la satisfacción del interés del acreedor”⁴⁵⁷. Lo que nos permite afirmar la convivencia en los Códigos Civil y de Comercio de un régimen general con regímenes especiales que asignan efectos jurídicos disímiles dependiendo de la clase del incumplimiento, de las relaciones entre las partes y del contrato en el que se manifieste. En otras palabras,

⁴⁵⁷ VIDAL OLIVARES, A. y OVIEDO ALBÁN, J., “Protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida. Desde la fragmentación de un régimen unitario”, *Revista Universitas*, n° 136, Valparaíso, Chile, 2018.

El Código Civil colombiano consagra la resolución del contrato, la ejecución forzosa, la indemnización de perjuicios e intereses y la excepción de inejecución; sin embargo, los artículos que los fundamentan no se encuentran ordenados en forma coherente. Así, pues la norma sobre la resolución de los contratos se halla en medio de los artículos que regulan la condición como modalidad de las obligaciones y la reducción del precio sólo recibe consagración legal con ocasión de la acción edilicia *quanti minoris*, en el capítulo de la compraventa⁴⁵⁸.

En ese sentido, al analizar el incumplimiento desde la perspectiva de la satisfacción del interés del acreedor, que es complementaria y no excluyente de la perspectiva de la prestación a cargo del deudor con base en la cual el legislador decimonónico elaboró los medios de tutela del derecho de crédito del acreedor, podemos abordar el estudio de los remedios que el ordenamiento le permite ejercer al acreedor. Lo que se justifica en que la realización de los efectos negociales y finales del negocio jurídico y la satisfacción del interés del acreedor “penden de la correcta ejecución de la regla contractual y los problemas de incumplimiento lo son de insatisfacción del interés del acreedor”⁴⁵⁹. Es por lo que en este trabajo abordaremos el estudio de los remedios frente al incumplimiento a partir de la construcción decimonónica de incumplimiento basada en la naturaleza de la prestación a cargo del deudor, pero también desde la satisfacción del derecho de crédito y del interés del acreedor⁴⁶⁰.

En segundo lugar, el Estatuto del Consumidor, la ley 1480 de 2011, contempla una disciplina de remedios específica para el incumplimiento imperfecto o defectuoso, aunque también absoluto, bajo la denominación de “garantía

⁴⁵⁸ CORTÉS. E. y OTROS, *Informe Colombia, en El derecho de los Contratos en Latinoamérica, bases para unos principios de derecho de los contratos*, Bogotá, Universidad Externando de Colombia, Universidad del Rosario y otras, 2012, pág. 274.

⁴⁵⁹ VIDAL OLIVARES, A. Y OVIEDO ALBÁN, J., *Op. cit.*

⁴⁶⁰ Por el contrario, algunos instrumentos internacionales con pretensiones de unificación que hacen parte del “nuevo derecho de contratos” como los Principios Unidroit en su edición de 2016, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, el Marco Común de Referencia Europeo y los Principios Latinoamericanos del Derecho de Contratos han recogido los esfuerzos tendientes a la elaboración de un régimen común y unitario de protección para el derecho de crédito del acreedor, con prescindencia de la tipología del contrato, cuya relevancia yace en la extensión de los remedios restringidos a ciertas topologías de contratos hacia otras e incluso hacia contratos atípicos. Es por lo que al analizar la procedencia de los remedios frente a los contratos vinculados en Colombia haremos referencias tangenciales a tales cuerpos normativos con fines ilustrativos.

legal”⁴⁶¹, cuyo análisis se limitará en este trabajo a los casos en que el consumidor haya adquirido la propiedad, el goce o el uso del producto a través de un contrato. Así pues, se establece un régimen especial de medios de tutela aplicable a las relaciones de consumo, que tiene como sujeto activo al consumidor y como sujeto pasivo al productor o proveedor del producto. En esa medida, en caso de que exista incumplimiento defectuoso o imperfecto del contrato en virtud del cual el consumidor adquirió la propiedad, el goce o el uso del producto, este último podrá solicitar la reparación o la reposición del producto, así como resolver el contrato con la consecuente devolución del dinero o pedir la disminución del precio pagado, remedios a los que más adelante nos referiremos al abordar el *ius variandi* del acreedor.

Con base en lo anterior, podemos señalar que al emprender la tarea de determinar cuáles son los remedios que están legitimados para ejercer los acreedores directos e indirectos del contrato vinculado ante su inejecución, nos encontramos ante la dificultad de establecerlos con facilidad. Primero, por la ausencia de un régimen general y unitario omnicomprendido de remedios o medios de tutela aplicables a todo tipo de contratos y, segundo, porque existe “desorden de las fuentes del derecho resultado de diversos factores como la (excesiva) especialización del derecho o la globalización”⁴⁶². Además, de la complejidad creciente del ordenamiento jurídico causada por la diversidad de relaciones y la circunstancia de que “El sujeto ya no es unitario, como no lo es su protección”⁴⁶³, contribuyen a obstaculizar esta tarea, que dependerá de la naturaleza de las relaciones, de consumo, civiles o comerciales, lo que da cuenta de la fragmentación del sistema de remedios ante el incumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano que se puede identificar desde el Código Civil del Siglo XIX hasta nuestros días.

Así pues, a continuación, nos referiremos a los remedios tradicionales que se han elaborado frente al incumplimiento y a sus especificidades en relación con los contratos vinculados, y a los remedios propios derivados de la naturaleza de la figura de la vinculación contractual, que serían susceptibles de ejercerse en Colombia, así como su consagración en instrumentos internacionales, con las salvedades del caso que sean pertinentes.

- 3) Remedios tradicionales frente al incumplimiento contractual y su idoneidad tratándose de los contratos vinculados.

⁴⁶¹ Como se puede corroborar en el Capítulo I del Título III de la Ley 1480 de 2011.

⁴⁶² Rodríguez Olmos, J., *Medios de tutela del consumidor ante la falta de conformidad en la compraventa en Colombia: dispersión normativa e interpretación sistemática*, 2018.

⁴⁶³ *Ibid.*

a. Antecedentes.

La concepción tradicional del contrato bilateral aislado con prestaciones recíprocas tuvo injerencia relevante en el desarrollo y aplicación de los medios de tutela a disposición del acreedor para superar el incumplimiento contractual desde dos perspectivas: la legitimación y la finalidad. En la primera, el interés jurídico para actuar frente al incumplimiento contractual y accionar los remedios se restringió al acreedor directo o contratante inmediato por ser la intervención de los terceros interesados la excepción a la regla general y, desde la segunda, se privilegió la finalidad de superar la inexecución de las prestaciones contractuales bien fuera con la extinción del vínculo jurídico o con la corrección del incumplimiento y la conservación del contrato.

Sin embargo, en relación con los contratos que se encuentran vinculados no es indiferente el remedio que se utilice ni la función que tenga para superar el incumplimiento, pues no pueden aplicarse en forma absoluta y automática las reglas establecidas para un determinado tipo de contrato, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial articulado en la convención misma⁴⁶⁴ como ocurre en el caso objeto de nuestro estudio. Además, el incumplimiento contractual en los contratos vinculados como daño que es tiene consecuencias específicas y diferentes a las de los contratos bilaterales, pues no solo lesionará el derecho de crédito del contratante directo sino de los acreedores indirectos o miembros del sistema, lo que los legitima en forma especial y restringida para ejercer los medios de tutela tendientes a la conservación del contrato específico y a la consecución de la finalidad económica común.

Así las cosas, en este acápite podremos corroborar que no todos los remedios tradicionales elaborados para superar el incumplimiento de los contratos bilaterales se corresponden con la teleología de los contratos vinculados y que, en algunos casos, se debe privilegiar o limitar el ejercicio de un medio de tutela sobre otro, en caso de que el acreedor pueda decidir sobre el remedio que mejor satisfaga su interés.

⁴⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1938. G.J., t. XLVI, págs. 670 y 671.

b. El *ius variandi* del acreedor y la acumulación de remedios.

En caso de presentarse el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, los acreedores directos o indirectos, en conjunto o en forma separada, por constituirse, en nuestra opinión, un listisconsorcio cuasinecesario, podrán optar a su discreción por aquel remedio o remedios que estimen idóneos para satisfacer su interés, de acuerdo con las prestaciones contenidas en el contrato incumplido y con la operación económica común que instrumentaliza el sistema de contratos⁴⁶⁵. Así pues,

La opción de ejercitar uno u otro pertenece al acreedor, quien la ejercerá según mejor convenga a su interés afectado. Después del incumplimiento, que rompe el orden normal de las cosas (los contratos se celebran para cumplirse), es el acreedor quien debe decidir sobre el o los remedios de que hará uso para la realización de su interés, sin más límites que los provenientes de los supuestos específicos de cada remedio⁴⁶⁶.

Entonces, cabe aclarar que los remedios son instrumentos típicos, reglados en el contrato incumplido o contemplados en el ordenamiento jurídico, en los que se establecen los requisitos necesarios para su ejercicio. Es por lo que el acreedor afectado con el incumplimiento deberá agotar los supuestos de hecho de cada uno de los remedios para conseguir la satisfacción de su interés lesionado a través de ellos, así como escoger aquellos que por su naturaleza pueda ejercer en forma conjunta⁴⁶⁷ debido a que “los remedios que no son incompatibles son *acumulables*”⁴⁶⁸ y a que “la posibilidad o no de hacer

⁴⁶⁵ En el mismo sentido: “La elección del remedio es un derecho potestativo que corresponde enteramente al acreedor de acuerdo a su interés subjetivo. Por ende, el acreedor es quien está en mejor posición de elegir el remedio frente al incumplimiento del deudor”: BUENDÍA DE LOS SANTOS, E., Op. cit., pág. 309.

⁴⁶⁶ Vidal Olivares, A., “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, Op. cit.

⁴⁶⁷ El artículo 1217 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés señala “La parte en cuyo detrimento no se haya cumplido el compromiso, o lo haya sido imperfectamente, podrá: negarse a ejecutar o suspender el cumplimiento de su propia obligación; instar la ejecución forzosa in natura del compromiso; solicitar una reducción del precio; provocar la resolución del contrato; solicitar la reparación de las consecuencias del incumplimiento. Los remedios que no sean incompatibles podrán acumularse; los daños y perjuicios podrán añadirse a todos los demás remedios”.

⁴⁶⁸ GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia” [en línea], *Anuario de Derecho*

valer cada uno de los diversos remedios depende de que se cumplan o no sus respectivos presupuestos''⁴⁶⁹. En consecuencia, el supuesto de hecho y la naturaleza de los medios de tutela limitan el ejercicio de los remedios a instancias del acreedor, pues establece relaciones alternativas, cumulativas o excluyentes entre ellos.

Por último, debemos aclarar aquí que además de los límites propios del *ius variandi* del acreedor en razón de la existencia de la vinculación contractual, tal poder de elección está limitado a la vez por el deber de gestión razonable o de mitigación del daño, lo que quiere decir que tanto los acreedores directos como los indirectos deberán desplegar un comportamiento diligente encaminado a contener y limitar, en principio, el incumplimiento al contrato vinculado para evitar que su ineficacia se extienda a los restantes, así como ejercer los medios de tutela idóneos para superar tal estado de inejecución, por lo que podemos afirmar que la discrecionalidad en la elección de los remedios no es absoluta, sino que tiene límites que, en términos generales, se pueden resumir en el balance de los intereses en conflicto, esto es, los intereses del contratante incumplido y de los acreedores directos e indirectos de la prestación.

c. Jerarquización de los remedios tratándose de los contratos vinculados.

En cuanto al *ius variandi* de los acreedores es preciso señalar que en Colombia, por regla general, en los contratos bilaterales no existe un orden de prelación en el ejercicio de los medios de tutela en caso de lesión de su derecho de crédito. Así pues, "no se establece un orden de prioridad entre ellos: el acreedor puede optar por aquel que prefiera siempre que se den sus presupuestos; se parte de la compatibilidad del remedio indemnizatorio con los demás⁴⁷⁰". Adicional a ello, las causas de exclusión de alguno de los remedios no necesariamente inciden en los restantes, por tratarse de medios de tutela autónomos en un plano de igualdad, cuya elección quedará supeditada a la decisión del acreedor y a la satisfacción de todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley o el contrato, sin que exista una

Civil, nº LXV, Madrid, 2012 disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2012-10002900102_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Los_remedios_ante_el_incumplimiento_del_contrato:_an%El%lisis_de_la_propuesta_de_moder_nizaci%F3n_del_C%F3digo_civil_en_materia_de_obligaciones_y_contratos_y_comparaci%F3n_con_el_borrador_del_marco_com%FAn_de_referencia [consultado el 3 de febrero de 2019], 44.

⁴⁶⁹ Ibid., pág. 55.

⁴⁷⁰ Ibid., pág. 35.

jerarquía entre ellos, salvo que se excluyan por su propia naturaleza o por disposición de los contratantes. Sin embargo, es preciso realizar algunas precisiones sobre la jerarquía de remedios en los Códigos Civil y de Comercio, y en el Estatuto del Consumidor, así como en los contratos vinculados.

En primer lugar, tratándose de los contratos bilaterales, los Códigos Civil y de Comercio siguen la regla general de la no jerarquización de los medios de tutela a disposición del acreedor. No obstante, existe la posibilidad de que, ante el incumplimiento del contrato, concurren remedios que, a pesar de tener la misma finalidad, estén contemplados en regímenes diversos como es el caso de la resolución, que bien puede someterse al régimen general del Código Civil o de Comercio para todo tipo de contratos, o al especial de los vicios ocultos en la compraventa o, en caso de existir una relación de consumo, a la efectividad de la garantía en su forma de devolución del dinero, entre otros remedios. Es por lo que, frente a la concurrencia de regímenes que contemplen un medio de tutela con la misma finalidad, debemos hacer uso del principio de especialidad para superar tal concurrencia, pero sin limitarnos a él, pues consideramos que el interés de los acreedores debe tenerse en la cuenta a efectos de escoger el remedio y el régimen que mejor se adapte a los intereses de los acreedores y les permita superar el incumplimiento contractual. En ese sentido,

Entre esos mecanismos externos, los supuestos de hecho de las acciones edilicias y del incumplimiento en general resultan ser coincidentes, con lo que, ante las dificultades de delimitación y aplicación, se sugiere permitir al consumidor-comprador hacer un uso alternativo de los diferentes mecanismos, a partir del reconocimiento de que el vendedor solo cumple con la entrega de bienes conformes a lo que se establece en el contrato y la necesidad de configurar un sistema, no rígido sino dúctil, de remedios que eviten soluciones desproporcionadas, al mismo tiempo que se garantiza la satisfacción del interés del acreedor⁴⁷¹.

Por otro lado, en relación con los contratos vinculados, como lo señalamos en líneas anteriores, no es indiferente la función del medio de tutela para superar el incumplimiento: la extinción del vínculo obligacional o la corrección del incumplimiento y la conservación del contrato. Por esta razón, a diferencia de los contratos bilaterales, en los vinculados existe una jerarquía

⁴⁷¹ RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

que se deriva de su teleología, conforme con la cual los acreedores directos e indirectos deberán optar primero por los remedios que tiendan por la ejecución del contrato, por la realización de la porción faltante de la prestación o la subsanación de la ejecutada en forma defectuosa o imperfecta, y solo en caso de que el incumplimiento se torne definitivo y no sea posible satisfacer el interés de los acreedores mediatos e inmediatos, se habilitará la facultad de extinguir el vínculo obligacional pues, su conducta debe corresponderse con los deberes de colaboración al sostenimiento del sistema, de contribución a la consecución de un fin común y de lealtad reforzada.

En segundo lugar, el Estatuto del Consumidor⁴⁷², a diferencia de los cuerpos normativos anteriores, organiza en forma jerárquica el ejercicio de los medios de tutela frente al incumplimiento defectuoso y, en algunos casos, absoluto, como forma de hacer efectiva la garantía legal en los casos en que la propiedad, el goce o el uso de los productos por el consumidor se adquiera a través de un contrato. Así pues, como remedio principal a disposición del consumidor se encuentra la reparación gratuita de los defectos del bien en caso de ser posible, mientras que, de repetirse la falla o de no ser posible la reparación del defecto, el consumidor podrá optar por el cambio total o parcial del bien, la devolución total o parcial del dinero o, una nueva reparación solo en el primer caso.

Sin embargo, “Este abanico de opciones que se abre al consumidor en todo caso no es completamente arbitrario, pues la norma condiciona la elección del consumidor a *“la naturaleza del bien y a las características del defecto”*. En este sentido se ha señalado que en principio se debe tomar en consideración la repercusión del defecto recurrente que da lugar a la reparación dentro del funcionamiento o uso del producto (así como la gravedad del defecto), pues no todo defecto o malfuncionamiento justifica la sustitución o la resolución del contrato de compraventa que se deriva de la devolución del precio”⁴⁷³. Es por lo que la filosofía del Estatuto del Consumidor tiende a la conservación del contrato cuyo incumplimiento defectuoso genera el ejercicio de la garantía legal por parte del consumidor y, en parte, favorece a los productores y proveedores de bienes al excluir como primer medio de tutela la resolución del contrato, derivada de la devolución total del dinero en los casos en que sea posible la reparación del producto⁴⁷⁴. En el mismo sentido, podemos

⁴⁷² Artículo 11 de la Ley 1480 de 2011.

⁴⁷³ RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

⁴⁷⁴ “Esta configuración del funcionamiento de la garantía legal revela una elección de política del derecho que privilegia la conservación del contrato y la preocupación por la reducción de costos y riesgos, al tratar de mantener en lo posible los efectos del contrato celebrado siempre

señalar que este cuerpo normativo incluye la proporcionalidad en el ejercicio de los medios de tutela, pues no todo defecto justifica la sustitución del bien o la devolución del dinero.

A diferencia de lo que ocurre en el cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios enmarcados en un contrato pues, el consumidor podrá a su elección, solicitar la prestación del servicio en las condiciones contratadas o la resolución del contrato derivada de la devolución total del dinero, sin que el legislador condicione el ejercicio de un remedio al ejercicio de otro previo. Por último, tratándose del incumplimiento absoluto por la no entrega del producto, señala como forma de hacer efectiva la garantía “La entrega material del producto y, de ser el caso, el registro correspondiente en forma oportuna”⁴⁷⁵, sin que se condicione su procedencia al ejercicio de otro de los remedios.

En cuanto a la jerarquía entre los medios de tutela establecidos en los Códigos Civil y de Comercio, y en el Estatuto del Consumidor, podemos señalar que, en caso de concurrencia entre remedios que tiendan a la misma finalidad, el acreedor bien podría inhibirse de ejercer la garantía legal y optar por los medios de tutela establecidos en el régimen general o especial del incumplimiento contemplado en los Códigos Civil y de Comercio, que se justificaría principalmente, por el tiempo limitado para hacer efectiva la garantía legal de un (1) año⁴⁷⁶, como regla general. En ese caso, de optar por el régimen general, debemos señalar que el cambio de régimen tiene repercusiones procesales relevantes, pues el acreedor ya no solo deberá probar el defecto del producto o la falta total de entrega, sino que deberá acreditar la culpa o el dolo del deudor en la producción del incumplimiento. En otros términos, podemos señalar que

hay varias razones para que, desde la perspectiva del consumidor deba plantearse una concurrencia de los mecanismos de defensa del comprador existentes en los distintos planos normativos. En primer lugar, respecto del sistema de garantías previsto en el Estatuto del Consumidor no cabe duda de que las acciones allí previstas son una protección adicional para el consumidor-comprador que en nada interfiere con la disciplina ‘externa’; se trata de un micro-sistema en relación con lo allí regulado, que se

que se pueda preservar las expectativas legítimas del consumidor”: RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

⁴⁷⁵ Numeral 6 de la Ley 1480 de 2011.

⁴⁷⁶ Artículo 8 de la Ley 1480 de 2011.

agrega a los mecanismos de protección ya existentes. El consumidor podría abandonar su 'investidura' especial para conservar la de simple comprador sin que esto implique ir en contra del carácter imperativo de dichas normas. En el artículo 4° se señala que en lo no regulado por esta ley especial y en cuanto no contravenga los principios de la misma, se le aplicarán las reglas contenidas en el código de comercio y las del código civil. Teniendo en cuenta que la finalidad de los mecanismos (garantías especiales y mecanismos generales) son diferentes, no serían incompatibles. En el caso de las garantías legales, ha sido reconocido cómo estas buscan responder a una exigencia de agilidad y certeza del mercado, son un "elemento de paz contractual" en cuanto "evitan discutir sobre las causas del malfuncionamiento" del bien defectuoso. Por su parte, las acciones derivadas de la 'obligación' de saneamiento a cargo del vendedor, tienen una función de conservación del sinalagma y, en consecuencia, el equilibrio entre las prestaciones⁴⁷⁷.

En relación con los contratos vinculados, podemos señalar que tratándose de bienes, la solución legal contemplada en el Estatuto del Consumidor para el incumplimiento defectuoso, guarda relación con la teleología de la vinculación contractual en la medida en que se exige la reparación de los defectos en forma previa a la resolución del contrato por la devolución de la totalidad del dinero, misma solución que creeríamos se debería aplicar en cuanto a los servicios, eventos en los que el consumidor-acreedor debería primero solicitar la prestación de los servicios de conformidad con el contrato antes que pretender su resolución, debido a las consecuencias negativas que tal proceder tendría para el contrato vinculado y para la operación económica conjunta. En este punto, podemos afirmar que aunque se haga su uso de los remedios específicos del régimen de protección al consumidor, ello no obsta para que los acreedores puedan reclamar la indemnización de los perjuicios causados con el incumplimiento defectuoso o absoluto, pues "El reconocimiento de la garantía por parte de los obligados o por decisión judicial no impide que el consumidor persiga la indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido por los mismos hechos, ante la jurisdicción ordinaria"⁴⁷⁸.

Adicional a ello, en razón a su naturaleza, a la duración de las relaciones contractuales y al tiempo requerido para que se ejecuten todos los contratos

⁴⁷⁷ RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

⁴⁷⁸ Artículo 22 de Decreto 715 de 2013.

vinculados que son necesarios para la instrumentalización de la operación económica, consideramos que los acreedores, en cumplimiento de los deberes secundarios de contribución al sostenimiento del sistema, a la consecución de un fin común y de lealtad reforzada, deben optar por el régimen que, tratándose de los remedios “extintivos del vínculo obligatorio” limiten su ejercicio a un período de tiempo corto como lo hace el Estatuto del Consumidor, mientras que los remedios “conservativos o de cumplimiento” bien podrían regirse por los términos de prescripción más amplios contemplados en el régimen general y especial del incumplimiento de los Códigos Civil y de Comercio, pues los acreedores directos e indirectos podrían aceptar el cumplimiento que no sea exacto, íntegro o idéntico, siempre que sea idóneo para el logro del negocio económico común, y reservarse la posibilidad de ejercer los remedios que satisfagan a totalidad su interés con posterioridad para evitar la paralización o frustración de la operación económica.

En tercer lugar, en cuanto a los remedios de origen contractual, los contratantes podrán establecer *motu proprio* una jerarquía entre los medios de tutela a utilizar en desarrollo de los deberes de previsión, de colaboración al sostenimiento del sistema y de diligencia, bien sea proponiendo un orden de prelación entre ellos o excluyéndolos. Es por lo que en los contratos vinculados, los miembros del sistema se podrán obligar a solicitar el cumplimiento en especie como primera medida frente a la inejecución de las prestaciones, seguida por la solicitud de subsanación de la porción de la obligación incumplida, de la reducción de la contraprestación en proporción con lo ejecutado por el deudor o de la concesión de un plazo razonable suplementario de cumplimiento, dejando como últimos medios para satisfacer su interés o subsidiarios, la extinción del vínculo obligacional, bien sea en la forma de nulidad o de resolución del contrato. O, en forma directa podrán excluir de manera expresa en el contrato vinculado la posibilidad de resolver el contrato o renunciar a tal derecho como remedio principal frente al cumplimiento, limitando su ejercicio a los casos en que sea subsidiario por imposibilitarse la ejecución del contrato.

d. Clasificación de los remedios.

Con base en criterios disímiles podemos clasificar los remedios frente al incumplimiento contractual de acuerdo con el origen o fuente, la función, la fase en que se aplican y la forma de satisfacer el interés del acreedor. En el primer caso, de acuerdo con la fuente o el origen de los remedios, podemos señalar que existen remedios de origen legal como la ejecución *in natura*, el

equivalente o subrogado pecuniario, la indemnización de los perjuicios, la resolución del contrato, la reducción del precio, la nulidad, la excepción de contrato no cumplido y la excesiva onerosidad sobrevenida, que encuentran su consagración en un texto normativo general, impersonal, abstracto y obligatorio y, remedios de origen contractual o con fuente en la autonomía privada, dentro de los que cabe destacar la cláusula penal con función de apremio, las cláusulas de cumplimiento conjunto, de renegociación de los términos y condiciones contractuales y de jerarquización y limitación de remedios, las operaciones de reemplazo, la aceptación del incumplimiento imperfecto con la reserva de los derechos derivados del incumplimiento, los acuerdos de cesión de la posición contractual entre los miembros del sistema, los mecanismos democráticos para prevenir el incumplimiento, la asignación del riesgo entre los miembros del sistema y las medidas cautelares innominadas de ejecución del contrato incumplido.

Por otro lado, de acuerdo con los criterios de la función y de la fase en que se aplican, existen remedios preventivos y otros correctivos del incumplimiento contractual. En el primer caso podemos encontrar los medios de tutela que se aplican en la fase fisiológica de la relación, *ex ante* al incumplimiento de la prestación como la excesiva onerosidad sobrevenida, la cláusula penal con función de apremio, las cláusulas de cumplimiento conjunto, de renegociación de los términos y condiciones contractuales, y de jerarquización y limitación de remedios, los acuerdos de cesión de la posición contractual entre los miembros del sistema, los mecanismos democráticos para prevenir el incumplimiento y la asignación del riesgo entre los miembros del sistema. Por otro lado, dentro los remedios con función correctora del incumplimiento que se aplican en la fase patológica de la relación obligatoria o con posterioridad a la materialización del incumplimiento, cabe incluir la ejecución *in natura*, el equivalente o subrogado pecuniario, la indemnización de los perjuicios, la resolución del contrato, la reducción del precio, la nulidad, la excepción de contrato no cumplido, las operaciones de reemplazo, la aceptación del incumplimiento imperfecto con la reserva de los derechos derivados del incumplimiento y las medidas cautelares innominadas de ejecución del contrato incumplido.

Así también, podemos dividir los remedios entre aquellos que tienen una función extintiva del vínculo contractual y otros que, por el contrario, lo conservan. En los primeros, se sitúan la resolución del contrato y la nulidad, mientras que en los remedios conservativos podemos incluir los restantes medios de tutela. Por último, haciendo uso del criterio que tiene en cuenta la forma de satisfacción del interés del acreedor con el ejercicio de los remedios,

podemos identificar los remedios monetarios y los no monetarios. En los primeros podemos ubicar el pago del equivalente o subrogado pecuniario, la indemnización de los perjuicios y la reducción del precio a favor del deudor incumplido, mientras que los no monetarios incluyen los restantes medios de tutela antes enunciados.

e. Cambio de remedio.

Los acreedores directos o indirectos que ven lesionado su derecho de crédito a raíz del incumplimiento del contrato vinculado por el deudor, como una de las manifestaciones de su *ius variandi*, pueden cambiar de remedio⁴⁷⁹ en caso de que el medio de tutela ejercido con anterioridad no sea idóneo para satisfacer su interés por no poderse conseguir la finalidad práctico social del contrato individual o no poderse alcanzar la operación económica común o, de que el deudor exteriorice un comportamiento renuente a justar su comportamiento al tenor del programa ideal del contrato y de la operación económica, como en los casos en que se solicite el cumplimiento específico total o parcial de la prestación insatisfecha y el deudor se rehúse a ejecutarla, fenezca el plazo suplementario otorgado para superar el incumplimiento sin que el deudor haya cumplido o, el incumplimiento temporal se torne definitivo. En ese sentido,

La elección se permite debido a las dificultades usualmente envueltas en la ejecución de obligaciones no dinerarias. Aun si la parte perjudicada decide primero invocar su derecho a reclamar la prestación, no sería justo limitarla a esta única opción. La parte incumplidora puede ser incapaz de cumplir, o su incapacidad para cumplir puede que se manifieste sólo durante el curso del cumplimiento⁴⁸⁰.

En este caso, en el ámbito judicial, es posible que los acreedores directos e indirectos ejerzan la pretensión del cumplimiento específico u otros remedios acordes con la figura de la vinculación contractual. Sin embargo, en caso de que durante el proceso el cumplimiento temporal se torne definitivo, podrán

⁴⁷⁹ El artículo 7.2.5 de la edición 2016 de los Principios Unidroit señala que “(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en si defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio. (2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio”.

⁴⁸⁰ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 272.

solicitar en forma subsidiaria otros remedios siempre que por su naturaleza no se excluyan, que tiendan a la extinción del vínculo obligatorio, o reformar la demanda. Así también, en caso de que el acreedor ejerza alguno de los remedios por fuera del escenario judicial, si le concede al deudor un plazo suplementario para el cumplimiento o para subsanar el incumplimiento, una vez vencido, recupera su libertad de acción para ejercer cualquier otro remedio que tenga la potencialidad de satisfacer su interés por la vía extrajudicial o judicial.

- f. Los remedios tradicionales para superar el incumplimiento contractual.

A continuación abordaremos el elenco de remedios que en la doctrina tradicional se han utilizado para superar el estado de inejecución de las prestaciones de un contrato bilateral, para analizar su idoneidad tratándose de contratos que se encuentran vinculados. No sin antes aclarar el por qué no profundizaremos en las figuras jurídicas de la excesiva onerosidad sobrevinida, la lesión enorme y la nulidad.

En el primer caso⁴⁸¹, consideramos que en Colombia más que un remedio correctivo es un medio de tutela preventivo del incumplimiento, para restablecer el equilibrio económico del contrato y para evitar la inejecución de las prestaciones contractuales. Además, la prosperidad de su ejercicio está supeditada a que el demandante se encuentre en cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, no sobra aclarar que esta figura reviste una particularidad pues, es el deudor y no el acreedor quien lo ejerce, para evitar el incumplimiento por tornarse onerosa en exceso la ejecución de las prestaciones a su cargo, evento en el que deberá solicitar en forma principal la renegociación de los términos del contrato para conservar el vínculo obligatorio y permitir que el contrato de que es parte, los contratos con él vinculados y la operación económica conjunta, alcancen sus finalidades, reservándose el ejercicio del medio de tutela de la resolución del contrato en forma subsidiaria cuando no sea posible la renegociación de los términos y condiciones contractuales. Entonces, con este remedio se busca la adaptación del contrato a las nuevas realidades económicas para alcanzar la finalidad práctico-social del contrato individual y de la operación económica conjunta en la forma del reequilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, a causa de la alteración de las circunstancias iniciales en que se celebró el contrato. Así también, en relación con el segundo, podemos señalar

⁴⁸¹ Artículo 868 del Código de Comercio.

que más que un remedio correctivo frente al incumplimiento en la ejecución de los contratos es un medio de tutela frente al desequilibrio económico analizado al momento de la celebración del contrato.

Por último, tratándose de la nulidad, total o parcial, debemos señalar que no se trata de un remedio para superar el incumplimiento contractual sino para impedir la transgresión de normas imperativas, por la disposición de intereses que realizan los contratantes, pues ataca los efectos negociales y finales del contrato, restándole validez y extinguiendo el vínculo obligatorio, con las consecuentes restituciones mutuas. Sin embargo, es pertinente señalar que en caso de que alguno de los contratos vinculados se declare nulo, los miembros del sistema afectados con la propagación de la ineficacia derivada de la invalidez del contrato a los contratos de los que son parte y a la operación económica, podrán exigir de las partes que dieron lugar a la nulidad, la indemnización de los perjuicios que se les hubieren causado, acreditando de manera previa la existencia de la vinculación contractual. Además, una de las razones principales para no profundizar en su estudio, es que el incumplimiento contractual presupone una obligación existente y válida, lo que no ocurre con los contratos que son declarados nulos y, por tanto, privados de validez. Aclarado lo anterior, procederemos a la identificación y al análisis de los remedios tradicionales que se han utilizado para superar el incumplimiento en los contratos bilaterales y a analizar su idoneidad en relación con los contratos vinculados.

i. El débito primario o la ejecución en especie.

En primer lugar, abordaremos el estudio de este remedio en los contratos bilaterales, para luego realizar algunas precisiones sobre su aplicación en los contratos vinculados.

a) En los contratos bilaterales.

Antes de adentrarnos en el estudio de la ejecución en especie como remedio frente al incumplimiento contractual, consideramos pertinente mencionar, como antecedente que, “Los romanos no concibieron una ejecución forzada real o *in natura* de la prestación debida, por lo cual, en caso de incumplimiento, lo que el acreedor podía pretender era una condena pecuniaria”⁴⁸². Preciado esto, podemos advertir, como se señaló en líneas anteriores, que la regla general es el cumplimiento espontáneo de la

⁴⁸² HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 931.

obligación, “Pero si ello no acontece el acreedor cuenta a su favor como es obvio con el auxilio de la justicia para hacer ejecutar su crédito aunque sea en contra de la voluntad del deudor. Esa es la hipótesis que se supone excepcional”⁴⁸³. En este caso, nos ubicamos en el segundo elemento de la obligación “la responsabilidad”, preeminentemente coercitivo, que pone al deudor en la necesidad de cumplir con la prestación a su cargo a raíz de una orden judicial de cumplimiento. Es por lo que

La ejecución en naturaleza o pretensión de cumplimiento específico constituye un remedio entre otros de que dispone el acreedor. El primer remedio de que dispone el acreedor afectado por el incumplimiento es la prestación de cumplimiento cuyo objeto es obtener del deudor la realización de la conducta prometida inicialmente en la prestación y así alcanzar la efectiva satisfacción de su interés en la misma ⁴⁸⁴. En realidad el cumplimiento específico no es otra cosa que el pago de la obligación, que tiene lugar en la fase de los efectos del incumplimiento a instancias de la autoridad judicial⁴⁸⁵.

En ese sentido, este remedio es una expresión de la tutela que el ordenamiento jurídico otorga al crédito insatisfecho respaldando con la decisión judicial el cumplimiento, que debe ser promovido a instancias del acreedor afectado cuando la prestación exigible no sea ejecutada por el deudor. Así pues, en caso de incumplimiento de un contrato vinculado, en principio, los acreedores directos o indirectos afectados pueden elegir a su arbitrio, entre el cumplimiento en especie de la prestación o la resolución del contrato⁴⁸⁶, lo que se explica en el carácter coercible de la obligación jurídica, que dependerá de la naturaleza de la obligación, sea de dar, de hacer o de no hacer, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

⁴⁸³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., Op. cit., pág. 151.

⁴⁸⁴ En el mismo sentido, Castrillón y Luna señalan: “La ejecución forzosa directa tiene como finalidad procurar al acreedor el objeto mismo de la obligación incumplida”: CASTRILLÓN y LUNA, V., “El incumplimiento de las obligaciones”, [en línea], *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 59, n° 252, 2009, págs. 63-115, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60885/53702> [consultado el 28 de enero de 2019], 65.

⁴⁸⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., Op. cit., pág. 152.

⁴⁸⁶ Tal como lo señala el artículo 1546 del Código Civil. En el mismo el Artículo 870 del Código de Comercio establece que “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

1) la preexistencia de una relación jurídica obligatoria válida y eficaz; 2) la inejecución total o parcial de la prestación o del deber a cargo del deudor; 3) la supervivencia del interés por parte del acreedor en el cumplimiento de la prestación o del deber materia de incumplimiento; y 4) la interposición de una demanda (judicial o arbitral) solicitándole al juez el cumplimiento de la obligación⁴⁸⁷.

Aquí es preciso señalar que los acreedores afectados podrán solicitar la ejecución de la prestación original no ejecutada en forma espontánea por el deudor cuando el incumplimiento sea absoluto para que se ejecute todo lo debido, cuando sea defectuoso o imperfecto para que se ejecute la porción de la obligación insatisfecha o se subsane el cumplimiento que no se ajusta a las condiciones pactadas o, cuando sea tardío, para que se ejecute la totalidad de la prestación debida o la porción faltante, siempre que tal cumplimiento sea posible y tenga la potencialidad de satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos. En esa medida,

El incumplimiento de la obligación imputable al deudor le abre al acreedor la vía de la ejecución forzosa. En ocasiones, es posible procurar al acreedor la misma prestación o el mismo resultado práctico que él habría obtenido si la ejecución hubiera sido cumplida de manera espontánea por el deudor. En tal caso se afirma que es posible la *ejecución forzosa en forma específica, en especie o in natura*⁴⁸⁸.

En esa línea, la ejecución *in natura*⁴⁸⁹ se erige como un remedio genérico que comprende la ejecución total o parcial de la prestación insatisfecha y la subsanación del incumplimiento imperfecto o defectuoso, susceptible de aplicación a las obligaciones de dar y de hacer⁴⁹⁰, pero no a las de no hacer. Y ello es así porque este medio de tutela supone que el cumplimiento de la prestación aún sea posible y tratándose de las obligaciones de no hacer, cualquier conducta que las contravenga significa un incumplimiento

⁴⁸⁷ BUENDÍA DE LOS SANTOS, E., Op. cit., pág. 307.

⁴⁸⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., Op. cit., pág. 151.

⁴⁸⁹ El artículo 1221 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés establece que "El acreedor de una obligación podrá instar, previo requerimiento, la ejecución in natura, salvo que dicha ejecución sea imposible o si existe una desproporción manifiesta entre su coste para el deudor y su interés para el acreedor".

⁴⁹⁰ El artículo 1610 del Código Civil establece que en las obligaciones de hacer el acreedor, constituido en mora el deudor, podrá pedir "Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido".

definitivo de la obligación por haberse modificado el mundo exterior que el deudor se obligó a mantener inalterable, siendo la destrucción de la cosa por el deudor o por un tercero o el pago de su equivalente pecuniario formas de reparación que se subsumen en medios de tutela diferentes al cumplimiento en especie.

En igual sentido, en los eventos en que el incumplimiento de las obligaciones de dar y de hacer se torne definitivo por cualquiera de las causas señaladas en líneas anteriores, no será procedente el cumplimiento *in natura* por no existir la posibilidad de la ejecución a satisfacción de la prestación incumplida y, por tanto, los acreedores directos e indirectos deberán optar por cualesquiera otros remedios que sean idóneos para satisfacer su interés⁴⁹¹. Así las cosas, la falta de posibilidad del cumplimiento en especie de la obligación no la extingue sino que la perpetúa, la mayor de las veces en la forma de su equivalente o subrogado pecuniario como expresión del elemento patrimonial de la obligación debido a que

la tutela judicial directa no va más allá del requerimiento: así, siendo el deudor contumaz o reacio a ejecutar el hecho debido, no es posible obtener la verdadera satisfacción específica del acreedor. Este podrá obtener autorización para contratar con un tercero la ejecución de la obra o del trabajo y, aprobado por el juez del contrato, cobrar su precio al deudor, dirigiéndose contra su patrimonio en general (...) como un sucedáneo de lo debido por el deudor, que, valga repetirlo, no es concebible en el caso de personalismo fundamental en la prestación, como no sea por iniciativa del acreedor que opte por esa sustitución, esto es, que más que aceptar la obra o el trabajo de alguien distinto del deudor, podría decirse que busca esa solución⁴⁹².

En consecuencia, cuando la obligación sea de dar bienes muebles distintos al dinero, “En el mandamiento ejecutivo el juez ordenará al demandado que

⁴⁹¹ El artículo 7.2.2 de la edición del año 2016 de los Principios Unidroit señala que “Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible; (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzada, sea excesivamente gravosa u onerosa; (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía; (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento”.

⁴⁹² HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 220.

entregue al demandante los bienes debidos en el lugar que se indique en el título, si ello fuere posible, o en caso contrario en la sede del juzgado, para lo cual señalará un plazo prudencial. Además ordenará el pago de los perjuicios moratorios si en la demanda se hubieren pedido en debida forma”⁴⁹³. En igual sentido, cuando la obligación sea de hacer “En el mandamiento ejecutivo el juez ordenará al deudor que se ejecute el hecho dentro del plazo prudencial que le señale y libraré ejecución por los perjuicios moratorios cuando se hubieren pedido en la demanda”⁴⁹⁴.

b) En los contratos vinculados.

Con base en lo anterior, podemos señalar que el cumplimiento en especie de la prestación a solicitud de los acreedores directos o indirectos es el medio de tutela que por antonomasia, se corresponde con la teleología de la figura de la vinculación contractual, pues la ejecución de la prestación original por el deudor de conformidad con el contrato vinculado y con la operación económica común, tendrá la aptitud para satisfacer los intereses de los acreedores directos e indirectos en razón a la calidad de *intuitu personae* de los miembros del sistema de contratos y por permitir la consecución de la finalidad económica-práctica del contrato individual, así como del negocio económico común. Sin embargo, debemos aclarar que esta pretensión a instancias del acreedor afectado con el incumplimiento no será procedente, cuando comporte una carga excesivamente gravosa u onerosa para el deudor desde el punto de vista del costo de su ejecución, pues tal ejercicio se podría tornar abusivo.

Con base en lo anterior podemos señalar que si bien se establece que el acreedor podrá elegir a su arbitrio entre el cumplimiento del contrato o la resolución, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio en materia de contratos bilaterales, en nuestra opinión, cuando se trate de contratos vinculados, se debe establecer una jerarquía entre ellos, en la que prime la pretensión del cumplimiento del contrato en aplicación del “principio de prioridad de la ejecución en especie” porque con este medio de tutela se obtiene la ejecución a satisfacción del contrato vinculado y de la operación económica común.

Por último, debemos señalar que aquí es relevante el reconocimiento de la acción directa a los acreedores indirectos o miembros del sistema de contratos vinculados, que “tiene por objeto el cumplimiento de la obligación

⁴⁹³ Numeral 1 del artículo 432 del Código General del Proceso.

⁴⁹⁴ Numeral 1 del artículo 433 del Código General del Proceso.

insatisfecha y la responsabilidad civil resultante de tal incumplimiento”⁴⁹⁵ entre sujetos que aun cuando no hayan suscrito un contrato, tienen interés directo en su ejecución por ser las prestaciones condiciones, presupuestos, requisitos o complementos necesarios del contrato del cual se es parte en estricto sentido, y cuya concurrencia es necesaria para el logro de una operación económica común, pues en virtud de la vinculación contractual se ven afectados patrimonialmente por la inejecución de la prestación contenida en el primer contrato.

ii. El débito secundario o el equivalente pecuniario.

En este punto, iniciaremos con el análisis del medio de tutela del débito secundario en los contratos bilaterales, para luego analizar su idoneidad tratándose de los contratos vinculados.

a) En los contratos bilaterales.

Cuando existe inejecución total o parcial de la obligación imputable al deudor “el acreedor tiene derecho a una indemnización de perjuicios que se denomina compensatoria, porque remplace o equivale, en primer término, a la prestación que el deudor ha dejado de satisfacer en todo o en parte, o que ha ejecutado defectuosamente”⁴⁹⁶, que es sucedánea de la solicitud de ejecución de la obligación *in natura*, en caso de hacerse imposible la ejecución de la obligación⁴⁹⁷ o de la pérdida de interés del acreedor en su ejecución⁴⁹⁸. En este evento, aun cuando según la naturaleza de la prestación a cargo del deudor, esta sea posible y su cumplimiento tardío siga siendo útil, el acreedor puede solicitar el equivalente o subrogado pecuniario de la prestación *in natura*, como si el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor fuera

⁴⁹⁵ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 139.

⁴⁹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Régimen general de las obligaciones*, 8.^a ed., Bogotá, Temis, 2014, pág. 91.

⁴⁹⁷ “Cuando existe imposibilidad natural o física, por ejemplo cuando perece o se pierde la cosa cierta que era objeto de la obligación; cuando la cosa cierta debida no se encuentra en el patrimonio del deudor; cuando se incumple una obligación a término esencial; cuando se incumple una obligación de hacer infungible; cuando se incumple una obligación de no hacer cuyo incumplimiento fue determinante, la cual no se ha manifestado en una obra material y no puede ser destruido (por ejemplo la violación de confidencialidad), en todos los casos en que ante el retardo injustificado del deudor, el acreedor ha perdido el interés en la prestación”: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., Op. cit., pág. 155.

⁴⁹⁸ “Cuando subsistiendo la obligación, el cumplimiento forzoso en forma específica resultare irrealizable o, aun siendo todavía materialmente factible, no fuera ya idóneo para satisfacer el interés del acreedor, se concede a éste la facultad de obtener su equivalente en dinero, con base al principio de la responsabilidad patrimonial del deudor”: Ibid., pág. 160.

imposible, por no satisfacer su interés, dado que el dinero es la unidad básica que permite expresar el valor o el equivalente en pesos de los bienes en el tráfico jurídico.

Así pues, el ejercicio de este remedio puede responder a que el incumplimiento temporal se haya convertido en definitivo y no sea posible la ejecución en especie de la prestación, pudiendo los acreedores solicitar en forma subsidiaria del cumplimiento *in natura* el cumplimiento por equivalente o, solicitar en forma directa el subrogado pecuniario de la obligación por ser el incumplimiento definitivo o porque su ejecución ha perdido la aptitud para satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos, cuando no se pueda alcanzar la finalidad práctico-social buscada por las partes del contrato o la operación económica proyectada por los miembros del sistema. Entonces, “Cuando el demandante pretenda que la ejecución prosiga por perjuicios compensatorios en caso de que el deudor no cumpla la obligación en la forma ordenada en el mandamiento ejecutivo deberá solicitarlo subsidiariamente en la demanda”⁴⁹⁹ y el auto ejecutivo contendrá “La orden subsidiaria de que, en caso de no cumplir oportunamente el demandado la respectiva obligación, pague la cantidad señalada en el título ejecutivo o la estimada por el demandante como perjuicios (compensatorios)”⁵⁰⁰.

En la misma línea, este remedio procede en los casos en que los acreedores acepten el cumplimiento parcial, imperfecto o defectuoso de la prestación, siempre que tenga la aptitud para lograr la finalidad económica del contrato y de la operación económica conjunta, pero se reserven los derechos que nacen en su esfera patrimonial producto de tal incumplimiento, lo que los legitima a exigir por vía judicial el subrogado en dinero de la porción de la prestación inejecutada o ejecutada de manera defectuosa o imperfecta.

Con base en lo anterior podemos sostener que, como remedio, la solicitud del equivalente en dinero de la prestación inejecutada se presenta en los supuestos en que: (i) el acreedor insatisfecho reciba directamente el dinero o subrogado de la prestación incumplida o, (ii) se ejecute la prestación insatisfecha por un tercero con cargo al patrimonio del deudor, tratamiento que diferirá sea que se trate de una obligación de dar, de hacer o de no hacer. Pues en ambos casos el deudor satisface el interés del acreedor con una suma de dinero que grava su patrimonio.

⁴⁹⁹ Inciso 2 del artículo 428 del Código General del Proceso.

⁵⁰⁰ Inciso 2 del artículo 437 del Código General del Proceso.

En las obligaciones de dar, cuando el mandamiento ejecutivo ordene la entrega de los bienes y el deudor no la realice, habiendo solicitado el acreedor el subrogado pecuniario o la indemnización compensatoria en forma subsidiaria, el proceso continuará hasta que se pague la suma de dinero equivalente de la prestación ⁵⁰¹. Asimismo, en los casos en que el incumplimiento sea imperfecto o defectuoso por carecer de la cantidad o integridad pactada en el contrato “el juez autorizará su entrega, siempre que el demandante lo solicite en la diligencia, por auto que no tendrá recurso alguno, y seguirá el proceso por los perjuicios compensatorios correspondientes a la parte insoluta de la obligación, si se hubiere pedido subsidiariamente en la demanda y ordenado su pago”⁵⁰².

Igual solución podemos observar en las obligaciones de hacer⁵⁰³ en las que se establece que “Cuando no se cumpla la obligación de hacer en el término fijado en el mandamiento ejecutivo y no se hubiere pedido en subsidio el pago de perjuicios, el demandante podrá solicitar, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento de dicho término, que se autorice la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor; así se ordenará siempre que la obligación sea susceptible de esa forma de ejecución. Con este fin el ejecutante celebrará contrato que someterá a la aprobación del juez (...) Los gastos que demande la ejecución los sufragará el deudor y si este no lo hiciere los pagará el acreedor. La cuenta de gastos deberá presentarse con los comprobantes respectivos y una vez aprobada se extenderá la ejecución a su valor”⁵⁰⁴. En este caso, el acreedor puede pedir en subsidio de la ejecución en especie de la obligación de hacer su equivalente pecuniario ante la renuencia del deudor a cumplir y, de no hacerlo, ante la falta de ejecución de la prestación, puede hacerla ejecutar por un tercero, que, en últimas, se traducirá en un gravamen en dinero con cargo al patrimonio del deudor incumplido que deberá sufragar los gastos que demande la ejecución de la prestación por el tercero. Lo que se justifica en “la imposibilidad de coaccionar físicamente al deudor”⁵⁰⁵, partiendo del respeto de los derechos humanos y de la dignidad de la persona.

⁵⁰¹ Inciso 3 del numeral 3 del artículo 432 del Código General del Proceso.

⁵⁰² Inciso 4 del numeral 3 del artículo 432 del Código General del Proceso.

⁵⁰³ El artículo 1610 del Código Civil establece que, en las obligaciones de hacer el acreedor, constituido en mora el deudor podrá pedir “Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor”.

⁵⁰⁴ Artículo 433 del Código General del Proceso.

⁵⁰⁵ HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 218.

Por último, en las obligaciones de no hacer, cabe resaltar que no procede el medio de tutela de la ejecución en especie, pues cualquier contravención de la obligación significará su incumplimiento definitivo a causa de la alteración del estado de cosas que el deudor debía mantener inmodificable. Es por lo que no cabe en forma subsidiaria sino principal el remedio del equivalente pecuniario de la prestación o la destrucción de lo hecho. En ese sentido, “Si la obligación es de no hacer y se ha probado la contravención, el juez ordenará al demandado la destrucción de lo hecho dentro de un plazo prudencial y librará ejecución por los perjuicios moratorios, si en la demanda se hubieren pedido (...) En caso de que el deudor no destruya oportunamente lo hecho, el juez ordenará su destrucción a expensas de aquel si el demandante lo pide y siempre que en subsidio no se hayan demandado perjuicios por el incumplimiento”⁵⁰⁶.

Así pues, ante el incumplimiento de una obligación de no hacer, el acreedor podrá solicitar la destrucción de lo ejecutado por el deudor o por un tercero, con cargo al patrimonio del deudor. Sin embargo, si en forma subsidiaria a la pretensión de destrucción por el deudor, se solicita la indemnización compensatoria o el subrogado pecuniario por tal incumplimiento, y el deudor no lo destruye, el proceso seguirá por su cobro, así también “todo se reduciría a prestación pecuniaria en el evento de que la destrucción no fuera factible o no fuera equitativa o aconsejable, según la prudencia judicial”⁵⁰⁷. Aquí cabe señalar que existen obligaciones de no hacer cuya contravención no se exteriorizara en un acto material como la divulgación de secretos o de información confidencial, por lo que el acreedor deberá exigir en forma principal su equivalente o subrogado pecuniario y no la destrucción de lo hecho⁵⁰⁸, ya que “Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho”⁵⁰⁹, en lo que se refiere este remedio, a los perjuicios compensatorios.

⁵⁰⁶ Artículo 435 del Código General del Proceso.

⁵⁰⁷ HINESTROSA, F., *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Op. cit., pág. 235.

⁵⁰⁸ “De modo que, no siendo factible físicamente la eliminación de los rastros de la infracción, el deudor deberá pagar su equivalente pecuniario, y de no serlo “funcionalmente”, se abre la posibilidad de alternativas de satisfacción del acreedor, sugeridas por el deudor, realizadas a sus expensas, y dejando siempre en pie la indemnidad del acreedor, que implica la satisfacción de su interés y el resarcimiento de los daños padecidos”: Ibid., pág. 235.

⁵⁰⁹ Artículo 1612 del Código Civil.

b) En los contratos vinculados.

En cuanto a los contratos vinculados, este remedio solo se correspondería con su teleología en tres casos: (i) Cuando se solicite en forma principal la ejecución en especie de la prestación pero el incumplimiento se torne definitivo, como medio de tutela dirigido a extinguir el vínculo obligatorio con el deudor, (ii) cuando los acreedores acepten la prestación que carezca de identidad, integridad o exactitud, pero que aun así tenga la aptitud para alcanzar la finalidad práctico-social del contrato vinculado individual y de la operación económica en conjunto, y se reserven los derechos derivados del incumplimiento parcial, imperfecto o tardío, evento en el que los miembros podrán solicitar el subrogado pecuniario de la porción de la prestación insatisfecha o, (iii) cuando sea una obligación de hacer o de no hacer, cuyo sujeto sea fungible, y en forma subsidiaria al cumplimiento en especie de la prestación se solicite su ejecución o su destrucción, respectivamente, por un tercero con cargo al patrimonio del deudor, supuesto en el que se exceptuaría la calidad de *intuitu personae* de los miembros del sistema para evitar que éste se paralice o se frustre la operación económica perseguida, siempre que tal ejecución sea idónea para satisfacer su interés, aunque no cumpla los requisitos subjetivos pues, “La identidad de la prestación cede ante la necesidad de la satisfacción del interés del acreedor”⁵¹⁰. En este último caso, la excepción de la calidad de *intuitu personae* de los miembros del sistema al hacer ejecutar la prestación incumplida por terceros como medidas paliativas y temporales, también estaría justificada por el deber de los acreedores directos e indirectos de mitigar los perjuicios causados con el daño o el incumplimiento del contrato vinculado, siempre que la naturaleza de la prestación tenga sujeto fungible.

Así las cosas, podemos señalar que este remedio, salvo los casos antes señalados, no tendría eficacia satisfactiva del interés de los acreedores directos e indirectos, pues la monetización de la prestación en la mayoría de los casos no se corresponde con la naturaleza de la figura de la vinculación contractual, en la medida en que la ejecución en especie de las prestaciones en los contratos vinculados es necesaria para la instrumentalización de la operación económica compleja que, de lo contrario, se vería afectada desde el punto de vista causal por ser los contratos requisitos, presupuestos, condiciones o complementos necesarios unos de los otros y, además, reñiría con la calidad *intuitu personae* de los miembros del sistema debido a que en caso de que el deudor exteriorice una conducta renuente ante la solicitud del

⁵¹⁰ VIDAL OLIVARES, A., “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, Op. cit., pág. 465.

cumplimiento de la prestación en especie, el medio de tutela cambiará al débito secundario, obligando a los miembros restantes a buscar medidas paliativas de tal inejecución, como la vinculación temporal de terceros contratantes. Es por lo que, en desarrollo de las cargas de diligencia y previsión, por vía contractual, los miembros del sistema podrían excluir el remedio del débito secundario como pretensión principal, supeditándolo a la falta de cumplimiento en especie de la prestación, limitándolo a los casos en que los acreedores que acepten la prestación busquen la satisfacción de la porción insatisfecha siempre que no se afecte la operación económica, cuando el incumplimiento se torne definitivo o, como última *ratio* para superar la situación de inejecución causada por el miembro incumplido.

iii. La indemnización de perjuicios.

En la misma línea, antes de determinar la idoneidad de la indemnización de los perjuicios como remedio para superar el incumplimiento en los contratos vinculados, describiremos el medio de tutela en forma general.

a) En los contratos bilaterales.

En este remedio, para que el juez proceda a condenar al deudor a la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato vinculado, es necesario que los acreedores directos o indirectos demuestren la existencia del contrato, su incumplimiento culposo o doloso por el deudor, cualquiera que fuere, así como los perjuicios derivados de ese incumplimiento y el nexo de causalidad entre ellos, para que se abra paso el reconocimiento de la indemnización a su favor como consecuencia natural de la declaración de responsabilidad patrimonial o civil por el incumplimiento del contrato. Así pues, la indemnización de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato vinculado será procedente “de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”⁵¹¹.

En nuestro caso, el daño consistirá en el incumplimiento del contrato vinculado, como lesión del derecho de crédito de los acreedores directos e indirectos, del cual se pueden derivar diferentes perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales, siempre que se prueben. En esa línea, acreditado el daño y los perjuicios, se debe demostrar el nexo causal entre el incumplimiento culpable o doloso del deudor del contrato vinculado y el daño, para que sea

⁵¹¹ Artículo 1613 del Código Civil.

procedente la declaración de responsabilidad civil, con su connatural efecto como lo es la indemnización de los perjuicios.

En este punto, conviene recordar que la procedencia de este medio de tutela está condicionada a la previa constitución en mora del deudor en las obligaciones de hacer y de dar puras y simples, o sometidas a una condición, a través de la interpelación judicial como retardo culpable o doloso en el incumplimiento del contrato, cuando la ejecución de la prestación aunque tardía, sea posible y tenga la aptitud para satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos. Por el contrario, en caso de que el incumplimiento se torne definitivo, de que se trate de obligaciones de dar o de hacer sometidas a un plazo o de una obligación de no hacer, los perjuicios se deberán desde el momento mismo del incumplimiento y no será necesario interpelar judicialmente al deudor⁵¹². Empero, si los perjuicios derivados del daño obedecen en forma exclusiva a la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito que no extinga la obligación, se excluye este remedio como regla general, por ser el título de imputación doloso o culposo uno de los requisitos estructurales de la responsabilidad, a menos de que el deudor haya asumido el riesgo de concreción de un evento de caso fortuito o fuerza mayor o se haya constituido en mora de cumplir y de haber cumplido, no se hubieren causado tales perjuicios.

Así pues, podemos hablar de indemnización, en estricto sentido, “cuando corresponde únicamente a los perjuicios ocasionados por la mora, esto es, por el retardo culpable del deudor. Por tanto, en el cómputo del valor de esta indemnización no entra el de la prestación debida, sino aquel se reduce a la estimación del daño que haya experimentado el acreedor por no haberse satisfecho su crédito oportunamente”⁵¹³. Es por lo que la satisfacción del interés de los acreedores directos e indirectos se erige como el parámetro para determinar el *quantum* de los perjuicios, pues “a la hora de enjuiciar los daños originados por el incumplimiento, deben ser tenidos en cuenta los daños sufridos por la falta de satisfacción del interés previsto en la obligación y conocido por el deudor”⁵¹⁴ para reparar en forma efectiva el patrimonio de los acreedores directos o indirectos lesionado con el daño, hasta llevarlo al estado en que se encontraría de no haberse incumplido el contrato vinculado, bien sea devolviendo las erogaciones causadas con motivo del

⁵¹² Artículo 1615 del Código Civil.

⁵¹³ OSPINA FERNÁNDEZ, G., Op. cit., pág. 93.

⁵¹⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 238.

incumplimiento o la ganancia razonable que se hubiere percibido con la ejecución del contrato.

b) En los contratos vinculados.

En ese sentido, tratándose de los contratos vinculados, este remedio reviste ciertas particularidades. La primera que podemos identificar es que la obligación indemnizatoria no se limita al acreedor directo o inmediato del contrato del vinculado incumplido sino que, en virtud de la relación sustancial que nace con ocasión de la vinculación contractual, los acreedores indirectos, miembros de los demás contratos vinculados, podrán ejercer la acción de indemnización de perjuicios de naturaleza contractual, derivada de su pertenencia al sistema y de su calidad de miembros, cuando tal inejecución les haya irrogado perjuicios en su esfera patrimonial.

Es por lo que conviene reiterar que, aunque exista o no identidad entre las partes de los contratos vinculados, los miembros del sistema no son terceros sino que pertenecen a la categoría *sui generis* de "miembros del sistema". Por tanto, teniendo en cuenta que no son extraños al contrato incumplido, que existe correspondencia sistémica entre las obligaciones asumidas, que tienden a la realización de una operación económica global y que pertenecen al mismo sistema de contratos, consideramos procedente la acción contractual con pretensión de indemnización de perjuicios, bien sea por los perjuicios causados al cocontratante inmediato del miembro incumplido, así como por los causados a los restantes miembros afectados en su esfera patrimonial por el incumplimiento de uno de los contratos vinculados. Y ello es así porque "En un grupo o conjunto de contratos, lo que supone que por lo menos dos contratos están vinculados para realizar una operación económica global, cada una de las partes contratantes comprendida en el conjunto no es un tercero en relación con otro contrato del mismo conjunto"⁵¹⁵.

Claro está, la procedencia de la acción con naturaleza contractual aludida está supeditada al efectivo conocimiento de los sujetos contratantes de su calidad de miembros del sistema, así como de la existencia de éste último. Por el contrario, en caso de realizar una interpretación rígida del principio *res inter alios acta*, la naturaleza de la acción con pretensión indemnizatoria de unos miembros en relación con otros sería extracontractual. Esto es, se agravaría la carga de la prueba que se radica en su cabeza, teniendo en cuenta que deben acreditar el título de imputación de dolo o culpa, a diferencia de la acción con

⁵¹⁵ LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Op. cit., pág. 210.

naturaleza contractual en la que se presume la culpa. En efecto, la naturaleza contractual de la acción con pretensión indemnizatoria entre los miembros del sistema se corresponde con la “*relación obligatoria compleja* que se estructura con todos los contratos vinculados”⁵¹⁶ y que se corresponde con el deber de trato igualitario entre los miembros del sistema, debido a que no existe justificación suficiente para que la naturaleza de la acción con pretensión indemnizatoria de uno de los miembros en relación con el contratante incumplido sea contractual, mientras que para los restantes sea de naturaleza extracontractual.

Además, otra de sus características que despunta relevante destacar es que los acreedores pueden aceptar el cumplimiento del contrato aunque no sea perfecto, siempre que tenga la aptitud para lograr la finalidad práctico-social del contrato individual y de la operación económica conjunta, como una conducta coherente con las exigencias de rapidez y eficiencia que demandan las operaciones económicas complejas actuales. Sin embargo, en caso de que el cumplimiento que carezca de integridad, identidad o exactitud les hubiere causados perjuicios, podrán reservarse los derechos que surgen a raíz del daño o del incumplimiento del contrato vinculado, dirigidos a la satisfacción plena de su interés y de su derecho de crédito, para ejercerlos dentro de un tiempo razonable con posterioridad a su ocurrencia, sin que se paralice o se frustre la operación económica en conjunto.

Adicional a ello, la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato como medio de tutela, es un remedio flexible y acumulable con otros remedios, en razón a su naturaleza indemnizatoria de los daños, que lo hace compatible con cualquier incumplimiento contractual que causare perjuicios, a excepción de la cláusula penal con función de indemnización anticipada de los perjuicios. Es por lo que, “en caso de resolución del contrato, el resarcimiento puede solicitarse para compensar el menoscabo sufrido por dicha resolución, o, en el caso de cumplimiento específico, para compensar el retardo con el que la parte perjudicada recibe el cumplimiento y por aquellos gastos en los que hubiera incurrido. El resarcimiento de los daños y perjuicios también puede acompañarse de otros remedios (v. gr. subsanación del incumplimiento)”⁵¹⁷.

Así las cosas, este medio de tutela se podrá ejercer en forma principal y autónoma, pues “el acreedor podrá demandar desde un principio el pago de perjuicios por la no entrega de una especie mueble o de bienes de género

⁵¹⁶ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 135.

⁵¹⁷ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 294.

distintos de dinero, o por la ejecución o no ejecución de un hecho, estimándolos y especificándolos bajo juramento si no figuran en el título ejecutivo, en una cantidad como principal y otra como tasa de interés mensual, para que se siga la ejecución por suma líquida de dinero⁵¹⁸ o, se podrá acumular⁵¹⁹ con cualesquiera otros de los remedios de que disponen los acreedores directos e indirectos de los contratos vinculados⁵²⁰. En ese sentido, “Los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado cualquier otra vía a la que tengan derecho⁵²¹. Es por lo que “La pretensión indemnizatoria es *compatible con los demás remedios* de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, de modo que este puede reclamar la reparación de los daños y, al mismo tiempo, hacer valer cualquier otra medida de protección con que cuente⁵²².”

En esa línea, “Si la obligación es de dar una especie mueble o bienes de género distinto de dinero, el demandante podrá pedir, conjuntamente con la entrega, que la ejecución se extienda a los perjuicios moratorios desde que la obligación se hizo exigible hasta que la entrega se efectúe, para lo cual estimará bajo juramento su valor mensual, si no figura en el título ejecutivo. De la misma manera se procederá si demanda una obligación de hacer y pide perjuicios por la demora en la ejecución del hecho⁵²³. Sin embargo, en caso de que la conducta de los acreedores directos e indirectos haya contribuido a la causación de los perjuicios por el incumplimiento de su deber de mitigar el daño derivado del incumplimiento contractual del deudor, será procedente la reducción de la indemnización en tal proporción.

Por último, debemos advertir que a la cláusula penal moratoria o con función de indemnización anticipada de los perjuicios, como remedio frente al incumplimiento contractual culposo o doloso en los contratos vinculados, se

⁵¹⁸ Artículo 428 del Código General del Proceso.

⁵¹⁹ El artículo 7.4.1 de la edición del año 2016 de los Principios Unidroit señala “Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios”.

⁵²⁰ Tal es el caso de los artículos 1546 del Código Civil y el 870 del Código de Comercio, que establecen en forma expresa la posibilidad de la concurrencia del remedio del cumplimiento de la obligación, en especie o del subrogado pecuniario, o de la resolución, en ambos casos con la posibilidad de exigir la indemnización de los perjuicios moratorios que se hubieren causado.

⁵²¹ Artículo 8:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

⁵²² Gómez Calle, E., Op. cit., pág. 79.

⁵²³ Artículo 426 del Código General del Proceso.

le aplicaría lo dicho aquí frente a la indemnización de los perjuicios, con la precisión de que se aligera la carga de la prueba del acreedor afectado con el incumplimiento al no radicarse en su cabeza el deber de tasar los perjuicios moratorios, pero sí de acreditar la existencia del contrato y su incumplimiento. Asimismo, podemos señalar que el acreedor podrá aceptar el cumplimiento parcial, imperfecto o defectuoso que sea apto para la consecución de la finalidad práctico-social del contrato y de la operación económica conjunta, reservándose el derecho de hacer efectiva la cláusula penal por incumplimiento parcial, defectuoso o imperfecto de las obligaciones en sede judicial, privilegiando así la ejecución eficiente de los contratos vinculados y evitando la paralización del sistema.

iv. La subsanación del incumplimiento.

Siguiendo la misma metodología, primero realizaremos algunos comentarios sobre la subsanación como remedio en su sentido tradicional, para abordar analizar en seguida su idoneidad en relación con los contratos vinculados.

a) En los contratos bilaterales.

En términos generales, la subsanación se traduce en permitir que el sujeto incumplido intente ejecutar de nuevo la prestación, en caso de ser el cumplimiento imperfecto o defectuoso, o ejecute la parte insatisfecha, en caso de ser absoluto, parcial o tardío, respectivamente, "se trata de un derecho que se confiere al deudor dentro de ciertos límites de razonabilidad, en coherencia con el principio de la buena fe y con el fin de mantener la relación contractual siempre que ello resulte posible y apropiado; por otra parte, es preciso buscar un equilibrio entre el interés que puede tener el deudor en disfrutar de una nueva oportunidad para cumplir debidamente, y los intereses del acreedor"⁵²⁴. Así pues, la subsanación del incumplimiento como remedio se puede ejercer en el ámbito extrajudicial o judicial y deberá tener en cuenta "la determinación de si ésta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial"⁵²⁵.

Además, es preciso señalar que se trata de un remedio genérico comprensivo de la reparación, el reemplazo o cambio de la prestación y la ejecución total o parcial de la prestación insatisfecha, que no se ajusta al programa ideal del contrato o de la operación económica conjunta. En ese sentido, "La

⁵²⁴ GÓMEZ CALLE, E., Op. cit., pág. 46.

⁵²⁵ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 250.

subsanción puede incluir la reparación y el reemplazo, así como cualquier otra actividad destinada a subsanar el incumplimiento y otorgar a la parte perjudicada todo lo que tiene derecho a esperar conforme al contrato. La reparación del incumplimiento es idónea como subsanción sólo cuando no deja huellas del incumplimiento previo y no amenaza con menoscabar el valor o calidad del producto en su conjunto”⁵²⁶. En consecuencia, este remedio estará excluido en los casos de incumplimiento de obligaciones de no hacer o de incumplimiento definitivo, pues son incompatibles por naturaleza. Así las cosas, a continuación, nos referiremos a su ejercicio en el ámbito extrajudicial, para luego abordar el judicial.

En primer lugar, en el ámbito extrajudicial, a solicitud del deudor o por iniciativa propia del acreedor, es posible que se acuerde entre los sujetos contratantes un plazo suplementario para superar el incumplimiento absoluto, imperfecto o tardío. Así pues, nos referiremos primero a la subsanción del incumplimiento a solicitud del deudor y luego a la subsanción por iniciativa del acreedor.

En ese sentido, el deudor puede informar a los acreedores directos e indirectos la forma y el momento en que procederá a subsanar el incumplimiento, cualquiera que sea. Asimismo, este medio de tutela será procedente en los casos en que aun cuando la prestación fuera exigible y el deudor no hubiere cumplido a conformidad con el contrato, habiéndolo o no constituido los acreedores en mora, su ejecución tenga la aptitud para satisfacer su interés y para alcanzar la finalidad práctico-social del contrato individual y de la operación económica en conjunto. Es por lo que, en aplicación de los deberes de colaboración al sostenimiento del sistema, a la consecución de la finalidad económica común y de lealtad reforzada, los acreedores, mientras dure el plazo solicitado por el deudor, no deberán ejercer cualesquiera otros remedios que sean incompatibles con la subsanción, limitándose a la suspensión del cumplimiento de la prestación a su cargo y a la indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento les hubiere causado⁵²⁷. Y ello es así porque “la parte incumplidora es responsable

⁵²⁶ Ibid., pág. 251.

⁵²⁷ Como lo señala el artículo 7.1.4 de la versión del año 2016 de los Principios Unidroit “(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando: (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanción; (b) la subsanción sea apropiada a las circunstancias; (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla, y (d) dicha subsanción se lleve a cabo sin demora. (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento. (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la

por el daño derivado del incumplimiento, aunque dicha parte tenga éxito en la subsanación. También es responsable por todo daño adicional causado por la subsanación misma, o por la mora en el cumplimiento, o por cualquier tipo de daño que no haya podido ser evitado mediante la subsanación”⁵²⁸.

Entonces, existiría en forma implícita una jerarquía entre los remedios por su naturaleza, atendiendo a criterios lógicos que privilegian la conservación del contrato y del sistema de contratos, así como la disminución de costos y, por tanto, se limita el *ius variandi* del acreedor para ejercerlos. Entonces, “la parte incumplidora puede ampliar brevemente el plazo que tenía para cumplir conforme al contrato, a menos que el cumplimiento oportuno fuera exigido por el contrato o por sus circunstancias (...) por lo tanto, favorece la conservación del contrato. También refleja el principio de política jurídica de minimizar costos (...) y el principio básico de buena fe y lealtad negocial (...)”⁵²⁹. El evento antes descrito se podría presentar en los casos en que existe un término esencial o en el que se hace imposible el cumplimiento de la obligación o en cualquier otro supuesto en que se torna definitivo el incumplimiento temporal, que excluiría el ejercicio del remedio de la subsanación.

Asimismo, el ejercicio de la subsanación privilegia el principio de conservación del contrato y, en nuestro caso, del sistema de contratos porque se limita el ejercicio de los remedios que se excluyan con la subsanación, como la solicitud de resolución del contrato, de celebrar operaciones de reemplazo, del subrogado pecuniario o del cumplimiento en especie, así como de reducción de la contraprestación en proporción a la parte de la obligación incumplida; hasta que no se venza el plazo dentro del cual el deudor puede cumplir. Por esta razón, se limita el *ius variandi* del acreedor para ejercer o cambiar de remedio mientras no haya fenecido el plazo que tiene el deudor para subsanar el incumplimiento.

Por otro lado, en cuanto al número de veces que el deudor podría ejercer este remedio⁵³⁰, creemos que tal ejercicio no se puede en tornar en abusivo al

notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar. (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación. (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación”.

⁵²⁸ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 252.

⁵²⁹ Ibid., pág. 249.

⁵³⁰ El Artículo 8:104 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos señala: “Cuando una parte rechaza la oferta de cumplimiento de la otra parte porque no se ajusta al contrato,

someter al acreedor a ampliar los plazos de cumplimiento originales pactados en el contrato a causa de la notificación de la intención de subsanar el incumplimiento por el deudor, estando legitimado para rechazarlo cuando su ejercicio se haya tornado abusivo. También puede suceder que el ejercicio del remedio de la subsanación se ejerza respecto de diferentes componentes de la prestación a su cargo, evento en el cual no podrá considerarse agotado su derecho a subsanar por corresponder a componentes diferentes.

Por último, en cuanto a la solicitud extrajudicial de subsanación del incumplimiento por el deudor, debemos señalar que, con la notificación de la intención de subsanar el incumplimiento, se trasladan al acreedor afectado con el incumplimiento deberes de cooperación para que la subsanación efectiva se pueda lograr. Es por lo que, en caso de negarse a cooperar “carece de efecto una notificación de resolver el contrato, si la parte perjudicada se niega a permitir la subsanación cuando le es requerido. Además, en este supuesto la parte perjudicada no puede perseguir el resarcimiento del daño que podría haberse evitado mediante la subsanación”⁵³¹. Sin embargo, en caso de que el plazo de subsanación solicitado por el deudor amenace con frustrar la operación económica conjunta o la ponga en grave peligro, debido a los requisitos de eficiencia y de coordinación propia de las diferentes prestaciones contractuales, los acreedores legítimamente podrán rechazar el ejercicio de este remedio.

En segundo lugar, tratándose de la solicitud extrajudicial de subsanación del incumplimiento a instancias de los acreedores directos o indirectos⁵³²,

la parte que hizo dicha oferta puede proceder a un nuevo ofrecimiento de pago conforme, mientras la obligación no haya vencido o en tanto el retraso en el pago no suponga un incumplimiento esencial”.

⁵³¹ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 252.

⁵³² El artículo 8:106 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establece: “(1) En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga para proceder al cumplimiento, comunicándole dicha decisión. (2) En el transcurso de dicho plazo adicional, la parte perjudicada puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus correlativas obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no puede utilizar ningún otro medio de tutela. Ante una comunicación de la otra parte informándole de que no cumplirá en dicho plazo o si, vencido el plazo adicional, la obligación debida siguiera sin verse cumplida, el perjudicado podrá recurrir a cualquiera de los medios previstos en el capítulo 9. (3) Ante un retraso en el cumplimiento que no revista el carácter de esencial, si la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder el pago, el perjudicado puede resolver el contrato al concluir el plazo previsto en la prórroga. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado. Si el plazo dispuesto es demasiado breve, la parte perjudicada sólo

podemos advertir que éstos pueden “reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa (...)”⁵³³, señalando un plazo razonable para que el deudor cumpla a conformidad con su obligación, siempre que sea posible y el cumplimiento a satisfacción pero tardío, tenga la aptitud para satisfacer su interés y, por tanto, en caso de que no se subsane el incumplimiento dentro del término razonable, quedarán en la libertad de ejercer cualesquiera otros remedios que consideren idóneos. Sin embargo, no sobra aclarar que la pretensión de subsanación del incumplimiento a instancias del acreedor requiere que esta posible y que no resulta excesivamente gravosa u onerosa para el deudor en cuanto a los costos que de ella se derivan.

En este caso⁵³⁴, el deudor podrá ejecutar de nuevo la prestación o subsanar el incumplimiento, en cualquiera de sus formas, cuando aún no haya fenecido el plazo de que dispone para cumplir otorgado por los acreedores o, cuando se compromete a subsanar el incumplimiento una vez comunicada la falta de conformidad de su comportamiento, evento en que “el acreedor debe dejar al deudor un tiempo razonable para subsanar el defecto, durante el cual no puede ejercitar otro remedio distinto de la suspensión de su propia prestación”⁵³⁵. Sin embargo, una vez finalizado, en caso de que el deudor no cumpla, se levantará la suspensión transitoria y el acreedor podrá ejercitar los otros remedios de que dispone.

Ahora, en el plano judicial, debemos señalar que este remedio se encuentra consagrado en forma implícita en el régimen general de los Códigos Civil y de Comercio y, en forma específica, en el Estatuto del Consumidor. En los primeros, la subsanación como medio de tutela es una de las manifestaciones del remedio del cumplimiento en especie, sometido a la disciplina general establecida en los Códigos Civil y de Comercio, pues no significa otra cosa que la solicitud por los acreedores directos o indirectos del contrato vinculado, de que el deudor adapte su conducta según el programa ideal contenido en el contrato o en la operación económica conjunta, ejecutando la totalidad de la prestación en caso de incumplimiento absoluto, realizando la porción de la obligación faltante en caso de ser el incumplimiento parcial o, ajustando su comportamiento a los requisitos de identidad, integridad o exactitud en caso de que sea defectuoso o imperfecto. “Para ello, por vía

puede resolver el contrato o, en su caso, concluir éste de manera automática, cuando haya transcurrido un tiempo razonable desde el momento de la notificación”.

⁵³³ Artículo 7.2.3 de la edición 2016 de los Principios Unidroit.

⁵³⁴ Como lo establece el artículo III 3:202 del Marco Común de Referencia Europeo.

⁵³⁵ GÓMEZ CALLE, E., Op. cit., pág. 47.

interpretativa, como pretensión de cumplimiento específico, el comprador podría solicitar la sustitución del bien o su reparación, siempre que dichas pretensiones resultaren razonables a la luz del principio de buena fe (por ejemplo, una solicitud de sustitución podría paralizarse, si dado el defecto que ocasiona el incumplimiento, la reparación resulta el mecanismo idóneo para la satisfacción del acreedor)⁵³⁶.

Lo que no obsta para destacar una disposición normativa relativa al contrato de confección de obra material en la que se señala que si el acreedor encargante de la obra rechaza la prestación del deudor por no haberse ejecutado debidamente y tal alegación es fundada, “el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios”⁵³⁷. Entonces, en el Código Civil encontramos la consagración expresa de la posibilidad de que el acreedor insatisfecho con el incumplimiento imperfecto, defectuoso o parcial, le solicite al deudor que subsane el incumplimiento volviendo a hacer la obra como una de las formas para satisfacer su interés.

Sin perjuicio de que los sujetos procesales le soliciten de común acuerdo al Juez, antes de proferir sentencia, la suspensión del proceso por un tiempo de determinado con el objetivo del deudor subsane el incumplimiento de la prestación a su cargo⁵³⁸, evento en el que “vencido el término de la suspensión solicitada por las partes se reanuda de oficio el proceso. También se reanuda cuando las partes de común acuerdo lo soliciten”⁵³⁹. Así pues, en caso de que se haya subsanado el incumplimiento podrán las partes transigir y desistir de sus pretensiones o, de no materializarse, continuar con el proceso judicial en el que hagan valer a través de diversas pretensiones los remedios de que disponen los acreedores directos o indirectos.

Por otro lado, en el régimen especial de protección al consumidor, se establecen en forma específica, como formas de subsanar el incumplimiento defectuoso a través de la efectividad de la garantía legal, la reparación gratuita del producto defectuoso y la reposición o cambio total o parcial del producto defectuoso por otro de la misma especie⁵⁴⁰, siempre que tales remedios sean acordes con la naturaleza del bien y con las características del

⁵³⁶ RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

⁵³⁷ Artículo 2059 del Código Civil.

⁵³⁸ Artículo 161 del Código General del Proceso.

⁵³⁹ Artículo 162 del Código General del Proceso.

⁵⁴⁰ Numeral 1 y 2 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011.

defecto, como uno de los límites establecidos por el legislador para su ejercicio. Es por lo que se podrá denegar la solicitud de efectividad de la garantía en su forma de reposición o cambio total del producto, cuando el defecto no tenga la entidad que amerite tal cambio, pudiendo conceder el Juzgador el amparo a través del cambio parcial o de la reparación, cuando el consumidor las haya solicitado como pretensiones subsidiarias.

En últimas, el remedio de la subsanación del incumplimiento deriva en la extensión del plazo inicial para que el deudor ejecute la prestación a su cargo. Por tanto, comprende cualquier conducta del deudor tendiente a intentar cumplir a satisfacción la prestación como la reparación, el reemplazo o la ejecución de la prestación insatisfecha. Sin embargo, es preciso anotar que no existe una posición pacífica sobre la naturaleza autónoma de este remedio, pues una parte de la doctrina⁵⁴¹ considera que es una de las manifestaciones del cumplimiento en especie o *in natura*, o que, a lo sumo, es un mecanismo de salvación del contrato o una “segunda oportunidad” para que el deudor incumplido ajuste su comportamiento al programa ideal.

b) En los contratos vinculados.

Ahora, en relación con los contratos vinculados podemos señalar que este remedio se corresponde con la teleología de la figura de la vinculación contractual, pues permite superar y corregir el incumplimiento inicial y satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos, al permitir la conservación del vínculo jurídico contractual. Además, el despliegue de los efectos finales del contrato cuyas prestaciones no se ejecutaron a conformidad *ab initio*, permite que los contratos vinculados cuya ejecución es concomitante o posterior con el contrato “subsanado”, se cumplan en debida forma, por ser su requisito, complemento, condición o presupuesto necesario. En el mismo sentido, los contratos que se ejecutaron a satisfacción con anterioridad, se beneficiarán, ya que este remedio es apto para alcanzar la operación económica conjunta, conservar el sistema de contratos e impedir que se frustre o paralice la finalidad económica supra-contractual, porque se le otorga, *motu proprio* o a solicitud del deudor, la oportunidad a este último de corregir su comportamiento inidóneo para satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos, y con su ejercicio se evita la propagación de la ineficacia, que tendría lugar en caso de que el incumplimiento inicial y superable, mutara a definitivo. Por último, podemos destacar que remedio se erige en una limitante del *ius variandi* de los acreedores, que solo podrán

⁵⁴¹ Entre ellas, cabe destacar la posición del doctor Javier Rodríguez Olmos.

ejercer los remedios con función extintiva del vínculo jurídico, una vez agotado el plazo suplementario de la subsanación, favoreciendo la conservación, el mantenimiento y el funcionamiento del sistema de contratos.

- v. La excepción de contrato no cumplido o suspensión de la ejecución de la propia obligación⁵⁴².

Aquí comenzaremos con el análisis del remedio de la excepción de contrato no cumplido en los contratos bilaterales, para señalar con posterioridad, algunas precisiones tratándose de los contratos vinculados.

- a) En los contratos bilaterales.

En el Código Civil colombiano se establece que “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”⁵⁴³. Asimismo, en virtud del artículo 822 del Código de Comercio⁵⁴⁴, este remedio sería aplicable también a los contratos mercantiles. Es por lo que el remedio de la excepción de contrato no cumplido o *Exceptio non adimpleti contractus* cuenta con consagración legal expresa para todo tipo de contratos bilaterales en el Código Civil y, por remisión, también en el Código de Comercio. En el mismo sentido, el Código Civil francés establece que “Una parte podrá rehusar cumplir su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra no cumple la suya y si dicho incumplimiento es suficientemente grave”⁵⁴⁵. Entonces, podemos señalar, en

⁵⁴² Los artículos 1219 y 1220 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés señalan “Una parte podrá rehusar cumplir su obligación, aun cuando esta sea exigible, si la otra no cumple la suya y si dicho incumplimiento es suficientemente grave” y “Una parte podrá suspender el cumplimiento de su prestación desde el momento en que sea manifiesto que la otra no cumplirá al vencimiento y las consecuencias de dicho incumplimiento sean suficientemente graves para ella. Dicha suspensión deberá notificarse a la mayor brevedad”, respectivamente.

⁵⁴³ Artículo 1609 del Código Civil.

⁵⁴⁴ Artículo 822 del Código de Comercio: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

⁵⁴⁵ Artículo 1219 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

relación con los supuestos aplicativos de esta excepción⁵⁴⁶, que su procedencia exige que: (i) se trate de contratos sinalagmáticos, (ii) la exigibilidad del cumplimiento de las prestaciones sea simultánea, y (iii) que una de las partes haya incumplido en forma temporal y superable la prestación a su cargo. En este supuesto,

Solo un incumplimiento que no destruya el interés en la preservación del contrato y sus efectos y que no derribe la función para la cual el contrato fue concebido por las partes, es decir, un incumplimiento no definitivo, sería el tipo de incumplimiento que la excepción podría combatir, pues por medio de ella se suspende la ejecución de las propias prestaciones con el fin de que las partes gestionen la relación contractual, teniendo como objetivo no la liberación del vínculo, sino la preservación del sinalagma, incentivar el funcionamiento de la relación y obtener la satisfacción de los intereses *in natura*.⁵⁴⁷

Así pues, la inejecución de las obligaciones asumidas por las partes de un contrato bilateral puede hacer que la pretensión judicial de cumplimiento frente al cocontratante inmediato no prospere, en caso de que el demandado le oponga la excepción de contrato no cumplido, por estar obligados a cumplir en forma simultánea o por ser el cumplimiento de la parte que lo solicita un requisito previo para el cumplimiento de la otra, debido a que la procedencia de la pretensión de cumplimiento está condicionada a que el demandante haya cumplido o acredite la disposición a cumplir la prestación a su cargo. En otros términos, el ejercicio del derecho de acción de la parte de un contrato bilateral materializada en la pretensión de cumplimiento en especie de la obligación de su cocontratante se puede enervar por el demandado con la excepción de contrato no cumplido, por no haber cumplido o allanándose a cumplir el solicitante la obligación a su cargo.

Es por lo que este remedio tiene como efecto la postergación de la ejecución de la prestación pretendida hasta que el demandante cumpla o se allane a cumplir, así como apremiar a que este último cumpla con las obligaciones a su cargo. Así pues, el contrato existe y es válido, solo que su ejecución se difiere en el tiempo, situación de pendencia que se superará cuando alguno de los dos contratantes cumpla, por desaparecer el supuesto de hecho que

⁵⁴⁶ Partiendo del estudio realizado por el profesor Carlos Chinchilla: CHINCHILLA IMBETT, C., *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pág. 299.

⁵⁴⁷ *Ibid*, pág. 362.

legitimaba la suspensión de la ejecución de la prestación a su cargo o, cuando algunos de los sujetos solicite la resolución del contrato. Empero, “Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento”⁵⁴⁸, como en los casos en que el demandado deba cumplir primero o cuando la inejecución de la prestación del demandante sea fútil o no revista la gravedad suficiente.

En el último caso, de tratarse de un incumplimiento fútil del demandante o que no revista la entidad suficiente, no sería procedente el remedio de la excepción de contrato no cumplido en los contratos bilaterales, pues tal proceder sería contrario a las obligaciones derivadas de la buena fe que integran el contenido del contrato⁵⁴⁹, al supuesto de hecho de este remedio, al principio de proporcionalidad, así como al criterio legal interpretativo que favorece la producción de efectos jurídicos de los contratos⁵⁵⁰, pues este remedio presupone la existencia del incumplimiento absoluto de la obligación del demandante que, en caso de no existir, haría improcedente su ejercicio por no subsumirse en el supuesto de hecho porque “el acreedor no puede invocar un incumplimiento de poca significación o de una prestación de relevancia menor, y por supuesto, mal podría alegar a favor suyo una situación que obedezca a su propia conducta”⁵⁵¹.

Así las cosas, en estricto sentido, el medio de tutela analizado se limita a los casos en que el incumplimiento del contrato es absoluto, que de por sí reviste un grado material de gravedad, pero la ejecución de la prestación aunque tardía, tiene aptitud satisfactiva del interés del acreedor y sirve para alcanzar la finalidad económico social perseguida con el contrato individual. Empero, en los casos en que el incumplimiento se torne definitivo, cualquiera que sea la causa, este medio de tutela no será procedente, pues no existirá la posibilidad de que el demandante cuya pretensión de cumplimiento ha sido enervada por la *exceptio non adimpletis contractus*, cumpla o se allane a cumplir para superar el estado de pendencia en la ejecución del contrato y, por tanto, ninguno de los contratantes podrá constituir al otro en mora de cumplir.

⁵⁴⁸ De acuerdo con el artículo 1191 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en España.

⁵⁴⁹ Artículos 1603 del Código Civil y artículo 871 del Código de Comercio.

⁵⁵⁰ Artículo 1620 del Código Civil.

⁵⁵¹ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 935.

b) En los contratos vinculados.

Ahora, tratándose de los contratos vinculados, valga decir primero que el orden en el cumplimiento de las distintas prestaciones estará determinado por la voluntad de los miembros del sistema o, a falta de esta, por criterios lógicos, temporales y causales que se correspondan con la finalidad económica supra-contractual del sistema de contratos de que se trate, que la mayor de las veces coincide, y con base en los cuales será posible determinar cuáles contratos deben ejecutarse primero por ser requisito, condición, complemento o presupuesto necesario de los restantes. En este punto, es posible diferenciar dos supuestos: (i) cuando uno de los miembros del sistema que sea parte de alguno de los contratos vinculados que se ejecutan primero, oponga la excepción como remedio principal, y (ii) cuando este remedio se ejerza por los miembros del sistema que sean partes de los contratos cuya ejecución es intermedia o posterior en el sistema, por la imposibilidad de su ejecución a causa del incumplimiento de alguno de los contratos vinculados anteriores.

En el primer caso, el ejercicio de plano como remedio principal de la excepción de contrato no cumplido se excluiría pues, a diferencia de los contratos bilaterales, la suspensión de la ejecución de uno de los contratos no solo tendría efectos, desde el punto de vista causal, en el contrato bilateral y en la contraparte inmediata, sino en los restantes contratos vinculados y en los demás miembros del sistema. Así pues, en cumplimiento de los deberes secundarios de colaboración al sostenimiento del sistema, de contribución al logro de un fin común y de lealtad negocial, el sujeto pasivo de la pretensión de cumplimiento debería cumplir o allanarse a cumplir, reservándose los derechos derivados del incumplimiento de su cocontratante que nacen en su esfera patrimonial. Lo que se justifica en que si a la inejecución de la prestación del demandante, se le suma la suspensión del cumplimiento del demandado, ello tendría como consecuencia la paralización del sistema por ser las prestaciones contenidas en el contrato requisito, presupuesto, condición o complemento necesario de la ejecución de las prestaciones restantes por existir contratos vinculados concomitantes o sucesivos que dependen causalmente de la realización de la prestación que instrumentalizan, así como una posible frustración de la operación económica conjunta de no superarse el estado de inejecución o de prolongarse en forma excesiva. Entonces,

La excepción es un medio absolutamente defensivo y de naturaleza transitoria, simplemente suspende los efectos finales del

contrato. Paraliza la acción ejecutiva del contendor, o incluso la acción resolutoria, y deja las cosas provisionalmente en suspenso. Es una excepción de las que antaño se denominaron, con propiedad, *dilatorias*: no matan la pretensión, simplemente la muestran inoportuna y difieren para oportunidad posterior la dilucidación definitiva del caso⁵⁵².

En últimas, la elección de este medio de tutela como remedio principal ante el incumplimiento absoluto de un contrato de los que primero se ejecutan en el sistema, no se corresponde con la teleología de la figura de la vinculación contractual por afectar desde el punto de vista causal la ejecución de las prestaciones de los restantes contratos vinculados y por ser potencialmente lesiva de los derechos de crédito y de los intereses de los acreedores directos e indirectos, por tener la aptitud de paralizar el sistema de contratos e incluso, de frustrar la operación económica compleja a la que tienden, porque legitima la inejecución de las prestaciones contenidas en el contrato vinculado. Y ello es así porque el ejercicio de este remedio generaría un estado de inejecución de la prestación contenida en alguno de los contratos mientras la parte que no ha cumplido adapta su conducta a la prestación o se allana a cumplir, creando un estado de pendencia o indefinición para los restantes miembros del sistema pues, las prestaciones a su cargo requieren a nivel causal de la prestación cuyo cumplimiento se ha suspendido.

Por esa razón y dado que la figura de la vinculación contractual requiere la coordinación de todas y cada una de las prestaciones de los contratos autónomos atendiendo a criterios lógicos, temporales y causales, este remedio riñe con su naturaleza pues, la suspensión del cumplimiento de uno de los contratos que se ejecutan primero como remedio principal, en forma necesaria desequilibraría el sistema de contratos por afectarse los criterios antes mencionados. Además, la función de este remedio frente al incumplimiento absoluto la podemos denominar como intermedia o *sui generis* porque no tiende a la extinción del vínculo jurídico ni está dirigida a la corrección del comportamiento del deudor incumplido, sino que les permite a las partes suspender la ejecución de las prestaciones hasta que una de ellas cumpla o se allane a cumplir. Sin perjuicio de que se pueda ejercer como un remedio subsidiario, pues su exclusión no es total.

Por el contrario, en el segundo caso, estimamos que el ejercicio de este medio de tutela será procedente, no como remedio principal frente al

⁵⁵² Ibid., pág. 932.

incumplimiento de los contratos vinculados que se ejecutan primero como en el evento antes señalado, sino como una defensa en caso de que la prestación de alguno de los contratos vinculados que sea posterior o sucesiva a la obligación incumplida, no pueda realizarse por afectarse su ejecución a causa del incumplimiento previo de otro de los contratos. Y ello es así porque la falta de ejecución no depende de la voluntad del miembro del sistema, sino es una consecuencia de la imposibilidad fáctica de ejecutar la prestación y de la consecuente insatisfacción del interés de los acreedores directos e indirectos. Así pues, este medio de tutela tiene consagración legal en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, que al regular los efectos de los contratos conexos establece:

Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común⁵⁵³.

En este caso, el escenario es diferente al primero porque el sujeto que es parte del contrato vinculado cuya ejecución es concomitante o posterior con el contrato vinculado que no se ha cumplido, puede justificar la inexecución de la prestación a su cargo pues, esta requiere de la ejecución previa del contrato vinculado incumplido por ser su requisito, complemento, condición o presupuesto necesario en términos causales. En esa medida, este medio de tutela no se aplica como remedio principal, sino que es la consecuencia de la inexecución de las prestaciones de otros contratos y, por tanto, estaría plenamente justificado su ejercicio, cuya legitimidad deriva del requisito estructural de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, del principio de coordinación y, de los deberes secundarios de colaboración y contribución al sostenimiento del sistema, dado que tiene como función apremiar a las partes de los contratos vinculados que son anteriores o concomitantes para que ejecuten las prestaciones a su cargo.

Es de aclarar aquí que la identidad entre las partes de los contratos vinculados no es requisito para la procedencia de este remedio, pues la legitimación especial y restringida por pasiva y por activa se deriva de la conexidad contractual. Entonces, esta excepción puede ser interpuesta por un sujeto que no sea parte del contrato vinculado incumplido que se debía

⁵⁵³ Artículo 1075 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.

ejecutar primero porque su legitimación deriva de la pertenencia al sistema de contratos y de la imposibilidad causal de ejecución del contrato del cual es parte en estricto sentido, por ser la prestación incumplida su requisito, presupuesto, condición o complemento necesario. Es por lo que “A quien es parte de un contrato funcionalmente vinculado a un contrato incumplido, se le admite oponer la llamada excepción de inejecución, a fin de recuperar la libertad que fue limitada por una obligación de ejecución, la cual perdió su justificación económica debido al incumplimiento del contrato interconectado”⁵⁵⁴ (traducción libre por el autor).

Asimismo, el miembro del sistema podrá oponer la excepción de contrato no cumplido cuando se extinga o se termine uno de los contratos vinculados anteriores o concomitantes que era condición, presupuesto, complemento o requisito necesario de ejecución a nivel causal o fáctico de la prestación que estaba a su cargo. Así pues, este es un claro ejemplo de la propagación de la ineficacia al interior de los contratos vinculados y de la excepción al efecto relativo de los contratos, pues la extinción de uno de los contratos repercute en los demás contratos que no se podrán ejecutar y, en últimas, en la operación económica conjunta que se paralizaría o frustraría, en la medida que su consecución requiere de la concreción de los efectos finales de todos y cada uno de los contratos vinculados. En definitiva, “En caso de incumplimiento de un contrato vinculado, las partes pueden usar el incumplimiento como una defensa (traducción libre por el autor)”⁵⁵⁵.

Sin embargo, en caso de que los miembros del sistema ejerzan la excepción de contrato no cumplido por ser la ejecución del contrato de que son partes concomitante o posterior con el contrato vinculado incumplido, debemos señalar que, si no se supera el estado de inejecución de la prestación que era su requisito, presupuesto, complemento o condición necesaria, como última *ratio*, podrían cambiar de remedio o solicitar, como pretensión subsidiaria, la resolución del contrato por devenir el incumplimiento del contrato vinculado anterior en definitivo e imposibilitar la ejecución de las obligaciones contractuales a cargo de los restantes miembros del sistema.

⁵⁵⁴ CAFAGGI, F., Op. cit., pág. 24.

⁵⁵⁵ Ibid., pág. 36.

- vi. La excepción de contrato no cumplido adecuadamente o de cumplimiento defectuoso.

Para abordar este remedio, indicaremos primero sus características generales para luego resaltar sus especificidades en materia de contratos que están vinculados.

- a) En los contratos bilaterales.

Este remedio es una derivación del medio de tutela descrito en líneas anteriores. Sin embargo, su particularidad reside en que el incumplimiento del contrato vinculado aquí analizado no es absoluto sino parcial o imperfecto, pero relevante, lo que justifica su denominación de excepción de contrato no cumplido adecuadamente, cumplido defectuosamente o de *Exceptio non rite adimpleti contractus*. Es por lo que la determinación de la entidad del incumplimiento que legitime la suspensión de la ejecución de la prestación contractual a cargo del demandado se torna importante, pues el juez o el operador jurídico deberá establecer si la falta de ejecución íntegra, idéntica o exacta se puede considerar un incumplimiento grave del contrato que legitime su ejercicio, “en cuyo caso la parte facultada a recibir tal prestación puede suspender la suya, pero sólo en los casos en que en circunstancias normales dicho proceder sea conforme al principio de la buena fe y lealtad negocial”⁵⁵⁶.

Entonces, aun cuando exista incumplimiento por no adecuarse el comportamiento del sujeto que debía cumplir en forma simultánea o previa, a los requisitos de identidad, integridad o exactitud de la prestación, si el cumplimiento imperfecto o parcial permite la consecución de la finalidad práctico social del contrato y la satisfacción del interés del demandado, este remedio no será procedente, lo que no obsta para que el accionado ejerza otros remedios que no paralicen la ejecución del contrato sino que tiendan a la ejecución de la parte de la obligación insatisfecha, a la obtención de su subrogado pecuniario, a la reducción de la contraprestación a su cargo, a la subsanación del incumplimiento o a la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento inexacto o defectuoso le hubiere causado. Por esta razón, el contratante demandado no tendrá interés legítimo para suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, debiendo ejecutarla, sin perjuicio de que se reserve el ejercicio de los derechos derivados del incumplimiento de su cocontratante.

⁵⁵⁶ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 248.

b) En los contratos vinculados.

Al igual que en el medio de tutela anterior, tratándose de contratos que están vinculados, consideramos que su ejercicio en forma principal en los contratos que se ejecutan primero no se adecua a la teleología de la figura. Por el contrario, el miembro del sistema, en caso de que el cumplimiento defectuoso o imperfecto de la prestación tenga aptitud satisfactiva de su interés y del de los acreedores indirectos por ser idóneo para alcanzar la finalidad práctico social del contrato individual y la operación económica conjunta, deberá aceptar la ejecución imperfecta, defectuosa o tardía, en observancia de sus deberes de colaboración con el cumplimiento de la prestación de su cocontratante y del deber mantenimiento y sostenimiento del sistema de contratos, reservándose los demás remedios que nazcan en su esfera patrimonial para su ejercicio posterior, favoreciendo la eficiencia en el cumplimiento de las prestaciones necesarias para alcanzar el negocio económico común.

Empero, en caso de que el incumplimiento imperfecto o defectuoso de las prestaciones contenidas en los contratos vinculados que se ejecutaron con anterioridad por ser requisito, presupuesto, condición o complemento necesario de los contratos sucesivos o concomitantes, sea grave o no tenga la aptitud para el logro de la finalidad práctico-social del contrato o de la finalidad económica supra-contractual, el miembro del sistema estará legitimado para oponer esta excepción, por tornarse en imposible el cumplimiento de la prestación a su cargo, dado el nexo causal con las prestaciones que tienen graves defectos en su ejecución. Asimismo, en caso de que tal situación de inejecución no se supere, como última *ratio*, podrá hacer uso del remedio de la resolución del contrato por devenir en imposible la ejecución del contrato individual y de la operación económica en común.

vii. La resolución del contrato.

De igual forma que con los remedios anteriores, primero nos ocuparemos del análisis de la resolución en los contratos bilaterales, para luego señalar sus particulares en los contratos vinculados.

a) En los contratos bilaterales.

El medio de tutela de la resolución del contrato tiene consagración legal expresa en Colombia para todo tipo de contratos bilaterales en el régimen

general de los Códigos Civil y de Comercio, que señalan “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”⁵⁵⁷ y “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”⁵⁵⁸, respectivamente. Para el profesor Hinestrosa:

Resolución quiere decir disolución o aniquilamiento del contrato, acá por causa del comportamiento de una de las partes, a instancia de la otra. Delante del incumplimiento, o más propiamente de un incumplimiento grave de obligación fundamental o de importancia significativa o, eventualmente, frente a un comportamiento desleal de uno de los contratantes, aun cuando no se haya dado una falta objetivamente grave de un contrato de prestaciones correlativas por parte de cualquiera de los contratantes⁵⁵⁹.

Asimismo, se pueden identificar algunas disposiciones que regulan este remedio en forma específica, de acuerdo con la tipología del contrato. Así, en el contrato de compraventa podemos identificar disposiciones especiales que contemplan el remedio aquí estudiado. En primer lugar, tratándose de los vicios ocultos, los Códigos Civil y de Comercio disponen en forma expresa que “[l]os vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere”⁵⁶⁰ y “[s]i la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor”⁵⁶¹, respectivamente.

En este caso, si el objeto de la compraventa es un bien fungible y se entrega una cosa distinta de la debida, no tendría aplicación la acción edilicia en

⁵⁵⁷ Artículo 1546 del Código Civil.

⁵⁵⁸ Artículo 870 del Código de Comercio.

⁵⁵⁹ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 863.

⁵⁶⁰ Artículo 917 del Código Civil.

⁵⁶¹ Artículo 934 del Código de Comercio.

materia de compraventa de acuerdo con la teoría denominada *aliud pro alia*, por no tratarse de defectos o vicios ocultos sino de una cosa sustancialmente diferente, debiendo someterse a la disciplina general del incumplimiento del Código de Comercio o del Código Civil, a diferencia de las cosas no fungibles o bienes en especie, en las que se aplicaría el régimen especial de los vicios ocultos por tratarse de la misma cosa debida⁵⁶². Así pues, la Corte Suprema de Justicia⁵⁶³ ha señalado que para determinar el régimen aplicable entre la acción resolutoria general y la de los vicios redhibitorios, se debe analizar la gravedad del incumplimiento dado que, si el incumplimiento reviste tal relevancia que no sirva para satisfacer el interés del comprador por asimilarse a una falta total de la entrega de la cosa fungible o por ser un defecto que inutiliza el artefacto de manera ostensible, será procedente la aplicación del régimen general de la acción resolutoria que tiene un término de prescripción de diez (10) años, a diferencia del régimen especial de los vicios ocultos que cuenta con un término de prescripción de seis (6) meses⁵⁶⁴.

⁵⁶² En ese sentido, “la disciplina de las acciones edilicias aplica a las compraventas específicas cuando el vendedor entregue la cosa debida, pero con un defecto que sea oculto, existente al tiempo del contrato y grave con independencia a si tal gravedad refiere al uso natural de la cosa o a aquel convenido por las partes. Así, el ámbito propio de los vicios redhibitorios es el de la compraventa específica en la que el vendedor entrega la cosa debida que no sirve o solo sirve imperfectamente para su uso natural o aquel pactado por las partes”: VIDAL OLIVARES, A. y OVIEDO ALBÁN, J., Op. cit.

⁵⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de enero de 2005, M.P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 7524.

⁵⁶⁴ Sin embargo, esta diferenciación jurisprudencial, que no legal, ha suscitado ciertas críticas en la doctrina, a saber: “Como se puede observar, la decisión tomada, deja ciertas dudas en cuanto a su fundamentación, pues parece introducir el parámetro de la gravedad como criterio para la delimitación entre acciones especiales y régimen general, criterio que no cuenta con un fundamento normativo, pues tanto en el Código Civil, como en el Código de Comercio el supuesto de hecho denominado por la Corte «defecto que inutiliza el artefacto de manera ostensible», sencillamente recae en uno de los supuestos del vicio redhibitorio, esto es, que el bien no sea apto para su uso natural o para el fin previsto en el contrato. Además, como lo ha indicado la doctrina, la argumentación presenta incoherencias desde el punto de vista práctico, pues la lógica de los términos de prescripción no guarda relación con la lógica de la gravedad del defecto. Si el defecto es tan grave que la cosa nunca ha funcionado, esto se evidenciará sin mayor dificultad, entonces ¿para qué un término de prescripción más largo? El intento de la Corte de restringir el supuesto de hecho de los vicios ocultos para traspasar algunos casos al régimen general del incumplimiento deja entrever el malestar que se deriva de los dos regímenes paralelos de incumplimiento, debido a la existencia de zonas grises con supuestos que, recayendo en estricto sentido en el régimen de vicios, son tratados acudiendo al régimen general del incumplimiento. A estos casos deben sumarse supuestos de hecho que no configuran propiamente un vicio (piénsese al *aliud pro alio*) y que por lo tanto se someten al régimen general del incumplimiento. Sin embargo, no existe un fundamento real que justifique su diverso tratamiento (¿por qué la entrega de un bien que no es apto para su uso natural debe ser tratado de forma distinta a la entrega de cosa diferente a la que se pactó?)”: RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

En segundo lugar, el Código de Comercio señala que “[e]n caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor a la inmediata restitución de la cosa vendida, si el comprador la tuviere en su poder y no pagare o asegurare el pago a satisfacción del vendedor (...) Cuando el vendedor obtenga que se decrete la restitución de la cosa tendrá derecho el comprador a que previamente se le reembolse la parte pagada del precio, deducido el valor de la indemnización o pena que se haya estipulado, o la que en defecto de estipulación fije el juez al ordenar la restitución”⁵⁶⁵. Por otro lado, se establece, no como un elemento natural de los contratos bilaterales, sino como una disposición expresa de las partes el pacto comisorio, por el cual “se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”⁵⁶⁶.

En tercer lugar, el Código de Comercio establece que “[s]i el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador (...) desistir de él (...) con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo”⁵⁶⁷. Asimismo, se contempla la posibilidad de la resolución del contrato de compraventa previo al incumplimiento por no ser exigible todavía la obligación, en los casos en que “si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago”⁵⁶⁸.

En cuarto lugar, en relación con la venta de cosa futura o de cosa inexistente se contempla tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio que “[s]i faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador (...) desistir del contrato”⁵⁶⁹ y que, “[s]i la cosa llegare a tener únicamente existencia parcial podrá el comprador desistir del contrato (...)”⁵⁷⁰, respectivamente. Por tanto, se contempla en forma específica la posibilidad de desistir del contrato de compraventa como remedio frente a la existencia parcial del objeto inexistente o futuro. En esos términos, este medio de tutela no se refiere a la acción resolutoria del artículo 1546 del Código Civil sino que es una manifestación del “derecho que se

⁵⁶⁵ Artículo 948 del Código de Comercio.

⁵⁶⁶ Artículo 1935 del Código Civil.

⁵⁶⁷ Artículo 1882 del Código de Comercio.

⁵⁶⁸ Ibid.

⁵⁶⁹ Artículo 1870 del Código Civil.

⁵⁷⁰ Artículo 917 del Código de Comercio.

reconoce al comprador de no persistir en el contrato por una simple razón: la falta de una parte considerable del objeto de la compraventa⁵⁷¹.

Por último, en relación con la compraventa de predios rústicos por cabida⁵⁷² se señala que en caso de que la cabida real fuere mayor a la declarada, si el precio de la cabida que sobre excede la décima parte del precio de la cabida real, el comprador podrá desistir del contrato. En igual sentido, se establece que si la cabida real es menor que la declarada, si el precio de la cabida que falte excede la décima parte del precio de la cabida completa, el comprador, a la vez, puede desistir del contrato.

Ahora, en cuanto a los contratos para la confección de una obra material y de donación se establece que “el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra⁵⁷³ y que, “Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación⁵⁷⁴, respectivamente.

En la misma línea, al regular el contrato de suministro el Código de Comercio establece que “El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos (...) Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación⁵⁷⁵. Para finalizar, podemos identificar en el régimen especial de protección al consumidor, en forma implícita, la consagración de la resolución del contrato, como una de las formas de hacer efectiva la garantía legal, pues se contempla que en caso de que el bien no pueda ser reparado, el consumidor podrá solicitar la devolución total del dinero⁵⁷⁶.

⁵⁷¹ VIDAL OLIVARES, A. y OVIEDO ALBÁN, J., Op. cit.

⁵⁷² Artículo 1888 del Código Civil.

⁵⁷³ Artículo 2056 del Código Civil.

⁵⁷⁴ Artículo 1483 del Código Civil.

⁵⁷⁵ Artículo 973 del Código de Comercio.

⁵⁷⁶ Numerales 1 y 2 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011.

Así las cosas, podemos concluir que este medio de tutela cuenta con una regulación general y otra sectorizada que atiende a la naturaleza de las relaciones entre los contratantes (civil, comercial o de consumo), así como a la tipología del contrato. Es por lo que el intérprete, a efectos de dilucidar el régimen aplicable, deberá partir de los criterios de especialidad, así como del criterio de satisfacción del interés del acreedor, para elegir el remedio que mejor se adecue al supuesto de hecho y tenga la aptitud satisfactiva del derecho de crédito.

b) En los contratos vinculados.

Precisado lo anterior, nos compete ahora analizar la idoneidad de la resolución como remedio frente al incumplimiento en los contratos vinculados. Así pues, la resolución es una de las formas de terminación potestativa del contrato vinculado, pero no la única, en los casos que existe un incumplimiento culpable⁵⁷⁷ y grave⁵⁷⁸ de las prestaciones de un contrato que existe y es válido, durante su ejecución o de manera sobrevenida a su celebración, a instancia del acreedor afectado con el incumplimiento grave, que ha cumplido con su prestación o que se ha allanado a cumplir, y cuya justificación reside en el derecho del cocontratante a pedir en sede judicial la terminación del contrato que la otra parte incumple o no ejecuta, por haberse extinguido el interés primario en la ejecución de la prestación. Es por lo que “[l]a resolución propiamente dicha impone demanda y decreto judicial, instrumento al que acude la parte según su criterio, luego de prescindir de la acción de ejecución desde un principio o de haber desistido del proceso en que la adelantaba”⁵⁷⁹. No obstante, tal solicitud deberá ser ponderada por el operador jurídico en conjunto con los principios de proporcionalidad, de buena fe, de salvación y conservación del contrato y del sistema de contratos en cada caso concreto.

En consecuencia, los efectos de este remedio los podemos definir como extintivos del vínculo contractual “al desatar aquel ligamen, deja en libertad a las partes y extingue su relación”⁵⁸⁰, pues “la resolución es una medida

⁵⁷⁷ Por regla general, para que la resolución por incumplimiento proceda, “es menester la inejecución culpable del demandado”: HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 872.

⁵⁷⁸ En ese sentido, “la falla ha de ser de entidad mayor, solo un incumplimiento grave de obligación fundamental, que afecte grandemente la economía del contrato, o en los contratos asociativos, la confianza recíproca, apreciada al momento en que acaece”: Ibid., 880.

⁵⁷⁹ Ibid., pág. 854.

⁵⁸⁰ Ibid., pág. 941.

definitivamente liberatoria del contratante no cumplido”⁵⁸¹, pero no represiva, porque su ejercicio responde al ejercicio proporcional del *ius variandi* del acreedor que, en caso de incumplimiento absoluto, imperfecto o tardío, pero en todo caso grave o esencial⁵⁸² de las prestaciones inmersas en un contrato, solicita su resolución, dado que “La acción resolutoria es más una medida de protección del interés del contratante cumplidor – permitiéndole desligarse– que una medida de sanción del incumplidor. La específica sanción del incumplidor es el deber de resarcimiento, pero no *per se* la resolución”⁵⁸³. Sin embargo, en caso de que la imposibilidad de ejecución del contrato sea producto de la concreción exclusiva de un caso fortuito o una fuerza mayor, se extinguirá la obligación, sin perjuicio de que, a efectos de certeza jurídica sobre la terminación del vínculo contractual, los sujetos soliciten en sede judicial la declaración de la terminación del contrato con el fin de definir su situación y de que se ordenen las restituciones mutuas a que haya lugar, evento en el que no se trataría de la resolución del contrato, sino de la declaración judicial de la terminación del contrato por una causa legal.

En cuanto a la concurrencia o acumulación de la resolución del contrato con otros medios de tutela frente al incumplimiento grave y culpable del contrato, podemos señalar que, por su naturaleza, se excluye con el ejercicio simultáneo de las pretensiones de ejecución en especie del contrato, de reducción de la contraprestación a favor del contratante incumplido, de subsanación del incumplimiento y con la excepción de contrato no cumplido. En este punto, debemos aclarar que las restituciones de lo dado o ejecutado a que haya lugar son una consecuencia natural de la resolución, producto de la retroactividad de los efectos más no un remedio de por sí autónomo. Así también, nada obsta para que se acumulen los remedios antes citados en

⁵⁸¹ Ibid., pág. 854.

⁵⁸² El artículo 7.3.1 del Marco Común de Referencia señala que “1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento. (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5”.

⁵⁸³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., pág. 620.

debida forma, esto es, como pretensiones principales y subsidiarias, a diferencia del medio de tutela de la indemnización de los perjuicios que, por expresa disposición legal puede concurrir con la pretensión resolutoria del contrato, ya que el acreedor insatisfecho puede solicitar la “indemnización de los daños padecidos a causa de la inejecución del contrato, para cuyo buen suceso, obviamente, es indispensable la prueba, a su cargo, de la efectividad del daño y de su cuantía”⁵⁸⁴. En este punto, debemos poner de presente que la pretensión de resolución del contrato genera incertidumbre en las partes de contrato en torno a su ejecución, pues su situación patrimonial pende de la prosperidad o no de la pretensión resolutoria, es decir, no saben si el contrato celebrado seguirá existiendo. Es por lo que, para reducir la falta de certeza, consideramos procedente la solicitud de la medida cautelar innominada de ejecución del contrato cuya resolución se pretende por la parte demandada.

Además, despunta del todo relevante referirnos a la renuncia preventiva a este medio de tutela, pues la aceptación de la renuncia *ex post* al incumplimiento contractual⁵⁸⁵ no suscita mayor resistencia por ser un derecho patrimonial del que las partes pueden disponer libremente y cuyas consecuencias económicas ya conocen, a diferencia de la renuncia *ex ante* a su ejercicio. Así las cosas, la renuncia preventiva a la acción resolutoria consiste en la estipulación contractual de que, en caso de concretarse un incumplimiento de las prestaciones, el acreedor afectado no podrá ejercer la acción resolutoria, quedando limitado su *ius variandi* al ejercicio de la acción de cumplimiento en especie o a la excepción de contrato no cumplido. En este punto, “nada se opone a que, considerándose suficientemente protegida con la sola acción ejecutiva, renuncie a la prerrogativa de la resolución, en obsequio del interés de su contraparte (...)”⁵⁸⁶. En sentir del profesor Hinestrosa, “en principio, nada se opone a que los contratantes prescindan en el contrato de una de las alternativas de tutela de sus derechos y se circunscriban a la restante”⁵⁸⁷. Misma posición que fue sentada por el órgano de cierre de la jurisdicción civil en los siguientes términos:

⁵⁸⁴ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 872.

⁵⁸⁵ En este caso, “Va de suyo que, derivando la acción del incumplimiento, una vez producido este, la renuncia sería a una pretensión ingresada ya al patrimonio de la parte, lo cual haría sin más inobjetable la renuncia, puesto que de por medio no hay un interés general, como tampoco una exigencia de protección especial de un interés particular”: Ibid., pág. 876.

⁵⁸⁶ Ibid., pág. 877.

⁵⁸⁷ Ibid., pág. 877.

Considera la Sala que la renuncia expresa o tácita de la potestad resolutoria, en línea de principio, no vulnera normas de aquel linaje (de orden público), en la medida en que su prescindencia sólo implica desechar la posibilidad de terminar el contrato por una de tantas circunstancias que pueden conducir a ese fin, esto es, el incumplimiento de la prestación debida, determinación que atañe solo a los individuos que concurrieron a perfeccionar el acuerdo y, concretamente, a aquel que declina tal prerrogativa. En consecuencia, las partes, con las limitaciones anunciadas, tienen el poder de decidir si se desprenden o no de la opción de reclamar la terminación del vínculo cuando no ha habido el acatamiento debido de los compromisos asumidos por una de ellas⁵⁸⁸.

Asimismo, consideramos pertinente poner de presente la posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria en forma parcial, aunque limitada al contrato de compraventa en la legislación mercantil, cuando se pacte la entrega de una determinada cantidad de mercaderías a un plazo fijo y el vendedor aceptare la entrega parcial, pues “quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a exigir el cumplimiento del resto del contrato o la resolución de la parte de éste no cumplida, previo requerimiento al deudor”⁵⁸⁹.

Expuesto el contexto general, nos ocuparemos de analizar la procedencia del medio de tutela de la resolución del contrato al interior de la figura de los contratos vinculados. Aquí es posible diferenciar dos supuestos: (i) la limitación del ejercicio de la pretensión resolutoria como remedio principal en los contratos del sistema que se ejecutan primero, quedando restringido su ejercicio como pretensión subsidiaria y, (ii) la procedencia del medio de tutela de la resolución, en los contratos vinculados que se ejecutan en la etapa intermedia o final de la operación económica conjunta, cuando su cumplimiento devenga imposible por la inejecución o la extinción de alguno de los vinculados que se debían ejecutar primero.

En el primer caso, el ejercicio de la resolución como remedio principal en los contratos vinculados que se ejecutan primero, no se correspondería con la teleología de la figura porque con la extinción del vínculo contractual y las respectivas restituciones mutuas, los contratos vinculados concomitantes o sucesivos no se podrían ejecutar por ser el contrato resuelto su presupuesto,

⁵⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 2012, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁵⁸⁹ Artículo 927 del Código de Comercio.

condición, requisito o complemento necesario, frustrándose la finalidad práctico-social de los contratos vinculados posteriores y paralizándose o deviniendo imposible la operación económica conjunta. Es más, los miembros del sistema por vía contractual o como derivación de los deberes secundarios de conducta de colaboración al sostenimiento del sistema, a la consecución de un fin común y de lealtad reforzada, podrían renunciar o excluir⁵⁹⁰ en forma preventiva el ejercicio de la acción resolutoria como medio tutela principal frente al incumplimiento de los contratos vinculados de que son partes en estricto sentido, limitando su ejercicio como medio de tutela subsidiario.

Así pues, en caso de incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, las partes deberán privilegiar el ejercicio de aquellos medios de tutela que mantengan el vínculo contractual sobre aquellos que lo desaten, como las pretensiones de cumplimiento en especie, de reducción de la contraprestación en proporción con la parte inejecutada pero idónea para satisfacer el derecho de crédito y el interés del acreedor, el subrogado pecuniario de la porción de la obligación insatisfecha, la subsanación del incumplimiento y hasta la excepción de contrato no cumplido, en caso de que el incumplimiento de los contratos vinculados que se ejecutan con anterioridad sea temporal y superable, y solo retrase la ejecución de los contratos vinculados concomitantes o sucesivos. Y ello es así porque tal proceder es una manifestación del principio proporcionalidad, de conservación del contrato, del sistema de contratos vinculados y de la buena fe, pues de lo contrario, la terminación del contrato vinculado no solo impediría la consecución de la finalidad práctico-social del contrato individual sino también el logro de la operación económica conjunta.

Sin embargo, la regla general antes señalada tiene excepciones, que se incluyen en el segundo evento, en el que se legitima el ejercicio de la acción resolutoria a instancia de los miembros del sistema como remedio. Entonces, el ejercicio de la acción resolutoria solo sería procedente en cuatro supuestos, como forma de recuperación de la libertad de acción de los acreedores, pues de lo contrario, quedarían vinculados en forma indefinida al contrato incumplido y al sistema de contratos paralizado: (i) como medio de tutela subsidiario o como última *ratio*, en caso de que el incumplimiento del contrato devenga imposible a nivel causal por no ejecutarse los contratos vinculados que eran su requisito, presupuesto, condición o complemento necesario o, por tornarse definitivo el incumplimiento del propio contrato o

⁵⁹⁰ El artículo 8:109 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos señala que “Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que resultase contrario a la buena fe alegar dicha exclusión o limitación”.

de los contratos vinculados que lo precedieron o que son concomitantes, frustrándose o paralizándose en forma indefinida la operación económica conjunta; (ii) cuando se ejerza como principal la pretensión de resolución parcial de la parte no cumplida del contrato, en los casos en que la prestación ejecutada tenga la aptitud para lograr la finalidad práctico social del contrato y el negocio económico conjunto; (iii) en los eventos en que los contratos vinculados anteriores o concomitantes con la ejecución del contrato cuya resolución se pretende se hayan terminado, no por agotamiento de su objeto sino por cualquier otra causa que impida su cumplimiento a satisfacción; y, (iv) cuando se ejerza como remedio principal por el miembro del sistema que desconoce su existencia o su pertenencia a él. Sin embargo, si el conocimiento es posterior a la acción con pretensión resolutoria del contrato, se debería desistir de ella y cambiar de remedio bien sea a través de la reforma de la demanda o de cualquier otro mecanismo procesal, para optar por otros medios de tutela que mantengan el vínculo contractual vigente.

En ese entendido, de estar justificada la pretensión resolutoria del contrato vinculado por los motivos descritos en líneas anteriores, la consecuencia natural que se deriva de este remedio es la declaración de la terminación del contrato y de la obligación de realizar las restituciones mutuas de lo dado o ejecutado en virtud del contrato. Además, como una característica propia de la figura de la vinculación contractual, debemos referirnos a la propagación de la ineficacia derivada de la resolución de alguno de los contratos vinculados hacia los restantes. Al respecto es preciso aclarar que

De ninguna manera por el hecho de resolverse o terminarse un contrato del grupo, los restantes quedarán resueltos o terminados, porque el fenómeno en cuestión no se transmite, pero sí pueden ellos afectarse, incluso hasta llegar a la imposibilidad de su ejecución, por su indivisibilidad o 'de rebote' (...) El contrato afectado no pierde su validez intrínseca, simplemente deja de ser eficaz, por falta de sustento, de la ocurrencia de la terminación del otro contrato⁵⁹¹.

Es por lo que la resolución de alguno de los contratos vinculados que se debería ejecutar primero en virtud del principio de coordinación por ser requisito, complemento, presupuesto o condición necesaria para la ejecución de los restantes, no significa que los demás contratos se resuelvan o terminen en forma automática, a menos que se incluya en el contenido de los contratos

⁵⁹¹ HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Op. cit., pág. 926.

como una causal de terminación. Por el contrario, los demás contratos existen y son válidos, lo que sucede es que se afectarán desde el punto de vista fáctico o causal, por la imposibilidad de ejecutar las prestaciones que contienen, pues requieren el cumplimiento previo de las obligaciones contenidas en el contrato resuelto. Entonces, se comunica la ineficacia derivada de la resolución de un contrato a los demás contratos vinculados. Sin embargo, es posible que los contratos vinculados ejecutados con anterioridad al contrato resuelto subsistan como contratos individuales, no obstante que la operación económica común que trataban de instrumentalizar se frustre o se haga de imposible ejecución.

Con base en lo anterior, podemos concluir que es posible que los miembros del sistema ejerzan la pretensión resolutoria del contrato de que son partes en estricto sentido, no solo cuando los contratos vinculados anteriores o concomitantes se incumplan o no se ejecuten, sino también cuando se terminen, se resuelvan o desaparezcan. En este supuesto, podemos afirmar que, en principio, la resolución de uno de los contratos vinculados no legitima a los demás miembros a ejercer este remedio respecto de los contratos de que son partes. Sin embargo, este supuesto fue incluido en la reciente reforma al Código Civil francés, en los siguientes términos:

Quando se hayan celebrado contratos con vistas a una operación y uno desaparezca, caducarán los contratos cuya ejecución resulte imposible por esta desaparición y aquellos para los que la celebración del contrato desaparecido fuera una condición determinante del consentimiento de una parte. Sin embargo, la caducidad solo se producirá si el contratante contra el que se invoque conocía la existencia de la operación de conjunto cuando dio su consentimiento⁵⁹².

Así las cosas, este supuesto normativo legitima el ejercicio del remedio de la resolución por las partes de los restantes contratos vinculados, en los casos en que uno de los contratos vinculados que sea presupuesto, requisito, condición o complemento previo o concomitante, pero necesario para la ejecución de los demás contratos vinculados, se termine o desaparezca sin agotar el objeto de la prestación, debido a su afectación desde el punto de vista fáctico o causal. Y ello es así porque tratándose de una operación económica compleja que se instrumentaliza a través de diversos contratos autónomos, la desaparición o

⁵⁹² Artículo 1186 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

el fenecimiento de alguno de ellos imposibilita la ejecución de las prestaciones de los contratos posteriores, dado el nexo intrínseco entre ellas, y paraliza o frustra la consecución de la finalidad económica supra-contractual por ellos perseguida, que justifica la extinción del vínculo obligacional. Lo que se explica en que “en el caso de la conexidad contractual, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato puede afectar la estabilidad de los demás contratos, puesto que la resolución del contrato incumplido, podría trasladarse a los demás contratos, aun cuando éstos se estén cumpliendo regularmente”⁵⁹³.

Así mismo, el artículo antes transcrito contempla el fundamento legal para que los sujetos de los contratos vinculados que se ejecutaron con anterioridad o en forma simultánea al contrato que se terminó o desapareció sin agotar la prestación que contenía, puedan desligarse de la operación económica conjunta con la terminación del contrato, por ser una condición determinante para el consentimiento de las partes, la ejecución de una finalidad económica supra-contractual que devendría imposible, se frustraría o se paralizaría con la desaparición de alguno de los contratos vinculados y, como consecuencia de ello, no se podría satisfacer su interés. Sin perjuicio de que el artículo mencionado condicione la procedencia de este remedio al conocimiento del contratante demandado con la pretensión resolutoria, de la existencia de la vinculación entre los contratos, denominada en este trabajo como un “requisito estructural” de la figura de la vinculación contractual. En resumen, el supuesto de hecho contemplado por el Código Civil francés que legitima el ejercicio de la acción resolutoria en los contratos vinculados, allí denominada “caducidad”, cuando alguno de los contratos vinculados desaparezca, coincide con los escenarios de procedencia aquí planteados para el ejercicio de este medio de tutela.

Por último, debemos aclarar que, en los casos en que se declare la resolución judicial de un contrato vinculado, por la imposibilidad de su ejecución, dado el incumplimiento o la desaparición de otros contratos vinculados concomitantes o posteriores, cuya ejecución era necesaria para el despliegue de los efectos finales del contrato resuelto, las partes que soportan la resolución del contrato, que no les es atribuible a título de dolo ni de culpa, podrán ejercer la pretensión judicial de indemnización de los perjuicios que se les hayan causado por la frustración de la finalidad práctico social que buscaban con el contrato individual y con la operación económica, en contra

⁵⁹³ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 128.

de los miembros del sistema que son partes del contrato incumplido o que desapareció.

viii. La reducción o corrección de la contraprestación.

Antes de profundizar en las características especiales que este remedio tiene en los contratos vinculados, nos referiremos a su aplicación en los contratos bilaterales, a su consagración limitada en Colombia y a la tendencia en los instrumentos de armonización a su generalización.

a) En los contratos bilaterales.

Sea lo primero aclarar aquí que el medio de tutela de la reducción del precio o de la contraprestación a favor del deudor incumplido en proporción a la parte insatisfecha de la obligación, no tiene consagración legal en Colombia como remedio con pretensiones de generalidad aplicable a todo tipo de contratos. Empero, existe un régimen legal, civil y comercial, sectorizado que, al regular los vicios ocultos en el contrato de compraventa y la venta de predios rústicos por cabida y de cosas futuras o inexistentes, reconoce la posibilidad de que el comprador insatisfecho por el cumplimiento defectuoso de la obligación del vendedor, ejerza la denominada acción *quantum minoris*.

Así pues, el Código Civil señala que “Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta, o la rebaja del precio, según mejor le pareciere”⁵⁹⁴. En igual sentido, el Código de Comercio establece que “Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación (...)”⁵⁹⁵. Es por lo que este remedio está dirigido a satisfacer en forma total el interés del acreedor porque frente al incumplimiento imperfecto del contrato derivado de los defectos de la cosa, es lógico que se reduzca la contraprestación a favor del vendedor incumplido, siempre que el objeto dado conserve la aptitud para cumplir la finalidad práctico-social del contrato individual. Asimismo, este medio de tutela, además de conservar la existencia y la validez del contrato de compraventa, tiende a mantener la equivalencia entre las prestaciones por tratarse de contratos conmutativos, ya que soluciona el desequilibrio existente entre ellas causado por los defectos de la cosa que se entrega, pues se

⁵⁹⁴ Artículo 917 del Código Civil.

⁵⁹⁵ Artículo 934 del Código de Comercio.

considera que la obligación del vendedor de saneamiento por los vicios ocultos, está inmersa en el contrato de compraventa, debido a que los vicios o fallas ocultos de la cosa merman el valor que el comprador estaría dispuesto a pagar frente al valor que pagaría en caso de cumplimiento perfecto, y le impiden satisfacer su interés en forma plena. Por tanto, no se podría considerar cumplimiento. Así pues,

En cuanto a la reducción del precio, se trata de una acción con función de reequilibrio sinalagmático, en vista de que “el defecto o falta de conformidad crea una modificación de contenido en la obligación del vendedor y, por lo tanto, origina necesariamente una modificación de la obligación del comprador”, por lo que “el ejercicio de la acción de reducción del precio permite alcanzar un nuevo equilibrio”. En estos términos, ha sido advertido cómo esta acción no tiene naturaleza ni resolutoria (pues por el contrario busca conservar el contrato), ni indemnizatoria (pues, como se indicó, busca solo reestablecer el equilibrio sinalagmático). El plazo de caducidad en este caso es más amplio, de un año para muebles y diez y ocho meses para inmuebles, por lo que aún habiendo caducado la acción de rescisión podría el comprador ejercer la de rebaja de precio. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con la acción de rescisión, cuando la cosa haya perecido (material o jurídicamente) el comprador aún podrá ejercer la acción de rebaja de precio (art. 1919 C.C.Col.)⁵⁹⁶.

Además, podemos señalar que el cumplimiento defectuoso de la prestación a cargo del vendedor, aparte de ser culposo por no manifestarle tales vicios al comprador⁵⁹⁷, puede ser o no relevante, es decir, el comprador podrá ejercer la acción de rebaja del precio cuando: (i) los vicios ocultos hagan que la cosa vendida no sirva para su uso natural o sólo sirvan imperfectamente, o no sirvan para el fin previsto en el contrato⁵⁹⁸ o, (ii) a pesar de los vicios o defectos de la cosa, esta sirva para el uso natural o convencional pactado por las partes, pero se presume que conociéndolos el comprador los hubiera comprado a menor precio. A diferencia de la acción resolutoria por los vicios ocultos que exige la gravedad en el cumplimiento por no ser la cosa apta para su uso natural o para el fin previsto por las partes⁵⁹⁹. Y ello es así porque la

⁵⁹⁶ RODRÍGUEZ OLMOS, J., Op. cit.

⁵⁹⁷ Numeral 3 del artículo 1915 del Código Civil.

⁵⁹⁸ Numeral 2 del artículo 1915 del Código Civil y artículo 934 del Código de Comercio.

⁵⁹⁹ Artículo 1925 del Código Civil.

acción de rebaja del precio no extingue el contrato sino que lo mantiene vigente, pero con un reajuste en el equilibrio de las prestaciones.

Adicional a ello, se contempla, con relación a la venta de predios rústicos por cabida, que si la cabida real es menor que la cabida declarada y el vendedor no la pudiera completar o no se le exigiere, deberá sufrir la disminución proporcional del precio⁶⁰⁰, cuyo término de prescripción es de un año⁶⁰¹. Por último, en cuanto a la venta de la cosa inexistente o futura, el legislador decimonónico contempló la posibilidad de que “Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador (...) darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación”⁶⁰². Por tanto, se contempla en forma específica la posibilidad de reducir el precio como remedio frente a la existencia parcial del objeto futuro del contrato de compraventa, para mantener el vínculo obligatorio y para conservar la equivalencia entre las prestaciones del contrato conmutativo.

Por otro lado, el Estatuto del Consumidor establece la posibilidad, como forma de hacer efectiva la garantía legal, de que, en caso de que el bien presente algún defecto y no admita reparación, el consumidor podrá solicitar, a su elección, “la devolución total o parcial del precio pagado”⁶⁰³, entre otros remedios. Es por lo que, en relación con la disminución de la contraprestación a favor del deudor, productor o proveedor, que ha incumplido con su obligación por dar o entregar al consumidor un bien con defectos, se legitima al consumidor para exigir, en forma subsidiaria a la reparación, la devolución parcial del precio en proporción al defecto del bien, atendiendo a sus características y a su naturaleza. En esos términos, el consumidor que adquiera, disfrute o utilice el bien, en virtud de cualquier tipología de contrato, podrá solicitar en forma subsidiaria a la reparación, la disminución del precio, aunque limitándolo a la existencia de una relación de consumo entre las partes.

Con base en lo anterior y en la tendencia de los instrumentos de armonización a regular este remedio con pretensiones de generalidad, como indicaremos en los párrafos siguientes, podemos afirmar que, no obstante la

⁶⁰⁰ Artículo 1888 del Código de Comercio.

⁶⁰¹ Artículo 1890 del Código Civil.

⁶⁰² Artículo 1870 del Código Civil. En igual sentido, el artículo 918 del Código de Comercio establece que “Si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador (...) darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación de expertos o peritos”.

⁶⁰³ Numeral 2 del artículo 11 de la Ley 1480 de 2011.

consagración legal sectorizada en Colombia, limitada al contrato de compraventa y a las relaciones de consumo, nada impide que el acreedor afectado con el incumplimiento del contrato encauce su acción a través de una pretensión declarativa *sui generis* sometida al régimen general de las obligaciones, tendiente a la reducción de la contraprestación pactada en el contrato incumplido en proporción con la parte insatisfecha de la obligación, siempre que la prestación cumplida de manera imperfecta conserve la aptitud para conseguir la finalidad práctico-social querida con el contrato y para satisfacer el interés del acreedor.

b) En los contratos vinculados.

Ahora, tratándose de los contratos vinculados, consideramos que el medio de tutela de la reducción de la contraprestación a favor del contratante incumplido en los casos en que la ejecución de su comportamiento sea parcial, defectuosa o tardía, se corresponde con la naturaleza de la figura pues, en caso de que tal cumplimiento parcial, imperfecto, defectuoso o tardío, tenga aptitud satisfactiva del interés del contratante inmediato por permitir la consecución de la finalidad práctico-social querida con el contrato individual, así como del interés de los acreedores indirectos o miembros del sistema por ser idónea para el logro de la operación económica conjunta que se hayan proyectado, este remedio estaría justificado por mantener vigente el vínculo jurídico entre los contratantes, como manifestación de los deberes secundarios de conducta de colaboración al sostenimiento del sistema, a la consecución de un fin común y de lealtad reforzada, además de tener fundamento en el principio de proporcionalidad y en la lógica de la equivalencia de las prestaciones recíprocas y de la equidad del contrato.

En este caso, la exactitud, la integridad y “La identidad de la prestación cede ante la necesidad de la satisfacción del interés del acreedor”⁶⁰⁴, pues los acreedores directos e indirectos deberán aceptar la prestación que aunque parcial, imperfecta, defectuosa o tardía, sea idónea para conseguir la finalidad perseguida con el contrato individual y con el conjunto de contratos vinculados, sin perjuicio de que se reserven el derecho a ejercer con posterioridad la pretensión declarativa de reducción de la contraprestación a favor del contratante cuyo comportamiento fue imperfecto, defectuoso o tardío, en forma concomitante o posterior con la ejecución del contrato vinculado que instrumentaliza tal prestación, con el fin de favorecer la

⁶⁰⁴ VIDAL OLIVARES, A., “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, Op. cit., pág. 465.

eficiencia requerida en la operación económica compleja que se pretende realizar y de evitar la paralización del sistema de contratos.

A diferencia del régimen legal colombiano, en la reforma del Código Civil francés se incluyó que, “El acreedor podrá, previo requerimiento, aceptar un cumplimiento imperfecto del contrato y solicitar una reducción proporcional del precio. Si aún no ha pagado, el acreedor notificará su decisión de reducir el precio a la mayor brevedad”⁶⁰⁵. En el mismo sentido, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁶⁰⁶ contemplan la posibilidad de que se reduzca el precio como remedio general frente al incumplimiento en los siguientes términos:

(1) Quien es parte en el contrato y acepta una oferta de cumplimiento no conforme con el mismo puede reducir el precio. Esta reducción será proporcional a la diferencia entre lo que haya disminuido el valor de la prestación en el momento en que se produjo el ofrecimiento y el valor que hubiera tenido en ese momento un ofrecimiento conforme. (2) La parte que tiene derecho a reducir el precio conforme al apartado anterior y que ya hubiera pagado una suma superior a dicho precio, puede recuperar el exceso reclamandoselo a la otra parte. (3) La parte que reduce el precio no puede obtener al mismo tiempo una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero sigue teniendo derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de cualesquiera otras pérdidas que haya sufrido y que deban repararse conforme a la sección 5 de este capítulo⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Artículo 1223 de la Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

⁶⁰⁶ Y el Marco Común de Referencia, señala en su artículo III-3:601 que “(1) El acreedor que acepta un cumplimiento no conforme con los términos que regulan la obligación puede reducir el precio. Esta reducción será proporcional a la disminución del valor de la cosa recibida en el momento del cumplimiento respecto al valor que habría tenido la cosa recibida en caso de haber sido el cumplimiento conforme. (2) El acreedor que esté legitimado para reducir el precio conforme al párrafo anterior que ya haya pagado una suma que excede al precio reducido, puede recuperar del deudor el exceso. (3) El acreedor que reduce el precio no puede obtener indemnización por los daños indemnizados de ese modo, pero conserva el derecho a percibir una indemnización por otros daños que pueda sufrir. (4) El presente Artículo se aplicará, con las modificaciones oportunas, a otra obligación recíproca del acreedor distinta de la obligación de pagar un precio”.

⁶⁰⁷ Artículo 9:401 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

En resumen, consideramos que este medio de tutela podrá ser ejercido en forma principal por los acreedores directos o indirectos de los contratos vinculados afectados con el incumplimiento imperfecto, defectuoso, parcial o tardío, que no obstante ver lesionado su derecho de crédito, aceptan el comportamiento del deudor por ser apto para la ejecución del contrato individual y del sistema de contratos, reservándose los derechos derivados del incumplimiento para solicitar la reducción de la contraprestación establecida a favor del contratante incumplido para lograr la equivalencia de las prestaciones en los contratos conmutativos y ver satisfecho en forma plena su interés. Así también, podemos indicar que existe una tendencia internacional en los instrumentos de armonización a la consagración de este remedio en forma general, sin limitarlo a una tipología específica de contrato, permitiendo que además de ser ejercido en los contratos típicos, se pueda utilizar como remedio frente al incumplimiento en los contratos atípicos, lo que se traduce en la conservación del contrato individual y en el favorecimiento de la estabilidad del sistema de contratos, pues con él se evita el ejercicio de remedios más radicales, en los que el principio de proporcionalidad es de difícil concreción.

ix. La cesación de la mora.

Siguiendo con la misma dinámica, a continuación desarrollaremos el remedio de la cesación de la mora para los contratos bilaterales, para luego realizar algunas precisiones, tratándose de los contratos vinculados.

a) En los contratos bilaterales.

De manera preliminar, es preciso señalar que este remedio es aplicable para las obligaciones de dar o de hacer puras y simples o sometidas a una condición, en las que ha habido un retardo culpable en el cumplimiento de la prestación, que todavía es susceptible de cumplimiento y de satisfacer el interés del acreedor. En otras palabras, no es posible ejercer este remedio en las obligaciones de no hacer ni en aquellas obligaciones en las que el incumplimiento se ha tornado definitivo y, por tanto, no son susceptibles de satisfacer el interés del acreedor.

Es por lo que “En el Derecho Romano, para hacer cesar la mora era preciso hacer una oferta de pago integral (*purgatio morae*) y que el acreedor no tuviera una justa causa de rechazo de dicho pago”⁶⁰⁸, mismo razonamiento aplicable

⁶⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, Op. cit., 644.

al día de hoy, pues el deudor podrá hacer cesar la mora o el retardo culpable en el cumplimiento de sus obligaciones cuando se allane a cumplir a satisfacción la prestación a su cargo, o cuando el acreedor disponga de su derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios por el cumplimiento a conformidad del deudor o, cuando le otorgue un plazo adicional de cumplimiento o asienta la extinción de la obligación por novación. Entonces, “determina la cesación de la mora la aceptación y recepción del cumplimiento total”⁶⁰⁹. En esos términos, consideramos que la cesación de la mora es un remedio autónomo porque, a diferencia de lo que sucede en los remedios antes descritos en los que los acreedores directos e indirectos aceptan la prestación parcial, imperfecta o defectuosa que tenga la aptitud para cumplir con la finalidad práctico-social del contrato y de la operación económica conjunta y se reservan el ejercicio de los demás derechos con el fin de satisfacer de manera plena su interés, aquí los acreedores aceptan el cumplimiento a satisfacción de la prestación del contrato y disponen de su derecho a solicitar la indemnización de los perjuicios, bien porque no se hayan causado o porque sean poco relevantes. Por esta razón, exige además de un cumplimiento íntegro, idéntico y exacto, con las limitaciones del retardo, el elemento volitivo de la parte afectada con el incumplimiento de no ejercer el remedio de la indemnización de los perjuicios.

b) En los contratos vinculados.

Ahora, tratándose de los contratos que se encuentran vinculados, podemos indicar que este remedio se corresponde con la teleología de la figura, pues el deudor incumplido, aunque con retardo, adapta su comportamiento de acuerdo con el programa contractual específico y con la operación económica conjunta, haciendo posible su consecución, aceptando los acreedores el pago porque no existen motivos que los legitimen para rechazarlo. Además, los acreedores directos o indirectos, relevan al deudor de pagar la indemnización de los perjuicios que tal retardo les haya causado, que puede estar justificado en motivos disímiles, como altruismo, cláusulas expresas de renuncia o limitación de responsabilidad que no se tornen abusivas, la falta de relevancia de los perjuicios o, la ponderación de intereses económicos que se inclinen por favorecer la ejecución eficiente de los contratos. En este punto, se debe recordar que la constitución en mora es un requisito para solicitar la indemnización de los perjuicios y si esta se hace cesar, no se podrán reclamar.

⁶⁰⁹ Ibid., pág. 644.

x. La cláusula penal.

Por último, haremos lo propio con la cláusula penal, precisando su aplicación en los contratos bilaterales y luego, en los contratos vinculados.

a) En los contratos bilaterales.

En relación con la cláusula penal, podemos señalar que este elemento accidental del contrato tiene tres funciones. La primera es la de servir como apremio, la segunda es la de ser una garantía y la tercera, es la de ser una estimación anticipada de la indemnización de los perjuicios que se causarían por el incumplimiento del contrato o por el daño. En este punto, nos limitaremos a abordar la cláusula penal como uno de los remedios preventivos del incumplimiento del contrato a partir de la primera de sus funciones, esto es, como apremio o mecanismo que lleva a la ejecución del contrato.

En ese sentido, podemos señalar en relación con la función de apremio de la cláusula penal que “el servicio que presta dicha estipulación estriba en la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndole a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella”⁶¹⁰. Así pues, la inserción de una cláusula penal con función de apremio en los contratos vinculados es un medio de tutela preventivo del incumplimiento, por tener un efecto disuasorio frente al deudor de la obligación de no ejecutarla, ante la inminencia o la latencia de la pena que afectará su esfera patrimonial. Es por lo que la efectividad de este remedio depende de la debida redacción de la cláusula, pues en su contenido se deberá especificar que la pena se debe por el simple retardo en la ejecución de las prestaciones y que el pago de la pena no extingue la obligación principal⁶¹¹. En otras palabras, la efectividad de esta cláusula depende de que se pacte como una pena autónoma, independiente de la obligación principal y de la indemnización compensatoria.

Por tanto, en estas hipótesis la pena no reemplaza ni a la obligación principal ni a su indemnización compensatoria, como tampoco constituye una simple garantía de la una o de la otra, pues, de no ser esto último así, pagada la pena no habría lugar al cobro de ninguna de estas, de la propia manera que el pago de la fianza, o el hacer efectivas la prenda o la hipoteca, extinguen la obligación

⁶¹⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, G., Op. cit., pág. 146.

⁶¹¹ Artículo 1594 del Código Civil.

caucionada. De suerte que si la satisfacción de la pena deja a salvo la obligación principal, o la indemnización de perjuicios, o ambas, dicha pena asume exclusivamente el carácter de un apremio al deudor⁶¹².

b) En los contratos vinculados.

Ahora, tratándose de los contratos vinculados, cuando se pacte la cláusula penal con función de pena o de apremio a favor de personas distintas al acreedor inmediato de la obligación, en nuestro caso, de los acreedores indirectos o miembros del sistema de contratos, estos últimos podrán activar o exigir el pago de la pena en caso de que se materialice el incumplimiento del contrato vinculado del que no son partes en estricto sentido. Así pues, además de tener legitimación especial y restringida por activa para exigir el cumplimiento de la prestación contenida en el contrato vinculado y el pago de los perjuicios que les sean causados por el incumplimiento contractual, podrán exigir además la pena, en caso de incumplimiento, cuando se pacte a su favor, que funciona como apremio para que el deudor ejecute la obligación principal.

4) Criterios con base en los cuales elaborar alternativas de solución para el incumplimiento en los contratos vinculados.

Los principios son construcciones históricas abstractas, con una estructura abierta, que se aplican indirectamente a través del método de la ponderación. En nuestro caso, haremos mención de algunos de los principios que consideramos los más adecuados para identificar, individualizar y justificar los medios de tutela o las soluciones frente al incumplimiento en los contratos vinculados, dentro de los que se encuentran los principios de conservación del contrato, de buena fe, el democrático y el de coordinación, como dispositivos normativos que sirven para ordenar el ejercicio de los remedios por parte del acreedor, así como la carga de gestión eficiente de los remedios frente al incumplimiento en cabeza del acreedor afectado.

a. El principio de conservación del contrato.

El principio de conservación del contrato o *favor negotii*, propende por favorecer el despliegue de los efectos negociales y finales de los contratos, es decir, la eficacia de los vínculos jurídicos que, en nuestro caso, se justifica por

⁶¹² OSPINA FERNÁNDEZ, G., Op. cit., pág. 146.

la necesidad de instrumentalizar una operación económica compleja que requiere de la concurrencia de todos y cada uno de los contratos autónomos, en estricto sentido, del despliegue de sus efectos finales para el logro de la finalidad económica supra-contractual. Así pues, para que ello sea posible, se debe acoger la atribución de significado que le permita al contrato producir sus efectos jurídicos, tomando como parámetro interpretativo la finalidad económica supra-contractual del sistema de que se trate para integrar el contenido de los contratos individualmente considerados. Con base en lo anterior podemos sostener que, en Colombia, la existencia de este principio se puede deducir de diferentes disposiciones normativas como

los supuestos negociales de conservación (ratificación, convalidación, aclaración, complementación), la conversión del negocio jurídico, la limitación de los sujetos legitimados para pretender la inoperatividad, la ineficacia parcial, la prescripción y el saneamiento de la invalidez, la interpretación preferencial por la eficacia (...) en su particularidad y marcada heterogeneidad, son suficientes para colegir el *principio* de salvación, preservación o conservación del contrato, que puede ser definido, tal como lo propone BOHÓRQUEZ ORDUZ, como aquel en cuya virtud “los negocios jurídicos, salvo en las excepciones legales, siempre están llamados a producir efectos; y aún si adolecen de algún defecto que genere ineficacia tienen vocación de saneamiento”⁶¹³.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico colombiano se inclina por favorecer la utilidad práctica del contrato para conservar la eficacia de las disposiciones contractuales y patrimoniales viciadas, a través de la atribución de significado que se corresponda con los lineamientos imperativos o, del favorecimiento de la pervivencia de las demás disposiciones contractuales al eliminar solo en forma parcial las que no se puedan conservar. Y ello es así porque, a efectos prácticos, los contratantes prefieren mantener la existencia, la validez y la eficacia de sus disposiciones contractuales a pesar de los defectos en su celebración o ejecución, en lugar de la extinción del vínculo obligatorio, bien sea modificando o adaptando el contenido del contrato que no se corresponda con las exigencias legales o simplemente excluyéndolo de sus acuerdos patrimoniales dispositivos, pues de lo contrario, se verían

⁶¹³ GÓMEZ VÁSQUEZ, C., “El principio de conservación del contrato en el Derecho Contractual Internacional (Análisis dogmático y contextual)”, [en línea], *Revista Ambiente Jurídico*, nº 8, 2006, disponible en: <http://vlex.com/vid/conservacion-contractual-dogmatico-contextual-216644417> [consultado el 24 de marzo de 2019]

afectados por el desgaste de recursos, los costos de transacción y la no ejecución de la finalidad práctico-social perseguida con el contrato.

En resumen, la atribución de significado a los contratos realizada por el intérprete, debe propender por el despliegue de los efectos negociales y finales de todos y cada uno de ellos sobre aquella interpretación que los prive de efectos jurídicos o las haga devenir ineficaces. Asimismo, en caso de ser la redacción de los términos contractuales ambigua u oscura, se deberá privilegiar aquella interpretación que le permita desplegar efectos jurídicos al negocio pues, “las fórmulas o expresiones de sentido ambiguo deben ser interpretados en su máximo significado útil, atendiendo a la eficacia jurídica del contrato, y, por tanto, tendiendo a dar valor a la aplicación de la autonomía privada”⁶¹⁴. Como ejemplo de ello podemos citar el artículo 1620 del Código Civil que señala que “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Por otro lado, en lo que tiene que ver con los remedios frente al incumplimiento, el principio de conservación de los contratos “se manifiesta principalmente en el reconocimiento del cumplimiento específico y la indemnización de daños como remedios de general procedencia y en las limitaciones al ejercicio de la resolución y de la sustitución de las mercaderías; pero también, y con mayor fuerza, en el derecho a subsanar el incumplimiento”⁶¹⁵.

Ahora, en relación de los contratos vinculados debemos señalar que además de ser aplicable el principio de conservación de los contratos individuales, privilegiando la atribución de significado que les permita producir efectos jurídicos a sus cláusulas, es preciso favorecer la conservación del sistema de contratos a través de la atribución de significado a los contratos vinculados tomando como parámetro la finalidad económica supra-contractual que pretenden instrumentalizar, que se torna en un elemento integrador de su contenido, pues las disposiciones contractuales individuales que no se correspondan con la operación económica compleja y conjunta, deberán, como primera medida, adaptarse a su contenido o, en caso de no ser posible lo primero, excluirse, propendiendo siempre por el entendimiento armónico de los contratos vinculados y por la coordinación en la ejecución de sus prestaciones que permita el fin último de la consecución del negocio económico conjunto.

⁶¹⁴ BETTI, E., Op. cit., pág. 306.

⁶¹⁵ VIDAL OLIVARES, A., “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, Op. cit., pág. 453.

Adicional a ello, en cuanto a los remedios frente al incumplimiento de los contratos vinculados, el ejercicio en forma principal de los medios de tutela de la ejecución *in natura*, de la subsanación del incumplimiento, de la reducción de la contraprestación a favor del contratante incumplido o de la cesación de la mora, son una manifestación del principio de conservación de los contratos vinculados y del sistema de contratos. Así también, la aceptación por los acreedores directos e indirectos de la prestación parcial, defectuosa, tardía o anticipada, pero apta para la consecución de la finalidad práctico-social del contrato y de la operación económica conjunta, reservándose el ejercicio concomitante o posterior de los remedios frente al incumplimiento imperfecto como la pretensión de ejecución de la parte insatisfecha, la reducción de la contraprestación pagada, la indemnización de los perjuicios o la subsanación del incumplimiento, a la vez, es una forma de exteriorización del principio aquí aludido, pues los requisitos objetivos de exactitud, integridad e identidad ceden ante la necesidad de satisfacer el interés de los acreedores directos e indirectos, sin perjuicio del ejercicio de otros remedios a través de los cuales se equilibre la conmutatividad entre las prestaciones o se indemnice los perjuicios causados por el cumplimiento no conforme.

Sin embargo, otro sector de la doctrina en lugar de tomar como fundamento el principio de conservación de los contratos para la escogencia de los remedios por los acreedores, considera que el verdadero fundamento para limitar el *ius variandi* del acreedor es el principio de proporcionalidad. Es por lo que la limitación de los remedios resolutivos o extintivos del vínculo obligatorio se justifica en que su ejercicio debe ceder ante aquellos medios de tutela que conservan la existencia del contrato, al utilizar como parámetro la gravedad del incumplimiento para determinar si la entidad de la inejecución amerita o no la resolución del contrato. En este caso, consideramos que esta aproximación es válida para los contratos bilaterales. No obstante, tratándose de los contratos vinculados, estimamos que, aunque el incumplimiento sea grave, los acreedores directos o indirectos deben preferir como remedios principales aquellos que tengan una función conservativa del vínculo pues, haciendo uso del mismo principio de proporcionalidad, no será proporcionado solicitar como pretensión principal la extinción de un contrato cuando éste se encuentre vinculado con otros, porque se afectarán a nivel causal los restantes negocios y, en últimas, se paralizará o frustrará la operación económica conjunta, debiendo quedar su ejercicio limitado a una pretensión subsidiaria y a los supuestos enlistados al tratar la resolución del contrato, que legitiman su ejercicio. Así las cosas, no se desprotege el interés del acreedor afectado con el incumplimiento grave, dado que: (i) no se

excluye la resolución como remedio sino que se limita su ejercicio; (ii) el acreedor cuenta con un elenco de otros remedios a su disposición para la satisfacción de su interés; (iii) uno de los requisitos estructurales de la vinculación es el conocimiento de la existencia del sistema y de la pertenencia de los miembros a él y, por tanto, consideramos que la limitación de este remedio es un sacrificio razonable del interés del acreedor en aras de proteger la operación económica conjunta; (iv) la renuncia preventiva al ejercicio de la acción resolutoria ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia en los casos en que haga parte de la autonomía privada de los contratantes y no se violen normas de orden imperativo; y, (v) el acreedor obtiene satisfacciones indirectas con la ejecución de los contratos vinculados con el negocio de que es parte, en estricto sentido.

- b. La carga de la gestión diligente de los remedios frente al incumplimiento por el acreedor afectado.

De manera preliminar debemos indicar que los acreedores pueden hacer uso de uno o de varios remedios frente al incumplimiento de los contratos vinculados, en forma alternativa o concurrente como manifestación de su *ius variandi*, siempre que por su naturaleza no se excluyan y que se agote el supuesto de hecho del texto legal o contractual que los contempla. Sin embargo, la elección por los acreedores de los medios de tutela dirigidos a superar el incumplimiento se debe realizar en forma diligente a través de la satisfacción de “las cargas de comunicación y de conducta material que debe ejecutar”⁶¹⁶, pues el contratante afectado con el incumplimiento debe exteriorizar un comportamiento tendiente a manifestar cuáles de los remedios que tiene a su disposición va a ejercer, a enervar o contener los perjuicios o los efectos derivados de la lesión de su derecho de crédito a causa del incumplimiento contractual y, a comunicarlo al deudor incumplido, como mecanismos que facilitarán la satisfacción de su interés. Entonces,

El acreedor debe contribuir, con su conducta, a que los efectos del incumplimiento sean lo menos gravosos para el deudor incumplidor. Se trata de evitar que los drásticos efectos del incumplimiento se incrementen a causa de una actitud arbitraria, especulativa, antojadiza o simplemente de pasividad de parte del acreedor⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Ibid., pág. 455.

⁶¹⁷ Ibid., pág. 455.

En consecuencia, ante el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, el contratante afectado debe ejercer el remedio que estime adecuado para superarlo o, a lo sumo, para contener los perjuicios derivados del daño, tanto para el contrato individual como para el sistema de contratos, pues una conducta pasiva o arbitraria no se corresponderá con la carga de gestión diligente de los remedios frente al incumplimiento, así como tampoco con el deber de contribución al sostenimiento del sistema, al logro de un fin común ni con los deberes de lealtad reforzada y de mitigación de los perjuicios ocasionados por el daño.

Así pues, es de precisar que el ejercicio diligente de los remedios con que cuenta el acreedor no es una obligación cuya inejecución implique un incumplimiento contractual. Empero, reviste la forma de una carga, como conducta que el acreedor afectado con el incumplimiento puede ejercer y cuya insatisfacción le impedirá superar la inejecución de las prestaciones y satisfacer su interés o satisfacer este último en forma plena, por traducirse en la pérdida o reducción de sus derechos, afectándose el logro de la función práctico-social del contrato individual, así como la consecución de la operación económica compleja proyectada con el sistema. Y ello es así porque la pasividad del acreedor ante el incumplimiento contractual del deudor se traduce en la no satisfacción de su interés o en su satisfacción limitada, misma consecuencia que se obtendrá cuando la escogencia de los remedios sea errónea o defectuosa por no adecuarse a la teleología de la figura de la vinculación contractual, a causa de la insatisfacción de su carga de diligencia y del deber de mitigar los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato vinculado. En consecuencia, la pasividad de los acreedores directos o indirectos se podría interpretar como la aceptación a satisfacción de la prestación ejecutada por el deudor o, la escogencia equivocada de los remedios se podría entender como la exteriorización de la voluntad de los acreedores para desvincularse del contrato individual y del sistema de contratos.

Por el contrario, de proceder el acreedor con un actuar diligente, materializado en la adopción de medidas jurídicas en la forma del ejercicio de medios de tutela para contener, limitar, evitar o reducir los perjuicios que se le puedan causar con el daño materializado en el incumplimiento del contrato vinculado o, para superar la inejecución de las prestaciones y lograr que el contrato despliegue sus efectos finales, podrá ver satisfecho su interés y el de los demás miembros del sistema. Es por lo que la omisión de la carga de la gestión diligente de los remedios frente al incumplimiento del contrato vinculado tendrá como consecuencia que la lesión del derecho de crédito del

contratante no se pueda superar o que su interés no se satisfaga o solo se satisfaga en forma limitada, bien sea por tornarse definitivo el cumplimiento del contrato individual o por imposibilitarse o frustrarse la operación económica conjunta.

Con base en lo anterior, ahora nos referiremos a las dos aristas de esta carga: la comunicación y la conducta material. La primera, le impone “al acreedor el deber, sea de denunciar el incumplimiento del deudor, sea de anunciar sobre las pretensiones, o remedios, de que hará uso”⁶¹⁸, so pena de que el incumplimiento se torne definitivo o no superable, o de que no pueda ejercer los remedios adecuados. En este punto, debe señalarse que en Colombia es posible que se realicen requerimientos privados a través de cualquier medio, en los que se ponga de presente el incumplimiento cuando la prestación sea exigible, así como los remedios que el acreedor está presto a ejercer en caso de no superarse. Sin embargo, en caso de ser la prestación todavía posible y de tratarse de obligaciones de dar o de hacer puras y simples o sometidas a una condición, sólo procederá la solicitud de indemnización de perjuicios cuando se haya constituido en mora al deudor a través de la interpelación judicial.

En relación con la segunda, la realización de una conducta material, esta exige “del acreedor la realización de una conducta material que consiste en la adopción de medidas razonables, atendidas las circunstancias, tendientes a evitar, o aminorar, las consecuencias del incumplimiento”⁶¹⁹, o a conservar la prestación que no ha sido cumplida a satisfacción, así pues “Las medidas que debe adoptar la parte perjudicada pueden destinarse a limitar la amplitud del daño, sobre todo cuando este puede prolongarse durante mucho tiempo de no adoptarse alguna medida apropiada, tal como una operación de reemplazo (...) o bien a evitar el incremento de un menoscabo inicial”⁶²⁰. En ese sentido, los acreedores bien podrán ejercer los remedios tendientes a evitar que el incumplimiento inicial pero superable se torne definitivo, así como a desplegar un comportamiento dirigido a mitigar los perjuicios causados por el incumplimiento contractual y a conservar la prestación, dependiendo de su naturaleza, como conductas paliativas o intermedias, con el objetivo de preparar el camino para ejercer los remedios con posterioridad y que sean efectivos, so pena de la lesión definitiva de su derecho de crédito o de la insatisfacción de su interés y, por tanto, el acreedor perjudicado “puede recuperar de la parte incumplidora los gastos efectuados para mitigar el

⁶¹⁸ Ibid., pág. 457.

⁶¹⁹ Ibid., pág. 457.

⁶²⁰ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 306.

daño, siempre que dichos gastos sean razonables conforme a las circunstancias (...)”⁶²¹.

Entonces, es preciso indicar que de no ejecutarse tales conductas materiales, los acreedores podrán ver reflejados los efectos de su pasividad al momento de solicitar la indemnización de los perjuicios que les fueran causados con el incumplimiento contractual, porque en caso de que el deudor acredite que de haber actuado en forma diligente, se hubiera podido disminuir la entidad de los perjuicios, se diezmará o disminuirá cuantitativamente la pretensión indemnizatoria del acreedor en la proporción en que se hubieren podido mitigar los perjuicios derivados del daño⁶²², pues “el propósito (...) es evitar que la parte perjudicada permanezca inactiva y aguarde pasivamente el resarcimiento del daño que pudo evitar o cuyas consecuencias pudo atenuar”⁶²³.

c. El principio de buena fe.

El principio de buena fe se puede definir como “como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una *“persona correcta (vir bonus)”*. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la *“confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”*”⁶²⁴, como exigencia que en materia contractual se puede predicar tanto en la etapa precontractual, contractual o de ejecución del contrato, e incluso poscontractual. Así pues, con base en el carácter sinalagmático de este principio, que no se restringe a la reciprocidad entre las prestaciones contractuales sino que resulta aplicable a la correspondencia sistémica entre ellas, podemos afirmar que en virtud de las relaciones derivadas de la figura de la vinculación contractual, el comportamiento honesto, correcto y leal es exigible tanto a los contratantes inmediatos como a los miembros del sistema.

Precisado lo anterior, debemos aclarar que la violación del principio de buena fe tiene la potencialidad de configurar un incumplimiento contractual y, por

⁶²¹ Ibid., pág. 307.

⁶²² El artículo 7.4.8 de la edición 2016 de los Principios Unidroit establece que “(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. (2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”.

⁶²³ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 306.

⁶²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

tanto, la falta de adecuación del comportamiento de los contratantes a los postulados de lealtad, honorabilidad y corrección, activa en la esfera de los acreedores afectados con el incumplimiento, el ejercicio de distintos remedios o medios de tutela para superarlo. Sin embargo, no nos referiremos aquí al incumplimiento de las reglas y de las obligaciones derivadas del principio de buena fe, sino a su función orientadora como parámetro legal de selección de los remedios idóneos para superar la inejecución de las prestaciones, tratándose de contratos que se encuentran vinculados pues, “En la buena fe se fundan otra serie de remedios que responden de una manera más precisa a las exigencias del principio. Por ejemplo, se ha individuado que antes que decretar el resarcimiento, en algunos casos aquello que resulta procedente es impedir la lesión, de suerte que se proceda a negar efectos a los comportamientos contrarios a la buena fe”⁶²⁵.

Así las cosas, en caso de incumplimiento de alguno de los contratos vinculados y de la pretensión de resolución del contrato, de pago del subrogado o equivalente pecuniario, de excepción de contrato no cumplido o de nulidad, incoadas como medios de tutela principales frente al incumplimiento por el demandante, podrá el operador judicial, de acreditarse la vinculación contractual, encauzar las pretensiones a través de otros remedios idóneos para superar el incumplimiento e impedir *ex ante* la lesión del derecho de crédito de los restantes miembros del sistema a causa de la extinción o paralización de alguno de los contratos vinculados, así como para evitar la consecuente pretensión de indemnización de los perjuicios que les fueren causados por la imposibilidad de ejecutar el contrato del que son partes en estricto sentido y por la frustración de la operación económica en común. Y ello es así porque la extinción o la paralización del contrato vinculado imposibilitaría a nivel causal la ejecución de los otros contratos que son concomitantes o posteriores con el contrato incumplido, y frustraría la consecución de la operación económica conjunta.

En otros términos, el ejercicio como remedio principal en los contratos vinculados de la resolución del contrato, de la solicitud del equivalente o subrogado pecuniario, de la excepción de contrato no cumplido o de la nulidad, sería contrario al principio de buena fe, pues tal actuar no se corresponde con la exigencia de una conducta leal, honorable y correcta, por estar dirigidos a extinguir el vínculo obligatorio o a paralizar la relación

⁶²⁵ NEME VILLAREAL, M., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, [en línea], *Revista de Derecho Privado*, nº 11, 2006, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575/543> [consultado el 26 de marzo de 2019], pág. 111.

contractual. Entonces, estas pretensiones no solo perjudican a los sujetos que son partes del contrato afectado con el incumplimiento, sino a los demás miembros del sistema debido a que el contrato incumplido es requisito, presupuesto, condición o complemento necesario para ejecutar las prestaciones de los contratos que son concomitantes o sucesivos, así como para conseguir la finalidad económica supra-contractual que se han proyectado. Por tanto, tal proceder sería contrario a la lealtad debida entre los miembros del sistema, considerando que son relaciones obligatorias que exigen de los sujetos la calidad de *intuitu personae*, debido a que los contratantes disponen de sus intereses y se vinculan jurídicamente considerando las calidades personales de los otros miembros y no solo el carácter fungible o no fungible de la prestación a su cargo, contraviéndose a la vez, los deberes secundarios de conducta de lealtad reforzada y de colaboración al mantenimiento del sistema y al logro de un fin común.

En consecuencia, el juez podrá desestimar la solicitud principal de estos remedios al integrar la relación obligatoria con los deberes secundarios derivados del principio de buena fe, por infringir esta conducta el principio mencionado, negándole efectos jurídicos a tales comportamientos, ya que “La buena fe opera igualmente como especie de inhibidora del ejercicio de derechos, en cuanto permite denegar protección jurídica a aquellas pretensiones que no obstante estar amparadas formalmente en un derecho contrarían los postulados del principio”⁶²⁶.

Adicional a ello, el ejercicio como remedios principales de aquellos medios de tutela que están dirigidos a extinguir el vínculo obligatorio o a paralizar la ejecución de la relación contractual, contraviene la doctrina de los actos propios o del *venire contrafactum proprium* pues, teniendo en cuenta que el conocimiento de los miembros de su pertenencia al sistema de contratos y de la existencia del mismo es un requisito estructural de la figura, mal harían en buscar la extinción del contrato por una causa diferente al agotamiento de su objeto porque se obligaron a colaborar para la consecución de un fin común y además, serían conscientes de que tal proceder no solo afectaría a su contraparte inmediata, sino a los otros miembros del sistema y al sistema en sí mismo considerado, en el primer caso por imposibilitarse su ejecución y, en el segundo, por frustrarse o paralizarse la consecución de la operación económica conjunta. Lo que se justifica en que “una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ha suscitado en su contraparte y

⁶²⁶ Ibid., pág. 113.

conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en desventaja”⁶²⁷.

En esa medida, el contenido de los contratos vinculados se integra con las exigencias que se derivan de la teleología de la figura en virtud del principio de buena fe⁶²⁸, aunque no se incluyan en forma expresa en su clausulado los deberes de colaboración al sostenimiento del sistema y a la consecución de un fin común, y de lealtad reforzada. Es por lo que, aunque las pretensiones de resolución del contrato, de excepción de contrato no cumplido, de pago del subrogado pecuniario o de nulidad, son admisibles sin mayor resistencia tratándose de contratos bilaterales y aislados, no pasa lo mismo con los contratos vinculados porque el ejercicio de tales remedios como pretensiones principales no obstante que son lícitas, objetivamente se contradicen con la naturaleza de la figura.

Por otro lado, del principio de la buena fe en la figura de la vinculación contractual se derivan deberes secundarios de conducta y cargas en cabeza de los miembros del sistema, que son necesarios para satisfacer el interés de los otros miembros y que encuentran su límite en el “apreciable sacrificio” del acreedor, del cual solo se exigen concesiones razonables a favor de otros contratantes dentro de las que cabe mencionar “el deber de tolerar que el cocontratante modifique la contraprestación, la sustituya o la repare”⁶²⁹. Así pues, el acreedor deberá aceptar el incumplimiento del deudor que le represente un sacrificio mínimo, por ser el cumplimiento imperfecto, defectuoso, parcial, tardío o anticipado, pero apto para cumplir la finalidad práctico-social del contrato individual y para alcanzar la operación económica conjunta, lo que permitirá la satisfacción de los intereses tanto de los acreedores directos como indirectos.

En consecuencia, los acreedores deberán aceptar el pago imperfecto, defectuoso, parcial, anticipado o tardío, pero idóneo, con la posibilidad de reservarse los derechos que se derivan del cumplimiento que no sea íntegro, idéntico o exacto, que se traducen en el ejercicio concomitante o posterior a la aceptación del pago, de otros medios de tutela como la ejecución en especie de la parte insatisfecha, la solicitud del subrogado pecuniario de la porción insatisfecha de la obligación, la reducción de la contraprestación a favor del deudor incumplido en proporción con la parte insatisfecha de la obligación o la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le hubiere causado,

⁶²⁷ Artículo 1.8 de los Principios Unidroit edición 2016.

⁶²⁸ Artículo 1603 del Código Civil y artículos 863 y 871 del Código de Comercio.

⁶²⁹ TECHERA BARREIRO, V., Op. cit.

favoreciendo siempre la continuidad en la ejecución de las prestaciones y la eficiencia del sistema y, evitando la paralización de la operación económica. Y ello es así porque el deudor solo se libera de su obligación con el pago íntegro, idéntico y exacto pues, la aceptación de la prestación imperfecta, parcial, anticipada o tardía por el acreedor no extingue la obligación del deudor ni significa una renuncia a la exigibilidad de la prestación a conformidad, sino el despliegue de un comportamiento de colaboración, que no le impedirá ejercer cualquier otro remedio que sea idóneo para satisfacer su interés. En caso contrario,

si el defecto no es grave pero su aceptación supone un sacrificio que no sea pequeño o intrascendente, el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación y luego pedir su cumplimiento forzado. Sin embargo, entendemos que no podrá reclamar los daños causados por la no aceptación del cumplimiento imperfecto ni por la demora en iniciar la acción de ejecución forzada⁶³⁰.

Lo que sucedería en caso de que a pesar de la levedad del defecto, éste haga la prestación impropia para conseguir la finalidad del contrato o de la operación económica en común, por ser inidónea para satisfacer el interés y el derecho de crédito de los acreedores directos e indirectos, el acreedor podrá rechazar la prestación fundadamente y pedir su cumplimiento a conformidad.

En resumen, sea cual fuere la fuente de la vinculación, un miembro actuará de mala fe si, suscitado en los demás contratantes el entendimiento y la confianza razonable de que la ejecución de sus contratos se dirigen al logro de una operación económica común con la potencialidad de satisfacer sus intereses, opta como remedio principal por la resolución del contrato, la pretensión del subrogado pecuniario, la excepción de contrato no cumplido o la nulidad, pues se afectarán desde el punto de vista causal las demás prestaciones contenidas en los restantes contratos y el interés de los acreedores indirectos no podrá ser satisfecho como consecuencia del comportamiento contradictorio exteriorizado por el miembro respecto del negocio en sentido económico que se quiere instrumentalizar. Asimismo, se considerará que un miembro actúa de mala fe cuando rechaza la prestación que aunque imperfecta, defectuosa, anticipada, tardía o parcial, tiene la idoneidad para conseguir la finalidad práctica del contrato y de la operación económica conjunta.

⁶³⁰ Ibid.

d. El principio democrático.

En relación con el principio democrático podemos señalar que algunos de sus elementos más importantes son la representación y la participación de los sujetos al momento de tomar decisiones que conciernan a sus intereses. Asimismo, los medios a través de los que se toman las decisiones, el respeto de las minorías y la posibilidad de manifestar el desacuerdo con la decisión adoptada, también hacen parte de su contenido. En ese sentido, este principio se erige como un parámetro interpretativo aplicable a todas las manifestaciones jurídicas, sean públicas o privadas, a razón de su carácter universal y expansivo. Así pues,

es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El **principio democrático** es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción⁶³¹.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que el principio democrático permea y se manifiesta en los contratos vinculados en especial, en la toma de decisiones por los miembros del sistema acerca de cuáles remedios o medios de tutela se adoptarán para superar el incumplimiento de alguno de los contratos vinculados y así evitar la paralización o la frustración de la operación económica conjunta. Lo que se justifica en que tales iniciativas repercutirán en forma directa en su esfera patrimonial porque de adoptarse una conducta pasiva o de escogerse un medio de tutela que no sea idóneo, es probable que los contratos de los que son partes en estricto sentido no se puedan ejecutar y tampoco se pueda alcanzar la finalidad económica supra-contractual específica.

⁶³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En la misma línea, en los supuestos en que el incumplimiento de alguno de los miembros se torne definitivo o la ejecución se haga imposible, cobran importancia los mecanismos de deliberación y elección que se utilicen para establecer el procedimiento de entrada y de salida de sujetos al sistema de contratos, considerando que las relaciones tienen naturaleza de *intuitu personae* y, por tanto, no es indiferente quién ocupe la posición de contratante y miembro en la instrumentalización de la operación económica compleja. Además, serán también relevantes al momento de asignar la ejecución de la prestación incumplida o inejecutada a alguno de los miembros o, de permitir su realización por un tercero, con el fin de conjurar los perjuicios derivados del daño o incumplimiento contractual. Además, podemos identificar una manifestación de este principio en los casos en que cambien las condiciones contractuales con base en las cuales se programó la operación económica y sea necesario el redireccionamiento y ajuste de los contratos a las nuevas realidades, para lo cual será necesario la comunicación entre los miembros y la toma de decisiones al respecto.

Así las cosas, el principio democrático es un parámetro interpretativo y orientador aplicable a los contratos vinculados, con base en el cual, después de un ejercicio de comparación entre las medidas adoptadas y el respeto de las minorías, la debida representación y la deliberación adecuada, se puede determinar si las decisiones adoptadas se corresponden o no con el contenido del principio. Y ello es así porque aunque se trate de relaciones privadas, la mayor de las veces, en las que van envueltas relaciones comerciales y patrimoniales, su aplicabilidad se deriva de su carácter universal y expansivo, porque encauza las diferencias o las divergencias entre los miembros, valiéndose de mecanismos o instrumentos democráticos que permitan tomar decisiones que recogen los intereses de los miembros, sin importar la forma que revistan, pues bien pueden valerse de comités internos o externos, de la participación directa de los contratantes o, de delegados de las partes de los diferentes contratos vinculados.

Por último, cabe precisar que el principio democrático está hondamente relacionado con el principio de coordinación, debido a que solo se podrá lograr una actividad armónica a través de acuerdos de actuación comunes a los que se llegará a través de los mecanismos democráticos y, por tanto, para ello “es necesario recurrir a la regla de convivencia democrática”⁶³². En resumen, este principio “Se sintetiza en la necesidad de considerar las

⁶³² LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 135.

opiniones individuales de los participantes, en la toma de decisiones. Ello no significa, sin embargo, que se adopten acuerdos por consenso, ni que la decisión se sujete a la mayoría, sino más bien que se les escuche con la finalidad de obtener datos para adoptar la mejor decisión”⁶³³.

e. El principio de coordinación.

El principio de coordinación se manifiesta en la comunicación entre los sujetos que son partes de los distintos contratos vinculados, a través de la cual se organiza la ejecución de las diferentes prestaciones con el objetivo de desplegar una actividad armónica consistente en la instrumentalización de una operación económica conjunta a través de varios contratos autónomos vinculados. Es por lo que los deberes de colaboración al sostenimiento del sistema y al logro de un fin común, son expresiones concretas de este principio, pues todas las prestaciones necesarias para completar el negocio económico común se distribuyen en distintos contratos cuyas partes pueden coincidir o no, pero que, en todo caso, necesitan relacionarse para evitar resultados contradictorios o repetitivos.

Además, el antecedente remoto de este principio lo podemos identificar en el interés asociativo entre las partes de los contratos o función de colaboración asociativa, en virtud de la cual los sujetos se unen para aunar esfuerzos y lograr una operación económica compleja, dada la limitación de los recursos y la envergadura del negocio económico que excede las funciones de los contratos individualmente considerados. Y es a partir del interés asociativo como expresión del principio de coordinación, que en una etapa posterior, durante la celebración y ejecución de los contratos vinculados, los miembros del sistema actuarán en forma ordenada en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo con miras a la consecución de la finalidad global proyectada, adoptando un esquema organizacional que incluye criterios temporales, subjetivos, geográficos, lógicos, causales y jurídicos que determinan el momento en el que cada uno de ellos deberá ejecutar cada prestación, para alcanzar un grado de fluidez y eficiencia en el sistema que permita la satisfacción de las necesidades en forma óptima y en el menor tiempo posible.

Por otro lado, la justificación del principio de coordinación se encuentra en el requisito estructural de la correspondencia sistémica entre las prestaciones de los contratos vinculados, dado que unos contratos se ejecutarán primero o en

⁶³³ DE LA MADRID ANDRADE, M., Op. cit., pág. 228.

forma concomitante por ser requisitos, presupuestos, condiciones o complementos necesarios para la celebración y ejecución de otros contratos que son sucesivos o posteriores, pues a nivel causal las prestaciones de los segundos exigen realización previa de las primeras. Por tanto, como se señaló en líneas anteriores, en la vinculación contractual la calidad de los miembros es *intuitu personae* porque las relaciones entre ellos se basan en la confianza legítima de que cada sujeto ejecutará la prestación a su cargo con la convicción de que los otros miembros, sean o no sus cocontratantes inmediatos, desplegarán la actividad a la cual se obligaron en forma espontánea, tal y como el miembro que cumple de manera adelantada a los otros lo hace, y colaborarán con el cumplimiento de las restantes prestaciones a cargo de otros contratantes a pesar de haberse extinguido la obligación a su cargo por el agotamiento de su objeto, en observancia de los deberes secundarios y de las cargas derivadas de la naturaleza de la figura.

En consecuencia, a partir del principio de coordinación se derivan para las partes de los distintos contratos deberes secundarios, no solo en relación con los otros miembros del sistema sino en relación con el sistema como tal, dentro de los que se encuentran los deberes de colaborar con los otros miembros del grupo en el cumplimiento de sus obligaciones, así como con el mantenimiento y funcionamiento del sistema. En otras palabras, en virtud de este principio surgen "obligaciones de colaboración en el funcionamiento del sistema para todos sus integrantes, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Estas obligaciones también alcanzan al organizador del sistema, quien no puede adoptar conductas o imponer medidas que lleven a la destrucción"⁶³⁴.

Por último, debemos destacar la importancia que este principio alcanza a causa del dinamismo que implica un sistema, que deriva en la necesidad de que los contratos que están inmersos en su interior se adapten a las nuevas realidades, supuesto en el que el principio de coordinación se acentúa y cobra especial relevancia, dado que de no existir comunicación entre los miembros del sistema, la finalidad económica proyectada se verá frustrada, pues los contratos no se lograrán adaptar oportunamente a los cambios frente a las condiciones con base en las cuales se programó la operación económica *ab initio*.

⁶³⁴ LORENZETTI, R., *Contratos: parte especial*, Op. cit., pág. 38.

5) Remedios específicos para superar el incumplimiento en los contratos vinculados.

Después de identificar en el numeral anterior los remedios tradicionales frente al incumplimiento en los contratos bilaterales y analizar su aptitud o idoneidad en relación con los contratos que están vinculados, ahora nos compete indagar sobre la existencia de remedios específicos o particulares que sean aplicables para superar el incumplimiento o evitar la propagación de la ineficacia derivada de la inejecución de las prestaciones en alguno de los contratos vinculados. En ese sentido, los medios de tutela propios de la figura de la vinculación contractual deben tener la potencialidad de evitar que los contratos incumplidos se terminen y que se paralice la ejecución de los contratos vinculados que son sucesivos o posteriores, así como de impedir que se propague la ineficacia del contrato incumplido hacia los contratos vinculados restantes, pues su función principal es la de superar el incumplimiento y la de permitir el logro de la operación económica conjunta o a lo sumo, limitar la ineficacia al contrato específico en caso de que el incumplimiento sea definitivo para que no se comunique a los demás.

Es por lo que los remedios que se establezcan como propios de la figura no solo deben ser útiles para satisfacer el interés de la parte del contrato afectada con el incumplimiento, sino que deben ser apropiados para satisfacer el interés de los acreedores indirectos de la prestación incumplida o miembros, así como para preservar la continuidad, eficacia y estabilidad del sistema de contratos, considerando la complejidad que la vinculación contractual lleva inmersa.

Así pues, el acreedor directo o indirecto, en caso de incumplimiento de alguno de los contratos vinculados, en ejercicio de su *ius variandi*, podrá optar por uno o algunos de los remedios tradicionales o escoger entre los remedios específicos o, acumular unos y otros, siempre que no se excluyan por su naturaleza, en la manera que considere que su interés se verá satisfecho y que será la mejor solución para el logro de la operación económica conjunta. Con base en lo anterior, a continuación, nos dedicaremos al estudio de algunos de los remedios que consideramos específicos para superar el incumplimiento en los contratos vinculados, dejando en claro que es un listado enunciativo, sin perjuicio de que se puedan identificar otros.

a. Cláusulas de cumplimiento conjunto.

Como elemento accidental del contrato, las partes de cada uno de los contratos vinculados podrán incluir en forma expresa en su clausulado que, el contrato no se considerará cumplido con la sola terminación por el agotamiento de su objeto u obligación principal a satisfacción, sino que, además, para que se pueda predicar la eficacia satisfactiva, liberatoria, extintiva y patrimonial del pago o del comportamiento del deudor, éste deberá cumplir con los deberes secundarios de conducta y las cargas derivadas de la naturaleza de la figura de la vinculación contractual, a pesar de que su contrato haya terminado, en los casos en que el contrato sea de los primeros que se ejecute y, una vez ejecutado, no se haya instrumentalizado a totalidad la operación económica conjunta.

Asimismo, en los eventos en que exista identidad de al menos una de las partes en los contratos vinculados que instrumentalizan una misma operación económica, se podrá incluir que solo se considerará cumplido el contrato, si el sujeto ejecuta a conformidad todos los contratos de los que es parte y conforman una misma operación económica, so pena de que todos los contratos de que hace parte se consideren incumplidos y de que no se desaten los efectos extintivos, liberatorios, satisfactivos y patrimoniales con el cumplimiento de uno solo de ellos. En otras palabras, con esta cláusula se establecerá que el contrato individual se considerará incumplido si el deudor incumple cualquiera otro de los contratos que instrumentalizan la misma operación económica, aunque existan acreedores directos disímiles, pues, en últimas, se podrá afirmar que existe cierta identidad entre los acreedores indirectos o miembros del sistema.

Así pues, esta cláusula busca impedir el cumplimiento selectivo de alguno de los contratos porque el incumplimiento de alguno de ellos afectará en forma necesaria a nivel causal a los restantes contratos vinculados, dado que es requisito, condición, presupuesto o complemento necesario para su ejecución. Además, su inclusión se justifica debido a que la ineficacia del contrato incumplido tiene la aptitud de propagarse a los restantes y de frustrar o paralizar la operación económica conjunta proyectada con el sistema de contratos.

En consecuencia, este tipo de remedio lo podríamos ubicar en la vinculación con fuente convencional, que puede coincidir con la vinculación de origen funcional, pues los miembros del sistema, en forma concomitante con la celebración de los contratos vinculados, plasman su voluntad de que todos

los contratos se ejecuten en forma necesaria y se obligan al cumplimiento de obligaciones, deberes secundarios de conducta y cargas derivadas de la naturaleza de la figura, aún después de la terminación del contrato de que son partes en estricto sentido, por el agotamiento de su objeto.

b. Cláusulas de jerarquización y limitación de remedios.

Como expresión de su autonomía negocial, las partes de los contratos vinculados y, en general, los miembros del sistema podrán incluir elementos accidentales en el contenido del contrato en forma de cláusulas que establezcan una jerarquía entre los remedios a utilizar en caso de incumplimiento de alguno de los contratos o que limiten su ejercicio, como una restricción al ejercicio del *ius variandi* de los acreedores directos e indirectos. En esa medida, se podrán incluir estas cláusulas en todos y cada uno de los contratos vinculados, en un contrato marco o, remitir a alguno de los contratos que las contengan para integrar así el contenido de los restantes contratos vinculados.

En este punto, conviene señalar que los sujetos podrán disponer que como medios de tutela principales frente al incumplimiento temporal y superable, se ejerza la pretensión de ejecución en especie de la prestación, de subsanación del incumplimiento, de reducción de la contraprestación a favor del deudor incumplido o de cesación de la mora, favoreciendo siempre la función de la superación del incumplimiento o de limitación de sus efectos adversos al contrato incumplido. En la misma línea, se excluirá o se renunciará al ejercicio como pretensiones principales las siguientes: la resolución del contrato, la excepción de contrato no cumplido, la nulidad, el pago del subrogado o equivalente pecuniario, la indemnización de los perjuicios y las operaciones de reemplazo, en los casos en que el cumplimiento sea todavía posible y tenga eficacia satisfactiva del interés de las partes de los contratos vinculados y de los miembros del sistema, pues la función de extinción o de paralización del vínculo no se corresponde con la teleología de los contratos vinculados.

Empero, de tornarse el incumplimiento definitivo, grave e insuperable, y solo de forma subsidiaria, se legitimará a los acreedores para ejercer los remedios que tengan una función extintiva del vínculo obligatorio, con el fin de desligar al miembro incumplido del sistema de contratos, de buscar soluciones idóneas para superar el incumplimiento y de evitar que la operación económica conjunta se paralice o se frustre.

c. Operaciones de reemplazo.

Este medio de tutela tiene consagración legal expresa en Colombia, pues la Ley 518 de 1999 incorporó al ordenamiento jurídico colombiano la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aunque su consagración se limite a este último contrato. En ese sentido, este cuerpo normativo señala:

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74⁶³⁵.

En el caso de los contratos vinculados, no solo en el evento de la resolución o de la terminación de alguno de los contratos por incumplimiento grave, sino también en aquellos en que exista incumplimiento grave, definitivo e insuperable y no se haya decretado en sede judicial la resolución del contrato, estimamos procedente el remedio de las operaciones de reemplazo, dirigido a sustituir las prestaciones insatisfechas con el objetivo de superar el incumplimiento, de favorecer la ejecución de las prestaciones concomitantes o sucesivas contenidas en otros contratos vinculados que requieren de manera necesaria la realización de la obligación incumplida por ser su requisito, presupuesto, condición o complemento y, en últimas, de evitar que la operación económica conjunta se frustre o paralice.

Así pues, consideramos que este remedio no se debe limitar a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, sino que debe ser susceptible de aplicación a los contratos con prestaciones recíprocas, sin que su ejercicio se restrinja con ocasión de la tipología contractual. Además, en este supuesto la exigencia de exactitud de los requisitos subjetivos o de la calidad *intuitu personae* de los miembros del sistema de contratos, debe ceder ante la necesidad de superar el incumplimiento del contrato vinculado, cuya prestación inejecutada podrá ser asignada bien a un tercero o, a otro de los miembros del sistema, en forma temporal o definitiva, atendiendo a las circunstancias del caso y teniendo siempre en cuenta para tal decisión la participación de los miembros restantes.

⁶³⁵ Artículo 75 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

En consecuencia, ante el incumplimiento definitivo y relevante de la prestación de alguno de los contratos vinculados, en caso de que la inejecución sea absoluta o parcial, y carezca de la aptitud para alcanzar la finalidad práctico-social del contrato individual o de la operación económica conjunta, los acreedores directos e indirectos podrán celebrar un contrato de la misma naturaleza con un tercero o con otro miembro del sistema como medida paliativa, reservándose la posibilidad de ejercer con posterioridad el remedio de la resolución del contrato por tornarse el incumplimiento definitivo, grave y no superable, así como la indemnización de los perjuicios causados con tal incumplimiento. En este punto, tratándose de la indemnización de los perjuicios, como daño emergente, uno de los parámetros que deberá ser tenido en cuenta es el mayor costo del contrato que contiene la operación de reemplazo frente al contrato original, así como cualesquiera otros perjuicios que le fueren causados a los acreedores directos e indirectos, siempre que se acrediten. Es por lo que “Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional”⁶³⁶.

Así las cosas, podemos afirmar que en estos casos existe concurrencia de remedios, las operaciones de reemplazo como medida expedita para conjurar el incumplimiento del contrato vinculado y evitar que afecte al sistema, y el ejercicio posterior de la resolución del contrato por incumplimiento grave, así como la indemnización de los perjuicios que tal inejecución le haya causado a los acreedores directos o indirectos. Por esta razón, las operaciones de reemplazo son una concreción del principio de mitigación de los perjuicios causados por el daño o incumplimiento contractual, en la medida en que los acreedores, de evidenciar la inminencia del incumplimiento o de materializarse el incumplimiento definitivo, grave e insuperable, deben tomar las medidas que sean necesarias para evitar la lesión o la agravación de la lesión de su derecho de crédito y, en últimas, la afectación de la operación económica conjunta.

Por último, debemos señalar que en caso de ser posible la celebración de una operación de reemplazo y los acreedores asuman una conducta pasiva ante el incumplimiento o elijan un remedio que no sea idóneo, la indemnización que

⁶³⁶ Artículo 7.4.5 de la edición del año 2016 de los Principios Unidroit. En el mismo sentido, el numeral 1 del artículo 9:505 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos establece que “La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables”.

reclamen puede verse disminuida en la proporción de los perjuicios que se hubieren podido evitar de haberse celebrado una operación de reemplazo, pues “Cuando el perjudicado hubiera contribuido al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento”⁶³⁷.

- d. Aceptación del cumplimiento parcial, imperfecto, anticipado o tardío y la reserva del acreedor de los derechos derivados del incumplimiento.

En los casos en que se cumpla alguno de los contratos vinculados en forma parcial, imperfecta, defectuosa, anticipada o tardía, pero el comportamiento desplegado por el deudor tenga aptitud para conseguir el fin práctico-social del contrato individual y sea idóneo para alcanzar la finalidad económica supra-contractual proyectada por no ser relevante o sustancial, los acreedores directos e indirectos deberán aceptar la prestación no conforme, reservándose el ejercicio de los remedios que nacen en su esfera patrimonial derivados de la falta de integridad, identidad o exactitud de la conducta del deudor. Y ello es así porque los requisitos objetivos, subjetivos y circunstanciales de la prestación, ceden ante el interés de los acreedores directos e indirectos, pues el rechazo de la prestación que aunque parcial, imperfecta, anticipada, tardía o defectuosa, sirva a efectos de instrumentalizar el contrato individual y la operación económica conjunta, tendrá como consecuencia la afectación causal de los contratos vinculados concomitantes o posteriores con el contrato incumplido, ya que los primeros necesitan el cumplimiento del segundo para la ejecución de las prestaciones que contienen, así como de la operación económica conjunta que pretenden alcanzar.

Así pues, para favorecer la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y reducir los costos de transacción, en forma concomitante o posterior con la aceptación de la prestación, los acreedores afectados con el cumplimiento imperfecto, defectuoso, parcial, anticipado o tardío, podrán solicitar en sede judicial la ejecución en especie o el subrogado pecuniario de la porción de la obligación insatisfecha, la subsanación de la parte incumplida de la prestación, la reducción de la contraprestación pagada a favor del deudor incumplido, así como la indemnización de los perjuicios que se les hubieren ocasionado. Entonces, la aceptación de la prestación en esas condiciones se justificará debido a que de rechazarse y exigirse su satisfacción previa en sede judicial, la ejecución del contrato incumplido como de los restantes contratos

⁶³⁷ Artículo 9:504 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos.

vinculados que dependen de su cumplimiento se paralizaría, entrañando el riesgo de frustración de la operación económica proyectada porque de existir términos esenciales o períodos limitados para la ejecución de las prestaciones, se comunicaría la ineficacia desde el contrato incumplido hacia los restantes.

En consecuencia, “El acreedor puede, por supuesto, abstenerse de rechazar el cumplimiento anticipado y reservar sus derechos por incumplimiento”⁶³⁸, para evitar que ante su pasividad o ante la falta de realización de reservas con la aceptación, la ejecución parcial, imperfecta, defectuosa, tardía o anticipada desplegada por el deudor se considere como cumplimiento a satisfacción. En otros términos, no existirá incumplimiento si los acreedores aceptan el pago realizado por el deudor sin realizar reservas, pues a pesar de su falta de conformidad, de la pasividad de su comportamiento se podrá entender que tal conducta ha satisfecho su interés. Empero, el acreedor podrá rechazar el cumplimiento parcial, defectuoso, imperfecto, tardío o anticipado cuando tenga un interés legítimo para hacerlo, en nuestro caso, cuando el comportamiento del deudor no sea apto para conseguir la finalidad individual del contrato ni el negocio económico en conjunto.

- e. Acuerdos de cesión de la posición contractual entre los miembros del sistema.

Es posible que de manera previa al incumplimiento, al momento de la celebración de los contratos vinculados, en ejercicio de las cargas de diligencia y de previsión, las partes regulen el supuesto en que alguna de ellas no pueda cumplir con la totalidad o con parte de las prestaciones a su cargo, cualquiera que sea el motivo, autorizando o permitiendo, como primera medida, la cesión de la posición contractual a uno de los miembros del sistema para que intervenga en el contrato adquiriendo la calidad de parte en reemplazo del contratante que no puede ejecutar la prestación o, en segunda medida, contemplando la posibilidad de que un tercero al sistema de contratos sustituya en sus derechos y obligaciones al deudor que no puede cumplir. Es por lo que los contratantes al regular el contenido del contrato se adelantan o previenen el incumplimiento de las prestaciones a través de la autorización expresa de la cesión de la posición contractual a otro de los miembros o a un tercero, como última instancia.

Así pues, con este remedio se incluye la posibilidad de que la parte del contrato que no pueda cumplir, antes de que se materialice el incumplimiento

⁶³⁸ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 206.

de la prestación, se haga sustituir por otro sujeto en la totalidad o en parte de las prestaciones a que se obligó en virtud del contrato vinculado. Entonces, con la autorización expresa vía contractual, no tendrá mayores inconvenientes la cesión de la posición contractual porque esta quedará autorizada de manera previa con prescindencia de la naturaleza de los contratos, que pueden ser de ejecución periódica o instantánea o *intuitu personae*⁶³⁹.

Ahora, tratándose de los contratos vinculados y de la calidad *intuitu personae* de los miembros del sistema, consideramos que existirá menor resistencia frente a la admisibilidad de este remedio si el cesionario de la posición contractual del sujeto que no puede cumplir en todo o en parte con la prestación a su cargo, es otro de los miembros del sistema que reúna las condiciones para ejecutar la prestación, en lugar de un tercero. Sin embargo, en caso de que ninguno de los miembros del sistema esté en condiciones de ejecutar la prestación, creemos posible que un tercero pueda ocupar la posición contractual del sujeto que no puede cumplir para ejecutar las obligaciones cedidas, con el fin de que se pueda conseguir la finalidad práctico-social del contrato, ejecutar los contratos concomitantes o sucesivos que requieren la ejecución del contrato que no se ha cumplido y, en últimas, alcanzar la operación económica y conjunta, siempre y cuando tal decisión consulte los intereses de los miembros del sistema, que estén debidamente representados y se asegure su efectiva participación en la toma de esta decisión.

En esa línea, consideramos necesario que además de la obligación del cedente de responder de la existencia, la validez y las garantías del contrato, también responda por el cumplimiento del contrato cedido⁶⁴⁰, lo que se deriva de los deberes secundarios de contribución al sostenimiento del sistema y a la consecución de un fin común y de lealtad negocial pues, a pesar de que el miembro sea sustituido en la ejecución de sus obligaciones por otro sujeto, continuará obligado al cumplimiento de los deberes secundarios de conducta derivados de la teleología de la figura de la vinculación contractual. Por esta razón, estimamos coherente que el contratante cedido realice la reserva de no liberar al cedente cuando se le notifique la cesión de la posición contractual, quedando legitimado para exigir el cumplimiento del cedente en caso de que el cesionario no cumpla con la ejecución de la obligación cedida, notificándole al cedente tal incumplimiento en los 10 días siguientes a que tenga

⁶³⁹ Artículo 887 del Código de Comercio.

⁶⁴⁰ Artículo 890 del Código de Comercio.

ocurrencia ⁶⁴¹, como cláusula que redundaba en beneficio de los demás miembros del sistema por asegurar la satisfacción de su interés, así como del sistema en sí mismo considerado.

En resumen, este medio de tutela es la concreción de la carga de sagacidad, de previsión y de diligencia, debido a que con él los miembros del sistema buscan anticiparse al incumplimiento de las prestaciones inmersas en alguno de los contratos vinculados, autorizando *ex ante* por vía contractual que, ante la notificación de la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por el sujeto que la tenía a su cargo, otro miembro del sistema o un tercero ajeno a él, asuma la ejecución de todo o parte de las obligaciones con el fin de dotar de eficacia y de permitir el cumplimiento de los demás contratos vinculados para los que la ejecución del contrato en que la posición contractual del deudor fue cedida, es requisito, complemento, condición o requisito necesario de realización, así como de evitar la paralización del sistema con el ejercicio de otros medios de tutela en sede judicial y, en últimas, de permitir el logro de la operación económica conjunta. En conclusión, este remedio se corresponde con la teleología de los contratos vinculados. Sin embargo, los miembros deberán tener especial cuidado al regular la entrada y salida de los sujetos cesionarios en caso de que no sean miembros del sistema, pues deberán determinar si la ejecución de la prestación es una medida coyuntural por una única vez o estructural, que implique su inclusión como un miembro del sistema de contratos, último caso en que se deberán activar los mecanismos deliberativos y democráticos del sistema para tomar la decisión de incluir a un nuevo miembro.

f. Mecanismos democráticos al interior del sistema para prevenir el incumplimiento.

De manera preliminar debemos señalar que las formas democráticas “se caracterizan por presentar una descentralización mayor en las decisiones, y son las que han proliferado en la economía actual”⁶⁴². Así pues, en los sistemas de contratos como manifestación del principio democrático, las decisiones sobre la manera de superar el incumplimiento definitivo de alguno de los contratos vinculados o de prevenirlo, no conciernen en forma exclusiva al acreedor y contratante directo afectado con el incumplimiento, sino que también incumben a los miembros del sistema por ser acreedores indirectos o mediatos de la prestación incumplida o con riesgo de ser incumplida.

⁶⁴¹ Artículo 983 del Código de Comercio.

⁶⁴² LORENZETTI, R., “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”, Op. cit., pág. 144.

En esa medida, antes de que se concrete la inejecución de alguno de los contratos vinculados, cuando los miembros del sistema crean fundadamente que alguno de los contratantes no va a cumplir con la prestación a su cargo, con ocasión de la exteriorización de una voluntad renuente a cumplir o de la disminución de los recursos, podrán exigirle que otorgue garantías que aseguren la ejecución de sus obligaciones. Entonces y solo en caso de que el miembro no acredite los recursos suficientes para ejecutar el contrato, los restantes miembros podrán activar los mecanismos democráticos y deliberativos con el fin de evitar que tal situación se concrete en un daño para sus derechos de crédito, es decir, en el incumplimiento contractual. Entonces, podemos afirmar que los mecanismos democráticos en los sistemas de contratos son un medio de tutela preventivo que se ejerce en la fase fisiológica del contrato o *ex ante* a la materialización del incumplimiento, a través del control de la prestación bien sea por el cocontratante inmediato o por los demás miembros del sistema de contratos.

Así las cosas, con la participación y la debida representación de los miembros del sistema, si no se ha celebrado el contrato vinculado que corre peligro de ser incumplido en atención a la disminución de los recursos del eventual contratante, se podrá excluir al potencial miembro que amenaza la operación económica conjunta y asignar la prestación que le fue encomendada a otro miembro del sistema que se encuentre en las condiciones para llevarla a cabo o, a un tercero, previa decisión de los restantes contratantes, pues cabe recordar que la calidad de los miembros es *intuitu personae* porque no solo se obligan al cumplimiento de un contrato autónomo en sentido aislado sino a la realización de una operación económica conjunta.

Empero, de haberse celebrado el contrato vinculado y de exteriorizar alguno de los sujetos una voluntad renuente a cumplir, de materializarse la pérdida o disminución grave de recursos o una conducta reacia a garantizar la ejecución de las prestaciones en su cabeza, a solicitud de los demás miembros, podrá someterse a votación la decisión de que el contratante que amenaza el incumplimiento de la prestación ceda la posición contractual. Es por lo que en el contenido del contrato vinculado se deberá autorizar en forma expresa la cesión de la posición contractual a otro de los miembros del sistema o a un tercero, previa aceptación de los demás contratantes, cuando los miembros así lo decidan. Entonces, el cedente deberá ceder las obligaciones no ejecutadas al cesionario, si ese es el sentido de la decisión tomada por los miembros del sistema, por haberse incluido en el clausulado contractual que la cesión de la posición contractual procederá cuando los miembros del sistema así lo decidan, con el fin de anticiparse y de prevenir un potencial

incumplimiento y de salvaguardar el logro de la operación económica conjunta.

Precisado lo anterior, podemos indicar que cualquiera que sea la forma en que se presente la amenaza de incumplimiento, antes o después de la celebración del contrato vinculado, en razón de la naturaleza de la figura de la vinculación contractual, los miembros del sistema podrán hacer uso de los mecanismos democráticos para evitar el incumplimiento del contrato vinculado con posterioridad al ejercicio de su derecho de inspección sobre la ejecución de las prestaciones a cargo de los otros contratantes, bien sea que lo hagan en forma directa o a través de

órganos especiales compuestos por representantes de ambas partes o expertos independientes (los denominados “comités de gestión contractual”, “órganos de auditoría” o “similares”), encargados de inspeccionar el cumplimiento de ambas partes y quizás también sugerir ajustes del contrato para adecuarlo a las circunstancias. Obviamente, cuanto mayor sea la precisión con la que las partes regulan el procedimiento para ajustar el contrato, menor relevancia tendrán los actos informales de las partes en la interpretación del contrato⁶⁴³.

Asimismo, como resultado del ejercicio del derecho de inspección por los miembros del sistema en forma directa o indirecta, también se podrán sugerir ajustes a los contratos vinculados, que deberán ser aprobados por los restantes miembros, para amoldarlos con mayor exactitud al contexto en que se realiza la operación económica en conjunto. Es por lo que estos mecanismos para realizar eventuales modificaciones y ajustes a los contratos durante su ejecución⁶⁴⁴, se erigen a la vez como uno de los remedios para prevenir el incumplimiento, pues entre mayor sea la aptitud de los contratos vinculados para instrumentalizar el negocio económico complejo como resultado de las adaptaciones y modificaciones que devengan necesarias con motivo del contexto económico, político, social o cultural en el que se desarrollen, menor riesgo existirá de que la operación se paralice o se frustre.

⁶⁴³ Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Op. cit., pág. 155.

⁶⁴⁴ Como posibilidad que establece el 3 al artículo 4.3 de los Principios Unidroit edición 2016.

- g. Asignación del riesgo de concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito en cabeza de alguno de los miembros del sistema.

Por vía contractual es posible que los miembros del sistema asignen el riesgo de la concreción de un evento de caso fortuito o de fuerza mayor que imposibilite la ejecución de la obligación, a uno de los sujetos que son partes de los contratos vinculados a cambio de una contraprestación a su favor que lo justifique. Así pues, la distribución de los riesgos entre los miembros del sistema se podrá hacer a través de la inclusión de la asignación del riesgo en todos y cada uno de los contratos vinculados, en un contrato marco o, de la referencia a alguno de los contratos vinculados que la contenga.

En este caso, la potencialidad de daño que configura el riesgo se identifica con la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito sin que medie dolo o culpa del deudor, debido a que este evento tiene la aptitud para lesionar el derecho de crédito de los acreedores directos e indirectos, por impedir que se lleve a cabo la finalidad práctico-social del contrato individual y se instrumentalice la operación económica conjunta. Así las cosas, es posible que los miembros del sistema distribuyan *ex ante*, al momento de la celebración de los contratos vinculados, el riesgo de la concreción de un evento de caso fortuito o de fuerza mayor que imposibilite su ejecución, asignándolos a alguno de los miembros del sistema a cambio de una contraprestación a su favor.

Entonces, en caso de concretarse un evento de fuerza mayor o caso fortuito que imposibilite la ejecución del contrato vinculado, a través del medio de tutela de la asignación de estos riesgos en cabeza de otro de los miembros del sistema, se podrá superar la inejecución del contrato individual y así evitar la paralización o frustración de la operación económica conjunta, pues otro de los sujetos del sistema, cuyas condiciones personales y recursos fueron analizados de manera previa por los otros contratantes, se encargará de ejecutar en forma total o parcial la prestación que no ha sido satisfecha por la imposibilidad derivada de la materialización del caso fortuito o de la fuerza mayor.

En consecuencia, la asignación y concreción del riesgo antes mencionado se traduce en el cambio del sujeto pasivo de la obligación de ejecutar la prestación que, en nuestro caso, será otro de los miembros del sistema que tenga la aptitud, los recursos y las condiciones necesarias para ejecutar la prestación que es requisito, complemento, condición o presupuesto necesario

para la ejecución de otros contratos vinculados, así como de la consecución de la finalidad económica supra-contractual proyectada.

En resumen, este medio de tutela constituye una manifestación de la carga de diligencia y de previsión de los contratantes, pues regulan de manera previa las salidas para superar la falta de ejecución del contrato vinculado producto de la extinción de la obligación, causada por la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, asignando o distribuyendo tal potencialidad de daño entre los miembros del sistema que estén en mejores condiciones de asumirlo a cambio de una contraprestación a su favor, para evitar que alguna de las prestaciones contenidas en los contratos vinculados no se pueda realizar y que se frustre o paralice el negocio económico en conjunto.

- h. Medida cautelar innominada de ejecución *in natura* del contrato vinculado incumplido.

Para la procedencia de las medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos es necesario que el demandante las solicite, que el juez las encuentre razonables para la protección del derecho objeto de litigio dada su aptitud para impedir la infracción o las consecuencias que se derivan de ella, o para prevenir daños, hacerlos cesar o asegurar la efectividad de la prestación. Además, para su decreto, el juez deberá apreciar la legitimación o el interés de las partes, así como la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, y valorar la apariencia de buen derecho o el *fumus bonis iuris* y la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida. Por último, el demandante deberá prestar una caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda para responder por las costas y los perjuicios que se pudieren causar con ocasión de su práctica⁶⁴⁵. Entonces, reunidos los requisitos de procedencia, el operador judicial “establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”⁶⁴⁶.

Precisados los requisitos de procedencia de la figura procesal de las medidas cautelares innominadas, es necesario advertir que son aquellas que no tienen nominación legal, pero que son idóneas para proteger el derecho objeto de litigio y su naturaleza depende del caso concreto. Entonces, nos compete ahora estudiar su aplicabilidad tratándose de contratos que se encuentran vinculados. En nuestro caso, la medida cautelar innominada que

⁶⁴⁵ Literal c del numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso.

⁶⁴⁶ Inciso 3 del literal c, numeral 1 del artículo 590 del Código General del Proceso.

consideramos procedente en los procesos declarativos en los que se pretenda en sede judicial la ejecución *in natura* de la prestación contenida en el contrato vinculado cuando todavía sea posible y tenga la aptitud para el logro de la finalidad práctico-social del contrato y de la operación económica en conjunto, la denominaremos “medida cautelar de ejecución *in natura* del contrato vinculado incumplido”. Así pues,

La posibilidad de que se solicite la continuación del contrato como medida cautelar puede ser solicitada en derecho colombiano mediante un proceso declarativo. En efecto, el nuevo Código General del Proceso acogió la figura de las medidas cautelares atípicas o innominadas y dentro de estas cabría la solicitud como cautela de que se siga ejecutando *in natura* el contrato que ha sido unilateralmente terminado (...) es posible en derecho colombiano solicitar como medida cautelar que el contrato se siga ejecutando, tal como se previó, hasta que haya una sentencia definitiva en el respectivo proceso declarativo⁶⁴⁷.

En esa línea, los acreedores directos o indirectos de la prestación del contrato vinculado que se ha incumplido, podrán solicitar desde la presentación de la demanda en la que pretenda la ejecución en especie del contrato, la medida cautelar de continuación de la ejecución del contrato vinculado, por ser el mecanismo procesal idóneo para proteger el derecho de crédito de los miembros del sistema, pues con el decreto y la orden judicial de ejecutar la cautela, se impedirá que se lesione el mencionado derecho de crédito y se eviten los perjuicios derivados del daño o el incumplimiento contractual, expresados en la frustración de la finalidad práctico-social del contrato individual y en la paralización o la imposibilidad de instrumentalización de la operación económica compleja. En otros términos, con la orden judicial cautelar de cumplimiento del contrato se podrá superar la paralización de la ejecución de las prestaciones en el sistema de contratos y asegurar la consecución de la finalidad económica supra-contractual querida mientras se decide de fondo la controversia.

Para ello, el contratante directo o los demás miembros del sistema, deberán acreditar de manera sumaria su legitimación como interés jurídico para actuar, derivada de la figura de la vinculación contractual, por ser acreedores directos e indirectos de la prestación, respectivamente, dado que el contrato incumplido es un elemento de un todo encaminado a la consecución de una

⁶⁴⁷ RENGIFO GARCÍA, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2.ª. ed., Bogotá, Legis, 2017, pág. 163.

operación económica y global que excede a los contratos individualmente considerados. Así como la necesidad de la ejecución del contrato para el cumplimiento de las prestaciones a cargo de los demás miembros por ser requisito, presupuesto, condición o complemento necesario para su realización, en virtud del nexo causal y funcional que las liga y que, de no ordenarse la medida, se lesionaría su derecho de crédito y se les causarían perjuicios, por la imposibilidad de cumplir las prestaciones individuales y, por tanto, de conseguir el fin económico último.

Además, antes del decreto de la medida cautelar, el juez analizará la apariencia de buen derecho de la solicitud como “juicio preliminar de verosimilitud que hace el juez sobre la probable prosperidad o éxito favorable de la causa o negocio”⁶⁴⁸ y su necesidad, efectividad y proporcionalidad. En nuestro caso, la necesidad estará representada en que, de no decretarse la medida cautelar, el contrato individual y los contratos restantes no se podrán ejecutar. La efectividad estará dada por la aptitud de la medida cautelar para que los contratos del sistema se cumplan y se consiga la operación económica conjunta y, la proporcionalidad se puede apreciar en que el incumplimiento del contrato no solo repercute en forma negativa en el contratante inmediato sino en los demás miembros del sistema, por afectar la ejecución de otros contratos y, por tanto, no se podrá considerar gravosa.

Así las cosas, de acreditarse lo anterior, el juez determinará la duración de la medida cautelar que estimamos debe comprender el lapso de tiempo razonable para que se ejecute a satisfacción el contrato incumplido. Aquí es pertinente señalar que por tratarse de una medida cautelar que “no se relaciona con pretensiones económicas (...) no se podrá prestar caución para obtener el cese o el levantamiento de la medida decretada y practicada”⁶⁴⁹, pues en este caso la cautela tiene por función anticipar materialmente el fallo en el sentido de ordenar el cumplimiento del contrato, ya que la pretensión declarativa principal consiste en la ejecución en especie del contrato incumplido.

Con base en lo anterior podemos indicar que, en principio, hemos identificado como medio de tutela la medida cautelar de ejecución o de cumplimiento *in natura* de uno de los contratos vinculados incumplidos. Sin embargo, nada impide que en caso de que varios contratos vinculados se incumplan, se puedan acumular en un solo proceso todas las pretensiones de

⁶⁴⁸ BEJARANO GUZMÁN, R., *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 6.^a ed., Bogotá, Temis, 2016, pág. 242.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, pág. 243.

cumplimiento en especie con la solicitud de la medida cautelar aquí citada en cada uno de ellos, acreditando *ex ante* la existencia de la vinculación contractual, por tratarse de una única relación sustancial en dimensiones sistémicas, con el objetivo de que se decidan en forma coherente tales pretensiones, de que se logre la ejecución coordinada de los contratos vinculados y de que se eviten decisiones contradictorias, pues de llevarse en procesos separados, es posible que el operador judicial acceda al decreto de algunas de ellas pero no de todas. Como ejemplo de ello, nos remitiremos a lo expuesto en las fuentes de la vinculación contractual para el caso de México, país en que la conexidad contractual se incluyó como un criterio positivo de prórroga de competencia.

En resumen, la medida cautelar innominada de ejecución *in natura* del contrato vinculado incumplido tiene una finalidad preventiva porque evita que el incumplimiento temporal del contrato vinculado se torne definitivo o se imposibilite su ejecución y, que se frustre o paralice la operación económica conjunta. Adicional a ello, tiene una función protectora del derecho de crédito de los acreedores directos e indirectos de la prestación contenida en el contrato incumplido, dado que mientras se define en sede judicial la controversia, se garantizará la ejecución del contrato vinculado porque de esperarse al fallo y de existir términos esenciales o la exigencia de lapsos de tiempo cortos para la coordinación de las prestaciones de los contratos vinculados, no se podrá alcanzar la finalidad práctico-social del contrato individual ni de la operación económica conjunta.

CONCLUSIONES

Tras agotar el objeto de nuestro estudio, conviene memorar algunos de los aspectos principales y relevantes que hemos concluido con el fin de realizar algunas precisiones sobre la materia y de establecer si se alcanzaron los objetivos establecidos *ab initio*. En primer lugar, debemos señalar que la vinculación contractual en el derecho colombiano es una figura abstracta, atípica e instrumental, en la que las partes tienen calidad *intuitu personae* por basarse en relaciones de confianza, y que se estructura sobre la base de la concurrencia de los requisitos estructurales de la coexistencia de pluralidad de contratos autónomos, de la finalidad económica supra-contractual, de la correspondencia sistémica entre las prestaciones, de los efectos jurídicos relevantes o con potencialidad de trascendencia jurídica, y del conocimiento de los contratantes y de los sujetos externos al sistema de su existencia y de la pertenencia de los miembros al mismo.

En segundo lugar, podemos resaltar que los contratos vinculados son una categoría atípica con reconocimiento en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana. Sin embargo, partiendo desde los requisitos estructurales, se pueden identificar algunas disposiciones legales que contemplan supuestos de vinculación contractual en forma aislada y sectorizada, sin denominarlos de esa manera. Asimismo, podemos afirmar que diferentes países han volcado su atención sobre la figura objeto de nuestro estudio por las repercusiones jurídicas y económicas que conlleva, en un intento de regulación tanto en forma general como sectorizada, a través de la promoción de cambios legislativos que recojan la figura y le atribuyan efectos jurídicos determinados, con el fin de dotarla de certeza jurídica.

En tercer lugar, con base en lo expuesto a lo largo de este trabajo, podemos sostener que los sistemas de contratos son redes de creación humana, libres de escalas y dirigidas, en las que los centros y nodos están compuestos por contratos, cualquiera que sea su tipología, unidos por enlaces que, en nuestro caso, son las relaciones o nexos causales que se establecen entre las prestaciones de los diferentes contratos vinculados, en las que basta con el incumplimiento relevante y no superable de alguno de ellos para desintegrar la red, por carecer este tipo de redes de la robustez que es propia de las redes naturales y que, por tanto, requieren de la intervención humana a través de medios de tutela aptos para superar el incumplimiento.

En cuarto lugar, después de analizar los remedios tradicionales que se han utilizado frente al incumplimiento en los contratos bilaterales, pudimos concluir que solo se correspondería con la teleología de la figura de la vinculación contractual el ejercicio de la pretensión de ejecución en especie del contrato, de subsanación del incumplimiento, de reducción de la contraprestación y de cesación de la mora como medios de tutela principales, por tener la aptitud para superar el incumplimiento, conservar el contrato y permitir el logro de la operación económica conjunta. Por el contrario, las pretensiones principales del débito secundario, de la excepción de contrato no cumplido, de la resolución del contrato y de la nulidad, en los contratos del sistema que se ejecutan primero, no se compaginan con la naturaleza de la figura, pues tienden por paralizar o extinguir el vínculo obligatorio, impidiendo la consecución de la finalidad práctico-social del contrato individual y del negocio económico global, y solo sería legítima su procedencia como última *ratio*, en caso de tornarse el incumplimiento definitivo o como pretensiones subsidiarias de los demandantes.

En quinto lugar, estimamos relevante proponer remedios específicos para superar el incumplimiento en los contratos vinculados dentro de los que se encuentran las cláusulas de cumplimiento conjunto y, de jerarquización y limitación de remedios, las operaciones de reemplazo, la aceptación del incumplimiento parcial, defectuoso, anticipado o tardío y la reserva del acreedor de los derechos derivados del incumplimiento, los acuerdos de cesión de la posición contractual entre los miembros del sistema, los mecanismos democráticos para prevenir el incumplimiento, la asignación del riesgo de la concreción de un evento de fuerza mayor o caso fortuito en cabeza de alguno de los miembros y, la medida cautelar innominada de ejecución *in natura* del contrato vinculado incumplido. Y ello es así porque tales medios de tutela impiden que se propague la ineficacia de uno de los contratos vinculados hacia los restantes y, en últimas, que se paralice o se frustre la operación económica conjunta.

En sexto lugar, podemos concluir que los remedios, tratados en este trabajo como “idóneos”, frente al incumplimiento contractual tutelan el negocio individual y la operación económica conjunta y, que la limitación realizada en este trabajo dividiéndolos en medios de tutela principales y accesorios, es útil y necesaria para regular el sistema remedial sin desproteger al acreedor afectado con la inejecución de las prestaciones, pues no se excluyen los remedios que tiene a disposición para proteger su derecho de crédito sino que se limita y se organiza su ejercicio.

Así las cosas, ahora podemos responder a la pregunta sobre si los remedios contractuales tradicionales son idóneos y suficientes para superar el incumplimiento en los contratos vinculados, frente a lo cual tenemos que señalar que no, pues solo el ejercicio de algunos de ellos permiten superar el incumplimiento y conservar el contrato, a diferencia de otros tantos cuyo ejercicio se traduce en la paralización o en la extinción del vínculo jurídico, afectando además del contrato incumplido, los otros contratos y la operación económica, que dependen de él para su cabal cumplimiento. Es por lo que aquí hemos propuesto algunos remedios específicos, no sustitutivos sino complementarios de los tradicionales que en conjunto, tienden por la superación del incumplimiento y la ejecución del contrato vinculado para favorecer el logro de la finalidad económica supra-contractual proyectada.

Como comentario final, reiteramos que “Hoy admitimos progresivamente que nada sucede de manera aislada. La mayoría de los eventos y de los fenómenos están conectados, son causados e interactúan con un gran número de otras piezas de un rompecabezas universal complejo (traducción libre por el autor)”⁶⁵⁰, realidad que no escapa al mundo del Derecho y, en concreto, a los contratos que se encuentran vinculados. Así pues, una realidad en esencia económica como los contratos vinculados, amerita una aproximación y un tratamiento desde el punto de vista jurídico, como fenómeno propio de nuestro tiempo que no podemos eludir. Sin embargo, somos conscientes de los obstáculos que tal labor representará en el ordenamiento colombiano, producto de la tradición jurídica que lo ha influenciado y en especial, del arraigo del paradigma del contrato aislado como un todo acabado y perfecto, y del principio de los efectos relativos de los contratos, cuya morigeración además de la incipiente intervención judicial que se ha gestado, amerita la intervención del legislador para dotarla de plena eficacia.

Lo que no obsta para que abramos el espectro de análisis y de debate alrededor de la figura de la vinculación contractual, ya que como bien lo expresa Teyssié, “Varios contratos pueden constituir un todo, digno de ser tenido en consideración, tan distinto de sus componentes, pero a la vez tan ligados entre sí, como 12 está con respecto a 7 y a 5”⁶⁵¹. Pues como ya lo presagiaba Cicerón con su máxima “*Omnia vivunt omnia inter se conexa*” y recientemente Borges con su elocuente frase “*Everything touches everything*”, vivimos en un mundo conectado en el que el establecimiento de relaciones y de conexiones entre sus elementos nos permitirá llegar a un cabal entendimiento de la realidad en la que vivimos y de los fenómenos que se

⁶⁵⁰ BARABÁSI, A., Op. cit., pág. 7.

⁶⁵¹ TEYSSIÉ, B., Op. cit.

exteriorizan en ella, para alcanzar soluciones adecuadas a los problemas que se puedan presentar producto de su interacción, so pena de llegar a un conocimiento parcial o sectorizado del universo en el que vivimos y de errar en la búsqueda de remedios porque *“Ninguna existencia puede ser válidamente realizada si se limita a sí misma”*: Simone de Beauvoir.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALARCÓN ROJAS, F., "Negocio jurídico indirecto", *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 2003, 37.

ALTERINI, A., *Contratos. Civiles, comerciales, de consumo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, 194.

_____, De Los Mozos, J., Soto. C., *Contratación contemporánea: contratación electrónica y tutela del consumidor*, Bogotá, Palestra Editores, 2001, 113-179.

Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: anteproyecto de reforma del Código Civil Francés: libro III, títulos III y XX, Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G., *Los Grupos de Contratos en el Crédito al Consumo*, 182.

BAENA CÁRDENAS, L., *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

BARABÁSI, A., *Linked: How everything is connected to everything else and what it means for business, science, and everyday life*, New York, Basic Books, 2014.

BEJARANO GUZMÁN, R., *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 6.^a ed., Bogotá, Temis, 2016.

BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Traducción de M. Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, 144.

BIANCA, M., *Derecho civil: 3 el contrato*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

- BOZZO HAURI, S., "Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno", *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLV, 2015, 39-66.
- CAFAGGI, F., "Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?", *EUI Working Paper LAW*, n° 15, 2008.
- CARINGELLA, F., "*Studi di diritto civile*", Citado por Chieppa, R., *Temi di diritto civile, penale, amministrativo. Prova scritta concorso Magistrato Ordinario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2010, 49.
- CHINCHILLA IMBETT, C., *La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- CORTÉS. E. y otros, *Informe Colombia, en El derecho de los Contratos en Latinoamérica, bases para unos principios de derecho de los contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario y otras, 2012.
- DE LA MADRID ANDRADE, M., *Contratos atípicos y conexidad contractual*, México, Editorial Porrúa, 2016.
- DE LA MAZA, I.; PIZARRO, C.; VIDAL, A., *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Colección Derecho Privado 13, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.
- DÍAZ MUÑOZ, E., *El efecto relativo de los contratos*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1985, 15.
- DÍEZ-PICAZO, L., Eficacia e ineficacia del negocio jurídico, en A.D.C., 1961.
- _____, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 2.^a ed., Madrid, Tecnos, 1983.
- _____, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias.*, 4.^a ed., V. II., Madrid, Civitas, 1993, 470.
- _____, "Masificación y Contrato", publicado en Mosset Iturraspe, J. y otros, *Daños*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991.

- FERRANDO G., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contrato e impresa*, 2000, 127.
- FIGUEROA YÁÑEZ, G., "El efecto relativo en los contratos conexos", *Contratación Privada: Contratos Predispuestos, Contratos Conexos, Código Europeo de Contratos*, Perú, 2002, 317-334.
- GANDINI AYERBE, F., "Contratos conexos: fundamentos y efectos", *Revista Conflicto & Sociedad*, Vol. I, n° 2, 2013, 84-91.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, trad. Blasco Gasco-Prats Albentosa, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992.
- GALINDO GARFIAS, I., *Teoría de las obligaciones*, 3.^a ed., México, Porrúa, 2017.
- GARCÍA MORENO, V., *En El Estado y el Derecho Económico Actual*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, 170.
- GASTALDI, J., *Centenario: Jorge, Colla,Guillermo, Jornada nacionales de derecho civil*, Santafé, Argentina, 1999.
- GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Le Contrat*, 2.^a ed., París, L.G.D.J, 1988.
- GRASSETTI, C., Citado por Leyva Saavedra, J., en "Interpretación de los contratos", *Revista de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 66, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM, 2009.
- GUTIÉRREZ FRÍAS, G., *La conexidad contractual en el contexto de las transformaciones del contrato*, Trabajo de grado de maestría, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- GUZZARDI, G., *Il contratto di rete*, Università Degli Studi Di Catania, Dottorato Di Ricerca In diritto privato, XXV Ciclo.
- HINESTROSA, F., *La agencia comercial y figuras afines*, en *Escritos varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, 755.
- _____, *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

_____, *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 1., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

_____, *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. 2., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

LARROUMET, C., *Teoría General del Contrato*, Bogotá, 1993.

_____, *Responsabilidad civil contractual-algunos temas modernos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, 28.

LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1994.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J., "Las cadenas de contratos o contratos coligados", *Contratación Privada: Contratos Predispuestos, Contratos Conexos, Código Europeo de Contratos*, Bogotá, 315-315.

LORENZETTI, R., "Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual", *Rev. AEU.*, Vol. 82, n° 1-12, 1996, 33-48

_____, "Esquema de una Teoría Sistémica del Contrato", *Revista La Ley*, del 30 de setiembre, 1999.

_____, *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2001, 123.

_____, *Contratos: parte especial*, 2.^a ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, 2004, 11-55.

_____, "Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santafé, Rubinzal-Culzoni.

MÁRQUEZ, F., "Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2, 151 y ss.

MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, 403-404.

- MORALES HERVIAS, R., "Contribución a la teoría de los contratos conexos", *Revista Derecho & Sociedad*, n° 19, 119-138.
- MOSSET ITURRASPE, J., *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- NICOLAU, N., "Los Negocios Jurídicos Conexos", *Trabajos del Centro, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la U.N.R.*, 1997.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G., *Régimen general de las obligaciones*, 8.^a ed., Bogotá, Temis, 2014.
- _____ y Ospina Acosta, E., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed., Bogotá, Temis, 2015.
- PASQUAU LIAÑO, M., *La subrogation*.
- POTHIER, R., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947, 58.
- RENGIFO GARCÍA, E., *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2017.
- RODRÍGUEZ OLMOS, J., *Medios de tutela del consumidor ante la falta de conformidad en la compraventa en Colombia: dispersión normativa e interpretación sistemática*, 2018.
- SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992.
- SEGUI, A., *Contratación Contemporánea*, Bogotá, Temis, 2001, 190.
- SOTO COAGUILA, C., Vargas-Machuca, R., "Contratación privada: Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código europeo de contratos", Lima, Jurista Editores, 2002, 305-334.
- TEYSSIE, B., *Les groupes de contrats*, Paris, 1975.
- VIDAL OLIVARES, A. y OVIEDO ALBÁN, J., "Protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida. Desde la fragmentación de un régimen unitario", *Revista Universitas*, n° 136, Valparaíso, Chile, 2018.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Banco de la República-Colombia, “¿Qué es una economía de mercado?”, [en línea], disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/pag e/qu-una-econom-mercado> [consultado el 15 de junio de 2018].

BERNARD MAINAR, R., “A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos”, [en línea], *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 720, 2010, 1447-1483, disponible en: <http://vlex.com/vid/proposito-pretendida-teoria-conexos-220602417> [consultado el 2 de abril de 2018]

BUENDÍA DE LOS SANTOS, E., “Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado”, [en línea], *Revista Foro Jurídico*, n°. 15, 2016, 303-325, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19853/19894> [consultado el 31 de enero de 2019]

CASTRILLÓN Y LUNA, V., “El incumplimiento de las obligaciones”, [en línea], *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 59, n° 252, 2009, 63-115, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60885/53702> [consultado el 28 de enero de 2019]

CATAÑO-BERRÍO, S., WILLS-BETANCUR, L., “La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia”, [en línea], *Revista Vniversitas*, n° 132, 2016, 59-88, disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.ccerdoi:10.11144/Javeriana.vj132.ccer> [consultado el 2 de abril de 2018]

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M., “Curso de Derecho Civil III Obligaciones” [en línea], 2017, disponible en: <https://www.uatx.mx/biblioteca/libros/978-980-7561-01-3.pdf> [consultado el 27 de enero de 2019]

GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia” [en línea], *Anuario de Derecho Civil*, n° LXV, Madrid, 2012 disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2012-10002900102_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Los_remedios_ante_el_incumplimiento_del_contrato_an%El%F3n%F3del_C%F3digo_

civil_en_materia_de_obligaciones_y_contratos_y_comparaci%F3n_con_el_borrador_del_marco_com%FAn_de_referencia [consultado el 3 de febrero de 2019]

GÓMEZ VÁSQUEZ, C., “El principio de conservación del contrato en el Derecho Contractual Internacional (Análisis dogmático y contextual)”, [en línea], *Revista Ambiente Jurídico*, n° 8, 2006 disponible en: <http://vlex.com/vid/conservacion-contractual-dogmatico-contextual-216644417> [consultado el 24 de marzo de 2019]

GUEILER, S., ALOU, S., “Contratos conexos”, [en línea], Portal Cartapacio de Publicaciones, 1999, disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/view/1056/959> [consultado el 2 de abril de 2018]

HERNÁNDEZ, C., “El contrato: partes y terceros, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” [en línea], 2015, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/El-contrato-partes-y-terceros-por-Carlos-A.-Hernandez.pdf> [consultado el 4 de abril de 2018]

LAMICELI, P., *Le reti di imprese: modelli contrattuali di coordinamento*, Società editrice il Mulino, [en línea], 2017, disponible en: https://www.darwinbooks.it/darwin/fulltextprint/index/BookRelease/Darwin:BOOK_RELEASE:864/fullChapter/1/initPage/12507/set/201722.22.09 [consultado el 4 de abril de 2018]

LOPES ENEL, J., “Contratos coligados”, [en línea], *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Núm. 132, Brasil, 2003, disponible en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2270/#/vid/contratos-coligados-567926402> [consultado el 2 de abril de 2018]

LORENZETTI, R., “Teoría sistémica del contrato” [en línea] disponible en: https://www.google.com.co/search?client=safari&channel=iphone_bm&ei=gcPCWrzPGsfz5gLJrLawCw&q=lorenzetti+teoria+sistemica+del+contrato&oq=lorenzetti+teoria+sistemica+del+contrato&gs_l=psy-ab.3..355137.361123.0.361335.41.35.0.2.2.0.206.4438.1j28j1.31.0....0...1c.1.64.psy-ab..8.31.4472.6..0j35i39k1j0i131k1j0i67k1j0i20i263k1j0i203k1j0i22i30k1j33i160k1j33i21k1.255.jzMkoiP4tNI [consultado el 2 de abril de 2018]

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el derecho navarro” [en línea], *Revista jurídica de*

Navarra, n° 27, 1997, 9-56, disponible en: https://www.google.es/search?source=hp&ei=oe9SXI7IO6_t5gLC3bmICg&q=el+cumplimiento+de+las+obligaciones+y+ss+subrogados+en+el+derecho+navarro&btnK=Buscar+con+Google&oq=el+cumplimiento+de+las+obligaciones+y+ss+subrogados+en+el+derecho+navarro&gs_l=psy-ab.3...4841.13444..13683...0..0.145.8254.7j66.....0....1..gws-wiz.....0..0i131j0j0i22i30j33i22i29i30j33i160.gRRr9eOfFRY [consultado el 31 de enero de 2019]

NEME VILLAREAL, M., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, [en línea], *Revista de Derecho Privado*, n° 11, 2006, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/575/543> [consultado el 26 de marzo de 2019]

PIZARRO WILSON, C., “Los Remedios al Incumplimiento Contractual en los Proyectos Franceses de Reforma del Derecho de Contratos”, [en línea], *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, Valparaíso, 2011, 117-138, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n36/a03.pdf> [consultado el 2 de febrero de 2019]

TECHERA BARREIRO, V., “Incumplimiento imperfecto y sus remedios”, [en línea], *Revista de Derecho*, [S.l.], n. 9, 2016, 221-252, disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/756> [consultado el 29 de enero de 2019]

VIDAL OLIVARES, A., “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, [en línea], *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 n° 1, 2007, 41-59, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es [consultado el 29 de enero de 2019]

VIDAL OLIVARES, A., “El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional”, [en línea], *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 3, 2006, 439-477 disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000300002 [consultado el 1 de febrero de 2019]

JURISPRUDENCIA Y LAUDOS CITADOS

Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral de 10 de abril de 2003. Herrera Mercado, Hernando; Namén Vargas, William; Rodríguez Rodríguez, Libardo.

_____, Laudo Arbitral de 17 de junio de 2005. Chaves Vela, Isaías; Ordóñez Noriega, Sara; Muñoz Laverde, Sergio.

_____, Laudo Arbitral de 3 de diciembre de 2001. Sarmiento Cifuentes, Fernando; Montoya Mateus, Fernando; Gaviria Liévano, Enrique.

Corte Constitucional, Sentencia C-089 DE 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____, Sentencia C-1194 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____, Sentencia C-232 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de junio de 2009, M.P. William Namén Vargas.

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de mayo de 1938. G.J., t. XLVI, 670 y 671.

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de octubre de 1999, M.P. Silvio Fernando Trejos.

_____, Sala de Casación Civil, 14 de enero de 2005, M.P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 7524.

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de noviembre de 2017, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de mayo de 2018, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de septiembre de 2007, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

_____, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de marzo de 2012, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

LEYES

Código Civil de Colombia.

Código de Comercio de Colombia.

Código de Comercio de México.

Código Europeo de Contratos.

Código General del Proceso.

Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal de México.

Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Consejo de las Comunidades Europeas, "Directiva del Consejo 87/102 de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo", Diario Oficial de las Comunidades Europeas, n° L 42/48, 1986.

Decreto 2438 de 2010 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Decreto Legislativo No. 1071 de 27 de junio de 2008 de Perú.

International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit Principles of international commercial contracts, Rome, 2016.

Ley 1563 de 2012.

Marco Común de Referencia.

Orden n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 por la que se reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones del Código Civil Francés.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Unidroit
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma,
2018.