

LA CONEXIDAD CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

**JUAN FELIPE MOLINA BLANCO
SANTIAGO MUÑOZ ALVAREZ**

Monografía presentada para optar al título de abogado

**Asesor
JONATHAN ZAPATA FLOREZ
Profesor
Facultad de derecho y Ciencias Políticas**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
MEDELLÍN
2019**

“Un huracán no dura toda la mañana. Un aguacero no dura todo el día. ¿Quién hace estas cosas? El cielo y la tierra. Si las cosas del cielo y la tierra no pueden durar eternamente, ¿cómo las cosas del hombre?”

Lao Tse

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	5
Introducción.....	5
1. Del efecto relativo de los contratos	7
1.1. El concepto de parte y de tercero dentro del contrato.....	13
1.1.1. Concepto de parte	13
1.1.2. El concepto de tercero	19
1.2. El efecto relativo de los contratos y sus excepciones en el ordenamiento jurídico colombiano.	22
2. La teoría de la conexidad contractual.....	27
2.1. Concepto.....	27
2.1.1. Antecedentes	30
2.1.2. La contratación conexa en otros ordenamientos jurídicos.....	33
2.1.3. Fuentes de la contratación conexa	34
2.1.4 Elementos	35
2.1.4.1. <i>Pluralidad de contratos diferentes</i>	35
2.1.4.2. <i>Nexo Funcional</i>	49
2.1.5. Efectos de la contratación conexa	53
2.1.5.1. <i>Ampliación de las normas de interpretación de los contratos</i>	54
2.1.5.2. <i>La propagación de las vicisitudes de uno de los contratos, en los restantes dentro de un negocio único</i>	56
2.1.5.3. <i>Extensión de las acciones civiles contractuales más allá de un único contrato</i>	64
2.1.5.4. <i>Redefinición del concepto de parte y tercero dentro de una unidad comercial</i>	68
2.2. La conexidad contractual frente al efecto relativo de los contratos	71
2.3. La conexidad contractual en el ordenamiento jurídico colombiano.....	79

3. Casos de aplicación de la conexidad contractual	94
3.1. El arbitraje internacional	94
3.1.1. Conceptualización del arbitraje internacional	94
3.1.2. El arbitraje internacional frente a la contratación conexa	99
3.2. La fiducia inmobiliaria	105
3.2.1. Conceptualización de la fiducia inmobiliaria	105
3.2.2. La fiducia inmobiliaria frente a la contratación conexa	109
3.3. Las relaciones de consumo	113
3.3.1. Conceptualización de las relaciones de consumo	113
3.3.2. Las relaciones de consumo frente a la contratación conexa	121
Consideraciones Finales	129
Referencias Bibliográficas	132

Resumen

La presente monografía es el resultado del trabajo investigativo llevado a cabo a través del Semillero de Investigación de Contratación Privada Contemporánea de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Aborda el estudio de la conexidad contractual en el derecho privado colombiano, concluyendo que la contratación conexa como fenómeno de derecho privado contemporáneo puede presentarse en diversos supuestos, creando un sistema negocial del cual es posible derivar efectos jurídicos que implican la evolución de instituciones clásicas del derecho privado como el efecto relativo de los contratos, las reglas de interpretación contractual y la extensión de algunos eventos de ineficacia contractual. Con este fin, se describe el efecto relativo de los contratos, se caracteriza la figura de la contratación conexa y su adopción en el derecho privado colombiano y se analizan tres casos que han sido relacionados con la contratación conexa, observando sus particularidades, elementos y efectos desde la vinculación contractual.

Introducción

Todo cambia y el derecho no es la excepción¹. Se ha dicho que “si el derecho es, pues, forma de vida social y ésta, cada vez más compleja, es tan amplia, mudable y progresiva, de aquí la posibilidad del progreso y desarrollo del Derecho. A una sociedad cambiante corresponde un Derecho progresivo” (Serrano, 1974, p. 461). El cambio no es ajeno al derecho privado, donde se ha acuñado el término de “contratación privada contemporánea”, que “ha sido utilizado para designar el fenómeno jurídico, de fuertes influencias económicas, por el cual se han alterado las formas clásicas de contratar” (Zapata, 2015, p. 7). Uno de los temas que se encuentran en

¹ En este sentido Serrano (1974), planteó: “El Derecho es permanente en sus principios, pero cambiante en sus sucesivas aportaciones. La parte móvil consiste en la variación indefinida de las instituciones jurídicas” (p. 463).

el marco de la contratación privada contemporánea, es la vinculación contractual o contratación conexa, teoría surgida en Italia en la década de 1920 y que ha ganado protagonismo conforme la complejidad de los negocios celebrados en el mercado aumenta con el paso del tiempo.

Este tema es relevante puesto que cuando se habla de la teoría general del negocio jurídico se sigue pensando en la aplicación tradicional del efecto relativo de los contratos sosteniendo la idea de que el contrato es una figura aislada que sólo relaciona a quienes participen directamente de la celebración de este. Incluso cuando se ha planteado que no se trata de un principio absoluto y que cuenta con ciertas excepciones, no existe claridad respecto a la aplicación o no de esta regla en las situaciones en las que se concluyen distintos vínculos jurídicos que se unen en virtud de su naturaleza, estructura o para perseguir un resultado económico común, el cual es imposible alcanzar con la realización de un único contrato.

La presente monografía está dividida en tres capítulos: el primero, parte de una descripción de la regla del efecto relativo de los contratos en el ámbito del derecho privado, centrando la atención en su definición y antecedentes; en un segundo momento, se analizará la contratación conexa en el derecho privado, para lo cual, se describirán sus características, antecedentes, elementos constitutivos, efectos, relación con la regla del efecto relativo de los contratos y una referencia a fallos jurisprudenciales en Colombia que describen este fenómeno contractual; finalmente, se describirán tres negocios jurídicos que han sido caracterizados como casos de contratación conexa, observando sus particularidades, elementos y efectos desde la conexidad.

1. Del efecto relativo de los contratos

A lo largo del presente capítulo, se estudiará el efecto relativo de los contratos en el ámbito del derecho privado. Esta regla se ha presentado como el principal obstáculo para darle trascendencia jurídica al fenómeno de la conexidad contractual (Ariza, 1997, p. 23), por lo que resulta un concepto de vital importancia para el estudio de la contratación conexa. Este capítulo tiene como finalidad describir el efecto relativo de los contratos y su relación con la contratación conexa, y estará dividido en dos partes, la primera centrada en el estudio del efecto relativo de los contratos, su concepto, antecedentes; y una segunda parte, enfocada en describir los conceptos de parte y tercero y las excepciones a la relatividad de los efectos de los contratos.

En principio, se debe advertir que los doctrinantes establecen diferencias en el concepto de efectos del contrato y efectos de las obligaciones². Según Eudoro González (1981, p. 68), el primero se refiere al contrato como fuente de obligaciones; el segundo, según Alessandri (1976, p. 59), se refiere a que las obligaciones le otorgan derechos al acreedor para obtener del deudor el cumplimiento de su obligación. Este mismo autor planteó como

Los efectos de los contratos deben ser estudiados con relación a las partes que los contraen, a sus sucesores y a los terceros. La regla general es que los efectos de los contratos no afectan sino a las partes que los han celebrado y a sus sucesores; por eso se dice que los contratos, al igual que la cosa juzgada, son efectos relativos; sólo dicen relación con las personas que los han celebrado (Alessandri, 1976, p. 59).

El efecto relativo de los contratos dispone que los actos o contratos pueden por regla general “generar únicamente derechos y obligaciones para las partes contratantes” (Cárdenas, 2010, p.

² Los efectos de las obligaciones son los derechos que la ley otorga al acreedor para lograr del deudor el cumplimiento íntegro, oportuno y exacto de la obligación cuando este no la cumple en todo o en parte o se encuentra en mora de cumplirla, estos derechos son de tres clases, a saber, (I) un derecho principal destinado a obtener la ejecución forzada de la obligación; (II) un derecho secundario destinado a obtener la indemnización de los perjuicios y (III) derechos auxiliares destinados a asegurar el cumplimiento de la obligación (Alessandri, 1976, p. 59).

411). Este concepto ha evolucionado a través del tiempo, remontándose sus orígenes hasta la época romana. Dicha figura es expresada a través del brocardo *Res Inter Alios Acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet*³ (Hernández, 2007, p. 22), pudiéndose rastrear hasta diferentes lugares del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a saber, en el *Digestum* en un fragmento escrito en el siglo II por el jurista Scévola⁴ y un comentario del siglo III realizado por el jurista Paulo⁵; y en el *Codex Repetitae Praelectionis* consagrado en el título 60 del libro VII⁶, siendo denominado en su epígrafe como *Inter Alios Acta Vel Iudicata Aliis Non Nocere*⁷ (Esborraz, 2012, p. 127).

La concepción definitiva de la regla tal como se conoce actualmente ha sido el resultado de combinar las interpretaciones realizadas por juristas medievales de las fuentes romanas, junto con algunas innovaciones introducidas en el ámbito del derecho canónico y, finalmente, de las reelaboraciones llevadas a cabo por la escuela del Derecho Natural (Esborraz, 2012, p. 130),

³ La cosa hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros (Esborraz, 2012, p. 127).

⁴ “Scévola; Digesto, libro I. Los emperadores Antonino y Vero respondieron así por rescripto: “No hay duda de que con pactos privados no se lesiona el derecho de los demás. Por lo que, por la transacción que se hizo entre el heredero y la madre del difunto ni puede considerarse rescindido el testamento, ni que a los manumitidos o a los legatarios se les haya quitado sus acciones. Por lo tanto, todo lo que piden por el testamento, deben demandarlo al heredero instituido, quien en la transacción de la herencia ó se precavio por las cargas de la herencia, ó si no se precavio, no debe convertir su negligencia en perjuicio de otro” D. 2, 15, 3 (Corpus Iuris Civilis, 1889-1898, p. 291).

⁵ “Paulo; Comentarios al Edicto, libro III. Si uno de los socios cambistas hubiere pactado con un deudor, ¿perjudicará acaso también al otro la excepción? Neracio, Atilicino y Próculo dicen, que, ni aunque se hubiere pactado sobre una cosa, perjudica al otro; porque tan sólo se constituyó el pacto para que el primero pueda pedir el todo. Lo mismo dice Labeón, porque el otro ni aun puede hacer novación, aunque válidamente se le pague a él; porque así se paga válidamente también a aquellos que están en nuestra potestad lo que hubieren acreditado, aun cuando no pueden hacer novación; lo que es verdad. Y lo mismo ha de decirse respecto de dos reos de estipular”. (...), “4. (...) porque ante todo debe advertirse, que la convención hecha sobre una cosa, ó con otra persona, no perjudique en otra cosa ó a otra persona” D. 2, 14, 27 (Corpus Iuris Civilis, 1889-1898, pp. 282-284).

⁶ “Título LX. 1. Muchas veces se ha dispuesto, que las cosas hechas entre unos no pueden causar perjuicio á otros Por lo cual, aunque hagas mención de que te pagaron algunos de los herederos del que indicas que fué deudor tuyo, no serán, sin embargo, apremiados al pago de los demás de otra suerte, sino si se hubiere probado la deuda. 2. Es de muy conocido derecho, que la transacción hecha entre otros no puede causar perjuicio al que estaba ausente Por lo tanto, habiendo recurrido al presidente de la provincia, que tu abuela te donó un esclavo, y si él viere que por tal derecho te pertenece, proveerá para que se restituya Porque, si estando tú ausente hubieren hecho división del mismo, esto no podrá quitar cosa alguna a tu derecho.

3. Si sucediste a tu madre junto con tu hermano, pactando u obrando tu hermano, no con tu voluntad, respecto a tu porción con los deudores de la herencia, no pudo extinguir la obligación adquirida para ti en cuanto a tu parte de la herencia” C. 7, 60 (Corpus Iuris Civilis, 1889-1898, pp. 265-266).

⁷ “De que lo hecho ó lo juzgado entre unos no perjudique á otros” C. 7, 60 (Corpus Iuris Civilis, 1889-1898, p. 265).

“En la época de la Codificación ese principio fue afirmado apelándose a la libertad individual, toda vez que no se concebía que dos personas pudieran, por su sola voluntad, convertir a otra en acreedor o deudor sin su aprobación” (Hernández, 2007, p. 23).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el efecto relativo de los contratos tiene su fundamento tácito en el artículo 1602 del Código Civil⁸ y es un reflejo de la autonomía de la voluntad, la cual, se manifiesta en la libertad de una persona para decidir con quién contrata y en qué condiciones. Sobre la autonomía de la voluntad la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-341 de 2003, con Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, ha sostenido que:

Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

Puede plantearse que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las personas contratan con miras a obtener un resultado unitariamente perseguido, de esta forma, las partes pueden determinar libre y voluntariamente el contenido del contrato, sin olvidar que dicha autonomía encuentra sus límites en las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (Morales, 2002, p. 138).

Para Ospina & Ospina (2009), los efectos generales de los negocios jurídicos se dividen respecto de las partes y de los terceros, los primeros se encuentran determinados por los principios de (I) normatividad, (II) buena fe y (III) diligencia; mientras que por su parte, los efectos en cuanto a los terceros están determinados por la relatividad contractual, en virtud de la cual, salvo existencia de una excepción legal, los contratos y en general los actos jurídicos

⁸ Código Civil colombiano, art. 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

“no producen derechos ni obligaciones a las personas enteramente ajenas a su celebración, y que además, no tienen vinculación alguna con las partes” (p. 358).

Respecto de los principios que determinan los efectos generales entre las partes se encuentra que (I) en el “principio de la normatividad del negocio”, existe un criterio comúnmente aceptado que considera al negocio como “ley” para las partes, es decir, una norma jurídica particular establecida y de observancia para las partes del negocio. En cuanto al (II) “principio de buena fe”, se ha dicho que en el acto jurídico celebrado se integra todo lo correspondiente a su naturaleza misma, por esta razón las partes se obligan a cumplir con rectitud y lealtad todo lo pactado. Por último, hablando del (III) “principio de la diligencia”, la doctrina se refiere al cuidado que debe tener el deudor frente a su acreedor en virtud de cumplir con lo pactado (Cataño & Wills 2016, p. 75).

Por su parte, los efectos generales del acto jurídico frente a terceros determinados por la relatividad contractual plantean que, si una persona se ve afectada por un contrato del cual no fue parte, se estaría afectando la relatividad de los actos jurídicos y a su vez contradiciendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad. No obstante, este sería un planteamiento inexacto, puesto que podría dar a entender que la eficacia de los actos jurídicos quedaría circunscrita únicamente a las partes, cuando en la realidad, dicha eficacia se extiende sobre la situación jurídica de personas que en manera alguna han intervenido en el acto y que inclusive ignoran su otorgamiento⁹ (Ospina & Ospina, 2009, p. 358).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, ha reconocido que el efecto de la relatividad de los negocios Jurídicos no es absoluto, en virtud de que:

⁹ Verbigracia, el acreedor quirografario o batista respecto de los demás actos celebrados por su deudor, en virtud de que su situación mejora o desmejora como consecuencia de que el patrimonio de su deudor aumente o disminuya, de conformidad con la realización de sus actos -del deudor- ya que, el acreedor tiene el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes del deudor de conformidad con el artículo 2488 del Código Civil (Ospina & Ospina, 2009, p. 358).

Como la finalidad de los contratos es que cumplan una función en la sociedad, es natural que los negocios con relevancia jurídica produzcan efectos que interactúan o se cruzan con los intereses de los demás miembros del conglomerado, quienes pueden verse afectados por aquellos actos voluntarios, casos en los cuales los convenios privados irradiarán sus efectos a situaciones jurídicas distintas a las que inicialmente habían considerado las partes (CSJ, Civil, 9 ago. 2018, SC 3201-2018).

Como consecuencia de lo anterior, se desprende la posibilidad de afectar a un tercero con un contrato que no ha celebrado, pues, si bien la eficacia de los actos jurídicos se restringe al interés de las partes, con frecuencia sus efectos alcanzan intereses de personas ajenas al convenio, quienes tendrán la calidad de terceros relativos y no de completos extraños respecto del contrato (CSJ, Civil, 9 ago. 2018, SC 3201-2018).

Frente a este tema se encuentra el concepto de inoponibilidad, el cual, consiste en situaciones donde el derecho le otorga a terceros la legitimación para rechazar o impugnar la eficacia entre las partes del acto jurídico¹⁰, por el contrario, si el derecho no concede causal alguna para desconocer la eficacia de los actos jurídicos, el acto les será oponible a terceros y estos tendrán que reconocer y acatar tales efectos (Ospina & Ospina, 2009, p. 395).

De esta forma, resulta claro que debe distinguirse entre los conceptos de oponibilidad de los negocios jurídicos y el efecto relativo de los contratos, pues, mientras la oponibilidad muestra al contrato como un hecho que puede llegar a afectar a terceros por hacer parte de la realidad del mundo jurídico o no, el efecto relativo significa, en principio, que el contrato puede generar derechos y obligaciones exclusivamente para quienes lo han celebrado, es decir las partes, y no para terceros (Cárdenas, 2010, pp. 412-413).

¹⁰ Verbigracia, el artículo 901 del Código de Comercio, según el cual, los negocios jurídicos celebrados sin cumplir con los requisitos de publicidad exigidos por la ley serán inoponibles a terceros.

Por otra parte, en la actualidad es aceptado de manera excepcional que los efectos de los negocios jurídicos puedan cobijar a terceros como en el caso la estipulación a favor de otro consagrada en el artículo 1506 del Código Civil y el contrato colectivo. Sin embargo, se presentan en la actualidad diversos supuestos en los cuales un tercero podría quedar vinculado en un contrato que no celebró, como consecuencia de fenómenos contractuales modernos que han generado nuevas “relaciones que se generan entre el sistema negocial complejo y los contratos que lo conforman, en atención a la integración y complementación de diversos servicios” (Cataño & Wills 2016, p. 76). Y en este sentido, los nuevos modelos de negocios que se aplican en la actualidad conllevan a “replantear los alcances del efecto relativo de los negocios jurídicos” (Cataño & Wills, 2016, p. 76), lo cual será abordado en el segundo capítulo de la presente monografía.

Así como la relatividad de los efectos del contrato históricamente ha sido tomada como un principio del derecho contractual en países influenciados por la tradición jurídica romana y del derecho continental, como consecuencia de la adopción de la regla *Res Inter Alios Acta*, esta misma figura ha visto su correlato en el sistema del common law, mediante los desarrollos de la teoría de la *Privity of contract* (Hernández 2007. p. 23), adoptada desde el Reino Unido¹¹.

Según esta regla, aplicable en cualquier relación contractual, un contrato solo puede crear derechos y obligaciones entre las partes de dicho contrato y por esto, un tercero no puede adquirir derechos ni responsabilidades en virtud de tal contrato. Bajo este principio se prohíbe el derecho de acción o de ejecución a favor o contra un tercero, siendo el límite de su aplicación; en este sentido, el contrato puede otorgar beneficios a un tercero, aunque la imposición de responsabilidades sigue siendo un obstáculo, pues es la parte contratante la que puede hacer cumplir el contrato a favor o en nombre del tercero (Teacher, Law, 2013).

¹¹ Para más información sobre el *privity of contract* se puede acudir a la jurisprudencia inglesa, en especial los casos *Tweddle v. Atkinson*, 1861; *Lloyd's v. Harper*, 1880; *Dunlop v. Selfridge*, 1915; *Beswick v. Beswick*, 1967.

1.1. El concepto de parte y de tercero dentro del contrato

Para comprender a cabalidad los alcances del efecto relativo de los contratos, resulta necesario diferenciar entre quienes se consideran parte y quienes se consideran terceros de un contrato, por lo que a continuación se caracterizarán las diferencias entre partes y terceros, estableciendo en qué caso se es parte, tercero relativo o absoluto frente a una relación contractual.

1.1.1. Concepto de parte

La definición de parte contractual que hace la doctrina tiene como fundamento las reglas establecidas en los artículos 1495¹² y 1602¹³ del Código Civil, de lo que se desprende que cada parte puede estar compuesta de una o más personas y que en un contrato una o las dos partes se obligan con otra a dar, hacer o no hacer una cosa.

Otro elemento para su definición se encuentra en el concepto de obligación, la cual, fue expresada en las *Institutas* de Justiniano como *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicui solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*¹⁴, teniendo cuatro elementos, a saber, un sujeto activo (acreedor); un sujeto pasivo (deudor), un objeto¹⁵ y un vínculo de derecho¹⁶ (Tamayo, 2008, p. 38).

¹² Código Civil colombiano, art. 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

¹³ Código Civil colombiano, art. 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

¹⁴ “La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad” I. 3, 14 (Corpus Iuris Civilis, 1889-1898, p. 101).
que nos constriñe a cumplir una prestación a favor de otro.

¹⁵ El objeto es la prestación debida, es decir, aquello que debe darse, hacerse o no hacerse en favor del acreedor (Tamayo, 2008, p. 38).

¹⁶ El vínculo jurídico es la relación, a la vez personal y de derecho, que somete al deudor a ejecutar la prestación, facultando al acreedor para exigirla inclusive en forma forzada, a falta de ejecución voluntaria (Tamayo, 2008, p. 38).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el concepto de obligación se deriva del artículo 666 del Código Civil¹⁷, definición que fue complementada por Valencia Zea & Ortiz Monsalve (1998), planteando que “la obligación o derecho personal es el que le concede a una persona (acreedor) la facultad de exigir de otra (deudor) una prestación, para cuyo cumplimiento el deudor da en prenda todos sus bienes presentes y futuros” (p. 2).

Se observa entonces que hay una relación entre obligación y parte contractual, ya que serán partes aquellas personas que dan vida a la relación jurídica obligacional a través de la manifestación de la voluntad y la configuración del consentimiento. La relación entre parte y negocio jurídico se articula en dos momentos: (I) es el autor de la regulación de intereses y, en principio, (II) es el destinatario de los efectos de la regulación (Cárdenas, 2010, p. 414).

En este sentido, Alessandri (1976), definió a las partes en los siguientes términos:

Son partes en un contrato las personas que han concurrido con su voluntad a celebrarlo, sea personalmente, sea por medio de mandatarios o representantes; para determinar quiénes son partes en un contrato, no se atiende al hecho material de que hayan concurrido o no a su formación, sino a las personas que han prestado su consentimiento para que se perfeccione (p. 59).

Para Altamar (2016, p. 187) son partes en un contrato aquellos que concurren a su celebración personalmente, o representados por alguien y los herederos o causahabientes a título universal, ya que, estos ocupan la misma situación jurídica de su causante, cuando este último fallece.

En virtud de lo expuesto, serían partes contractuales aquellas personas que han manifestado su voluntad, ya sea personalmente o por medio de mandatarios o representantes, para celebrar

¹⁷Art. 666. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

el contrato, creando una relación jurídica y con ella generando la(s) prestación(es) de dar hacer o no hacer, en las cuales una de ellas ostentará la calidad de acreedor y la otra de deudor, o recíprocamente como en los contratos bilaterales¹⁸.

Para puntualizar, Ospina & Ospina (2009) han propuesto que en el concepto de parte contractual se encuentran comprendidas las siguientes personas: (I) los agentes directos; (II) las personas representadas y (III) los causahabientes a título universal de las partes.

Los agentes directos son aquellos que intervienen personalmente en un acto jurídico y prestan su consentimiento para adquirir los derechos y contraer obligaciones objeto de este, dicha persona queda sujeta a todos los efectos derivados del postulado de la normatividad de dicho acto, del principio de buena fe y la diligencia que gobierna su ejecución (Ospina & Ospina, 2009, p. 359).

De igual forma, son parte contractual las personas debidamente representadas, es decir, cuando al representante se le ha otorgado la facultad de actuar en nombre de su representado, se entiende que el negocio fue celebrado por este último y es por esto que se reputa parte en el contrato (Ospina & Ospina, 2009, p. 359). Ahora, en el caso en que el representante actúe sin la facultad para actuar a nombre del representado, la parte será el representante, puesto que se entiende que este fue el que celebró el contrato como agente directo y no el representado y por tal motivo deberá responder a su contraparte contractual, verbigracia, el artículo 841 del Código de Comercio¹⁹.

¹⁸ Se hace referencia aquí a los contratos bilaterales o sinalagmáticos, los cuales son aquellos que establecen obligaciones para cada una de las partes, verbigracia, el contrato de compraventa, en el cual tanto el vendedor como el comprador contraen obligaciones recíprocas, el vendedor se obliga a transmitir el dominio de la cosa vendida y el comprador a pagar un precio por la cosa (Valencia & Ortiz, 1998, p. 51), puesto que, en estos contratos cada uno de los contratantes se convierte en deudor y acreedor al mismo tiempo (Tamayo, 2008, p. 38).

¹⁹ Código de Comercio colombiano, art. 841. El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa.

Por último, se encuentra el causahabiente a título universal de las partes, este, también llamado sucesor, es la persona que recibe de otra, llamada a su vez causante o autor, uno o más derechos u obligaciones, bien sea por acto entre vivos, o bien por causa de muerte (Ospina & Ospina, 2009, p. 359). La doctrina ha caracterizado dos tipos de causahabientes, (I) a título singular y (II) a título universal. Los primeros, se dan cuando la sucesión jurídica que relaciona al causante con su causahabiente se refiere a uno o más derechos u obligaciones limitadamente determinados; mientras que los segundos, se generan cuando los derechos u obligaciones sucedidos son una cuota o la totalidad del patrimonio del causante²⁰ (Ospina & Ospina, 2009, p. 360.), lo anterior, resaltando que la figura del causahabiente a título universal es equiparada por estos autores al concepto de heredero.

Se ha planteado que el causahabiente a título universal o heredero, es parte en el contrato debido a que sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles y lo representan a prorrata de sus respectivos intereses hereditarios (Ospina & Ospina, 2009, p. 360); o en otras palabras “los herederos no hacen más que recoger los derechos y obligaciones del causante” (Tamayo, 2007, p. 109); lo anterior, encuentra fundamento legal en el Art. 1155 del Código Civil, el cual establece:

Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos; representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (subrayas fuera del texto original).

²⁰ Artículo 1008 del Código Civil. Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular. El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos, cuarenta hectolitros de trigo.

De esta manera, cuando una persona fallece, los activos y pasivos, derechos y obligaciones que componían su patrimonio continúan unidos entre sí y se transmiten a sus herederos, los cuales, dependiendo del tipo de derechos y obligaciones que hayan generado los contratos celebrados por el causante, pueden tomar el papel de parte en sus contratos, continuando así con la personalidad jurídica del autor (Ospina & Ospina, 2009, p. 361).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC-3201 de 2018 con Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, expuso:

Los sucesores a título universal (herederos y legatarios)²¹ no son terceros (ni absolutos ni relativos) con relación al contrato suscrito por el causante porque recogen ulteriormente su patrimonio o alícuota, por lo que asumen su posición y se convierten en deudores o acreedores allí donde el causante tenía una de esas posiciones. Al continuar el lugar contractual de su causante, el negocio jurídico es ley a su favor o en su contra, a menos que el convenio haya sido *intuitu personae* o que los sucesores acepten la herencia o legado con beneficio de inventario.

De lo anterior, es desprendido el corolario de la “*continuación de los efectos jurídicos de los actos jurídicos respecto de los causahabientes universales*”, en el cual, los causahabientes universales al ocupar el lugar de su causante se convierten en partes dentro del contrato, puesto que éste continúa produciendo efectos jurídicos (Ospina & Ospina, 2009, p. 361).

No obstante, no en todos los casos el acto jurídico continúa produciendo efectos después de la muerte del autor, puesto que, algunas veces los causahabientes a título universal no se convierten en partes dentro del contrato celebrado por su causante, a saber, (I) por voluntad de

²¹ En este punto, la Corte Suprema de Justicia comete una imprecisión, en la medida que, los legatarios por definición no son sucesores a título universal, tal y como se encuentra consagrado expresamente en los precitados artículos 1008 y 1155 y en el artículo 1008 del Código Civil, este último dispone: “Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario”.

las partes²²; (II) por los actos jurídicos *intuitu personae*²³; y (III) en el caso de los derechos personalísimos²⁴.

En cuanto a los causahabientes a título singular, entre los que se pueden mencionar al legatario, el comprador, el donatario y el cesionario de un crédito, entre otros; se dice que, en principio, son extraños completos de la situación jurídica del patrimonio de su autor, por lo que no representan a la persona de este y nada tienen que ver con otros derechos y obligaciones que integran su patrimonio. Únicamente tienen una vinculación jurídica con el causante o autor, producida por el desplazamiento de uno o más derechos determinados que salen del patrimonio del causante o autor para ingresar en el del causahabiente, por lo que los actos jurídicos celebrados por dicho autor en relación con otros derechos y obligaciones, en principio, no afectan ni pueden afectar a sus causahabientes a título singular para quienes estos actos son tomados como *res inter alios acta*, en el entendido que “no les generan ni derechos ni obligaciones a estos causahabientes”²⁵ (Ospina & Ospina, 2009, p. 362).

²² Este supuesto se da en razón a la voluntad de las partes, las cuales, en virtud de su libertad contractual pueden optar por incluir estipulaciones contractuales en las que la muerte de alguna de ellas, culmine con los efectos jurídicos del contrato, lo que puede traducirse en que los efectos jurídicos no se transmitan a los herederos del difunto y por tal motivo los causahabientes no se conviertan en partes (Ospina & Ospina, 2009, p. 361).

²³ En estos casos, el causahabiente no se convierte en parte con ocasión a una característica propia del acto celebrado por el causante, y esto es que el contrato celebrado sea *intuitu personae*, es decir, “en consideración a la persona”, como se ve en casos en los que la persona es determinante para la ejecución del contrato, y su objeto depende de que la parte contratante sea la persona determinante que debe siempre hacer parte del contrato para que sea posible su ejecución. En palabras de Ospina & Ospina (2009) “su eficacia cesa con la muerte de la parte o partes cuya personalidad o cuyas calidades fueron el motivo determinante de la celebración de aquellos” (p. 361), por lo que, resulta necesario diferenciar frente a cuál parte es *intuitu personae* el contrato, en la medida que es posible que la referida característica lo sea frente a todas las partes o sólo una. En el primer caso, por la muerte de cualquiera de las partes el contrato cesaría su eficacia; mientras que, en el segundo, la eficacia del contrato terminaría únicamente en el supuesto de que la parte fallecida fuese aquella cuyas calidades se tuvieron en cuenta para otorgar el contrato, mientras que continuaría si el fallecido fuere una parte distinta (Ospina & Ospina, 2009, p. 361).

²⁴ Este escenario ocurre cuando el negocio realizado genera derechos personalísimos en favor de las partes, estos derechos, se encuentran íntimamente ligados a su titular y no pueden transmitirse a los herederos de éste (Ospina & Ospina, 2009, p. 361). En consecuencia, al no transmitirse los derechos a los causahabientes a título universal, estos no pueden erigirse como partes en el contrato, *Verbigracia*, los derechos de uso y habitación, frente a los cuales el artículo 878 del Código Civil dispone:

Artículo 878. Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse.

Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquéllos a que se extiende el ejercicio de su derecho (...).

²⁵ A pesar de lo anterior y teniendo en cuenta el funcionamiento de los mercados de bienes y servicios, los actos jurídicos realizados por los antecesores de quien adquiere una cosa a título singular le aprovechan y perjudican

1.1.2. El concepto de tercero

En oposición al concepto de parte, se encuentra el de tercero, como aquella persona que, en principio no tiene relación con la celebración del contrato. De acuerdo con la doctrina, existen dos tipos de terceros: (I) terceros relativos y (II) terceros absolutos, los cuales se diferencian en función de los eventuales efectos que generan los contratos frente a ellos (Devoto, 2016, p. 38). Para Altamar (2016), “tercero es todo aquel que no ha figurado ni como acreedor, ni como deudor, en forma directa o válidamente representado por otra” (p. 198).

Los denominados terceros absolutos o *penitus extranei*, son aquellas personas ajenas al acto jurídico celebrado y que no tienen vinculación alguna con las partes. Para estos terceros, debido al efecto relativo el contrato no los obliga, ni les confiere acciones por tratarse de un acto ajeno (Ospina & Ospina, 2009, p. 364). En otras palabras, “los terceros absolutos no tienen relación jurídica alguna con las partes que puedan resultar afectadas con la celebración de este” (Cataño & Wills, 2016, p. 76).

A pesar de lo anterior, es posible que un tercero absoluto pase a ser uno relativo en virtud de un cambio en el negocio durante el curso de su cumplimiento o posteriormente, el cual, involucre a sus intereses, lo que hace que la situación de ajenidad frente al contrato se pierda y el tercero pase a ser relativo²⁶ (CSJ, Civil, 9 ago. 2018, SC 3201-2018).

Por otra parte, los terceros relativos son personas que, si bien no participan en la celebración del negocio jurídico, tienen un vínculo jurídico con las partes y, por dicha situación, el contrato

como si él hubiera intervenido personalmente en tales actos anteriores, esto abre la posibilidad de que excepcionalmente, algunos actos del causante, a pesar de no tener algo que ver con la constitución del derecho traspasado o haber sido celebrados anteriormente con motivo de dicho derecho, sí obliguen al causahabiente, o sea, que lo erigen como parte en tales actos, verbigracia, el artículo 2020 del Código Civil, según el cual, el comprador de una cosa arrendada puede estar obligado a respetar los contratos de arrendamiento celebrados por el vendedor, siempre que estos hayan sido contraídos por escritura pública, tomando en estos casos la posición del arrendador (Ospina & Ospina, 2009, pp. 362-363).

²⁶ Verbigracia, un caso en el que se otorgue un usufructo sobre un bien y posteriormente el usufructuario adquiera obligaciones en calidad de deudor frente a un tercero absoluto de éste, momento en el cual, dicho tercero pasará a ser relativo del usufructo por ser el acreedor del usufructuario y tener cierto interés en él como consecuencia de lo previsto en los artículos 862 y 2488 del Código Civil.

genera ciertos efectos en ellos (Devoto, 2016, p. 38), En palabras de Cataño & Wills (2016), los terceros relativos “son aquellas personas que, sin actuar en la celebración del negocio, pueden resultar afectadas en virtud de una relación jurídica que tienen con alguna de las partes” (p. 76).

Los terceros relativos, lo son porque en un contrato celebrado por las partes, se generan efectos que tocan los intereses de personas ajenas a este, siendo este interés lo que permite diferenciar a los que tienen la calidad de terceros absolutos y relativos (CSJ, Civil, 9 ago. 2018, SC 3201-2018).

A diferencia de los terceros absolutos que no cuentan con acciones judiciales, los terceros relativos tienen la facultad de “invocar judicialmente la inoponibilidad de la eficacia jurídica de los actos celebrados entre las partes, o de su invalidez, dependiendo de las particularidades de cada relación jurídico-sustancial y su legitimación para formular la pretensión correspondiente u oponerse a ella” (CSJ, Civil, 9 ago. 2018, SC 3201-2018).

Dentro de los terceros relativos, es posible encontrar (I) a los asignatarios sucesorales forzosos, y (II) a los acreedores.

En primer lugar, las asignaciones forzosas se encuentran reguladas en el Título V del libro tercero, artículo 1226 del Código Civil, estas son las asignaciones que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de disposiciones testamentarias expresas²⁷.

Frente a los asignatarios forzosos, cuando su asignación se ha visto vulnerada por el testamento del causante o por simulaciones que este hubiese realizado antes de fallecer, el derecho les reconoce acciones como la de reforma del testamento²⁸ y la de simulación, con el

²⁷ Tres son las asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer, a saber, (I) los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; (II) la porción conyugal y (III) las legítimas.

²⁸ Art. 1274. Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes

fin de reintegrar el acervo sucesoral y en consecuencia las asignaciones vulneradas (Ospina & Ospina, 2009, p. 364).

En segundo lugar, se encuentran los acreedores, los cuales son considerados como terceros relativos, en virtud de que, si bien no hacen parte de los contratos celebrados por sus deudores y los derechos y obligaciones surgidos de los acuerdos de voluntades no los alcanzan, la eficacia de los actos jurídicos sí lo hace, resultándoles oponibles al acreedor, a pesar de que se afecte la garantía general que estos tienen sobre el patrimonio del deudor (Ospina & Ospina, 2009, p. 366).

En principio, los contratos celebrados por un deudor le son oponibles a su acreedor, no obstante, si un deudor maneja de forma fraudulenta su patrimonio, puede llegar a generar o agravar un estado de insolvencia en su patrimonio, es decir, una situación donde los activos superan a los pasivos del deudor, afectando los intereses de los acreedores. En estos casos, el contrato le será inoponible al acreedor y lo facultará, según corresponda, a ejercer las acciones de simulación o pauliana, con el fin de revocar los actos fraudulentos del deudor, constituyéndose como terceros relativos frente a los contratos impugnados (Ospina & Ospina, 2009, p. 366).

El interés de los acreedores en el patrimonio de su deudor tiene como base los artículos 2488 y siguientes²⁹ del Código Civil, puesto que, los acreedores en virtud de una obligación

se hubieren transmitido sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios.

²⁹ Código Civil colombiano, art. 2488. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.

Código Civil colombiano, art. 2492. Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue.

personal a favor suya pueden perseguir de su deudor todos los bienes (muebles e inmuebles) que resulten necesarios para garantizar su acreencia, con excepción de los no embargables.

1.2. El efecto relativo de los contratos y sus excepciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido acogida la regla de la relatividad de los efectos de los contratos influenciada por el derecho continental. Al respecto ha de recordarse que el Código Civil colombiano se fundamenta en el Código Civil chileno aprobado en 1855, obra de Andrés Bello; quien más allá de ser un traductor del Código Civil francés de 1804, construyó un código complejo, incluyendo el texto napoleónico (Botero & Cajas, 2018, p. 9), teniendo en cuenta que el *Code Civil* francés “constituye la culminación de un largo proceso de unificación en Francia, cuyos gérmenes se remontan al siglo XV” (Moreno, 2007, p. 166).

Es claro que el efecto relativo de los contratos fue consagrado expresamente en el artículo 1165 del Código Civil francés de 1804, consagrando que “los acuerdos tan solo surtirán efecto entre las partes contratantes; no redundarán en perjuicio de terceros, y tan solo redundarán en su beneficio en el supuesto previsto en el artículo 1121”³⁰.

Sin embargo, en Colombia la relatividad contractual no fue incluida expresamente en el Código Civil, sin embargo, esta regla se encuentra consagrada de manera tácita en el artículo

³⁰ Es necesario aclarar que el Código Civil francés al que se hace referencia en este punto fue el que estuvo vigente desde 1804, el cual, conservó la vigencia de los precitados artículos hasta las reformas propuestas en Francia en 2016. La versión en español del código a que se hace referencia se encuentra disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>

1602³¹, adicionalmente, obteniendo fundamento jurídico en los artículos 1495³², 1502³³ y 1507³⁴.

De igual forma que en la doctrina extranjera, en Colombia la existencia del efecto relativo de los contratos no implica que las convenciones no puedan llegar generar efectos frente a terceros, en su lugar, significa que las partes de un negocio no pueden hacer nacer un derecho u obligación en cabeza de un tercero, salvo aquellos casos donde una de las partes se encuentre delegado por ese tercero o disponga de la facultad de representarlo (CSJ, Civil, 9 Ago. 2018, SC 3201-2018).

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que existe un malentendido de la aludida regla, al olvidar que, en la periferia del contrato existen terceros a quienes el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los afecta patrimonialmente (CSJ, Civil, 8 feb 2016, Rad. 2008-00064-01), pues “no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual” (CSJ, Civil, 28 jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

³¹ Código Civil colombiano, art. 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

³² Código Civil colombiano, art. 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

³³ Código Civil colombiano, art. 1502. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1) que sea legalmente capaz.
- 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

³⁴ Art. 1507. Siempre que uno de los contratantes se compromete a que, por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.

Así pues, la jurisprudencia ha sostenido que la aplicación del principio de relatividad de los contratos en forma restrictiva como se ha entendido tradicionalmente lleva a una falsa idea acerca de los efectos de los contratos, pues desconoce su proyección sobre la situación jurídica de las personas que no han intervenido en el acto (CSJ, Civil, 8 Feb 2016, Rad. 2008-00064-01).

Resulta entonces claro que la regla del efecto relativo de los contratos actualmente no tiene el carácter absoluto que antes se le atribuyó, y que su alcance ha sido moderado (CSJ, Civil, 4 May. 2009, Rad. 2002-00099-01). Por este motivo, han sido reconocidas algunas atenuaciones a su aplicación. Al respecto, Ospina & Ospina (2009) reconocen la sujeción a dichas excepciones como una imposición marcada por el desarrollo comercial e industrial y sostienen que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce las excepciones dadas por el compromiso unilateral o unipersonal, siendo el ejemplo más importante la estipulación a favor de otro, así como las dadas por contratos colectivos (p. 370).

Por su parte Tamayo (2007) plantea la diferencia entre (I) las excepciones reales y aparentes al efecto relativo de los contratos; y (II) los casos en que algún tercero, con motivo de la inejecución de un contrato o durante la ejecución del mismo sufre un daño, aceptando que en ambos escenarios aparenta romperse el principio de la relatividad contractual, aclarando que las excepciones reales o aparentes se presentan si personas diferentes al acreedor ostentan una acción contractual contra el deudor, mientras que el segundo escenario se presenta cuando la responsabilidad es de naturaleza extracontractual (pp. 106-107).

Siguiendo entonces lo planteado por Tamayo (2007), son excepciones reales al efecto relativo de los contratos, aquellas que le otorgan a un tercero una acción necesariamente contractual en contra de un deudor como consecuencia del daño que pueda sufrir (p. 117)³⁵.

³⁵ Verbigracia, cuando se presentan acreedores *intuitu personae*; el supuesto del destinatario en el contrato de transporte siguiendo lo consagrado en el artículo 1024 del Código de Comercio; la acción contra el transportador

Históricamente la excepción real más relevante es la estipulación para otro, esta se encuentra regulada en el artículo 1506 del Código Civil, en el cual, una persona se obliga en favor de un tercero que no participó en la celebración del contrato e inicialmente no consintió ni otorgó derecho de representación alguno para que quien estipuló en su favor celebrará dicha contratación, pero que, podrá demandar al deudor por la vía contractual para exigir de éste lo estipulado, acotando que, mientras no intervenga la aceptación expresa o tácita del beneficiario de la estipulación para otro, será revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él (Tamayo, 2007, pp. 117-118).

Las excepciones aparentes, por su parte, son las que, sin violar el efecto relativo de los contratos, facultan a una serie de personas distintas del acreedor para la acción en responsabilidad contractual contra el deudor responsable (Tamayo, 2007, p. 107)³⁶, sin que resulte del todo claro que el afectado tenga la condición de tercero o parte del negocio.

de hecho y contra el dueño del vehículo transportador en virtud de lo consagrado en el artículo 991 del Código de Comercio; la responsabilidad del transportador en la comisión del transporte según los incisos 1° y 2° del artículo 1314 del Código de Comercio; la acción directa en el contrato de seguro, según lo consagrado en los artículos 1127 y 1133 del Código de Comercio colombiano; entre otras. (Tamayo, 2007, pp. 119-122).

³⁶ En primer lugar, se encuentra el mandato con representación, pues el mandatario celebra el contrato en nombre del mandante, y por esto se asume desde la celebración del contrato que los derechos y obligaciones quedan en cabeza del mandante. En este escenario el mandante, así no haya sido quien materialmente celebró el contrato, tendrá la acción contractual contra dicho tercero incumplido, y eventualmente también contará con una acción contractual contra el mandatario si éste no cumplió adecuadamente el encargo. Es en este sentido que se habla de una aparente excepción al efecto relativo de los contratos, pues desde un principio el mandante asume ser la parte que celebró el acuerdo, pero en la realidad es el mandatario quien celebra el contrato (Tamayo, 2007, p. 108).

En segundo lugar, se presenta una excepción aparente en la naturaleza de la acción hereditaria de los causahabientes o herederos a título universal del causante que tenía la calidad de acreedor contractual. En este supuesto, aunque las acciones quedan en cabeza de personas distintas al acreedor contractual, tampoco se trata de una excepción real al principio del efecto relativo de los contratos en el entendido que los herederos, pese a que tienen la acción de naturaleza contractual, sólo recogen los derechos y obligaciones del causante que le sucede todo su patrimonio a título universal (Tamayo, 2007, pp. 107-110).

Por último, se encuentran los denominados grupos o cadenas de contratos son una excepción aparente al efecto relativo de los contratos, pues otorgan una acción contractual por parte de un acreedor en contra de alguno de los deudores de su deudor en una cadena de contratos, sin haberse celebrado directamente contrato entre ellos. Aunque dependerá si se trata de cadenas homogéneas o heterogéneas de contratos (Tamayo, 2007, p. 114).

Si la cadena es homogénea, es decir, si dos o más contratos pretenden la enajenación sucesiva y exacta del mismo bien o servicio y bien podrían tener el mismo objeto, el adquirente final queda facultado con una acción necesariamente contractual contra el deudor inicial, aun cuando entre ellos no se haya celebrado contrato, igualmente tendrá la acción contractual contra su deudor inmediato (Tamayo, 2007, p. 115).

Sin embargo, la solución no es igual en cuanto a la naturaleza contractual o extracontractual de la acción que se otorga en una cadena heterogénea de contratos, pues en estas lo que se busca es cumplir con las obligaciones de un contrato, que hace necesario celebrar varios contratos de naturaleza diversa con terceros, sin identidad total entre las prestaciones debidas de uno y de otro contrato, haciendo que la prestación de algunos de los contratos

Para concluir con el presente capítulo, se puede decir que el efecto relativo de los contratos enfrenta en la actualidad retos dogmáticos y pragmáticos al estudiar los supuestos que tradicionalmente se han entendido como excepciones al efecto relativo de los contratos, debido a que, como se expondrá a profundidad posteriormente, tanto la globalización económica como el avance tecnológico actual, han generado nuevas y más complejas formas de celebrar negocios jurídicos cuyas necesidades obligan a realizar operaciones económicas, las cuales, requieren la concreción de una pluralidad de contratos y de diferentes actores involucrados en su realización (Esborraz, 2012, p. 112).

Esto evidencia que el efecto relativo de los contratos en su interpretación tradicional no brinda soluciones justas, equitativas y/o razonables para todos los nuevos supuestos contractuales (Devoto, 2016, p. 36), por lo que “no parece pertinente predicar la absoluta autonomía e independencia de los contratos en el contexto actual de fuerte globalización, que importa una marcada complejidad bajo la cual los negocios se formalizan y expresan” (Hernández, 2007, pp. 24-25). La concepción tradicional del efecto relativo de los contratos se constituye en la actualidad como la mayor dificultad para asignarle efectos jurídicos a la conexidad contractual (Frustagli, 1996, p. 47).

constituyan una parte de la prestación debida en el otro (Tamayo, 2007, pp. 114-115). Una posición mayoritaria en defensa del efecto relativo del contrato sostiene que como los contratos sólo han de producir efectos entre las partes, pero no respecto de terceros (Ariza, 1997, p. 23), la acción del tercero que resulte perjudicado será necesariamente extracontractual, tomando la interpretación más literal y restringida del principio (Tamayo, 2007, p. 116).

2. La teoría de la conexidad contractual

En el presente capítulo se caracterizará la contratación conexas en el ámbito del derecho privado, para este fin se explicarán sus antecedentes desde algunos ordenamientos jurídicos extranjeros en donde se ha abordado el fenómeno, posteriormente se estudiarán los elementos que componen la contratación conexas, sus efectos y las posturas que han sido abordadas frente al efecto relativo de los contratos y, por último, se expondrán algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil que se han ocupado de la conexidad entre contratos.

2.1. Concepto

La contratación conexas es un fenómeno que comenzó a ser estudiado en Italia en la década de 1920 aproximadamente. No existe una teoría unificada como consecuencia de las diferentes denominaciones, tratamiento doctrinario, jurisprudencial y legal que ha recibido a lo largo del tiempo en diferentes ordenamientos jurídicos.

A su vez, existen dificultades para caracterizar la figura, puesto que cada caso presenta características particulares en virtud de los contratos celebrados por las partes y la finalidad perseguida con el negocio y hay muchas situaciones diferentes donde se puede presentar la conexidad, en consecuencia, una conceptualización de la conexidad contractual debe partir de la poca uniformidad de cada supuesto (López, 1994, p. 389).

Sobre lo anterior, Frustagli (1996), ha expuesto:

El fenómeno de la conexidad contractual subyace en numerosas situaciones fácticas, pero ellas revisten rasgos tan diversos, heterogéneos y particulares que se hace sumamente dificultoso esbozar una noción suficientemente amplia de conexidad capaz de abarcar los distintos supuestos de hecho (p. 46).

A pesar de las anteriores dificultades, la doctrina, jurisprudencia y legislación han desarrollado una postura más o menos pacífica respecto a los elementos necesarios para la

existencia de la contratación conexas, los cuales, consisten en la concurrencia de (I) dos o más contratos diferentes; los cuales (II) se vinculan entre sí a través de un nexo funcional, el cual puede existir (a) en virtud de la naturaleza o estructura de uno de los contratos celebrados; o (b) por la existencia de una finalidad económica común también denominada finalidad supracontractual (Frustagli, 1996, p. 46). Una vez se presenten estos dos elementos, los contratos constituirán entre ellos un único negocio, conformando un supuesto de conexidad contractual, del cual será posible derivar efectos jurídicos.

De la anterior definición, se desprende que en la conexidad contractual quedan, en principio, al margen de la figura, la vinculación entre negocios jurídicos que no sean contratos³⁷ (López, 1994, p. 392).

Este fenómeno ha sido denominado de diferentes maneras, siendo conexidad contractual la más extendida en la literatura hispana, razón por la que será el término utilizado en la presente monografía, no obstante, son frecuentes los usos de términos como coligación, coaligación, imbricación, vinculación contractual, sistemas o redes de contratos, entre otros³⁸ (López, 1994, p. 392).

La conexidad contractual ha venido ganando protagonismo, puesto que actualmente, es cada vez más común que para satisfacer un interés general sea necesario “celebrar diferentes contratos relacionados o vinculados entre sí” (Hernández, 2007, p. 24). Así, los agentes económicos haciendo ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden celebrar diversos

³⁷ Verbigracia, “los casos en que el testamento presenta cualquier tipo de relación con otro negocio jurídico” (López, 1994, p. 392).

³⁸ Esborraz (2012), ha planteado una distinción que busca ser más técnica, en la que denomina al fenómeno como vinculación contractual, siendo esta el género mientras que la coligación y conexidad contractual serían sus especies. Postula una diferenciación entre cadenas y redes de contratos, las primeras, asemejadas a un proceso, se configuran en una relación vertical construida a través de una secuencia temporal con miras a lograr un objetivo práctico unitario y se corresponden a la especie de conexidad contractual, mientras que, las redes de contratos se constituyen mediante una relación horizontal donde los contratos se celebran con cierta simultaneidad en virtud de una comunidad causal y se asimilan a la coligación contractual (pp.118-119), no obstante su planteamiento es aún minoritario.

contratos que conservan su individualidad propia pero que a la vez cumplen una función en el resultado único perseguido por el negocio (Morales, 2002, p. 138).

En las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina (1999), se concluyó que la conexidad es un fenómeno diverso, el cual comprende el estudio de todas las relaciones en las que los contratos son usados como instrumentos para la realización de una operación económica, adicionalmente, se sostuvo:

Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, 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.

Frente a este tema Lorenzetti (2001), ha desarrollado su “teoría sistémica” en la cual, plantea que la teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para resolver las problemáticas que presentan las redes de contratos no puede basarse en el contrato individualmente considerado, sino examinar la novedad que estas presentan, por lo cual, se requiere estudiar dichas problemáticas desde la comprensión del sistema, es decir, desde la perspectiva de la interacción de un grupo de contratos que actúa relacionadamente a través de una finalidad supracontractual, finalidad que justifica el nacimiento y el funcionamiento de una red, de tal forma que el contrato es usado como un instrumento para la realización de negocios (p. 126).

Por último, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

(...) la coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañedoras 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*

origene (en el origen) e *in fine* (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos (CSJ, Civil, 1 Jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

2.1.1. Antecedentes

El *collegamento contrattuale*. La contratación conexa tuvo su desarrollo en la doctrina italiana entre las décadas de 1920 y 1930, bajo la denominación de *collegamento contrattuale*, siendo sus pioneros Nicolo y Giorgianni. Estos manifestaron la relevancia que tiene el fenómeno para el derecho privado. Posteriormente, este concepto se consolidó en la doctrina y jurisprudencia italiana, pese a que persisten algunas discusiones sobre el tema (López, 1994, pp. 22-23).

La doctrina mayoritaria considera que existe *collegamento contrattuale* cuando, con el objetivo de lograr un resultado económico concreto, las partes celebran dos o más contratos diferentes con un nexo jurídico entre ellos, cuyo efecto, se presenta en la posible propagación (unilateral o recíproca) de las vicisitudes de un contrato a los demás contratos vinculados (López, 1994, p. 24).

La jurisprudencia italiana también acogería y aplicaría la contratación conexa, la Corte di Cassazione ha sostenido en diversas sentencias³⁹ que:

Las partes, en el ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida, con un solo acto, a contratos diversos y distintos, que, aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, sin embargo, están coligados entre sí, funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, de modo que

³⁹ En este sentido se encuentran las sentencias de la *Corte di Cassazione* No. 2814 del 18 de octubre de 1960, No. 2174 del 27 de junio de 1968, No. 1358 del 8 de septiembre de 1970, No. 1042 del 28 de marzo de 1975, No. 3057 del 15 de septiembre de 1975, No. 781 del 21 de febrero de 1977, No. 5119 del 24 de noviembre de 1977 y No. 5777 del 14 de junio de 1990 (Citado en López, 1992, p.26).

las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros condicionando su validez y ejecución⁴⁰ (López, 1994, p. 26).

Devoto (2016), resume la corriente doctrinal italiana desarrollada en la idea de “coligamiento negocial” o “contratos coligados”, como la existencia de dos o más contratos autónomos con un nexo de interdependencia, que debe ser objetivamente funcional, es decir, en una relación de dependencia recíproca, y voluntario, pues va encaminado a la causa final predominante de conseguir un resultado económico determinado. La doctrina italiana define como consecuencia jurídica más destacada la incidencia de las vicisitudes de uno de los contratos sobre los restantes (p. 18).

Les groupes de contrats. En Francia, la teoría de la contratación conexa se desarrolló en la década de 1970, bajo la denominación “les groupes de contrats”, siendo el trabajo de Bernard Teyssié el primero sobre el tema (López, 1994, p. 27). No obstante, ya para la década de 1930, Savatier había escrito sobre las excepciones al efecto relativo de los contratos, resaltando en este una noción individualista del derecho de las obligaciones que desconocía las conexiones que se presentan ineludiblemente entre los sujetos de una misma sociedad (Devoto, 2016, p. 15).

Posteriormente, fueron expedidas dos leyes que regularon las operaciones a crédito en materias mobiliaria e inmobiliaria (López, 1994, p. 28), en estas normas se declara la dependencia entre los contratos de venta o prestación de servicios y su financiación a través de

⁴⁰ A su vez, la jurisprudencia italiana ha dispuesto

- Si se resuelve un contrato debe declararse la resolución de otro distinto siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexas e inescindibles desde el punto de vista económico, debido a la unidad del fin perseguido (sentencia de la Corte di Appello di Napoli de 31 de octubre de 1966).
- Aquél que impugna varios negocios jurídicos deduciendo su conexión funcional está legitimado para hacerlo, incluso siendo extraño a uno de ellos, en cuanto que, si existe conexión, existe también legitimación (sentencia de la Corte di Cassazione de 29 de noviembre de 1973, No. 3284).
- En la hipótesis de varios contratos coligados entre sí, es inadmisibile el desistimiento de uno solo cuando con ello se rompa el equilibrio de toda la relación negocial (sentencia de la Corte di Cassazione de 27 de febrero de 1976, No. 2700).
- Cuando se reclama el cumplimiento de un contrato, cabe oponer al actor el incumplimiento del contrato conexo a aquél, si las prestaciones en cuestión son correlativas (sentencia de la Corte di Cassazione de 11 de marzo de 1981, Np. 1389) (López, 1994, pp.26-27).

un crédito. Por una parte, la ley de 1978 en sus artículos 11 y 12 establece que, en determinadas circunstancias, los efectos del préstamo se someten a condición suspensiva de la entrega del bien y en su artículo 12 dispone que, si el contrato financiado se anula o resuelve, da lugar a la anulación o resolución de pleno derecho del contrato de crédito (López, 1994, p. 28).

A partir de 1979, la Cour de Cassation comenzó a construir una postura doctrinaria sobre los “groupes de contrats”, yendo, en algunos casos más allá de los límites del efecto relativo de los contratos. La innovación frente a la postura italiana consiste en la posibilidad de ejercer una acción directa en responsabilidad civil contractual en contra de personas con las que no se ha celebrado un contrato. En este sentido (I) se ha otorgado la acción directa al subadquirente de un bien, en contra del “fabricante y vendedor intermedio”, en virtud de los vicios ocultos presentados por el bien; al dueño de una obra, frente al proveedor de productos de su contratista, cuando estos presentan defectos; en los contratos de leasing, al usuario en contra del vendedor por el incumplimiento en la entrega o los vicios ocultos del bien entregado a la sociedad de leasing y (II) se ha declarado la nulidad o resolución, según el caso, del contrato de leasing cuando se resuelve el contrato de compraventa del bien (López, 1994, pp. 29-30).

En la actualidad, después de las reformas legislativas planteadas en 2016, el Código Civil francés en su artículo 1186 consagró la vinculación contractual en estos términos:

Un contrato válido se vence si uno de sus elementos esenciales desaparece.

Cuando la ejecución de varios contratos es necesaria para la realización de la misma operación y uno de ellos desaparece, caducan los contratos cuya ejecución se hace imposible por esta desaparición y aquellos para los cuales la ejecución del contrato desaparecido fue una condición decisiva del consentimiento de una de las partes.

Sin embargo, la caducidad sólo ocurre si el contratista contra quien se invoca conoce la existencia de la transacción general cuando dio su consentimiento⁴¹.

⁴¹ Article 1186. *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.*

2.1.2. La contratación conexa en otros ordenamientos jurídicos

Tanto la coligación contractual en Italia, como los grupos de contratos en Francia son, inicialmente, las expresiones más recurrentes cuando se piensa en los orígenes de la conexidad contractual. Sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos existen pronunciamientos tanto de la doctrina, de la jurisprudencia como de la ley que hacen pensar en la adopción de la figura.

En España, esta teoría encuentra gran avance y desarrollo doctrinal y jurisprudencial, del cual es posible destacar el reconocimiento de contratos vinculados en los créditos de consumo que estipula la Ley 7 de 1995 del 23 de marzo (Álvarez, 2008), así como también lo propuesto en la doctrina sobre las ventas sucesivas que integran la cadena de producción y distribución de bienes de consumo, y también en otras operaciones financieras como el leasing (López, 1994).

En Argentina, aun cuando la figura tuvo sus inicios como desarrollo jurisprudencial en cuanto a la consagración del derecho del consumo y sus efectos, actualmente el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 hace alusión expresa a la conexidad. Así, en su Capítulo 12 se encuentran los artículos 1073, 1074 y 1075 que, como resultado de diferentes discusiones académicas al respecto, ha intentado establecer cierta generalidad sobre el fenómeno, tratando de incluir la mayor cantidad de planteamientos posibles que determinan y diferencian a la vinculación de otros supuestos contractuales.

En México, aun cuando la doctrina no ha abordado el tema en particular, se ha visto jurisprudencialmente un desarrollo sobre los contratos ‘coaligados’ o conexos, pues existen pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana desde 1929 que

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.

Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721

mencionan a los contratos conexos. Sin embargo, es hasta la sentencia de 7 de agosto de 1957 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de la Nación cuando se trata el tema de la rescisión de los contratos coaligados, teniendo en cuenta que en el registro del Semanario Judicial de la federación aparece registrada como una tesis aislada (Acedo, 2002).

Igualmente, se encuentra mención de los contratos coaligados en las disposiciones procedimentales consagradas en el artículo 1121 del Código de Comercio mexicano, actualizadas con los cambios introducidos por la reforma de 1996. Sin embargo, esto no ha tenido mayor desarrollo legal, y se ha optado por darle el contenido propio que la jurisprudencia ha desarrollado sobre el asunto (Acedo, 2002).

2.1.3. Fuentes de la contratación conexas

La contratación conexas puede surgir de tres situaciones, a saber, (I) la naturaleza o estructura de un negocio jurídico; (II) por autonomía de la voluntad de las partes o (III) en virtud de la Ley.

La primera situación, es decir, por la naturaleza o estructura de un negocio, se presenta cuando para la realización de un único negocio, se celebran una pluralidad de contratos diferentes y alguno de ellos no puede ser desarrollado sino en relación con otro u otros contratos (Frustagli, 1996, p. 46).

Respecto a la autonomía de la voluntad de las partes, se produce la contratación conexas cuando uno o más de los contratantes, en ejercicio de su autonomía contractual, celebran de forma consciente una pluralidad de contratos distintos, vinculados entre sí por una finalidad económica común, que puede ser determinada tácita o expresamente por las partes, sin embargo, “aunque el sistema pueda haber nacido de la voluntad de alguien, se independiza y funciona objetivamente” (Lorenzetti, 2001, p. 135).

Por último, la contratación conexa puede surgir de la ley, debido a que nada le impide al legislador el consagrar un supuesto de pluralidad de contratos diferentes o un contrato en específico como un supuesto de contratación conexa⁴². Como se advirtió anteriormente, la conexidad contractual ha sido integrada como figura jurídica tanto a la legislación francesa como argentina.

2.1.4 Elementos

Como se ha expuesto, la contratación conexa consta de dos elementos, a saber, (I) la pluralidad de contratos diferentes y (II) su vinculación a través de un nexo funcional. Ambos conceptos revisten una gran importancia, puesto que, sólo cuando confluyen es posible afirmar que existe la conexidad contractual.

2.1.4.1. Pluralidad de contratos diferentes

El primer elemento a tener en cuenta para determinar si se está en presencia de la contratación conexa consiste en verificar la presencia de una pluralidad de contratos autónomos, dotados de una propia causa (Morales, 2002, p. 136).

La pluralidad de contratos surge como consecuencia lógica del fenómeno estudiado, esto es, la vinculación entre contratos, puesto que no es posible predicar la existencia de la conexidad contractual sin la concurrencia de al menos dos contratos distintos (López, 1994, p. 397)⁴³, razón por la cual, resulta fundamental identificar correctamente en qué supuestos se está frente a uno o varios contratos.

⁴² Esta postura no es compartida por Álvarez (2008), quien señala:

En sentido estricto deberíamos limitarnos a mencionar sólo las dos primeras fuentes, prescindiendo de la ley, pues esta última más que crear un nexo, lo reconoce, y ello tanto si asume un modo de relación natural entre los contratos, como si asigna efectos jurídicos al vínculo previsto por las partes (pp. 186-187).

⁴³ Al respecto la Corte Suprema de Justicia expuso: En este contexto, la coligación negocial, se descarta, en presencia de un trato único, ya por tratarse de un acto simple, sea por la combinación de elementos de distintos tipos negociales con tipicidad legal o social, ora por su creación ex novo, bien por enlace de los elementos de

La mayor problemática de la pluralidad de contratos frente a esta teoría ha sido determinar de forma concreta en un caso específico si se han celebrado un único contrato o una pluralidad de estos, dificultad que se encuentra enmarcada en la teoría general del contrato.

En primer lugar, para que un contrato exista, debe cumplir con los requisitos en su respectivo ordenamiento jurídico (López, 1994, p. 403). En Colombia, los requisitos para obligarse se encuentran regulados en el Art. 1502 del Código Civil⁴⁴.

Sin embargo, la doctrina ha criticado el referido artículo 1502, señalando que incurre en un defecto técnico, puesto que, por un lado enumera de forma indiscriminada requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos y, por el otro, la lista se encuentra incompleta, puesto que omite requisitos respecto de ciertos actos: uno de existencia, consistente en el cumplimiento de las solemnidades en caso de necesitarse y otro de validez, como la ausencia de lesión enorme (Ospina & Ospina, 2009, p. 83).

Al margen de la discusión sobre la causa, se tiene entonces que los requisitos de existencia de los actos y negocios jurídicos son: (I) la voluntad manifestada, (II) el consentimiento, (III) el objeto y (IV) la forma solemne, lo anterior en virtud de que:

Sin la voluntad manifestada, o sin el consentimiento no hay, por definición, acto jurídico.

Lo propio ocurre cuando falta el objeto, porque también por definición, la voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un objeto jurídico que puede consistir en la creación, o en la modificación, o en la extinción de una o más relaciones de derecho.

contratos típicos con otros originarios (v.gr., los contratos complejos, mixtos y atípicos), donde, estricto sensu, deviene imposible, también por ausencia de pluralidad negocial (CSJ, Civil, 1 Jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

⁴⁴ Código Civil colombiano, art. 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1. Que sea legalmente capaz.
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito.
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes (Ospina & Ospina, 2009, p. 84).

En segundo lugar, no existe un único criterio para determinar si en un caso existe unicidad o pluralidad de contratos, por lo cual, deberán tenerse en cuenta todos los elementos fácticos o jurídicos que resulten relevantes para determinar el número de contratos celebrados⁴⁵ (López, 1994, p. 404). Frente a este tema, la doctrina mayoritaria⁴⁶ se ha decantado por la causa como el elemento jurídico a valorar para dicho fin, postura en la cual, cuando exista una única causa se estará frente a un contrato, mientras que, cuando concurren varias causas autónomas y distintas habrá pluralidad de contratos⁴⁷. Sin embargo, esta postura puede acarrear problemáticas puesto que se encuentra inmersa en una discusión jurídica de mayores proporciones y que aún no ha concluido en la actualidad, como lo es la conceptualización y alcances de la causa como elemento jurídico, por lo cual, será necesario abordarla antes de continuar con la doctrina frente al tema.

La causa. Antes de comenzar con esta discusión, será necesario precisar que tal y como ocurre con los efectos de los contratos y los efectos de las obligaciones, ha de diferenciarse la

⁴⁵ Al respecto López (1992): “Así, por ejemplo, en un supuesto en el que intervengan dos sujetos y uno de ellos tenga a su cargo la realización de varias prestaciones, la existencia de una sola retribución (o contraprestación) es indicio de que se ha celebrado únicamente un contrato. (...) Y, en todo caso, es claro que si en una situación determinada intervienen tres o más contratantes adoptando posiciones distintas, habrá que entender celebrados dos o más convenios” (pp.404-405).

⁴⁶ En este sentido se encuentran Seguí (2001), López (1992), y CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01, pp. 17-18.

⁴⁷ Un ejemplo tomado de LA LUMIA (como se cita en López, 1992) propone: “B, arrendatario de una finca, obtiene un préstamo de A, arrendador, suma que se empleará en realizar mejoras en la misma finca. Y se conviene que la deuda de B y las mejoras se compensen de cierta manera. Se deduce de estos hechos que, si bien las dos relaciones se presentan interferencias, es claro que B quiere por un lado procurarse el goce de la cosa y por otro utilizar el dinero. Concurren dos causas y, por tanto, dos contratos distintos” (p. 400).

causa de la obligación de la causa del contrato⁴⁸, puesto que, al igual que sucede en Francia con el entendimiento a pie de letra del Art. 1108 del *Code Civil*, la causa del contrato es identificada, casi indiscutiblemente con la causa de la obligación, de igual forma que en Colombia con el Art. 1502 (Giorgianni citado en Hinestrosa, 2015, p. 37).

En este mismo sentido se encuentra el artículo 1524 del Código Civil colombiano, el cual, define la causa en los siguientes términos:

Artículo 1524. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

(...).

Dos son los requisitos que debe reunir la causa, a saber, debe ser real y lícita, sobre la primera Alessandri (1976), plantea.

Que la causa sea real quiere decir que exista verdadera y efectivamente, que haya un interés jurídico que induzca a las partes a contratar; la causa no es real cuando no existe, cuando no hay un interés jurídico que sirva de fundamento al contrato. Así en el contrato de arrendamiento la obligación del arrendador es la de proporcionar el goce de la cosa, y por eso se dice que la causa se renueva continuamente; si la cosa se extingue, cesa su obligación; y la obligación del arrendatario se extingue por carecer de causa. Igualmente, si Pedro Paga a Juan un legado que cree le ha dejado su padre, y después resulta que había un testamento posterior en que se revoca el legado, el pago carecería de causa, ya

⁴⁸ “Análogamente a lo que sucede con el objeto de la obligación, acá se contraponen la causa de la obligación y la causa del contrato. Aquella resulta ser la correspondencia mutua de las prestaciones, y esta, el designio común de las partes, que, por lo demás, caracteriza la figura escogida por ellas. La primera, apreciada de manera subjetiva: el móvil-fin determinante; la segunda, de manera objetiva: la función de la figura. Causa de la obligación y causa del contrato, utilizada esta para verificar su licitud” (Hinestrosa, 2015, p. 36).

que el artículo 1467 dice en su inciso tercero que la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa (p. 58).

Por su parte, la causa ilícita, en virtud del precitado artículo 1524 del Código Civil es la que se encuentra prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público, lo anterior, en virtud de la teoría de los móviles antisociales o inmorales significa que cuando los móviles determinantes para la celebración de los actos jurídicos hayan sido antisociales o inmorales, esto es contrario a las buenas costumbres o al orden público, podrán ser atacados por cualquiera que tenga interés en ello⁴⁹ a través de la nulidad absoluta consagrada en el artículo 1741 del Código Civil⁵⁰, por adolecer de causa ilícita (Ospina & Ospina, 2009, p. 278)⁵¹.

Adicionalmente, en la década de los 2000 comenzó a distinguirse en Francia entre la ausencia de causa y la causa falsa, a raíz del fallo de la *Cour de Cassation* en la sentencia de casación del 11 de marzo de 2003, en la que se introdujo el concepto de causa falsa parcial, lo anterior, en el supuesto de una demanda de nulidad de un reconocimiento de deuda por mayor valor del monto real de esta, en el cual, la corte decide no anular, sino reducir el valor proporcionalmente a su monto real, en virtud de que su causa es parcialmente falsa por la falta de equivalencia económica entre la deuda suscrita y la deuda realmente debida. La diferencia entre la ausencia de causa y la causa falsa reside en su uso, mientras en la primera se sanciona

⁴⁹ Artículo 1742. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

⁵⁰ Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

⁵¹ Verbigracia, “los arrendamientos de locales destinados a garitos o prostíbulos, los pactos sobre decoración o abastecimiento de tales comercios, el mutuo para jugar o satisfacer cualquier otro vicio, las donaciones encaminadas a la corrupción del donatario o al establecimiento o continuación del concubinato, la promesa de dar dinero para que se cometa un crimen o un hecho inmoral, etc.” (Ospina & Ospina, 2009, p. 279).

la ausencia de contrapartida, en la segunda se sanciona la falta de equivalencia (Hinestrosa, 2015, p. 81).

En la literatura ha sido amplia la discusión sobre la causa como elemento jurídico, destacándose tres corrientes al respecto, a saber, la tesis causalista clásica, la anticausalista y la neocausalista, las cuales serán expuestas a continuación, para luego continuar con la diferenciación entre unicidad y pluralidad contractual.

Tesis causalista clásica. Durante el proceso de unificación normativo en Francia que culminó con la expedición del *Code Civil*, las posturas de Domat fueron recogidas por Pothier, en su *Traité des Obligations* de 1761, documento al que se ha llegado a calificar como un abstracto del Código de Napoleón de 1804 (Moreno, 2007, p. 159).

Sus posturas frente a la causa fueron sintetizadas por Hinestrosa (2015) de la siguiente forma:

Para Domat existían cuatro clases de convenciones y comercios para el uso de las personas y las cosas, las cuales son cuatro especies de convenciones, a saber, en las que los que contratan (I) dan recíprocamente una cosa por otra, (II) hacen alguna cosa cada uno para el otro, (III) el uno hace y el otro da y (IV) el primero hace o da y el segundo no hace ni da nada. En las tres primeras clases de convenciones se configura un comercio, en el que nada es gratuito, el compromiso del uno es el fundamento del otro y viceversa, mientras que en el último caso, en los mutuos, la obligación de quien prestó viene precedida de parte del otro de lo que debía dar para perfeccionar la convención y en las donaciones, el compromiso de quien da tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo, siendo este motivo la causa de quien recibe y no da nada (Hinestrosa, 2015, p. 48).

Para Pothier, todo compromiso debe tener una causa honesta, divide los contratos en interesados y de beneficencia, en los primeros, la causa del compromiso que contrae una de las partes es aquello que la otra parte da, se compromete a dar o el riesgo que asume; mientras que en los de beneficencia, es causa suficiente del compromiso la liberalidad que una de las partes

quiere ejercitar con la otra; adicionalmente, cuando el compromiso no tiene causa alguna, este tendrá una causa falsa y será nulo tanto el compromiso como el contrato que lo contiene, de igual forma que sucede si la causa hiere la justicia, la buena fe o las buenas costumbres (Hinestrosa, 2015, p. 48).

De esta manera, la causa para estos autores dependía de si el contrato era (I) bilateral o sinalagmático; (II) gratuito o (III) real. En los bilaterales, la causa era la obligación de la otra parte; en los gratuitos, la intención liberal y en los reales la prestación, acotando que Domat diferencia a los contratos entre bilaterales, gratuitos y reales, mientras que, Pothier divide los contratos únicamente en gratuitos o de beneficencia y onerosos o interesados (Moreno, 2007, p. 166).

Frente a esta corriente expone González (1981):

En esta teoría, y para los contratos onerosos, la causa es generalmente un factor de orden económico, radica en el crédito o prestación que aumenta el activo del deudor como contrapartida de la merma patrimonial que experimenta con el nacimiento de su obligación de cada una de las partes es siempre la misma, ella depende exclusivamente de la naturaleza de la operación. Para los contratos gratuitos como no hay contraprestación, la pura liberalidad o beneficencia sirve de causa⁵² (pp. 48-49).

Por último, Tamayo (2008), señaló:

Se refiere la escuela clásica al fin inmediato o causa final. En consecuencia, la causa será idéntica en todos los contratos de un mismo tipo. (...) La causa se convierte entonces en una noción objetiva, como tienen la calidad objetiva cosa y precio. Se presenta así esta

⁵² Del análisis del concepto clásico de causa se realiza la diferenciación entre contratos bilaterales y unilaterales, en los primeros, la causa de la obligación de una parte es la ejecución de la obligación de la contraparte, verbigracia, el contrato de compraventa; mientras que, en los segundos, sólo existe obligación para una parte y la causa de la obligación de ésta radica en la prestación hecha anteriormente por el acreedor, verbigracia, el contrato de mutuo (González, 1981, pp. 48-49).

noción clásica de causa como opuesta a las razones personales del contratante que, como personales, son subjetivas en esencia (p. 297)⁵³.

Concluyendo con la postura del referido requisito, no habría causa en los contratos interesados u onerosos cuando no haya contraprestación y en los gratuitos cuando no exista el espíritu de liberalidad, fenómeno que se confundió con el término causa falsa, cuya diferenciación será abordada posteriormente (Moreno, 2007, p. 162).

Tesis anticausalista. La tesis anticausalista surge como resultado de las diferentes críticas de la doctrina respecto del concepto clásico de causa, acusa a la causa de ser históricamente infundada, resultante de confusiones y omisiones en el análisis de la formación del concepto de contrato, resultando falsa⁵⁴, por mostrar causa y efecto como fenómenos simultáneos; e inútil⁵⁵, por no agregar nada a los elementos básicos del contrato y por el contrario, cometer una confusión entre causa, objeto y consentimiento, reafirmando la posición que plantea que el simple consentimiento justifica el compromiso sin la necesidad de otro fundamento o apoyo (Hinestrosa, 2015, pp. 52-53).

En los contratos bilaterales, la causa es falsa porque las obligaciones resultantes del contrato no pueden servir mutuamente de causa, puesto que, por definición, la causa es anterior al efecto y como fue expuesto anteriormente, los efectos de los contratos son la creación modificación y extinción de obligaciones; por su parte, es inútil, porque se confunde la causa con el objeto,

⁵³ Al respecto este autor ejemplifica “Si en todos los contratos de compraventa, según el ejemplo tomado, el fin inmediato del vendedor es obtener el pago del precio y el fin inmediato del comprador es obtener la transferencia de la cosa, estaremos frente a un móvil abstracto e invariable en este tipo de contrato” (Tamayo, 2008, p. 297).

⁵⁴ González (1981), indicó: es falsa, según ellos, en los contratos bilaterales porque en éstos las obligaciones recíprocas nacen simultáneamente, ninguna de ellas antecede a la otra y no habiendo sucesión en el tiempo la una no puede ser causa de la otra. Es falta, también en los contratos unilaterales porque al decirse que en ellos la causa radica en la prestación hecha anteriormente, se toma como causa de la obligación al hecho generador del contrato mismo. Y que asignarle como causa a los contratos gratuitos la mera liberalidad, es no decir nada, ya que equivale a esta tautología: la liberalidad tiene por causa la liberalidad (p. 49).

⁵⁵ González (1981), apuntó: es inútil el concepto de causa, según los mismos anticausalistas, porque la teoría del objeto de las obligaciones es suficiente para estructurarlas sin necesidad de acudir a la noción equívoca y sutil de la causa, ya que, según ellos, la falta de objeto, o la ilicitud de él es bastante para afectar toda la economía de la operación; que, por tanto, la causa sobra (p. 50).

verbigracia, el contrato de compraventa en el que la cosa y el precio que en la tesis clásica tiene como causa recíprocas, no son sino dos objetos, el objeto de la obligación del comprador y del vendedor respectivamente⁵⁶ (Tamayo, 2008, pp. 300-301).

En los contratos reales⁵⁷, resulta inexacto plantear que la causa de la obligación de restituir se encuentre en la entrega anterior de la cosa, puesto que, si tal entrega no se ha realizado no es que falte la causa o que haya causa falsa, es que no existe contrato (Tamayo, 2008, pp. 300-301), en otras palabras, “en los contratos reales un mismo fenómeno (dación-entrega) sería a la vez el punto culminante en la formación del contrato y su motivo determinante” (Hinestrosa, 2015, pp. 52-53).

Por último, frente a los contratos a título gratuito, la causa como *animus donandi* o designio liberal, sería falsa por carecer de sentido práctico, puesto que resultaría imposible descubrir en ella una intención ilícita o inmoral y por el otro lado, la causa en este tipo de contratos sería inútil por confundirse con el consentimiento⁵⁸ (Tamayo, 2008, pp. 300-301).

Las anteriores críticas resultaron bastante fuertes para la tesis clásica, la cual nunca pudo sobreponerse, a su vez, la corriente anticausalista generó por un lado la eliminación de la causa en los códigos civiles de Israel, Perú, los Países Bajos, Paraguay, Quebec y Brasil, en la Convención de Viena Sobre Compraventa Internacional de Mercancías, en los Principios de la Unidroit, en la propuesta de Código Europeo (Gandolfi), en los Principios de derecho europeo de los contratos (Lando) y en el Draft Common Frame of Reference (Hinestrosa, 2015, pp.

⁵⁶ Tamayo (2008), profundizó: Todo lo cual llevaría a concluir con lógica lo siguiente: si en un contrato falta lo que los causalistas llaman causa (cosa o precio en el ejemplo de la compraventa), lo que falta es el objeto (cosa o precio). Si, en el mismo ejemplo, la cosa vendida es ilícita (bien fuera del comercio), lo que se presenta es el objeto ilícito (pp. 300-301).

⁵⁷ Verbigracia, el contrato de comodato consagrado en el artículo 2200 del código civil, el contrato de depósito en virtud del artículo 2237 del código civil y el contrato de mutuo por mandato del artículo 2222 del código civil.

⁵⁸ Hinestrosa (2015), indicó: (...) en los gratuitos, el mero designio liberal, que se confunde con el consentimiento, es demasiado vago para justificar una atribución patrimonial. Y es que, efectivamente, si no hay reciprocidad de prestaciones, por falta o por insignificancia de una de ellas, no hay contrato de cambio (art. 872 c. Co.), como si no hay dación o entrega no hay contrato real y menos obligación de restituir, y, en fin, si no media ánimo de desprendimiento no es concebible el contrato gratuito (pp. 52-53).

106-107); por el otro lado, dicha postura ocasionó el nacimiento de una nueva teoría que aboga por la relevancia de la causa, denominada la tesis neocausalista.

Tesis neocausalista. Esta tesis, plantea que la teoría de la causa no es falsa ni inútil sino insuficiente, dos de los principales autores de esta nueva corriente son Capitant y Josserand, según el primero, la causa se distingue del objeto, puesto que, no es la obligación de la contraparte, sino la obtención de la ejecución de dicha obligación, al mismo tiempo, para este autor la causa comprende ciertos motivos, esencialmente los que fueron tenidos en cuenta por las partes y entraron en el campo contractual⁵⁹ (Tamayo, 2008, pp. 302-303).

Josserand por su parte, llega más lejos, en la medida que incluye dentro del concepto de causa los móviles personales⁶⁰, de carácter subjetivo, los cuales al ser ilícitos o inmorales anularán el acto jurídico, de lo anterior se desprende que, al ser la causa una razón o móvil individual, subjetivo y de carácter psicológico, variará de un contratante a otro, aún dentro de un mismo tipo contractual (Tamayo, 2008, pp. 302-303).

De esta forma, se distinguen la causa de las obligaciones contractuales, de carácter objetivo, conformada por el fin directo e inmediato que el deudor persigue al obligarse, el cual, es inherente a la naturaleza de cada contrato y por consiguiente, siempre idéntica en todos los contratos de un mismo tipo; de los móviles concretos, de índole subjetivo, que inducen a los interesados a la celebración del contrato, móviles que por principio político imperante en su

⁵⁹ Moreno (2007), Sobre la postura de Capitant ha escrito:

Si bien el fin es a su vez motivo -sostiene Capitant-, quedan fuera aquí los meros motivos no incorporados al acto en cuestión. (...) La relación entre voluntad y hecho exterior -señala Capitant- haría que la causa o el fin sea más que un elemento puramente subjetivo, pasando a revestir un cierto carácter objetivo.

Esto se manifestaría en el nacimiento y en la ejecución del acto. En el nacimiento o perfección la teoría produce sendas consecuencias. Primero: como la causa es parte de la voluntad, el acreedor debe probar no solamente el contrato o el acto en sí, sino que éstos tienen causa y que dicha causa es lícita (...). Segundo: como consecuencia de la teoría de la causa, la obligación sólo será válida si el fin previsto fuera susceptible de ser alcanzado y lícito, no contrario al orden público o las buenas costumbres (pp. 190-191).

⁶⁰ Tamayo (2008), expuso: Los móviles subjetivos del contrato no serán nada distinto de los móviles de cualquier acto humano: podrán ser buenos o malos, morales o inmorales, lícitos o ilícitos, legales o ilegales.

Esta noción de causa del contrato o móvil concreto equivale a la causa impulsiva o determinante (pp. 302-303).

época, deberían quedar entregados a la sola conciencia de los contratantes, prohibiéndose en la tesis clásica la investigación y el control jurisdiccional de ellos, no obstante, en años posteriores los tribunales franceses encontraron en las normas del Código de Napoleón, un medio adecuado para atacar actos jurídicos determinados por poseer móviles contrarios al orden público y a las buenas costumbres, cambiando el concepto de la palabra causa empleada por la ley y adoptando el sentido de móviles determinantes de los actos jurídicos (Ospina & Ospina, 2009, pp. 274-275).

En Colombia, los partidarios del neocausalismo han argumentado que Andrés Bello consagró en lo que hoy es el artículo 1524 del Código Civil, una teoría diferente a la tesis clásica y que coincide con su postura sobre la causa (Ospina & Ospina, 2009, p. 277), lo anterior con fundamento en el segundo apartado del precitado artículo, el cual establece “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

A pesar de lo anterior, resulta extremadamente difícil en la actualidad sostener que la causa es un elemento imprescindible en la estructura técnica del contrato, una clara prueba de ello es la existencia de ordenamientos jurídicos donde se ha prescindido del uso de la causa. Sin embargo, la teoría de la causa se presenta como una figura jurídica útil, para valorar a la vez la equidad y la moralidad del contrato, siendo útiles para este fin tanto el concepto de causa clásico como el neocausalista (Tamayo, 2008, p. 311).

La pluralidad de contratos desde la causa en la conexidad contractual. Al margen de la anterior discusión y luego de resaltar la gran polisemia y dificultades del término causa, se continúa con la problemática de cómo distinguir en un supuesto fáctico si existe o no pluralidad de contratos. Como ya se había mencionado, la postura mayoritaria señala a la causa como el criterio diferenciador, al respecto Seguí (2001), planteó:

Se entiende que existe un contrato si la causa es única, y que hay una pluralidad de contratos si concurren varias causas autónomas y distintas. Concibiendo la causa del contrato como la función económico social que aquél cumple en cada caso. Esta nota característica es lo que distingue a los contratos conexos de los contratos mixtos (p. 191).

Los partidarios de esta postura arguyen que los demás requisitos de los contratos no brindan información que permita diferenciar si existe o no pluralidad contractual. El primer requisito consagrado en el artículo 1502 del Código Civil, es la capacidad⁶¹, esta determina si una persona puede o no contratar (o bajo qué condiciones), por lo que no indicaría el número de contratos celebrados; en segundo lugar, se encuentra el consentimiento libre de vicios⁶², dicho elemento no permite distinguir la pluralidad de contratos puesto que, es posible otorgar un consentimiento genérico para varios acuerdos de voluntades (López, 1994, p.403); en tercer lugar, algo similar sucedería con el objeto lícito, ya que, es posible celebrar contratos diferentes con un mismo objeto⁶³ (López, 1994, p. 403).

Por su parte, la enumeración realizada por la doctrina de los requisitos de existencia de los actos jurídicos tampoco brindaría un elemento que permita determinar de forma concreta el número de contratos en un caso determinado, puesto que, en virtud de lo ya expuesto, la voluntad, el consentimiento y el objeto no permitirían resolver de fondo la cuestión. Por su parte, la forma solemne si bien puede aportar información sobre el número de contratos celebrados, no es viable como elemento diferenciador, puesto que, no todos los contratos se

⁶¹ Artículo 1503 del Código Civil: Presunción de capacidad. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

Artículo 1504 del Código Civil, modificado por el Artículo 57 de la Ley 1996 de 2019: Incapacidad absoluta y relativa. Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

⁶² Artículo 1508 del Código Civil: Vicios del consentimiento. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

⁶³ Por ejemplo, cuando se vende y se transporta una mercancía (López, 1994, p. 403).

encuentran sujetos a formalidades, razón por la cual, a la luz de esta postura, se torna relevante el estudio de la causa como el concepto que permite dilucidar la existencia o no de pluralidad de contratos.

La distinción entre unicidad y pluralidad contractual a través de la causa ha tomado relevancia jurídica, ya que, permite diferenciar a la contratación conexa de otras formas de contratación como los contratos mixtos o complejos, figuras que, por su proximidad pueden resultar difíciles de diferenciar, sin embargo, ha sido argumentado que, en los contratos mixtos o complejos existe un único contrato, mientras que en la contratación conexa se requiere una pluralidad de contratos diferentes (López, 1994, p. 411).

Mosset (citado en Gómez, 2018) propone que los contratos mixtos pueden definirse como “aquellos que, en un solo negocio contractual, mezclan, combinan o entrelazan prestaciones correspondientes a dos contratos típicos” (p. 16), es decir, en ellos se “constituye un único contrato donde se combina internamente ya sea diferentes tipos de contratos o prestaciones particulares de diversos contratos” (Fiduciaria Integral S.A. vs. Luis Eduardo Herrera Pulido, 2005, p. 11).

La jurisprudencia ha realizado una diferenciación entre tres tipos de contratos mixtos, los (I) contratos combinados; (II) contratos mixtos en sentido estricto y (III) contratos de doble tipo.

En los contratos combinados uno de los contratantes contrae varias obligaciones, las cuales corresponden a diversos tipos de contrato y la otra se obliga a una prestación única; por su parte, los contratos mixtos en sentido estricto contienen un elemento que presenta un contrato de otro tipo; por último, los contratos de doble tipo se dan cuando el total contentivo de la convención se subsume en dos tipos distintos de contrato (CSJ, Civil, 24 Mar. 1936, GJ XLIII p. 74).

La clave para diferenciar estas dos formas de contratación se encuentra en la causa de la obligación, ya que, “mientras en el contrato complejo hay una sola causa en los contratos conexos o coligados existen varias” (Gómez Estrada Construcciones S.A. vs. Fiduciaria de Occidente S.A., 2008, p. 39)⁶⁴.

Para finalizar con la postura mayoritaria, la Corte Suprema de Justicia expuso:

Necesario es, por tanto, separar los supuestos de hecho en que el acuerdo de los interesados determina el surgimiento de un sólo negocio jurídico o de varios, conectados o articulados entre sí. Para el efecto, y sin desconocer que han sido diversas las tesis que apuntan a establecer cuál ha de ser el elemento que permita hacer tal diferenciación, es del caso coincidir con el criterio mayoritario, que señala que “La doctrina ha propuesto varias soluciones con razón agrupadas en tres categorías, según que se funden en el elemento subjetivo (voluntad de las partes), o sobre éste integrado con un elemento objetivo (conexión económica de las prestaciones), o sobre un elemento objetivo. Descartadas las dos primeras categorías se debe, en nuestra opinión, entre las tesis reagrupadas en la tercera, decidirse por la que recurre a la causa, más bien que por la que establece el criterio decisivo de la relación entre las diversas prestaciones. La preferencia se encuentra, en nuestra opinión, en la mayor seguridad que existe al basarse en un elemento objetivo como es, al menos para nosotros, la causa, y además en la mayor amplitud del concepto de causa, respecto al de relación entre prestaciones, el cual, por definición, se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema puede ir más allá de éstos. Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que

⁶⁴ Al respecto Morales (2002), ha señalado:

En uno de los escenarios, las diferentes declaraciones de voluntad son mezcladas entre sí, en virtud de celebrar un solo negocio jurídico, escenario donde se presenta un único negocio, complejo o mixto, que se encuentra determinado por la unión del elemento causal. En el otro escenario posible, todas las declaraciones inmersas en la operación son tenidas en cuenta como distintos negocios jurídicos, y por ende se expresa en la misma multiplicidad de contratos inmersos. Es en este último escenario donde se presenta un conjunto de negocios que podrían ser conexos funcional u ocasionalmente (p. 132).

considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixción o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas” (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01, pp. 17-18).

En conclusión, para determinar el número de contratos celebrados en un caso específico, se deberá verificar en primer lugar, que cada contrato cumple con los requisitos de existencia de los contratos en su respectivo ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, el valorar todos los elementos fácticos o jurídicos que permitan contribuir a la solución del caso en concreto, teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria, se ha valido de la causa como el elemento principal para establecer si en un supuesto existe o no pluralidad de contratos⁶⁵.

2.1.4.2. Nexo Funcional

El nexo funcional⁶⁶ es el elemento que vincula a la pluralidad de contratos, en otras palabras, es el interés de los partícipes que actúa como “el cemento que une a los diferentes contratos”

⁶⁵ Al respecto Álvarez (2008), ha considerado:

Por último, no debe descartarse que, aunque la causa sea la principal referencia para decidir la disyuntiva entre la unidad y la pluralidad contractual, puedan considerarse como indicios otros síntomas, a saber: pluralidad de sujetos; pluralidad de prestaciones y sus correlativas contraprestaciones, número de documentos, contextualidad de las declaraciones, etc. Muchas veces estos síntomas prácticamente no pasarán de ser meros aspectos formales de la operación, y por este motivo la mayoría de la doctrina italiana directamente niega su carácter decisivo en la determinación de la unidad y pluralidad contractual. Sin embargo, nos parece oportuno destacar, que, en el plano teórico, por ejemplo, la no coincidencia plena de sujetos (dos partes contratantes y una de ellas vinculada contractualmente con un tercero) hablaría más de diversidad contractual —o pluralidad— que de unidad (pp. 177-178).

⁶⁶ “Según surge de su propia significación, el nexo supone un enlace, una unión, un vínculo entre los contratos. Este vínculo, a su vez, deriva de distintas fuentes, ellas son: de la naturaleza jurídica de los contratos, nexo de índole objetiva —vr. gr. casos de contratos derivados, así el subcontrato—; de la voluntad de las partes, nexo de índole subjetiva o voluntaria —vr. gr. algunos casos de vinculación contractual en el Crédito al Consumo no contemplados según las circunstancias previstas en el art. 15 1. de la LCC—; y la propia ley, —vr. gr. contrato principal y contrato accesorio—. En sentido estricto deberíamos limitarnos a mencionar sólo las dos primeras fuentes, prescindiendo de la ley, pues esta última más que crear un nexo, lo reconoce, y ello tanto si asume un modo de relación natural entre los contratos, como si asigna efectos jurídicos al vínculo previsto por las partes —casos de vinculación contractual en el Crédito al Consumo contemplados en el art. 15 1. de la LCC—.

La distinción de fuentes no excluye la participación de la voluntad de las partes, en cuanto manifestación de autonomía privada. Lo que sucede es que ella —la voluntad— se manifiesta de manera diferente, en uno y otro caso. Así, en la determinación del vínculo por razón de la naturaleza jurídica de los negocios, las partes se limitan a elegir los instrumentos negociales. En cambio, en el otro caso, la autonomía privada crea directamente un nexo entre contratos con sujetos, objeto y causa propia, que podrían tener vida totalmente independiente en el tráfico jurídico, si las partes no hubieran decidido ligarlos para satisfacer sus intereses” (Álvarez, 2008, pp. 187-188).

(Lorenzetti, 2001, p. 135), o “el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta” (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01, p. 18), el cual, puede verificarse jurídicamente en el consentimiento; el objeto; las bases del negocio o la causa objetiva o subjetiva del contrato (Esborraz, 2012, p. 142).

Sobre el referido elemento de la conexidad contractual Frustagli (1996), planteó que los elementos a considerar para advertir la conexidad contractual son la presencia de una pluralidad de convenios formalmente independientes y la existencia de una comunidad de causa fin entre los diferentes contratos, la cual, puede verificarse a través de un propósito o finalidad común perseguido por las partes; o en la naturaleza de uno o más contratos celebrados, cuya existencia no es posible concebir sino en relación con otro u otros contratos (p. 46).

De lo expuesto se desprende que la vinculación entre contratos puede tener dos fuentes, a saber, (I) en virtud de la naturaleza de los contratos celebrados y (II) a través de una finalidad económica común o finalidad supracontractual.

En este sentido López (1992), propuso:

La conexión ha de ser funcional, esto es, ha de estar referida, como ya se ha dicho, a la propia naturaleza de uno o ambos contratos o bien a la disposición de intereses configurada por las partes. Ello supone que se excluyen de la categoría que estudiamos:

- La conexión “ocasional”, en terminología italiana, que se produce como consecuencia de constar dos o más convenios en un sólo documento o en virtud de circunstancias de naturaleza económica escasamente significativas y ajenas a la función propia de los contratos en cuestión. (...)

- La conexión entre contratos que sólo opera en la fase de formación de los mismos, es decir, la llamada conexión genética que existe entre el precontrato y el contrato definitivo también queda por fuera del fenómeno que nos ocupa (pp. 392-393).

De esta forma, la conexidad en virtud de la naturaleza de los contratos celebrados consiste en que estos no pueden ser considerados absolutamente independientes desde el punto de vista jurídico, bien porque alguno de los contratos no puede ser concebido sino en relación con otro (Frustagli, 1996, p. 46) o porque la estructura del negocio así lo determina (López, 1994, p. 406). En estos casos, los partícipes manifiestan su voluntad limitándose a elegir los instrumentos negociales.

La segunda fuente de la vinculación entre contratos se genera a través de una finalidad económica común, frente a esta Devoto, (2016), expuso:

Es determinante que el nexo existente entre los contratos resulte jurídicamente relevante. Ello dado que la conexidad contractual, lógicamente no va a estar determinada exclusivamente por el hecho de que uno de los contratos sea causa/motivo determinante de la celebración de otro. Es allí, donde la finalidad económica común o supracontractual (de carácter preexistente) aparece como requisito preponderante para determinar la relevancia jurídica (p. 29).

Por su parte Lorenzetti (2001), describió este elemento de la siguiente forma:

En la conexidad hay un interés asociativo que se satisface por medio de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son partes de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral, pero dentro del sistema o red contractual. Ello significa que hay una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no sólo un contrato⁶⁷ (p. 134).

⁶⁷ En época posterior Lorenzetti (2003), postularía:

Las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración entre las partes que la integran. El elemento unificador es la conexidad, que debemos diferenciar claramente de la integración total o parcial, de naturaleza societaria. La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistemática, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones.

Para Seguí (2001), se presenta una finalidad económica supracontractual cuando existe una finalidad económica que trasciende la individualidad de cada contrato, la cual se satisface en su conjunto, dicho elemento conforma la razón de ser de la vinculación de varios contratos en un sistema, siendo el interés en el funcionamiento de dicho sistema lo que mantiene unidos a los contratos, de forma tal que si se desequilibra la finalidad supracontractual, no se afecta un solo contrato sino todo el sistema; vinculando la causa en estos supuestos a personas que son parte de distintos contratos, ubicándose dicho ligamen dentro del sistema o red contractual, pero fuera del vínculo bilateral de las obligaciones contractuales (pp. 191-192).

De esta forma, la vinculación a través de una finalidad económica común se genera con ocasión a la voluntad de los partícipes del negocio, los cuales, crean un nexo entre contratos con sujetos, objetos y finalidad propia, los cuales podrían ser completamente autónomos e independientes, si los partícipes del negocio no hubiesen decidido ligarlos para satisfacer sus intereses (Álvarez, 2008, p. 188).

Frente a este elemento de la contratación conexa, la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha expuesto:

En análogo sentido, la simple pluralidad de negocios tampoco determina per se la confluencia negocial. 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) (...) (CSJ, Civil, 1 jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

Por último, el nexo funcional además de funcionar como el vínculo entre los diferentes contratos permite diferenciar a la contratación conexa de otras formas contractuales similares

Asimismo, da origen a obligaciones sistemáticas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta, y, además, deberes referidos al sistema que integran (p. 43).

como lo son las uniones de contratos, las cuales, consisten en “varios tipos de contrato que se combinan por voluntad de las partes”⁶⁸ (CSJ, Civil, 24 Mar. 1936, GJ XLIII, p. 73).

2.1.5. Efectos de la contratación conexa

Entrando al estudio general de los efectos de la contratación conexa, es necesario resaltar que su determinación y alcance no ha resultado ser un tema sencillo, pues como se ha referido anteriormente, la conexidad contractual se ha desarrollado de forma asistemática en los diferentes ordenamientos jurídicos (Devoto, 2016, p. 43).

Adicionalmente, la diversidad y heterogeneidad de los supuestos donde se presenta la contratación conexa hace que el análisis de sus efectos de forma general sea una difícil tarea, pues dichos efectos pueden admitir una diversidad de supuestos, y en cada caso pueden ocurrir particularidades que condicionen en un sentido u otro con la relevancia jurídica de la conexión (López, 1994, p. 420).

A pesar de lo anterior, se han recogido de la doctrina lo que podrían ser tres de los efectos generales de la contratación conexa⁶⁹ y un efecto de la contratación conexa frente al efecto relativo de los contratos: (I) la ampliación de las normas de interpretación de los contratos (II) la propagación de las vicisitudes de uno de los contratos, en los restantes dentro de un negocio

⁶⁸ Las uniones de contratos han sido divididas en tres, (I) la unión simplemente externa, esta surge cuando los contratos se unen en su forma externa, en el acto de su conclusión; (II) la unión de contratos en sentido estricto, la cual, se configura cuando dos o más contratos completos, unidos exteriormente son admitidos como un todo, lo anterior, en virtud de que la voluntad de la partes ha colocado a los contratos en situación de recíproca dependencia, o de manera que uno de los contratos dependa de otro y no al contrario y (III) la unión de contratos alternativa, esta variante se genera cuando, por la voluntad de las partes los contratos se unen alternativamente, de tal manera que la existencia de uno de ellos dependa de que se cumpla o no determinada condición (CSJ, Civil, 24 Mar. 1936, GJ XLIII p. 73-74).

De esta manera, en las uniones de contratos, el vínculo contractual se basa en la voluntad de las partes, las cuales, en un acto de conclusión, combinan varios tipos de contratos, a diferencia de la contratación conexa, en la que el vínculo contractual consiste en la naturaleza o estructura o la existencia de una finalidad económico-social, que trasciende la individualidad de cada contrato y constituye la razón de ser de su unión, interés que puede surgir de la voluntad de alguna de las partes o no y que no tiene como requisito el haber sido concluido en un mismo acto como sí sucede con las uniones de contratos.

⁶⁹ Cfr. Devoto, 2016; Esborraz, 2012.

único; (III) la extensión de la responsabilidad civil contractual más allá de un único contrato. En cuanto al efecto relativo de los contratos: (I) la redefinición del concepto de parte y tercero dentro de una unidad negocial.

2.1.5.1. Ampliación de las normas de interpretación de los contratos

Antes de abordar este efecto, es importante señalar que los criterios de interpretación de los contratos se encuentran regulados por el código civil y/o mercantil de cada ordenamiento jurídico⁷⁰ (Devoto, 2016, p. 46); en algunos de los cuales predomina una marcada tradición francesa, como es el caso del Código Civil colombiano. Es por esto, que el sistema de interpretación de los actos y negocios adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano se erige bajo el efecto relativo de los contratos, derivado de la autonomía de la voluntad.

Igualmente, se ha observado que las normas de interpretación de los contratos, como se han entendido tradicionalmente, no fueron concebidas para la interpretación de un contrato a través de otro contrato vinculado con el primero (Madrid, 2006. p.335). Dichas normas de interpretación de los negocios fueron concebidas tomando al contrato como una figura aislada que solo acepta una interpretación contextual (Esborraz, 2012).

La interpretación de un contrato está orientada a establecer la voluntad común de los contratantes. Ha sido aceptado que la referida voluntad pueda encontrarse en un contrato distinto del interpretado y celebrado por los mismos sujetos jurídicos⁷¹ (López, 1994, p.465), por lo que es posible que se use la información de un contrato para interpretar otro. Sin embargo, esta postura encuentra un límite de aplicación, pues sólo sería posible en los contratos

⁷⁰ En Colombia, las normas de interpretación de los contratos se encuentran reguladas en el Libro Cuarto, Título XIII del Código Civil, en el que, conocida claramente la intención de las partes, primará este criterio por encima de la literalidad de las palabras.

⁷¹ Cabe destacar, que el párrafo segundo del artículo 1622 del Código Civil colombiano, consagra la posibilidad de interpretar un contrato a través de otro, sin embargo, establece que para hacer esto, los contratos deben haber sido celebrados entre las mismas partes y sobre la misma materia.

celebrados por las mismas partes y sobre el mismo objeto (Seguí, 2001; Esborraz, 2012 y Devoto, 2016).

Dado a lo anterior, se ha planteado que no existen razones, siempre que el objetivo lo requiera, para desdeñar la información que pueda aportar otro contrato conexo o el conjunto de contratos vinculados (López, 1994, p. 463). Para este fin, debe aplicarse una nueva interpretación de los contratos, que se traduce en el deber de ser interpretados unos contratos por medio de los otros en función del grupo de contratos, su función económica y su finalidad supracontractual. A esta nueva forma de interpretación también se le ha denominado *interpretación sistemática de los contratos*⁷² (Esborraz, 2012).

Lo anterior tiene como fundamento la existencia de un interés de los contratantes en el funcionamiento del sistema, el cual, se erige como un presupuesto necesario para lograr la consecución del propósito global común. El referido interés sistemático, es de carácter objetivo e independiente de los intereses individuales y subjetivos de las partes que le dieron vida a los contratos (Lorenzetti, 2001, p. 135). Por tal motivo, los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen, pues puede brindar respuestas jurídicas más justas (Devoto, 2016, p. 46).

En Colombia el artículo 1618 del Código Civil, establece que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, razón por la cual, no habría motivos para rechazar la información que proporcione otro contrato vinculado o el conjunto formado por los contratos celebrados (Madrid, 2006, p. 335). Acotando que, si

⁷² En Argentina este tema fue regulado a partir de la Ley 26.994 de 2014 o Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dispone:

Artículo 1074: 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.

ya se conoce claramente la voluntad de las partes, no sería necesario entrar a realizar este tipo de interpretación⁷³.

Esta posibilidad de interpretación sistemática de los contratos que han sido celebrados por partes distintas y que se encuentren en conexión, supone entonces una nueva forma de interpretación de los negocios. Debido a esto la conexidad resulta ser un elemento importante para la interpretación en los grupos de contratos, en el sentido que al existir una finalidad supracontractual que inspiró su celebración, esta debe guiar su interpretación (Lorenzetti, 2001, p. 133).

2.1.5.2. La propagación de las vicisitudes de uno de los contratos, en los restantes dentro de un negocio único

El siguiente efecto es considerado por parte de la doctrina como el “efecto capital de la conexidad contractual” (Devoto, 2016, p. 43). Se trata de la repercusión o propagación de las vicisitudes, también conocido como extensión de la “ineficacia”⁷⁴ (Madrid, 2006, p. 335) o “contagio de las patologías” (Esborraz, 2012, p. 150) de un contrato a los demás contratos vinculados.

⁷³ Al respecto González (1981), señaló:

“Las partes al emitir las respectivas declaraciones que integran la convención, no siempre son lo suficientemente claras, explícitas y precisas, y de aquí resulta que después ocurre discrepancia entre ellas respecto de las cláusulas del contrato y consecuentemente, sobre las obligaciones en sí mismas, o sobre su alcance o extensión, o sobre la manera y oportunidad de ejecutarlas. Si los contratantes no logran ponerse de acuerdo en tales diferencias, tienen que acudir al juez para que él fije el sentido de los pasajes oscuros, contradictorios, anfíbológicos o deficientes. En esto (sic) consiste la interpretación de los contratos.

La Ley, con el fin de dirigir e ilustrar el criterio del juez para tales ocurrencias, ha dictado algunas normas que le sirven de pauta o derrotero al actuar como intérprete de la voluntad de las partes manifestadas defectuosamente. Sobre el particular, tanto en el Código Francés, como en el colombiano (sic), rige un criterio subjetivo, que impone al juez la obligación de explorar la intención de las partes y dar primacía al querer interno sobre la declaración o manifestación externa. Así lo preceptúa el artículo 1618 del C. C.” (p. 74).

⁷⁴ Cabe aclarar que cuando se habla de la “ineficacia” se está haciendo referencia a “aquella categoría genérica en la que el contrato no produce los efectos que le son propios” (Barboza & Miranda, 2012, p. 216).

Consiste en la posibilidad de que las vicisitudes de uno de los contratos se extiendan influyendo en la vida de los restantes (Frustagli, 1996, p. 47). En este sentido, Devoto (2016) afirma que este efecto “implica la posibilidad de anular los efectos de uno o más de los contratos conexos, si en otro de ellos existe una causal de ineficacia, invalidez, resolución y/o incumplimiento” (p. 43), pues las situaciones de conexidad contractual establecen una interdependencia en los contratos tan notoria, que la patología de alguno de estos puede determinar, directa o indirectamente, la patología del otro (Morales, 2002, p. 136), siempre y cuando se frustre o se haga imposible alcanzar la finalidad supracontractual que actúa como el propósito que vincula a todos los contratos conexos (López, 1994, p. 433).

Doctrinariamente se han establecido dos tipos de dependencia que pueden presentarse entre contratos, a saber, dependencia unilateral y recíproca⁷⁵. La primera se presenta cuando un contrato depende de otro, pero este no depende de aquél, de forma tal que en estos supuestos se presenta un contrato dependiente y uno independiente (Barbosa & Miranda, 2012, pp. 216-217). En este escenario la propagación de la ineficacia o de las vicisitudes a los contratos vinculados se resuelve de manera sencilla, pues los efectos jurídicos que puedan propagarse del contrato principal arrastrarán a los contratos derivados o accesorios a este, y una vez desaparezca el contrato principal, todos los que de éste dependían podrán declararse nulos (López, 1994, p. 432). Sin embargo, hay que aclarar que no funciona de igual forma a la inversa (Lorenzetti, 2001, p. 175), pues la ineficacia o alguna otra vicisitud que se presente en uno de los contratos derivados, no se propagará al contrato base.

⁷⁵ Sobre el tema Lorenzetti (2001), expuso:

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”. (...) Esta conexión entre contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de un principal), recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica). Siguiendo con la tesis de Galgano, se indica que la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (Invalidez, resolución) pueden repercutir sobre otro (p. 125).

Ha de aclararse que en Colombia este tipo de dependencia unilateral se encuentra regulada en el artículo 1499 del Código Civil⁷⁶, recibiendo la clasificación de contratos principales y accesorios, por lo cual, dichos casos no serían considerados en principio como supuestos de conexidad contractual, razón por la que podría plantearse que, en el ordenamiento jurídico colombiano el fenómeno de la contratación conexa requiere de una pluralidad de contratos autónomos⁷⁷ para configurarse, dejando fuera de la definición los casos de dependencia unilateral ya regulados por el Código Civil.

Frente a la autonomía, ha sido sostenido que en la conexidad contractual se mantienen unidos los contratos, pero estos conservan su autonomía (Lorenzetti, 1998, p. 222) pues existe una finalidad supracontractual que hace que una serie de contratos individuales funcionen como un sistema (Devoto, 2016, p. 73). Algunos doctrinantes han matizado el referido planteamiento, aduciendo que los contratos conservan su individualidad, pero pierden algo de autonomía como consecuencia del vínculo entre contratos, el cual, de algún modo los compromete entre sí (Álvarez, 2008, pp. 184-185).

Una segunda forma de dependencia entre los contratos ha sido referida como dependencia recíproca, este es el caso más común en el que se manifiesta la conexidad contractual, pues se presenta cuando dos o más contratos se hacen interdependientes sin distinguir un contrato

⁷⁶ Código Civil colombiano, art. 1499. 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.

⁷⁷ Ha de aclararse que no existe en principio una única definición de contrato autónomo, a pesar de que el Código Civil Argentino establece en su artículo 1073: “Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida”.

En primer lugar, el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (2019) define autónomo como algo “que tiene autonomía” y por autonomía en su segunda acepción se entiende “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”, de forma tal que, un contrato autónomo sería un contrato que tiene una condición en la cual, para ciertas cosas, no depende de nadie, en este caso de otros contratos, lo anterior, dista de los supuestos de los contratos principales y accesorios, donde el contrato accesorio depende completamente del primero.

Al respecto Álvarez (2008), ha desarrollado:

Nosotros los llamamos así —autónomos— para poner de relieve que, en estos casos, la voluntad de las partes crea un vínculo entre contratos que, fuera de la situación de ensamblaje, podrían tener una vida totalmente independiente; esto es: sin depender, ni estar subordinada su existencia y cumplimiento a otro contrato (p. 249).

principal entre ellos, es decir, cada uno de los contratos necesita de los otros, por lo que existe una dependencia mutua entre ellos, (Barbosa & Miranda, 2012, p. 217). Cuando se intenta resolver la problemática en el supuesto de dependencia recíproca entre los contratos, se observa que no existe una regla general para determinar la propagación de la ineficacia o vicisitud de un contrato a los demás, lo anterior en virtud de que, en parte se trata de una cuestión valorativa, en el que pueden pesar las particularidades de cada caso (López, 1994, p. 432), al respecto han sido formuladas varias teorías.

Una primera postura, se basa en el brocardo “simul stabunt, simul cadent”⁷⁸, la cual, se justifica en “la unidad comercial que persigue un interés global” (Esborraz, 2012, p. 151). Schizzerotto (como se cita en Álvarez, 2008), fue de los pioneros en reformular el significado de dicha expresión, considerando que “si el fin individual práctico querido por las partes, supone la coexistencia de varios negocios jurídicos, luego, la invalidez, la resolución o rescisión de alguno de éstos (...) hacen imposible alcanzar el fin” (p. 326). Bajo esta tesis, cualquier ineficacia presentada por un contrato se irradiará a los demás, en virtud de que la invalidez, resolución o rescisión de uno de estos tornaría imposible alcanzar la finalidad supracontractual del negocio único perseguido.

La anterior postura ha sido criticada en virtud de que, la ineficacia de un contrato no implica necesariamente la ineficacia del resto de contratos vinculados, puesto que, sostener que la propagación de las vicisitudes se produce *ipso iure*, carece de rigor (López, 1994, p. 425), adicionalmente, el adoptar esta postura atentaría contra la eficacia de los grupos de contratos, pues cualquier ineficacia presentada por uno de los contratos conexos, por más irrelevante que fuera conllevaría la ineficacia de todo el conjunto de contratos.

⁷⁸ Juntos están en pie, juntos caen (Esborraz, 2012, p. 151).

Una segunda teoría propone una solución acudiendo a la teoría de la causa, pues “el motivo por el que una vicisitud de un contrato afecte a otro es la falta de causa” (Álvarez, 2008, pp. 329), entendiendo que, “además de tener cada contrato su causa individual (...) hay que referir dicho elemento al resultado o finalidad común que persiguen los dos o más contratos celebrados” (López, 1994, p. 433). La doctrina defensora de esta propuesta toma la causa de los contratos en analogía con la causa de la obligación, algo muy común en ordenamientos jurídicos que han tenido algún antecedente de las teorías causalistas del negocio jurídico como ya se expuso anteriormente. En efecto Álvarez (2008), sobre esta postura propone:

La Causa de la Obligación, la causa que justifica ese sacrificio patrimonial, concreto, particular de cada parte contratante, en el contexto de la agrupación, puede estar formada por la contraprestación correspectiva de su cocontratante inmediato, y también por la de otra parte contratante —miembro de otra relación contractual— no directamente vinculada a la primera, pero cuya prestación constituye un presupuesto necesario para cumplir la finalidad particular del contrato en cuestión. De esta manera, la presuposición de los demás contratos, la finalidad global o común —puesto que todos de alguna manera sufren ese recíproco condicionamiento— hace que la eficacia de los 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 (p. 328).

En este sentido, la finalidad económica común o global de los contratos se constituye como parte de la causa de cada uno de los contratos agrupados (Álvarez, 2008, p. 328), no en el sentido de ser iguales e idénticas en su contenido, sino suponiendo que la causa de cada contrato agrupado, aun cuando es particular y distinta, no puede desconocer que su finalidad también es la consecución de ese interés supracontractual, por lo cual, cuando se frustra la consecución de la finalidad global, todos los contratos se afectan y se tornan ineficaces.

Hay que entender que para Álvarez (2008), la propagación de efectos jurídicos de un contrato a los demás vinculados al negocio se soporta en tres premisas. En primer lugar, las partes establecen una finalidad económica global o común, la cual se obtiene tras alcanzar la finalidad propia de cada contrato; sin olvidar que dicha finalidad económica global o común se integra a la finalidad propia de cada contrato. En segundo lugar, dicha finalidad global o común se identifica con la concurrencia de una pluralidad de contratos eficaces y autónomos. Por último, resulta imposible cumplir la causa de los contratos agrupados si la finalidad económica común se ve afectada al presentarse alguna vicisitud en alguno de los contratos de la pluralidad (p. 329).

En otras palabras, además de que cada contrato tiene una causa propia, esta alude a su vez a un resultado común perseguido por el conjunto de contratos celebrados, de tal forma que la ineficacia de un contrato se extiende a otros contratos vinculados si, tras la desaparición del primer contrato, el segundo pierde su razón de ser y se torna inalcanzable el propósito común que los vinculaba (López, 1994, p. 433)⁷⁹.

Esta postura, si bien se encuentra correctamente argumentada, conlleva la misma problemática expuesta anteriormente en el acápite de nexo funcional y es que, la causa no puede ser tomada como un elemento imprescindible del contrato como consecuencia de las fuertes

⁷⁹ En similar postura, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

La causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio. Esta última, de un lado, 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 sustantiva. Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, per se, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01, p. 18).

críticas anticausalistas, por lo que, esta tesis se torna inaplicable en un ordenamiento jurídico donde la causa no se encuentre reconocida jurídicamente.

También se encuentra la postura que busca aplicar en estos casos la regla de la ineficacia parcial⁸⁰, según la cual, no toda ineficacia que se presente conlleva necesariamente la ineficacia del todo; bajo esta tesis, la ineficacia de un contrato sólo genera la ineficacia del conjunto cuando el resultado práctico perseguido en el negocio único no puede alcanzarse sin el contrato afectado (Barbosa & Miranda, 2012, p. 217). En el ordenamiento jurídico colombiano esta postura tendría como fundamento el artículo 902 del Código de Comercio⁸¹, por lo cual, las vicisitudes de un contrato no se extenderían al cúmulo de contratos mientras no afecten la utilidad del negocio, en otras palabras, siempre y cuando el negocio único continúe proporcionando los efectos prácticos perseguidos con su celebración, las patologías de uno o más contratos no se extenderán al grupo de contratos.

Otra forma de ver esta última postura plantea que la ineficacia o vicisitudes presentadas en uno de los contratos puede propagarse a los demás contratos vinculados en un negocio único como consecuencia de la “conexidad relevante” (Segui, 2001, p. 196). la referida conexidad relevante se presenta cuando el nexo que une a los contratos es de tales características que la finalidad económica común perseguida por el conjunto de contratos sólo puede lograrse si todos estos producen plenamente sus efectos, siendo en este escenario donde la invalidez de uno de los negocios coligados implica la ineficacia de los otros (Devoto, 2016, p. 44)⁸².

⁸⁰ El término ineficacia parcial puede ser asimilado en ordenamientos jurídicos como el peruano y el colombiano al concepto de nulidad parcial consagrado en el artículo 224 del Código Civil Peruano (Barbosa & Miranda, 2012, p. 217) y el artículo 902 del Código de Comercio Colombiano.

⁸¹ Artículo 902. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.

⁸² Para establecer la existencia de la referida conexidad relevante entre todos los contratos vinculados, se requerirá entonces de la existencia de una dependencia funcional entre estos, pues de esta forma se “determina la existencia de interrelación de las vicisitudes de un contrato a otro sobre el plano de los efectos jurídicos” (Morales, 2002, p. 136), por lo cual, no en todos los casos que se presente la conexidad habrá conexidad relevante.

Pese a lo anterior, la propagación de las patologías de un contrato no puede darse de forma automática en virtud de la conexión de los contratos y se daría únicamente cuando las vicisitudes de uno o un número determinado de contratos torne imposible o notoriamente inconveniente la continuación (Artiza, 1997, pp. 26-27) del negocio único.

Esta última postura se encuentra más acorde con el ordenamiento jurídico colombiano, pues la discusión de la ineficacia de un contrato o alguna de sus cláusulas en el derecho civil y comercial nacional tiene su fundamento principalmente en las causales de nulidad, bien sea absoluta o relativa. En este sentido, el efecto relativo de los contratos consagrado en el artículo 1602 del Código Civil no debería entenderse solo frente al nacimiento de las obligaciones causadas en un contrato, sino a la declaratoria de nulidad de estos. Además, teniendo en cuenta que los artículos 902 y 903 del Código de Comercio establecen que la nulidad parcial de un negocio jurídico o de algunas de sus cláusulas sólo afectará a todo el negocio si se encuentra que las partes no lo habrían celebrado sin esa parte viciada, y que en los contratos plurilaterales, cuando las prestaciones se encaminan a la obtención de un fin común, la nulidad que afecta uno de los vínculos solo se extenderá a todo el negocio jurídico si esa parte viciada resulta esencial para el fin previsto, se abre la posibilidad de aplicar estos supuestos del régimen de las nulidades a los contratos conexos, pues se podría entender que la nulidad que afecte a uno de los negocios jurídicos sólo afectará al sistema negocial complejo en la medida que se observe objetivamente frustrada la finalidad o causa supracontractual (Zapata, 2019, p. 110).

De lo expuesto puede concluirse que, en los supuestos de conexidad contractual en los que se presente dependencia recíproca, la propagación de las vicisitudes de uno de los contratos, sólo se extenderá a otro vinculado, si como consecuencia de la declaración de ineficacia de un contrato, se torna inalcanzable la finalidad económica común que vinculaba los contratos, de

forma tal que los contratos restantes pierden su razón de ser (López, 1994, p. 433), propagándose la ineficacia de un contrato al conjunto de éstos (Madrid, 2006, p. 335).

2.1.5.3. Extensión de las acciones civiles contractuales más allá de un único contrato

Por último, se encuentra la expansión de la responsabilidad civil más allá de un solo contrato, el cual, consiste en la posibilidad de incoar la acción en responsabilidad civil contractual contra una persona que en sentido estricto no tiene el carácter de parte en un contrato, pero que tiene una participación en el negocio único (Devoto, 2016, pp. 49-50). En otras palabras, busca otorgar a los partícipes dentro del grupo de contratos que componen el negocio “acciones orientadas a poner en contacto a sujetos no vinculados contractualmente entre sí” (López, 1994, p. 453).

La referida extensión de responsabilidad ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia de dos formas, a saber, (I) el otorgamiento de la acción directa en responsabilidad y (II) el principio de buena fe y los deberes secundarios de conducta.

La postura más abarcada en la literatura ha sido el otorgamiento de la acción directa en responsabilidad a los partícipes del negocio único, para reclamar de alguien con el cual no han celebrado un contrato, la prestación debida o la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato que el último sí celebró (Devoto, 2016, p. 49). Siguiendo esta postura doctrinal, la acción directa concede a su titular la facultad de dirigir contra el deudor contractual de alguno de sus deudores las acciones de carácter contractual que podría ejercer contra su deudor inmediato, reclamando, la prestación debida o la responsabilidad derivada del incumplimiento (López, 1994, p. 453).

La mencionada postura fue sostenida en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina (1999), en los siguientes términos:

La conexidad dentro de un negocio único constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato y posibilita la oponibilidad a los terceros, otorgando acciones directas, aún en ausencia de previsión expresa (p. 10).

La segunda postura frente la extensión de la responsabilidad civil contractual como efecto de la contratación conexa, se da a través del principio de buena fe y la existencia de deberes secundarios de conducta. Al respecto Lorenzetti (2001), ha planteado:

La referida conexidad es un componente que fundamenta la existencia de elementos propios de la red como la causa sistémica, la finalidad supracontractual y la reciprocidad sistemática de las obligaciones. Asimismo, da origen a obligaciones sistémicas, de modo que las partes tienen entre sí obligaciones principales, accesorias y deberes secundarios de conducta y, además, deberes referidos al sistema que integran. (p. 127).

Partiendo del principio de buena fe, se ha planteado que en la contratación conexa existe un principio de coordinación⁸³, el cual, obliga a todos los integrantes de una red contractual a

⁸³ Frente al principio de coordinación Lorenzetti (2001), ha planteado:

“Como derivación de la existencia de un interés para el cual colabora un grupo de contratantes, surge otro principio que es el de la coordinación.

Quien concurre a una clínica y recibe una oferta para ser intervenido quirúrgicamente, supone que el cirujano actúa coordinadamente con el anestesista, con la enfermera y la instrumentista, con el bioquímico y el radiólogo. Aunque no se lo pacte de esa manera, ello está implícito, puesto que no es posible pensar que alguien se someta a la actuación de un grupo de individuos que actúa caóticamente y sin un orden interno.

Quien integra una red de distribución, supone lo mismo, de modo tal que ningún integrante de la red interferirá en su zona, o quien la constituyó no tomará medidas que conduzcan al exterminio de la red. La jurisprudencia ha tenido ocasión de poner de relieve este aspecto con frecuencia: por ejemplo, con relación a los contratos de concesión se ha señalado que se está ante un contrato normativo de coordinación.

El principio de la coordinación que se deriva de la existencia conexa de contratos en torno a un interés sistemático causa la existencia de obligaciones o, deberes secundarios de conducta, que se adosan a contratos que conviven entre sí de modo sistemático” (p. 136).

colaborar en el funcionamiento del sistema, de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento de este (Lorenzetti, 2001, p. 136).

Se puede decir entonces, que el principio de coordinación derivado de la existencia de contratos conexos o vinculados es la causa de la existencia de las obligaciones sistemáticas o deberes secundarios de conducta. Cabe resaltar que “(...) no se trata de contratos de coordinación, sino de obligaciones o, deberes secundarios de conducta, que se adosan a contratos que conviven entre sí de modo sistemático” (Lorenzetti, 2001, p. 136).

En Colombia, la extensión de la responsabilidad civil contractual más allá de un único contrato se fundamenta en el principio de ejecución de los contratos de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución⁸⁴, el artículo 1603 del Código Civil⁸⁵ y el 871 del Código de Comercio⁸⁶, los cuales, establecen que los contratos no sólo obligan a lo que se ha pactado de forma expresa en ellos, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, la ley, y en el caso particular del Código de Comercio, la costumbre o la equidad natural.

Derivado del principio de ejecución de los contratos de buena fe, la doctrina y jurisprudencia han venido reconociendo una serie de deberes, denominados “deberes secundarios de conducta”, los cuales, consisten en obligaciones surgidas de algunas circunstancias provenientes de la naturaleza misma del negocio, de acuerdo con el fin perseguido por los estipulantes, verbigracia, los deberes de seguridad, de cooperación así como de no hacer más

⁸⁴ Art. 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

⁸⁵ Art. 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁸⁶ Art. 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

onerosa o complicada la satisfacción de los resultados pretendidos (CSJ, Civil, 11 Nov. 2016, 16496, p. 39).

En el caso de la contratación conexas en Colombia, los deberes secundarios de conducta reconocidos son: (I) celebrar de forma coordinada la totalidad de los contratos que se requieren para la debida configuración de la red, con sujeción al proyecto de negocio pretendido y (II) mantener el adecuado funcionamiento del sistema constituido durante el tiempo que corresponda (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, 18476, p. 40). De esta manera, lo que es exigible de los intervinientes de un grupo de contratos es la satisfacción de las obligaciones derivadas de (I) cada contrato celebrado y (II) las del conjunto de contratos (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, 18476, p. 44).

Con base en lo anterior, la jurisprudencia nacional ha planteado que, en la contratación conexas, -de la misma forma que sucede con los contratos, los cuales se consideran como un conjunto-, las obligaciones derivadas de cada contrato y de su unión, se encuentran vinculadas, razón por la que no sería posible predicar que su incumplimiento da lugar en algunos casos a responsabilidad contractual y en los restantes a responsabilidad extracontractual, lo cual, se traduce en que la acción por la que se reprocha al incumplido su conducta conserva su carácter contractual independientemente del deber que haya sido desconocido (CSJ, Civil, 15 Nov. 2017, 18476, p. 45).

Por último, debe aclararse que para que la extensión de la responsabilidad civil contractual opere, no bastará con el incumplimiento de un deber secundario de conducta de parte de uno de los intervinientes del negocio, a su vez, será necesario cumplir con los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad contractual⁸⁷, a saber, (I) la preexistencia de un

⁸⁷ “los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad contractual (...) supone[n] la presencia y comprobación plena de los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han tenido para tal efecto, como son: i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a

vínculo jurídico entre las partes (que para el caso en estudio sería la relación jurídica generada en la red contractual); (II) su incumplimiento relevante por quien es demandado; (III) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y (IV) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño irrogado (CSJ, Civil, 15 Nov. 2017, 18476, p. 45).

De forma tal que, una vez observado (I) el incumplimiento de uno de los deberes secundarios de conducta surgidos de la contratación conexas y (II) el cumplimiento de los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad contractual, los contratantes del grupo de contratos, se encontrarán legitimados para demandar en responsabilidad civil contractual al contratante incumplido, para exigir de éste el cumplimiento forzado de las prestaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento.

2.1.5.4. Redefinición del concepto de parte y tercero dentro de una unidad negocial

El último de los efectos generales de la contratación conexas sería la redefinición del concepto de parte y tercero dentro de un negocio único, antes de comenzar es necesario aclarar que, dicho efecto es un planteamiento doctrinal que aún no ha sido acogido por algún ordenamiento jurídico. Éste se presenta frente al efecto relativo de los contratos y tiene como finalidad establecer la diferencia entre la posición que tiene un tercero, bien sea relativo o absoluto, en un contrato, de la que tiene alguien que ha celebrado un contrato conexo, en virtud de encontrarse en situaciones fácticas diferentes (Devoto, 2016, p. 39).

la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)."(CSJ, Civil, 22 Feb. 2018, 380, p. 30)

Lo anterior se fundamenta en el hecho de que, si bien es cierto que cada contrato produce efectos propios entre los respectivos contratantes y frente a los terceros, en el caso de contratos conexos o encadenados, los efectos de cada uno pueden “tener relevancia respecto de las partes de los demás contratos que integran la red o cadena” (Esborraz, 2012, p. 139). En este sentido, todas las personas que participan en alguno de los contratos que se encuentran vinculados, tienen un interés en la consecución de los demás contratos, encaminados siempre a conseguir la finalidad económica común, puesto que, aun cuando no son parte en cada uno de los contratos concluidos, pueden verse afectados por las vicisitudes de alguno de los contratos vinculados o demandar y ser demandados en acción en responsabilidad civil contractual frente a una persona que en sentido estricto no tiene el carácter de parte en un contrato, pero que tiene una participación en el negocio único.

Por un lado, se encuentran los terceros los cuales se diferencian dependiendo de la vinculación que tengan con las partes, en el caso de los terceros absolutos, al tratarse de personas completamente ajenas a la celebración del contrato, las cuales no guardan relación jurídica alguna con las partes del contrato concluido, el efecto relativo de los contratos ni los obliga, ni les confiere efectos por tratarse de un acto ajeno (Ospina & Ospina, 2009, p. 364).

Por otro lado, se encuentran los terceros relativos, personas que, si bien no participan en la celebración del negocio jurídico, tienen un vínculo jurídico con las partes y por dicha situación, el contrato que en principio les era ajeno, genera ciertos efectos en ellos (Devoto, 2016, p. 38), adicionalmente estos tienen la facultad de “invocar judicialmente la inoponibilidad de la eficacia jurídica de los actos celebrados entre las partes, o de su invalidez, dependiendo de las particularidades de cada relación jurídico-sustancial y su legitimación para formular la pretensión correspondiente u oponerse a ella” (CSJ, Civil, 9 Ago. 2018, SC 3201-2018).

En este escenario, se observa que las posibles afectaciones que puedan tener los terceros respecto del contrato difiere de la situación de alguien que ha celebrado un contrato vinculado a un grupo de contratos, pues si bien ambos no ha celebrado el contrato respecto del cual no son parte, este último comparte con todas las partes de cada contrato concluido el interés en la consecución de un negocio único, el cual, no puede ser llevado a cabo a través de un solo contrato, implicando así la posibilidad de que las vicisitudes de un contrato se propaguen a los demás contratos y a la vez, la oportunidad de demandar y ser demandados en acción en responsabilidad civil contractual frente a una persona que en sentido estricto no tiene el carácter de parte en un contrato, pero que tiene una participación en el negocio único para exigir de éste el cumplimiento forzado de las prestaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento; por el contrario, los terceros relativos sólo pueden invocar la inoponibilidad, invalidez o nulidad del contrato y no podrían demandar y ser demandados por vía contractual, por el incumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos que no han celebrado.

En virtud de lo expuesto, la doctrina plantea el replanteamiento del efecto relativo de los contratos, bajo el entendido que la persona que celebra un contrato vinculado con otros se encuentra en una situación fáctica diferente al de los terceros relativos y en mayor medida de los terceros absolutos, razón por la que no deberían recibir el mismo tratamiento frente al efecto relativo de los contratos (López, 1994, pp. 386), motivando la creación doctrinaria de una posición intermedia entre parte y tercero relativo para brindar un adecuado tratamiento a las personas que, sin ser parte de uno o más contratos determinados han celebrado un contrato conexo con éstos, siendo partícipe del negocio único una de las propuestas para denominar dicha posición, sin embargo y como se verá a continuación, esta no es la única salida posible en la relación entre el efecto relativo de los contratos y la contratación conexa.

2.2. La conexidad contractual frente al efecto relativo de los contratos

En el caso de prevalecer la interpretación clásica de la regla del efecto relativo de los contratos, eventualmente se presentan dificultades en su aplicación práctica. Uno de estos casos es la aplicación de la relatividad contractual en supuestos de contratación conexa, fenómeno que ha surgido como resultado de repensar la forma en la que se pueden observar y estudiar los contratos en un contexto actual de mercado cada vez más específico, desarrollado y complejo; y a su vez, de ciertas críticas a la concepción tradicional del efecto relativo de los contratos. En el presente apartado, serán abordados tres puntos, a saber, el contexto actual del comercio; el efecto relativo de los contratos frente a la contratación conexa; y las posturas de la contratación conexa frente al efecto relativo de los contratos.

La conexidad contractual toma trascendencia desde la era contemporánea, momento en el que la realidad económica y la complejidad jurídica de algunos negocios, evidenciaron que el efecto relativo de los contratos no daba soluciones del todo satisfactorias a algunos de los nuevos escenarios planteados, por lo que se plantea y afirma la idea de que esta regla del efecto relativo de los contratos no es absoluta (Devoto, 2016, p. 36).

Lo anterior, en parecer de Teyssie (citado por López, 1992), se ha debido a cinco factores que han determinado el cambio en los mercados actuales, a saber, (I) la ampliación de las zonas geográficas en las cuales las empresas tienen actividades; (II) una mayor complejidad de las formas de producción de bienes y servicios y en general, de las relaciones comerciales; (III) un aumento en la especialización en las actividades, de la mano de la división del trabajo; (IV) la aceleración en la circulación de los bienes y las riquezas y (V) la expansión de las entidades de financiamiento y el crecimiento del consumo (p. 16).

Además de la masificación social y el impacto tecnológico que han generado estos factores, los cambios presentados también han afectado la manera como se celebran los negocios jurídicos en el ámbito patrimonial, anteriormente no existía una complejidad tan alta en los

mercados y en las necesidades de los particulares, lo que conducía a una mayor individualización entre los contratos, como consecuencia de la simplicidad de los negocios celebrados. Pese a lo anterior, desde el siglo XX se viene presentando una mayor relevancia de la vinculación negocial entre varios contratos y participantes, fruto de la creciente necesidad de satisfacer intereses supracontractuales, es decir, intereses que no pueden satisfacerse por medio de figuras negociales aisladas, ni siquiera a través de contratos atípicos, mixtos o complejos (Esborraz, 2012, p. 112).

En este nuevo escenario negocial, los participantes del mercado pueden encontrar que, para concretar determinados intereses se ven obligados a acudir a diversas personas participantes en la operación y a celebrar diferentes contratos con ellos, dividiendo de esta forma la tarea a ejecutar (López, 1994, p. 16). Pero esta nueva forma de llevar a cabo negocios choca con la visión de la teoría general de los contratos contenida en la mayoría de los códigos desarrollados a lo largo de los siglos XIX y XX, los cuales, se fundamentaban en antiguas instituciones romanas adaptadas a cada contexto, como lo fue el *Code* francés (Esborraz, 2012, p. 113), o el mismo Código Civil colombiano.

En segundo lugar, el efecto relativo de los contratos se constituye como la mayor dificultad para asignarle efectos jurídicos a la vinculación contractual, al respecto Frustagli (1996), expuso:

Sin dudas, uno de los problemas más conflictivos de la conexidad contractual se manifiesta cuando se intenta establecer sus derivaciones jurídicas. De hecho, admitir la existencia del fenómeno desde la perspectiva de la realidad no resulta demasiado complejo, pero sostener -como se pretende- que las vicisitudes de uno de los convenios se extienda influyendo en la vida los restantes, o reconocer acciones directas entre los participantes del negocio global, supone previamente superar los obstáculos originados en el principio de la eficacia relativa del contrato (p. 47).

Lo anterior se debe a que como se expuso anteriormente, el efecto relativo de los contratos dispone que los actos jurídicos o contratos pueden, por regla general, “generar únicamente derechos y obligaciones para las partes contratantes” (Cárdenas, 2010, p. 411), mientras que, la contratación conexa supone la oportunidad de demandar y ser demandados en acción en responsabilidad civil contractual frente a una persona que en sentido estricto no tiene el carácter de parte en el contrato, para exigir de ésta el cumplimiento forzado de las obligaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento en virtud del negocio único perseguido, vulnerando con dichos efectos la regla del efecto relativo de los contratos.

Por último, se encuentran las posturas que han sido adoptadas en la tensión entre el efecto relativo del contrato y la contratación conexa, sobre este tópico han surgido principalmente tres tesis, a saber, (I) la conexidad como una excepción al efecto relativo de los contratos; (II) la conexidad como un supuesto de aplicación de los efectos relativos del contrato y (III) la conexidad como un supuesto de adecuación de la regla del efecto relativo de los contratos.

La conexidad como una excepción al efecto relativo de los contratos. Plantea que el efecto relativo de los contratos continúa siendo la regla jurídica general para aplicar en las relaciones contractuales y la contratación conexa es una excepción a dicha regla, de tal forma que, cuando se presente este fenómeno contractual, no se aplicaría la regla del efecto relativo de los contratos, con el fin de dar pie a los efectos de la contratación conexa ya expuestos.

Esta postura parece haber sido acogida por la Ley 26.994 o Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, el cual en su Art. 1021. consagró:

Artículo 1021. Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley (subrayas fuera del texto original).

Para luego, consagrar la figura de la contratación conexa en sus Arts. 1073⁸⁸, 1074⁸⁹ y 1075⁹⁰, estableciéndose la necesidad de probar la existencia de la contratación conexa y adicionalmente, definió el concepto de parte en su Art. 1023⁹¹, dejando por fuera algún literal relacionado con la contratación conexa, por lo que, para dar uso a las disposiciones del Código Civil y Comercial Argentino frente al efecto relativo del contrato y su concepto de parte, deberá entenderse a la contratación conexa como uno de los casos previstos por la ley que constituye una excepción, como ya lo previó el transcrito artículo 1021.

En este mismo sentido, se encuentra la conclusión de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina (1999): “la conexidad dentro de un negocio único constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato y posibilita la oponibilidad a los terceros, otorgando acciones directas, aún en ausencia de previsión expresa” (p. 10).

A la luz de la clasificación entre excepciones reales y aparentes al efecto relativo propuesta por Tamayo (2007), la conexidad contractual resultaría ser una excepción aparente, pues plantea escenarios similares propuestos como excepción en los grupos de contratos. En este sentido, la contratación conexa, no resultaría ser una excepción real al no tratarse de un

⁸⁸ Artículo 1073. Definición: 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.

⁸⁹ Artículo 1074. Interpretación: 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.

⁹⁰ Artículo 1075. Efectos: 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 común.

⁹¹ Artículo 1023. Parte del contrato: Se considera parte del contrato a quien:

- a) lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno;
- b) es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés;
- c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación.

verdadero tercero sino de una persona que participa en la ejecución del negocio dado a través de los contratos vinculados, lo anterior, ante la posibilidad de que un partícipe del negocio o parte de alguno de los contratos vinculados inicie acciones contractuales contra un partícipe incumplido con el que no ha celebrado directamente un contrato, para exigir de éste el cumplimiento forzado de las prestaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento.

La conexidad como un supuesto de aplicación de los efectos relativos del contrato. Esta postura ha sido desarrollada principalmente por Álvarez, en su tesis doctoral “los grupos de contratos en el crédito al consumo”, donde se plantea que las características de los grupos de contratos, en especial el nexo contractual, genera que cada uno de sus miembros, por su convergencia hacia una finalidad económica común, no sean del todo extraños entre sí, y que, por lo tanto, los sujetos contratantes intervinientes no sean verdaderos terceros, sino que puedan ser asimilados al concepto de partes, concepción mediante la cual, se podría aplicar la regla del efecto relativo de los contratos sin excepción (Álvarez, 2008, p. 344).

Este planteamiento requiere el uso de un concepto de parte diferente al que se encuentra dispuesto en códigos civiles como el francés de 1804, el español de 1889 o el colombiano de 1886.

Álvarez (2008), propone una definición en la que todos los miembros de un grupo de contratos son considerados como parte, distinguiendo a su vez entre parte en sentido subjetivo o parte contratante y parte en sentido objetivo o parte asimilada⁹², los primeros, son aquellos que han concurrido con su voluntad a la celebración de alguno de los contratos conexos, esto

⁹² Sobre dicha distinción Álvarez (2008), plantea: Nos parece que esta distinción es necesaria por dos motivos. Primero porque una asimilación absoluta nos conduciría a la figura de un contrato plurilateral, que no es el caso en el supuesto que analizamos. Y segundo, porque en orden al cumplimiento de las obligaciones principales, no todos los miembros del grupo deben ser afectados por igual (p. 364).

es, parte en su concepto tradicional; por el otro lado y en virtud de la interconexión de los contratos, son parte en sentido objetivo las personas que, si bien no otorgaron su voluntad para la formación de algunos de los contratos vinculados, son miembros del conjunto de contratos como consecuencia de ser parte en sentido subjetivo de al menos uno de los contratos conexos, de esta forma, cada miembro del negocio es parte contratante en uno o más contratos donde concedió su voluntad para su celebración y parte asimilada respecto de los demás contratos coligados donde no otorgó su voluntad, conformando una especie de doble faceta dentro de cada uno de los sujetos del grupo de contratos, en el cual el efecto obligatorio de los contratos⁹³ los afecta de diferente forma (pp. 364-365).

En los supuestos de contratación conexa, el referido efecto obligatorio de los contratos diferencia a las partes contratantes y a las asimiladas, bajo la consideración de que estas no se encuentran ligadas con las mismas formas y condiciones, razón por la cual, ambas partes se ubican en dos planos diferentes, lo anterior, significa que el efecto obligatorio de los contratos recae sobre las partes contratantes en principio, y sólo afecta a las partes en sentido asimilado cuando alguno de los contratos no se cumpla o el incumplimiento del contrato en el que es parte torne imposible los demás, superando con esto la noción de ajenidad entre las partes del negocio y armonizando la necesidad de protección de las previsiones de cada uno de los miembros de la agrupación contractual⁹⁴ (Álvarez, 2008, pp. 364-365).

⁹³ Sobre la fuerza obligatoria de los contratos Álvarez (2008), expuso: Por regla general, el efecto obligatorio de los contratos rige únicamente entre las partes contratantes. Por eso las obligaciones derivadas del contrato sólo pueden ser exigidas por el acreedor parte; y sólo el deudor, también parte, puede ser constreñido a su cumplimiento. El efecto obligatorio abarca toda la amplia categoría de vicisitudes que pueden acontecer en la dinámica de las relaciones jurídicas, y que son susceptibles de alterar, en mayor o menor medida, el cumplimiento específico de las obligaciones. También estas vicisitudes jurídicas de los contratos afectan a las partes contratantes y no a los terceros. Todo lo anterior, constituye el efecto directo e inmediato del contrato, y también, desde un punto de vista más iusfilosófico, un reflejo del carácter individualista y hermético con el que fue concebido (p. 335).

⁹⁴ Dentro de las conclusiones de su trabajo Álvarez (2008), consideró: En relación con el efecto obligatorio de un contrato, las Partes contratantes y las Partes asimiladas se encuentran en distintos planos. En un primer plano, están las Partes contratantes, en el segundo, las asimiladas. Estas últimas pueden ser afectadas por el efecto obligatorio del contrato, cuando éste no se cumpla, o el incumplimiento del contrato en el que son Partes contratantes lo haga imposible. Es preciso, en todo caso, interpelar previamente a las Partes contratantes (p. 431).

En palabras de Devoto (2016):

se puede entender que el interés legítimo de los terceros (que forman parte de una misma cadena de contratos) conlleva a que estos dejen su calidad de tales y pasen a ser parte. Y en la medida en que estos son considerados partes, de modo alguno se vulnera el principio del efecto relativo de los contratos (p. 39).

Con base en lo expuesto, esta postura plantea que, en virtud de la configuración de los grupos de contratos y la redefinición de la noción de parte contractual, el efecto relativo de los contratos no se ve vulnerado con los efectos de la contratación conexa, puesto que, tanto la propagación de los efectos jurídicos dentro de un conjunto de contratos como la extensión de la responsabilidad civil a través de acciones directas serían efectos de su aplicación (Álvarez, 2008, p. 365).

La conexidad como un supuesto de adecuación de la regla del efecto relativo de los contratos. La última postura es heterogénea, pues consiste en señalar un cierto estado de crisis en la regla del efecto relativo de los contratos, el cual, requiere una relectura con el fin de precisar sus alcances y proyecciones, puesto que “esgrimir a ultranza el principio de eficacia relativa significa admitir que cada contrato constituye una isla que atesora su propio régimen, con independencia de sus elementos comunes y de la eventual vinculación con otros contratos” (Hernández, 2007, p. 27).

La referida visión aislada del contrato marcada por el efecto relativo de los contratos, comenzó a tener problemas en la era moderna, cuando la realidad económica y la complejidad jurídica de ciertos negocios pusieron en evidencia que dicha regla no brindaba soluciones justas, equitativas y/o razonables en algunos de los nuevos escenarios (Devoto, 2016, p. 36), En otras palabras, “no parece pertinente predicar la absoluta autonomía e independencia de los

contratos en el contexto actual de fuerte globalización, que importa una marcada complejidad bajo la cual los negocios se formalizan y expresan” (Hernández, 2007, p. 25).

Frente a este tema, Ariza (1997), planteó:

(...) un sector doctrinal ha puesto de relieve la necesidad de replantear el significado de la regla de la relatividad de las convenciones ante el fenómeno de la imbricación de contratos, proponiendo que no se considere en la misma situación al verdadero tercero (*penitus extranei*) y a quien ha celebrado un acuerdo conexo. Admite entonces que la fundamentación teórica y la aplicación práctica de esa idea pasa por una refinación del ámbito de lo contractual y del concepto de tercero (p. 24).

Esta postura, además de propender por una reconceptualización del concepto de parte y tercero dentro de un contrato, también plantea la necesidad de modificar la responsabilidad civil contractual, para dar cabida a la posibilidad de atribuir al tercero una acción de naturaleza contractual al deudor de su deudor en presencia de una cadena de contratos (Pizarro, 2007, p. 9), en otras palabras, “La idea que subyace a este planteamiento consiste en reconocer la misma reparación a las víctimas del incumplimiento contractual, sean partes o terceros y, de esta manera, no infringir las previsiones contractuales del deudor contractual” (Pizarro, 2007, p. 9).

Para Frustagli (1996), es imprescindible la reinterpretación del efecto relativo de los contratos ante los casos de conexidad contractual, en el sentido de que resulta necesario establecer el significado de esta regla, en una realidad económico-jurídica muy diferente en diversidad por su complejidad a la que existía al momento de la codificación, conllevando lo anterior cierta flexibilización y puesta al día de la noción de partes y terceros -especialmente esta última-, al menos en el ámbito de la contratación conexa, en el entendido que, en un conjunto de contratos donde los contratos se encuentran vinculados en virtud de su naturaleza o su finalidad económica común, las partes de los diferentes contratos no son indiferentes entre

sí, puesto que participan en una misma operación económica, por lo que si bien cada una de las partes en uno o más contratos del grupo, no son parte necesariamente en otro u otros contratos del mismo, estas personas no deberían ser consideradas como terceros, en virtud del tipo de vínculo que tienen con las partes del contrato, admitiendo así y según las particularidades del caso, la extensión de la responsabilidad entre los sujetos de contratos conexos a partir del reconocimiento de acciones directas y la propagación de la ineficacia de uno de los acuerdos hacia los demás del conjunto (pp. 48-49).

Para finalizar Hernández, (2007), arguye:

Los desarrollos precedentes demuestran el estado de situación del principio de relatividad de los efectos jurídicos del contrato, limitado en sus alcances y proyecciones. Esas limitaciones dan cuenta de sus actuales tensiones con el principio *alterum non laedere* y de “conexidad contractual”.

La relación y articulación precisa de los mismos constituye uno de los desafíos del Derecho Privado patrimonial de nuestros días (p. 48).

En virtud de lo expuesto, puede concluirse que la discusión respecto de la contratación conexa y la regla del efecto relativo de los contratos se encuentra lejos de terminar en la actualidad, máxime en los ordenamientos jurídicos donde el fenómeno de la conexidad contractual aún no ha sido reconocido expresamente por la ley, tal y como sucede en Colombia.

2.3. La conexidad contractual en el ordenamiento jurídico colombiano

Una vez descrito de manera general el fenómeno de la conexidad contractual, tanto en otros ordenamientos jurídicos donde se concibió la figura, así como sus planteamientos dogmáticos principales, sus elementos y efectos más relevantes, así como su posición respecto al efecto relativo de los contratos, se procederá a exponer su avance dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Para esto, es importante comenzar recordando que en Colombia las normas positivas tanto del Código Civil como del Código de Comercio, no se ocupan de regular particular y sustantivamente esta clase de operaciones negociales (CSJ, Civil, 25 Sep. 2007, Exp.2000-00528-01). Sin embargo, esto no significa que el fenómeno no haya sido estudiado o no se encuentre presente.

En este sentido, existen algunas sentencias relevantes que le dan contenido propio a la figura dentro del ordenamiento jurídico. La Corte Suprema de Justicia comenzó a desarrollar algunas aproximaciones con el fenómeno desde la década de 1930, cuando sostuvo la existencia en Colombia de las figuras de las uniones de contratos, contratos mixtos y contratos típicos con prestaciones de otra especie como supuestos de combinación de diferentes tipos de contratos.

Así, en sentencia del 31 mayo de 1938, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que, en el régimen jurídico colombiano la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, pero no impide moverse dentro de especies distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por la ley. Igualmente, la sentencia sostuvo que no es posible aplicar las reglas establecidas para un tipo de contrato, si el que se celebró exige un trato diferente, dado por algún fin especial articulado en el mismo contrato (CSJ, Civil, 31 May. 1938, GJ XLVI, p. 570).

En dicha época, la Corte Suprema de Justicia estableció que la combinación de diferentes tipos de contratos o de prestaciones correspondientes a distintos contratos tipo, se presenta en

las uniones de contratos⁹⁵; los contratos mixtos⁹⁶ y los contratos típicos con prestaciones de otra especie, estos últimos caracterizados por amoldarse únicamente a un solo tipo contractual (CSJ, Civil, 31 May. 1938, GJ XLVI, pp. 570-571).

Así pues, la Corte Suprema de Justicia, dando solución a un negocio complejo que incluía una compraventa, una anticresis y un crédito bancario sobre la hacienda “Arabia” entre los señores Maguin y los Iregui, reconoció que la complejidad del negocio encajaba la subespecie de contratos combinados o gemelos dentro de los contratos mixtos.

Más allá de la decisión particular del caso, se resalta la importancia de la sentencia pues desde la década de 1930, la Corte Suprema de Justicia estableció lo que sería uno de los precedentes más antiguos conocidos en el país de la figura, en la medida que la unión de contratos acepta la posibilidad de asimilar varios tipos contractuales como una unidad. Hay que tener en cuenta que, en esta época, como se ha visto, el concepto de contrato se entendía como figura aislada, y su combinación se predicaba solo por la voluntad de las partes.

⁹⁵ Las uniones de contratos se subdividen en:

- a) Unión simplemente externa, donde los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente, pero no hay subordinación de los unos respecto de los otros.
- b) Unión con dependencia unilateral o bilateral, donde los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo y por eso las partes establecen una recíproca dependencia para que uno o unos contratos dependan de otro o de otros. Dicha intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita y puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones.
- c) Unión alternativa, donde una condición enlaza los distintos contratos en forma que, si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro contrato (CSJ, Civil, 31 May. 1938, GJ XLVI pp. 570-571).

⁹⁶ Los contratos mixtos se subdividen en:

- a) gemelos o combinados, donde una de las partes se obliga a una contraprestación unitaria a cambio de varias obligaciones principales que corresponden a distintos tipos de contratos contraídos por la otra parte. No se da el fenómeno de los contratos unidos entre sí, sino de dos o más tipos de contratos mezclados, que solo pueden distinguirse por las obligaciones de uno de los contratantes exclusivamente.
- b) contratos mixtos en sentido estricto en donde se da un elemento que corresponde a un contrato de otro tipo. Estos contratos no deben desarticularse en dos partes, como si se tratase de contratos unidos si los mismos contrayentes no los han distinguido. Las normas legales pertinentes al tipo de contrato rigen para todo el negocio, y se aplicarán las reglas previstas para el elemento integrante perteneciente a otro tipo de contrato, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la convención en su conjunto.
- c) Los contratos de doble tipo en los que su contenido se amolda a dos tipos de contratos distintos. Todo el negocio se presenta como una convención que puede ser ya de la una o de la otra especie. (CSJ, Civil, 31 May. 1938, GJ XLVI pp. 570-571).

Tiempo después, la Corte Suprema de Justicia inició el tratamiento de la figura de la conexidad contractual, prestándole un especial interés dada la importancia que tiene el fenómeno para resolver problemas en el desarrollo de operaciones económicas complejas difícilmente asimilables en la teoría del negocio jurídico tradicional.

Así pues, el 6 octubre de 1999, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizando un caso entre una empresa constructora, sus acreedores y el Banco Central Hipotecario para terminar a cabalidad el proyecto de construcción 'Los Héroes' en la ciudad de Pasto que resultó imposible al faltar los desembolsos que le correspondían al Banco y terminó en la quiebra de la empresa constructora, emite una sentencia en la cual sostiene que habrá conexión contractual cuando, jurídicamente, varios convenios celebrados no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación de contratos (CSJ, Civil, 6 Oct. 1999, Exp. 5224, pp. 16-17)

Esta sentencia plantea la autonomía negocial como un fundamento de la figura y la posibilidad de que las partes le den vida a diversos contratos a través de la manifestación de su voluntad. También dice que dichos contratos conservan su identidad típica y quedan sometidos a la regulación que les es propia, pero quedan coligados entre sí funcionalmente con una relación de recíproca dependencia (CSJ, Civil, 6 oct. 1999, Exp. 5224, pp. 16-17).

Del mismo modo, la Sala Civil de la Corte en esta sentencia ordenó a los jueces el deber de establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas, si existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, lo que conlleva a la necesidad de tener prueba de dicho objetivo. La sentencia también expone brevemente un efecto de la contratación conexas al afirmar que las vicisitudes

de un contrato conexo pueden repercutir en mayor o menor grado en los otros (CSJ, Civil, 6 oct. 1999, Exp. 5224, pp. 16-17).

Después de esto y gracias a la apertura económica experimentada por Colombia a finales del siglo pasado, los fenómenos en los cuales la operación económica compleja se desmarca de los contratos típicos como eran conocidos se multiplicaron. Tal es el caso de algunos productos de consumo financiero, así como nuevas formas de adquisición de bienes y servicios en Colombia.

Es entonces cuando la Corte Suprema de Justicia, aprovechando el estudio del leasing financiero y en específico del denominado “lease back”, retoma la determinación de la figura de la conexidad contractual, y en Sentencia del 25 de septiembre de 2007 del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno sino destacando sus elementos característicos, sostiene que opera en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos diferentes (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez.

Esta sentencia representa un avance significativo en cuanto a la adopción de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano, pues por regla general, la legislación nacional mantiene la concepción individual del contrato, algo que cuestiona la Corte. Por otro lado, este fallo plantea importantes propuestas para establecer la diferenciación entre un único negocio y una pluralidad de contratos. De igual forma, trata de dar mayor claridad sobre los elementos de la figura, y por último propone al ‘lease back’ como una figura donde se presenta una conexidad contractual (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

Profundizando un poco sobre cada aspecto mencionado en esta sentencia se puede decir que la Corte defendió la imposibilidad de examinar el contrato de modo aislado o individual como se hacía antes, pues debe hacerse en función de la conexidad contractual, reconociendo que no

hay unanimidad respecto de su definición o sus características, de sus efectos y sus alcances. Dado lo anterior dice la corte que la doctrina y la jurisprudencia, principalmente italiana, francesa y española han procurado elaborar un concepto del fenómeno, distinguir sus características y determinar los efectos jurídicos que pueden producir en el conjunto o cadena de contratos coligados y en cada uno de ellos (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

Igualmente, en este fallo se desarrollan algunas de las diferencias entre un contrato único y una pluralidad de contratos, entendiendo que el objetivo o finalidad común no siempre se puede conseguir a través de la realización de un solo tipo contractual y por esto se acude a la pluralidad. Así pues, esta sentencia toma a la causa como elemento diferenciador de cada uno de los contratos que hace parte del grupo, pues solo ante la presencia de dos o más contratos con su propio autogobierno y autonomía, puede darse el referido fenómeno, lo que excluye todos aquellos casos en que existe un solo o único contrato, bien sea complejo, mixto o atípico, que comporta la existencia de un único negocio jurídico (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

En criterio de la Corte, el elemento que permite hacer la diferencia entre uno y varios contratos es objetivo y recurre a la causa en vez de recurrir a la relación entre diversas prestaciones. Así, según el concepto de causa que se estableció, se constituye un único negocio si la causa es única y, por el contrario, constituye varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

Una vez expresado lo relacionado a la pluralidad de contratos, esta sentencia reconoce igualmente a la finalidad económica común, también llamada operación económica o motivo supracontractual, como un elemento característico de la conexidad que genera ese ligamen de dependencia, cuya relevancia determina la ejecución de todos los contratos celebrados.

Siguiendo el criterio de la Corte, esta finalidad puede no hacer parte del contenido de cada uno de los contratos individualmente establecidos (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

Aclara la Corte que se alude a la expresión ‘operación económica’, al ser más omnicomprendiva y al estar desprovista de alcances puramente jurídicos, pues para dicha corporación este es un planteamiento ante todo descriptivo. Defiende además la postura de reconocer la existencia de un motivo supracontractual como móvil que sirve de apoyo a la celebración de la operación económica que presenta la conexidad, entendiendo que los interesados celebran diversos contratos en procura de la realización de dicha operación económica. De esta forma, solo el conjunto de contratos cabalmente ejecutados los conduce a la consecución del objetivo que persiguen (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

La obtención del resultado final depende, entonces, de la adecuada concreción de los diversos negocios celebrados, pues solamente la realización de la enajenación o del servicio contratado y el perfeccionamiento harían lograr el fin práctico que los condujo a celebrar determinados negocios jurídicos a los intervinientes (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

En cuanto al ligamen de dependencia que establece esta finalidad o motivo, dicha Sentencia estableció que, si el vínculo de dependencia apunta en un solo sentido, de un contrato a los demás, se está frente al fenómeno de una subordinación o vinculación unilateral. En cambio, si el vínculo de dependencia es bifronte, es decir, va y viene por igual entre los distintos contratos, el lazo es mutuo o recíproco, de interdependencia (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

Por último, esta sentencia reconoce la actividad conocida como leasing financiero, y en específico la llamada “lease back”, como un claro caso de conexidad contractual en el

ordenamiento interno, algo que marca una nueva tendencia en la forma en que se desarrollan estos negocios (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

La Corte asegura que en la esfera negocial, el 'lease back' es una operación económica que involucra la realización de dos contratos diversos, pero estrechamente vinculados como lo son la compraventa (negocio instrumental) y el 'lease back', porque ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, pues el futuro usuario vende y la sociedad de leasing compra es en observancia al leasing, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y leasing, por el otro (CSJ, Civil, 25 Sept. 2007, 2000-00528-01).

Posterior a esto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1 de junio de 2009 del Magistrado William Namén Vargas (Exp. 2002-00099-01) tomó una postura más alineada con la doctrina italiana del coligamiento contractual, aduciendo que:

[L]a pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único, caracteriza el contrato coligado, cuya función se realiza por la conjunción coordinada.

En otras palabras, en esta sentencia la Corte Suprema de Justicia defiende a la pluralidad de contratos y el nexo o vínculo dado por su función y finalidad única perseguida, como presupuestos constitutivos necesarios de la coligación, aclarando que cada contrato es diverso de los restantes, al tener sus propios elementos esenciales y servir a una función práctica o económica social característica, resaltando que su cohesión conduce no a otro contrato, sino a la realización de una función única, conseguida únicamente por su confluencia con otros

contratos, junto al nexo o vínculo que lo liga a todos (CSJ, Civil, 1 Jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

También sostiene la Corte en esta sentencia que la ligazón funcional o teleológica de los distintos negocios jurídicos es “indisociable, imprescindible e inescindible, *‘in toto, in complexu, in globo’*”, pues conduce a la función única práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la conseguir el interés unitario, propio, autónomo y diferente realizable con la coligación de los varios contratos, cada uno, con su identidad, tipología, disciplina y función (CSJ, Civil, 1 Jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

En este punto vale la pena resaltar que la Corte da la posibilidad tanto al ordenamiento o las partes de establecer el nexo de interdependencia, subordinación o sujeción prestacional o negocial. Además, defiende que la coordinación actúa funcionalmente encaminada a 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 final único antecedente (CSJ, Civil, 1 jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

Así pues, la Corte defiende que la simple pluralidad de negocios no determina *‘per se’* la confluencia negocial, pues es necesario la existencia de un nexo, vinculación o unión teleológica o funcional de los distintos contratos, de uno sobre otro explicado desde la dependencia unilateral o respecto de todos como se explica en la dependencia recíproca o bilateral. También, citando a Bigliuzzi (et al. 1992), defiende la Corte que el nexo de dependencia puede derivarse de un concurso simultáneo, o de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico, especialmente en a) una coligación genética, modificatoria o extintiva, manifestada cuando un negocio ejerce su influencia en la formación, en la modificación o en la extinción del otro; en b) una coligación funcional y efectual, manifestada generalmente cuando los actos de autonomía de la voluntad tienden a la persecución de un resultado común,

más allá de que uno de los negocios encuentra su fundamento en la relación surgida con el otro; y por último en c) una coligación ‘mixta’ entre la genética y la funcional (p. 942), reafirmando así que la variedad de contratos se ata por la interdependencia funcional y teleológica (CSJ, Civil, 1 Jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

Por lo demás esta sentencia reafirma lo dicho por la Corte suprema de Justicia en las sentencias precedentes del 6 de octubre de 1999 y del 25 de septiembre de 2007, junto con lo que se ha mencionado sobre la unión de contratos o de tipos contractuales en un solo negocio desde 1938 y defiende la aparición del coligamiento dadas las exigencias del tráfico moderno en ejercicio de la libertad contractual, libertad de contratación y autonomía privada dispositiva, siendo admisibles siempre que procuren intereses susceptibles de reconocimiento y tutela normativa, se ajusten al ordenamiento jurídico y, en particular, al orden público y las buenas costumbres (CSJ, Civil, 1 Jun. 2009, Rad. 2002-00099-01).

Recientemente la jurisprudencia nacional ha ido más allá, entendiendo la complejidad que puede existir en las nuevas formas de hacer negocios, tanto en el sector comercial como en el financiero o el asegurador, y ha establecido con más claridad los criterios determinantes que constituyen la conexidad contractual en el ordenamiento jurídico colombiano particularmente, así como también se ha propuesto dar más claridad respecto de la causa como elemento diferenciador de la pluralidad de contratos conexos o coligados, y se ha fundamentado su naturaleza en la ejecución de los contratos de buena fe, sosteniéndose siempre en la autonomía de la voluntad.

En este sentido, gracias a los aportes de la Corte Suprema de Justicia expuestos en la sentencia SC18476-2017 del 15 de noviembre de 2017 del Magistrado Fernando García Restrepo, que resuelve un asunto de un contrato de seguro de vida grupo vinculado a un crédito

financiero, se ha empezado a incluir dentro de la discusión nacional otros elementos propios a la figura.

Dicha sentencia, reitera que la realidad de los negocios hoy en día hace que se requiera la celebración de dos o más contratos, pues sólo a través de la completa y oportuna ejecución de cada contrato y de todo el conjunto es posible lograr el propósito perseguido. También reiteró que tradicionalmente y por regla general se concebía al contrato aisladamente, se entendía como un acto individual completamente autónomo que satisfacía las necesidades de los interesados en su celebración. Sin embargo, la Corte dejó claro que el individualismo contractual viene dando paso a la contratación conexa, pues en la actualidad se persigue un resultado negocial enmarcado en una operación global (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

Mencionando la doctrina y la jurisprudencia, define la Corte en esta Sentencia que se reconocen como unión, coligamiento o vinculación de contratos a una pluralidad de contratos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se configuran para la efectiva realización de una operación económica, que solo se puede obtener de esta forma. También menciona que las dos o más convenciones se encuentran sometidas 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 logro solo es posible en virtud de su armónica conjunción. Sostiene la sentencia que entre los distintos contratos surge una relación ya sea de mutua dependencia o de subordinación, en procura de facilitar el intercambio de bienes y productos, la prestación de servicios y el crédito (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

En este fallo la Corte Suprema también expone que los contratos coligados están entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se denomina una “misma prestación esencial”, un “todo” contractual para un mismo y único negocio. Así, se ata la

definición a la existencia de una causa supracontractual relativa a la operación negocial que persiguen los interesados, indicativa de que los contratos agrupados están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente. Se trata del uso práctico de los diferentes tipos contractuales, que se enlazan para conformar una unidad negocial inescindible (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

Respecto de las obligaciones que surgen de la coligación de contratos se encuentra un avance significativo e innovador en la Sentencia, pues la Corte sostuvo que al lado de cada convención y de sus obligaciones particulares, aflora una realidad jurídica nueva y distinta de sus partes. Esta nueva realidad es el conjunto contractual en sí mismo considerado y en este sentido, dependiendo de donde surjan las obligaciones, se deben diferenciar entre las de cada contrato típico celebrado y las propias del conjunto de contratos conexos (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

Así pues, cuando se dan casos de conexidad contractual, las personas vinculadas a la cadena también están obligadas tanto a celebrar de forma coordinada la totalidad de los contratos que se requieren para la debida configuración de la red con plena sujeción al proyecto de negocio pretendido; igualmente se obligan a mantener el adecuado funcionamiento del sistema así constituido, por todo el tiempo que corresponda. 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 la consecución del fin último querido por los interesados (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

También se estableció en el fallo que del conjunto contractual surgen deberes de conducta para todos los intervinientes, que responden a la exigencia de que ese nuevo objeto se constituya como debe ser, se mantenga y alcance sus fines. En este sentido el coligamiento de contratos impone a los intervinientes de la cadena el deber de ejecutar estos contratos

integrándolos en la forma como se concibió el negocio, o en la que mejor corresponda para servir a la consecución de este, guiados por la mutua dependencia que los contratantes establecieron entre ellos. Igualmente, se impone el deber de atender las obligaciones propias de las convenciones vinculadas y también las que se derivan de la integración misma del sistema, particularmente las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

La Corte propone que el reconocimiento de tales deberes se da en virtud del principio de la buena fe consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio colombianos, pues si la voluntad de los contratantes es obtener un negocio que exige la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a éstos, en aplicación del principio de la buena fe, adecuar su comportamiento a los señalados deberes relacionados con la idónea conformación y el adecuado funcionamiento del sistema (CSJ, Civil, 15 Nov. 2017, SC18476-2017).

La Corte también menciona en este fallo la importancia de definir los efectos jurídicos que se desprenden de la figura, mencionando especialmente la incidencia que uno o unos de los contratos celebrados puedan ejercer sobre el otro o los otros, principalmente, respecto de su validez, de su cumplimiento o incumplimiento y de las acciones que pueden adelantarse. Así también, se refiere a la acción contractual contra uno de los intervinientes en la red, cuando el incumplimiento atribuido versa sobre los compromisos propios del sistema, pues ese comportamiento no es ajeno al desarrollo contractual, sino propio de él. En este sentido la insatisfacción de las obligaciones derivadas de cada contrato coligado, así como las del conjunto califica como contractual, y por ende la acción mediante la cual se reprocha al incumplido su conducta, cualquiera que sea que haya desconocido, ostenta la misma naturaleza contractual (CSJ, Civil, 15 nov. 2017, SC18476-2017).

Se mantienen así en este fallo criterios ya mencionados en anteriores sentencias como por ejemplo la diferencia entre los contratos conexos y los contratos complejos o mixtos con base en la causa, pero a su vez se plantean criterios nuevos dentro de la figura, como la creación de deberes y obligaciones sistémicas importantes para el correcto desarrollo del negocio; los efectos que se podrían derivar en una situación de contratación conexa o coligada, como la incidencia de un contrato sobre los demás del grupo, o la naturaleza contractual de la acción mediante la cual se reprocha al incumplido su conducta, cuestión que no había sido tratada hasta el momento dentro de la figura en Colombia. Jurisprudencialmente se puede decir que este fallo sin duda ha sido uno de los que con mayor amplitud se ha referido al fenómeno de la conexidad contractual y que mejor ha abarcado su comprensión en nuestro ordenamiento jurídico.

Uno de los últimos pronunciamientos sobre este asunto hechos por la Corte Suprema de Justicia ha reiterado los puntos tratados en anteriores decisiones, lo cual deja ver una posible postura sostenida sobre este asunto por parte de la jurisprudencia. En este sentido la Sala Civil de la Corte, el 19 de diciembre de 2018, mediante Sentencia SC5690-2018 del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, reiteró que los contratos coligados, mantienen su autonomía y regulación legal propia, pero dependen funcional y recíprocamente en virtud de la operación económica pretendida por los intervinientes. También reiteró que las contingencias de alguno de los contratos puedan repercutir en los otros.

El alto tribunal también reiteró que los eventos que se constituyen como contratos coligados necesitan un nexo o unión entre la finalidad y la función de los distintos contratos, dando la posibilidad a que uno de ellos repercute sobre otro o sobre todos los demás. Igualmente sostuvo que estos eventos se presentan cuando la influencia es recíproca, y pueden derivarse de un

concurso simultáneo o de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico (CSJ, Civil, 19 dic. 2018, SC5690-2018).

Finalmente se concluye en este fallo que el aspecto distintivo se da por relacionar a los diferentes contratos como un todo; y que no se puede confundir la coligación contractual con la existencia de varios contratos entre las mismas partes, o con la presencia de varios actos jurídicos en el mismo documento. Puntualiza la Corte Suprema que lo importante no es el número de contratos, ni de textos que los incorporen, sino el número de causas que atan las varias convenciones con un objetivo común o interrelacionado, algo necesario para concebir a un negocio con pluralidad de contratos como uno solo (CSJ, Civil, 19 dic. 2018, SC5690-2018).

Resulta importante resaltar que el fenómeno de la conexidad contractual también ha sido abordado en varios laudos arbitrales de origen nacional. Muestra de esto es el caso del proceso arbitral nacional llevado por tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, dando como resultado el laudo de Fiduciaria Integral S.A. vs. Luis Eduardo Herrera Pulido, del 17 de junio de 2005. En este laudo se reconoció el entrelazamiento de los contratos vinculados al negocio fiduciario, negando que se trate de un contrato mixto, o también de negocios separados e independientes de la misma forma como lo venía expresando la Corte Suprema en su jurisprudencia hasta ese momento.

De esta forma, es claro que la conexidad contractual en Colombia se ha ido estableciendo con mayor profundidad, dada la complejidad de las operaciones económicas actuales que exigen la adaptación de las formas jurídicas a la realidad. Esto también exige por parte de los operadores jurídicos nacionales el deber de observar dichos pronunciamientos en los casos en que se pueda pensar que se configura la conexidad.

3. Casos de aplicación de la conexidad contractual

En virtud de que una gran cantidad de supuestos diferentes han sido estudiados por la teoría de la contratación conexa y de las ventajas que supone estudiar el fenómeno en supuestos específicos, durante el presente capítulo se abordarán tres supuestos diferentes que han sido examinados a la luz de la contratación conexa en la literatura, a saber, (I) el arbitraje internacional; (II) la fiducia inmobiliaria y (III) las relaciones de consumo, para lograr este fin, se realizará en primer lugar, una conceptualización del caso específico y en segundo lugar, un análisis de los elementos y efectos de la contratación conexa en el caso específico.

3.1. El arbitraje internacional

Con el fin de estudiar el pacto arbitral como un supuesto de contratación conexa, se abordará el concepto de arbitraje y sus aspectos más relevantes. Para ello, éste aparte estudiará sumariamente el concepto de arbitraje, centrandose especialmente la atención en el pacto arbitral y la voluntad como factor determinante del arbitraje, siguiendo con los posibles escenarios donde el pacto arbitral puede estar inmerso en un caso de contratación conexa y los posibles efectos que puedan surgir de la contratación conexa frente al pacto arbitral.

3.1.1. Conceptualización del arbitraje internacional

Partiendo de lo que consagra la Ley 1563 de 2012 o Ley de Arbitraje colombiana, el arbitraje es un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos mediante el cual las partes encomiendan a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. Una noción que recoge con amplitud los elementos relevantes y necesarios sobre el arbitraje en Colombia expone que:

(...) es un mecanismo procesal y jurisdiccional independiente y temporal, establecido y autorizado por el Estado, cuya esencia radica en que personas especializadas en la

materia, resuelven controversias sobre derechos de libre disposición que le son presentadas por sujetos que pactan o acuerdan que sean los árbitros a través de este mecanismo (arbitral) y no los jueces por la vía judicial estatal, quienes diriman con carácter de cosa juzgada, la controversia que se les ha encomendado de acuerdo con las autorizaciones legales de cada país (Pérez, 2017, p. 274).

La Corte Constitucional de Colombia ha entendido al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos en el que las partes involucradas en una controversia transigible acuerdan delegar su solución a particulares, transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es obligatoria, definitiva y con efectos de cosa juzgada (C. Const. Sentencia T-511/2011).

Una de las características de mayor relevancia sobre el arbitraje está dada por el principio de voluntariedad o libre habilitación, en virtud del cual para que el arbitraje sea posible las partes necesitan realizar un acuerdo manifestado en un contrato que somete sus diferencias al conocimiento de un Tribunal Arbitral (Pérez, 2017, p. 277).

El arbitraje se sustenta en dicho reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino acudir a un particular para que decida sobre sus disputas, dado que “proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios litigios” (C. Const. Sentencia C-170/2014).

Además, la voluntad de las partes no solo se manifiesta con la suscripción del acuerdo arbitral, también lo hace en diferentes momentos dentro del proceso arbitral, estableciéndose como un elemento medular del sistema diseñado en el ordenamiento jurídico colombiano, que se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral (C. Const. Sentencia C-170/2014).

No existe discusión alguna sobre el nacimiento del arbitraje con la celebración del acuerdo o pacto arbitral, pues, es a través de éste que se expresa la voluntad de iniciar todo el arbitraje. Según lo consagrado en la ley 1563 de 2012, el acuerdo arbitral es el negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica.

Es indispensable que el pacto o acuerdo arbitral “resulte de la voluntad libre y autónoma de las partes de someter sus diferencias a la decisión de particulares, y no de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial” (C. Const. Sentencia T-511/2011), de lo contrario, se presentaría un desequilibrio dentro del proceso arbitral, y podría ser contrario a los principios propios tales como la igualdad, la imparcialidad, o la misma autonomía de la voluntad. Todo esto refuerza la relevancia de la voluntariedad como elemento fundamental para el establecimiento del arbitraje, pues en palabras de la Corte Constitucional:

(...) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, en virtud del cual desean derogar – para el asunto particular – la jurisdicción estatal como sede para dirimir la controversia. (C. Const. Sentencia T-511/2011).

El pacto arbitral es de tal importancia que en el caso del arbitraje internacional existen varias normas tanto nacionales como internacionales que regulan su configuración. En este sentido, las principales normas que regulan la forma en que es otorgada la voluntad a través de un acuerdo en casos de arbitraje internacional son la Convención de Nueva York de 1958 sobre “el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 de Panamá. En este punto vale la pena resaltar que Colombia en la Ley 1563 de 2012 se adoptó con ciertas modificaciones la

ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI- sobre arbitraje comercial internacional.

En el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958⁹⁷, se dispone que los Estados Contratantes reconocerán el acuerdo de voluntades en la medida de que consten por escrito, ya sea, en forma de una cláusula compromisoria al interior de un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, contempla:

Artículo 1: Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

Por último, la CNUDMI aprobó una recomendación que alienta a los Estados a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁹⁸,

⁹⁷ Artículo II.

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

⁹⁸ La Comisión también aprobó en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, (A/61/17, anexo II) 2. En su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General señaló que “con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, es especialmente oportuna”. La recomendación se formuló en vista del uso cada vez más extendido del comercio electrónico, y de la promulgación de leyes nacionales, así como de la jurisprudencia en la materia, que son más favorables que la Convención de Nueva York en lo tocante al requisito de forma al que han de ajustarse el acuerdo de arbitraje, las actuaciones arbitrales y la ejecución de laudos. En la recomendación se insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” y se los alienta a adoptar el artículo 7

artículo que fue transcrito a la legislación nacional casi literalmente por la Ley 1563 de 2012, que en su artículo 69⁹⁹ regula el acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional, dictando que debe constar por escrito, a la vez que establece un listado taxativo de las situaciones bajo las cuales se entiende cumplido este requisito.

En virtud del citado artículo, la exigencia de que el pacto conste por escrito se configura como un elemento *ad probationem* y no *ab substantiam actus*, por lo que, es posible sustituirla por la voluntad inequívoca de las partes, extraída de los actos patentizados a lo largo del iter contractual (Gómez, 2018, p. 27), lo anterior se fundamenta en lo contemplado en el literal a, el cual, dispone que tanto el acuerdo de arbitraje o el contrato; la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio, cumplirá el requisito de que conste por escrito, siempre y cuando quede constancia de su contenido de cualquier forma, por lo que la función de este es probatorio y no esencial para la configuración de un pacto arbitral.

revisado de la Ley Modelo. En las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de Nueva York. En virtud de la “la disposición relativa a la ley más favorable” enunciada en el párrafo 1) del artículo VII de dicho instrumento, en la recomendación se aclara que debería permitirse “a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje” (CNUDMI. 2008, p. 31).

⁹⁹ Artículo. 69. El “acuerdo de arbitraje” es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito:

a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

b) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se entenderá cumplido con una comunicación electrónica si la información contenida en ella es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

c) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando 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.

d) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Sobre las formas de otorgar el consentimiento en un acuerdo arbitral Gómez (2018) ha planteado:

Por sabido se tiene que el consentimiento puede ser expreso o tácito. En el caso de consentimiento expreso, ninguna duda se cierne sobre la aceptación del pacto arbitral, dada la claridad con la que emerge la conformidad. En relación con el consentimiento tácito, se busca a través de este inferir ciertos actos o conductas que conduzcan a vincular al sujeto con el interés negocial. Si es posible encontrar sujetos no firmantes del contrato redargüido, bien puede acontecer que estos han tomado parte ora en su negociación, ora en su ejecución e incluso en su resolución o liquidación, o que se encuentren influenciados en las diversas vicisitudes que pueden surgir con ocasión del contrato que contiene la cláusula, o estén asociados a sus efectos (p. 27).

Por último, resulta importante recordar que el pacto sólo podría extenderse sobre las materias previstas por las partes en el acuerdo arbitral, puesto que, como dispone la Ley 1563 de 2012, en el acuerdo arbitral las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que surjan o puedan surgir entre ellas en una determinada relación jurídica, por lo que los árbitros carecerán de competencia para conocer cualquier asunto no contemplado en el pacto arbitral.

3.1.2. El arbitraje internacional frente a la contratación conexa

Siguiendo con la relación entre el arbitraje internacional y la contratación conexa, a continuación, se abordará en primer lugar, cuando un supuesto de arbitraje se encuentra inmerso en un caso de contratación conexa y posteriormente se analizará el efecto más estudiado en la literatura en estos casos, el cual es la posibilidad de extender el pacto arbitral a terceros no signatarios del mismo en virtud de la vinculación contractual.

Pluralidad de contratos diferentes. El pacto arbitral es un negocio jurídico autónomo que no requiere de pluralidad de contratos para producir efectos, puesto que, es posible que el pacto arbitral verse sobre un único contrato o inclusive, que exista un pacto arbitral que no recaiga sobre relación contractual actual¹⁰⁰, por lo que, no en todos los supuestos en los que se celebre un pacto arbitral se estará frente a una pluralidad de contratos diferentes, y en consecuencia, no en todas la ocasiones será aplicable la teoría de la contratación conexa.

No obstante, pueden presentarse muchos supuestos donde un pacto arbitral sí se encuentre inmerso en un supuesto fáctico con una pluralidad de contratos distintos¹⁰¹, por lo que, sólo cuando se cumpla este requisito, será posible entrar a estudiar si en el caso concreto existe una vinculación contractual a través de un nexo funcional.

Nexo funcional. De igual forma que sucede con la pluralidad de contratos, no en todos los casos en los cuales se presente un pacto arbitral y una pluralidad de contratos diferentes existirá un nexo funcional entre estos, de hecho, es posible plantear que el pacto arbitral es un negocio jurídico cuya naturaleza le impide estar vinculado a contratos, lo anterior, en el entendido que el principal efecto de la conexidad contractual es la propagación de las vicisitudes de un contrato a los demás contratos vinculados fruto de la dependencia entre estos, efecto que no es predicable frente al pacto arbitral como consecuencia de la autonomía del pacto arbitral,

¹⁰⁰ Sobre este tema, la Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 dispone en el numeral I del artículo II: 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. (subrayas fuera del artículo original).

En este mismo sentido dispone la Ley 1563 de 2012 en su sección de arbitraje internacional en su artículo 69: El “acuerdo de arbitraje” es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente. (subrayas fuera del artículo original).

Revisar sobre esto las normas de la Ley de arbitraje colombiano

¹⁰¹ Verbigracia los laudos arbitrales del 3 de agosto del 2000 entre Carlos Arturo Camelo Caldas y otros y sociedad Duarte Guterman y Cía. Ltda. contra Santander Investment Trust Colombia S.A., Sociedad Fiduciaria; 17 de junio de 2005 entre la Fiduciaria Integral S.A., en liquidación contra Luis Eduardo Herrera Pulido; 23 de octubre de 2008 entre Gómez Estrada Construcciones S.A. - GECSA contra Fiduciaria de Occidente S.A. Fiduoccidente S.A.

consagrada en materia de arbitraje internacional en el segundo párrafo del artículo 79 de la Ley 1563 de 2012¹⁰².

En virtud de lo anterior, en cada caso será necesario constatar la existencia, por un lado, de un pacto arbitral junto con las controversias sometidas a arbitraje en él, en virtud de que es pacto arbitral el que le otorga la competencia a un tribunal arbitral para conocer sobre un caso particular y al ser cada pacto arbitral diferente como consecuencia de la voluntad de los signatarios del mismo, el cual, será un limitante para las relaciones jurídicas sobre las que pueda fallar el tribunal arbitral; y por el otro lado, de un supuesto de contratación conexa, a través de la verificación de la presencia de una pluralidad de contratos diferentes vinculados a través un nexo funcional¹⁰³.

Efectos de la contratación conexa frente al pacto arbitral. En materia de arbitraje frente a la conexidad contractual, ha sido analizado en la literatura el efecto de la extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios.

Este efecto, consiste en extender el pacto arbitral a terceros que no han participado de su celebración, en virtud de la operación económica global que los vincula en un grupo de contratos, de forma tal, que sus conflictos sean resueltos a través de la figura arbitral. Lo anterior, con miras a (I) respetar la voluntad de los sujetos de considerar a un no signatario como parte en el marco de la complejidad de los negocios y operaciones comerciales y (II)

¹⁰² Artículo 79. (...) El acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje.

¹⁰³ Una vez constatadas la existencia de un pacto arbitral junto con las controversias sometidas a arbitraje en él y una pluralidad de contratos diferentes vinculados a través de un nexo funcional, el tribunal arbitral deberá decidir sobre su competencia en el caso concreto de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012, analizando si dentro de las relaciones jurídicas sometidas a acuerdo arbitral se encuentra incluido de alguna forma el grupo de contratos o la controversia específica que motiva el comienzo del proceso arbitral.

evitar decisiones contradictorias sobre un mismo caso, tornando nugatorio el arbitraje y frustrando la ejecución del laudo arbitral (Gómez, 2018. pp. 23-24).

Este efecto aún no ha sido reconocido formalmente, por lo cual, para aplicarse tendrá que cumplir con las normas de derecho escogidas por las partes de conformidad con el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012, entre estas normas, se destaca el principio de voluntariedad, el cual, limita la posible extensión del pacto a terceros no signatarios vinculados a través de un grupo de contratos, puesto que, es posible que alguno de ellos, a lo largo del iter contractual, no haya otorgado su voluntad o incluso han otorgado una voluntad expresamente negativa frente al pacto y como expuso la Corte Constitucional:

Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de litigios afecta la legitimidad, tanto del tribunal arbitral, como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia. De tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal instituto, y no de una imposición que afecte su libertad negocial (C. Const. Sentencia C-170/2014).

En virtud de lo expuesto, la voluntad (expresa o tácita), se configura como el elemento relevante para extender el pacto arbitral a un tercero no signatario, puesto que, en los casos donde se encuentre viciada la voluntad, se afectarán la legitimidad del tribunal arbitral y las decisiones tomadas por este, incluyendo el laudo arbitral¹⁰⁴.

¹⁰⁴ En los supuestos de vinculación contractual, la voluntad podrá ser otorgada de diversas formas a la luz del precitado artículo 69 de la Ley 1563 de 2012, incluyendo una comunicación electrónica que se encuentre disponible para su ulterior consulta; en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la

Frente a la extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios en una situación de contratación conexas y la aplicación del efecto relativo de los contratos, han sido postuladas diversas posiciones:

La primera considera la contratación conexas como una excepción al efecto relativo de los contratos, según este planteamiento, cuando se presente la contratación conexas el efecto relativo de los contratos no tendrá aplicación, pese a que, esta última, continúa siendo la regla general.

Dicha postura es apoyada por Gómez (2018), el cual, expone:

En el presente estudio tomamos como punto de partida la necesaria referencia a la noción de los efectos relativos del contrato, para concluir que el fenómeno de la conexidad contractual es una excepción al principio. Así, sostenemos que el postulado de la buena fe, la teoría de los actos propios y el principio de la tutela judicial efectiva pueden ser tomados como criterios válidos, que buscan darle operatividad a la extensión del pacto del arbitral, en el entendido de que lo pretendido es evitar decisiones contradictorias en un mismo caso, que hagan nugatorio el arbitraje y frustren las expectativas de ejecución del laudo (p. 9).

Para luego concluir que “el único límite a la extensión del convenio arbitral en un grupo de contratos vendría dado por la existencia de una voluntad contraria de las partes contratantes, que de manera inequívoca excluya la eficacia del pacto” (Gómez, 2018. p. 29).

En segundo lugar, se encuentra la postura que plantea que es necesario modificar el concepto de tercero y parte en el contrato, bajo el entendido de que “no se considere en la misma situación al verdadero tercero (*penitus extranei*) y a quien ha celebrado un acuerdo conexas” (Ariza, 1997, p. 9).

existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra; y en la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Esta posición fue adoptada en el laudo arbitral de Carlos Arturo Camelo Caldas y otros y sociedad Duarte Guterman y Cía. Ltda. vs. Santander Investment Trust Colombia S.A., Sociedad Fiduciaria del 3 de agosto del 2000, en el cual, el tribunal arbitral expuso:

Se ha discutido en el presente proceso si los oferentes o fideicomitentes de inversión pueden ser considerados como “partes” del contrato de fiducia, pues pretende la convocada que estos inversionistas no tienen tal calidad y, en consecuencia, no pueden invocar la cláusula compromisoria contenida en la escritura 2294, por lo que carecería de competencia este tribunal para conocer del asunto sometido a su consideración.

Por estimar que tal punto es fundamental para el alcance del laudo, y en muchos otros en que se pueda debatir el argumento expresado por la convocada, este tribunal, no obstante la posición predominante de considerar que el beneficiario del contrato de fiducia es un tercero, deja plasmada su inquietud para que se revise dicha posición y, en su lugar, se entienda que en los contratos de fiducia mercantil el beneficiario del mismo, con o sin adhesión expresa al contrato de fiducia, por regla general, debe ser considerado como parte principal de dicho contrato y, en consecuencia, puede invocar el uso de la cláusula compromisoria que allí se estipule (pp. 12-13).

El referido tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2000), frente a los argumentos de la parte demanda que argumentaba la independencia del contrato de fiducia contenido en la escritura 2294 de fecha 9 de junio de 1998 y los contratos de oferta comercial suscrito con los fideicomitentes de adhesión, consideró:

Revisado el contenido del contrato de fiducia contenido en la escritura 2294 y del contrato de oferta de inversión suscrito con cada uno de los fideicomitentes de inversión, así como el contenido de las declaraciones rendidas en el proceso y, en especial, la declaración de parte del representante legal de Santander Investment Trust, se concluye

que si bien los documentos en mención son físicamente diferentes y con un texto distinto, no pueden ser descalificados ligeramente por la propia parte que los elaboró y gestionó, como para pretender hacer creer que son dos negocios diferentes los cuales nada tienen que ver uno con otro.

Por el contrario; la conclusión a la que llega este tribunal es que, aun siendo contratos diferentes, son conexos y consecuenciales, conformando unos con otros un solo negocio, que se rige por las mismas reglas y condiciones y vinculados esencialmente por un interés común de quienes en él participan (p. 11).

En virtud de lo expuesto y de la imposibilidad de acceder públicamente a la gran mayoría de laudos arbitrales expedidos, resulta claro que no existe consenso respecto del tratamiento del efecto relativo de los contratos en el arbitraje internacional cuando se presenta un caso de contratación conexa, discusión que se encuentra abierta en la actualidad.

3.2. La fiducia inmobiliaria

Para poder presentar la propuesta de la fiducia inmobiliaria como un posible escenario de contratación conexa será necesario establecer una caracterización de ese negocio jurídico. Seguidamente, se centrará la atención en las partes que intervienen en el negocio y finalmente, se estudiará el escenario de la fiducia inmobiliaria como un supuesto de contratación conexa respecto a la pluralidad de contratos y a la finalidad común, para terminar con los posibles efectos que esta propuesta tendría.

3.2.1. Conceptualización de la fiducia inmobiliaria

Partiendo de lo consagrado en el artículo 1226¹⁰⁵ y siguientes del Código de Comercio y de la información consagrada en la circular Básica Jurídica No. 29 de la superintendencia

¹⁰⁵ Artículo 1226. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a

financiera de Colombia (2014), la fiducia inmobiliaria es un negocio fiduciario que tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato. En este negocio intervienen un fideicomitente o constituyente y una sociedad fiduciaria o simplemente fiduciario(a), al cual se le transfieren los bienes para ser administrados en desarrollo del proyecto de construcción (Baena, 2017, p. 34) para la posterior enajenación de las unidades inmobiliarias resultantes a favor del mismo constituyente o de beneficiarios distintos al mismo.

En la fiducia inmobiliaria para desarrollar un proyecto de construcción, como en cualquier fiducia mercantil, existe una transferencia de determinados bienes al fiduciario para cumplir con la finalidad indicada por el constituyente, los cuales configuran un patrimonio autónomo, de la forma en la que lo prescribe el artículo 1233 del Código de Comercio. Estos bienes transferidos al patrimonio autónomo, los cuales quedan en cabeza de la sociedad fiduciaria son principalmente los recursos y el lote de terreno en el que se va a edificar la construcción, pero también se incluyen los planos, las licencias, los presupuestos, la obra civil de construcción, los dineros provenientes de los establecimientos de crédito financiadores y de los terceros interesados en adquirir las respectivas unidades inmobiliarias y todo lo demás que pueda formar parte de dicho patrimonio autónomo (Baena, 2017, p. 186).

Respecto a las partes de la fiducia inmobiliaria, existen un constituyente (también denominado fiduciante o fideicomitente) y un fiduciario (también denominado sociedad fiduciaria) quienes celebran inicialmente el negocio, sin embargo, en el acto puede participar el beneficiario (fideicomisario) cuando no es el mismo constituyente (Bonivento, 2005, p. 309).

administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

En este sentido es claro que se comparte la estructura tripartita usada tradicionalmente para esquematizar cualquier contrato de fiducia mercantil, pues como lo explica Rodríguez Azuero (2016):

(...) el acuerdo supone una estructura triangular donde solo la presencia del constituyente y del fiduciario es necesaria para perfeccionarlo y los derechos del beneficiario son el resultado de una estipulación en su favor, aunque nada obsta para que pueda hacer parte del acuerdo inicial (p. 86).

El constituyente o fideicomitente inicial es quien celebra el contrato de fiducia inmobiliaria, básicamente es quien realiza el encargo fiduciario y puede estar constituido por personas distintas que integran el negocio en su celebración. En este sentido, los fideicomitentes iniciales pueden ser los tanto aportantes que transfieren el lote de terreno donde se construirá el proyecto inmobiliario, como los promotores que diseñan, financian y desarrollar el proyecto, además de comercializar las unidades inmobiliarias, así también los gerentes que vigilan, controlan e inspeccionan el proyecto para que se desarrolle de acuerdo a las normas, y los desarrolladores o constructores que adelantan la construcción del proyecto (Baena, 2017, p. 190).

Otro de las partes del negocio es la sociedad fiduciaria, encargada de gestionar profesionalmente el patrimonio autónomo conformado por el proyecto, haciendo una asignación controlada de los recursos y los bienes, siempre intentando que se cumplan con las condiciones del encargo. Sobre esta sociedad fiduciaria recaen una serie de obligaciones concernientes a la correcta administración y asignación de los recursos y los bienes que integran el patrimonio autónomo, además de la obligación de cumplir con el encargo dado por el contrato de fiducia para entregar las unidades resultantes del proyecto.

Así pues, inicialmente el contrato de fiducia inmobiliaria es celebrado por el constituyente o fideicomitente inicial y la sociedad fiduciaria, sin embargo, posterior a la celebración del negocio se pueden adherir terceros como beneficiarios de la fiducia inmobiliaria, conocidos

también como ‘beneficiarios de área’, que a través del pago de un precio se convertirán en futuros propietarios de las unidades inmobiliarias o de los derechos fiduciarios resultantes del proyecto, bien sean viviendas, oficinas o espacios comerciales. Cierta sector de la doctrina los ha identificado dentro de los agentes que intervienen, distintos de los fideicomitentes iniciales, como fideicomitentes adherentes, también tratados como “terceros inversionistas” o “beneficiarios de área” del proyecto (Baena, 2017, p. 187).

El beneficiario de área se vincula al proyecto a través del aporte de recursos que hace con el fin de obtener la entrega material de un bien resultante del proyecto, así como la transferencia del derecho real dominio o del beneficio fiduciario sobre la unidad inmobiliaria acordada. Su vinculación se da mediante un contrato generalmente de adhesión, pues casi nunca se puede disponer su negociación, y los beneficiarios sólo se adhieren a las condiciones previamente determinadas por la sociedad fiduciaria y los fideicomitentes iniciales.

Actualmente no existe una postura uniforme sobre la posición jurídica que ocupa este fideicomitente adherente o beneficiario de área en el contrato de la fiducia inmobiliaria. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han discurrido entre admitirlo como parte del contrato, y por lo tanto, reconocer su titularidad directa de derechos y obligaciones, o reconocerlo como un tercero interesado beneficiario de una estipulación en su favor, y así limitar sus derechos a los de dicho beneficiario del negocio con estipulación a favor de otro. Tradicionalmente, la jurisprudencia nacional ha reconocido al beneficiario de área como un mero interesado, a quien no puede considerarse como parte en el contrato. Así, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

En estricto sentido el beneficiario no es parte en el contrato, pues siendo éste bilateral son el fideicomitente y la compañía fiduciaria entre quienes se acuerdan los términos del contrato y quienes se obligan con deberes y obligaciones, entonces el beneficiario

interviene únicamente como favorecido de los mandatos conferidos a la compañía fiduciaria. (CSJ, Civil, 1 jul. 2009, 2000-00310-01)

Sin embargo, en virtud de los posibles efectos que puede tener la propuesta de la fiducia inmobiliaria como supuesto de contratación conexa, se puede dar una respuesta diferente a la discusión sobre la calidad jurídica del beneficiario de área respecto a la fiducia inmobiliaria, como se expondrá a continuación.

3.2.2. La fiducia inmobiliaria frente a la contratación conexa

La referida discusión sobre la posición jurídica del beneficiario de área plantea además otras problemáticas, pues de esta depende a su vez el tipo de acciones y remedios que puedan utilizarse en caso de presentarse algún problema con la ejecución del proyecto. Así como también existen dificultades respecto al régimen de responsabilidad aplicable en caso de que se presenten daños que se puedan generar en las múltiples relaciones que existen en el proyecto, incluyendo el alcance o limitación de la misma responsabilidad de los interesados.

Para resolver los anteriores problemas planteados, este apartado abordará los proyectos de construcción de obras civiles que se desarrollan a través de una fiducia inmobiliaria, como un supuesto de contratación conexa y sus posibles efectos, recordando que la contratación conexa se configura, como se expuso, si confluyen una pluralidad de contratos diferentes, y nexo funcional que les sirva como medio de vinculación tanto económica como jurídica.

Pluralidad de contratos diferentes. En primer lugar, debe constatarse dentro del negocio complejo de la fiducia inmobiliaria la existencia de varios contratos relacionados al proyecto aparte del propio contrato de fiducia mercantil, que, a pesar de conservar su naturaleza y autonomía, se encuentren unidos a la fiducia inmobiliaria a través de un nexo funcional.

López (1992), al abordar el tema de la construcción y venta de inmuebles como operación económico-jurídica, ha indicado que el contrato de obra entre el comitente y contratista y el de

compraventa que se celebra con los adquirientes de las unidades son los principales contratos en esta operación económica. Sin embargo, plantea la posible existencia de otro tipo de contratos, como lo pueden ser “(I) un contrato de obra o de prestación de servicios con algunos técnicos (arquitectos, aparejador, ingenieros) y (II) el encargo por parte del contratista a uno o más subcontratistas para la edificación parcial o total de la obra” (p. 248), resaltando que todos estos contratos tienen como finalidad última la edificación del inmueble que luego será adquirido por terceros.

Es necesario aclarar que López Frías no incluye el supuesto en que el proyecto de construcción se desarrolla a través de una fiducia inmobiliaria, sin embargo, los supuestos son asimilables, siempre que la finalidad perseguida es la edificación del proyecto para la enajenación de las unidades resultantes.

Utilizando la fiducia inmobiliaria como medio para la realización de proyectos de construcción particularmente, es posible distinguir cierta pluralidad de contratos distintos a la fiducia mercantil concluidos durante el desarrollo del proyecto, dentro de los que se pueden destacar: (I) el contrato de fiducia mercantil, entre el o los fideicomitentes iniciales y la sociedad fiduciaria; (II) el contrato de vinculación, entre el promotor del proyecto y la sociedad fiduciaria y los interesados en adquirir inmuebles resultados del proyecto; (III) el contrato de crédito entre el promotor del proyecto y un establecimiento de crédito; (IV) un acuerdo previo entre el promotor del proyecto y la sociedad fiduciaria, en la cual el promotor (o alguno de sus empresas subordinadas) asume el papel de constructor y el de gerente de proyecto de la obra; (V) el contrato de construcción, cuando el constructor no está subordinado al promotor; así como (VI) el contrato de interventoría del proyecto, entre otros que puedan surgir dependiendo de cada caso (Baena, 2017, p. 38).

No se puede olvidar que la multiplicidad de contratos presenta una estrecha vinculación jurídico-económica ya que persiguen un objetivo común, y todos los contratos celebrado “se

determinan y justifican con relación al contrato de fiducia inmobiliaria celebrado entre la sociedad fiduciaria y el promotor/constructor del proyecto (fideicomitente)” (Baena, 2017, p. 38).

Nexo funcional. En el caso de la fiducia inmobiliaria comparecen distintos agentes que se reúnen para lograr un resultado común (Rodríguez, 2005, p. 449), el cual se puede enmarcar en el desarrollo de un proyecto de construcción para la posterior enajenación de unidades inmobiliarias.

Baena (2017), explica que, en cada uno de los contratos que hacen parte del grupo de contratos de la fiducia inmobiliaria para el desarrollo de proyectos de construcción existen unos objetos particulares, dados por los intereses propios los participantes en el negocio y los elementos de existencia y validez de cada contrato celebrado, y una finalidad común o global.

El objeto particular depende entonces de cada contrato celebrado como, por ejemplo, en el contrato de fiducia mercantil estará estipulada la administración de los recursos y la transferencia de los bienes a los beneficiarios de área, mientras que en los contratos de vinculación de los beneficiarios de área se buscará precisamente la enajenación de los inmuebles resultado de la construcción (pp. 204-214).

Sin embargo, todos se integran dentro del negocio complejo con el objetivo de aunar esfuerzos y organizar recursos a través de acuerdos jurídicos para desarrollar el proyecto y beneficiarse económicamente de él (Rodríguez, 2005, p. 449).

Es así como en el negocio de fiducia inmobiliaria existe un nexo funcional que vincula a los diferentes contratos a través de una finalidad económica común o global, el cual, consiste en el desarrollo de un proyecto de construcción en el que las unidades inmuebles resultantes del proyecto se enajenen a terceros (Baena, 2017); en palabras del profesor Rodríguez Azuero (2005), se trata de “desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades resultantes a los compradores interesados” (p. 449).

En conclusión, la finalidad global y común a todos los contratos que hacen parte de la operación económico-jurídica en la que se enmarca el proyecto de construcción, será el desarrollo de un proyecto de construcción de inmuebles (ya sea para vivienda o para uso comercial) y la adquisición de dichas unidades inmuebles resultantes del proyecto por parte de las personas interesadas que aporten los recursos necesarios para la adquisición de esos bienes, para lo cual se celebran una pluralidad de contratos entre distintas partes, siendo visibles el de fiducia mercantil celebrado entre fideicomitente inicial y sociedad fiduciaria, así como el de vinculación y enajenación de las unidades resultantes celebrado entre la sociedad fiduciaria y los interesados en adquirirlas, entre otros más que puedan surgir. Por todo lo anterior, es claro que la fiducia inmobiliaria cumple con los presupuestos que dan lugar a la configuración de la regla de la contratación conexa, esto es, le asiste una pluralidad de contratos diferentes y un nexo funcional que los vincula.

Efectos de la contratación conexa frente a la fiducia inmobiliaria. Como consecuencia de lo anterior, resulta posible aplicar los efectos de la conexidad contractual a este tipo de negocios jurídicos. En este sentido, De la Madrid (como se cita en Baena, 2017), ha planteado que:

Desde el punto de vista sustancial, los efectos que caracterizan esta figura se relacionan con ‘[...] la propagación de la ineficacia de un contrato a los demás, los problemas relativos a [...] la interpretación de un contrato considerando el contenido del resto, y el tema de [...] la responsabilidad civil’ (p. 41).

En este orden de ideas, se puede plantear que en este clase de negocios a) los contratos que integran la red deben ser interpretados en su conjunto para atribuirles un sentido y unos efectos que concuerden con la operación económica y la finalidad global de obtener la enajenación de unidades inmobiliarias resultantes del proyecto, b) la ineficacia que se genere en uno de los contratos puede llegar a afectar toda la red contractual si se comprueba que esto hace imposible

alcanzar la finalidad común del proyecto inmobiliario, y c) los intervinientes pueden ejercer acciones de responsabilidad contractual contra otros con quienes no celebraron un contrato, pues a pesar de no ser su contraparte negocial, sí son partes en otros contratos vinculados a éste en función del negocio único.

Por último, frente al efecto relativo de los contratos y la conexidad contractual en la fiducia inmobiliaria, no existe un consenso en su tratamiento, por lo que la fiducia inmobiliaria podría ser (I) una excepción a la relatividad de los contratos o (II) un supuesto en el cual debe replantearse el concepto de tercero y parte contractual, bajo el entendido que el beneficiario de área no es un tercero relativo respecto de dicho contrato, por lo cual, este podría ser tratado como parte asimilada del contrato o como un partícipe del negocio único.

3.3. Las relaciones de consumo

3.3.1. Conceptualización de las relaciones de consumo

En la actualidad, la mayoría de los ordenamientos jurídicos poseen una normativa de protección al consumidor, que regula las fases precontractuales y contractuales en las que se ven implicados los consumidores. La categoría de contrato de consumo surgió en el siglo XX y es aceptada como una categoría contractual especial, la cual merece un estudio por separado (Villalba, 2011, p. 174).

En el ordenamiento jurídico colombiano, la importancia del derecho del consumidor fue elevado a rango constitucional por medio del artículo 78 de la Constitución Política de 1991¹⁰⁶, anteriormente el Decreto 3466 de 1982 regía lo relativo a la idoneidad, calidad, garantías,

¹⁰⁶ Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

marcas, leyendas, propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, entre otras disposiciones, no obstante, esta fue derogada tácitamente por el artículo 84 de la Ley 1480 de 2011¹⁰⁷.

Actualmente, las relaciones económicas entre productores, proveedores y de negocios se encuentran principalmente reguladas en el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, el cual, según el artículo 2¹⁰⁸, regula los derechos y las obligaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente. La aplicación de esta norma se restringe a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía donde no exista una regulación especial.

En relación con las relaciones de consumo y la Ley 1480 de 2011, la Corte Constitucional ha manifestado:

La ley 1480 de 2011 tiene un contenido temático inequívoco: la adopción de un régimen de protección al consumidor. Ello resulta claro (i) del título de la ley en el que se anuncia que “*Se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”; (ii) de los principios generales definidos en el artículo 1º, en los que se destaca como objetivo de ley, la protección, promoción y garantía de la efectividad y libre ejercicio de los derechos de los consumidores; (iii) del objeto de la ley, precisado en el artículo 2, conforme al cual sus normas regulan los derechos y obligaciones que surgen entre proveedores, productores y consumidores, de modo tal que las normas contenidas en la ley son

¹⁰⁷ Artículo 84. La presente ley entrará en vigencia seis (6) meses después de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

¹⁰⁸ Artículo 2. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.

aplicables a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía, salvo la existencia de un régimen especial (C. Const. Sentencia C-896/2012).

Por su parte, la cantidad de materias abarcadas por el derecho del consumidor resulta bastante amplio, al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-1141 de 2000 expuso:

Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).

Como consecuencia de lo anterior, el Estatuto del Consumidor regula una gran cantidad de materias¹⁰⁹, generando una gran cantidad de derechos y deberes a los consumidores, sin

¹⁰⁹ El Estatuto del Consumidor se ocupa de establecer reglas referidas a: “(i) la calidad, idoneidad y seguridad de los productos -artículo 6-, (ii) las garantías a cargo de todo productor y proveedor (artículos, 7, 8, 9 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18); (iii) la responsabilidad de productores y expendedores por productos defectuosos -artículos 19, 20, 21 y 22-; (iv) los deberes asociados al suministro de información a los consumidores por parte de proveedores y productores -artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 28-; (v) las características y efectos de la publicidad -artículos 29, 30, 31, 32, 33-; (vi) el régimen de validez, interpretación y efectos de las relaciones y disposiciones contractuales en las relaciones de consumo y contratos de adhesión -artículos 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 41, 42, 43, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 82 y 83-; (vii) las acciones y procedimientos jurisdiccionales para la protección de los intereses de los consumidores -artículos 56, 57 y 58-; (viii) las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio así como de las alcaldías en materia de protección del consumidor -artículos 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65-; (ix) el subsistema nacional de calidad -artículos 66. 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 74-; (x) la Red Nacional de Protección al Consumidor, al Consejo Nacional de protección al Consumidor y a las políticas sectoriales para la protección de los derechos de los consumidores -artículos 75 y 76-; (xi) el ejercicio de competencias disciplinarias por el incumplimiento de las funciones asociadas con la aplicación del régimen de protección del estatuto del consumidor -artículo 77-; (xii) la competencia de la Superintendencia para cobrar tasas por los servicios de instrucción, formación, enseñanza o divulgación que desarrolle en asuntos relacionados con protección al consumidor, propiedad industrial y protección de la competencia -artículo 78-; (xiii) la reglamentación de las ligas y asociaciones de consumidores -artículo 81-; y (xiv) su vigencia, así como las derogatorias -artículo 82-” (C. Const. Sentencia C-896/2012).

embargo, en este texto sólo se abordará la garantía por calidad, idoneidad y seguridad de los bienes y servicios; y la responsabilidad por producto defectuoso, por ser las figuras estudiadas a la luz de la conexidad contractual en otros países.

Las partes en la Ley 1480 de 2011, son principalmente los productores, proveedores y consumidores¹¹⁰, al respecto, es posible deducir con base en el numeral 3 del artículo 5 de la precitada norma, que el consumidor no necesariamente tiene que ser el comprador del producto, puesto que dicha norma dispone que el consumidor será no sólo quien adquiera, sino también el que disfrute o utilice un determinado producto, de forma tal, que, si bien muchas veces concurren en un mismo sujeto las calidades de adquirente y consumidor de un producto, dichas calidades no pueden ser considerados sinónimos (Ossa, 2013a, p. 425).

Continuando con el artículo 6 del Estatuto del Consumidor, éste consagra la obligación de todo productor o proveedor de asegurar la calidad, idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca en el mercado, cuyo incumplimiento, acarrea tres tipos de responsabilidad, (I) responsabilidad por garantía; (II) responsabilidad administrativa y (III) responsabilidad por productos defectuosos¹¹¹.

¹¹⁰ Para el Estatuto del Consumidor se reputan productores, proveedores y consumidores las siguientes personas:
Artículo 5: Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...)

3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

(...)

9. Productor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.

(...)

11. Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.

(...).

¹¹¹ Espinoza (2015), define estos tipos de responsabilidad de la siguiente forma:

a. Responsabilidad por garantía: responsabilidad solidaria entre productor y proveedor frente al consumidor, por la falta de calidad, idoneidad y seguridad en los productos que ofrecen en el mercado. Permite al consumidor, cuando se trata de bienes, solicitar la reparación o el cambio del producto; en el caso de los servicios, solicitar la prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado, y en los dos casos, el reembolso del dinero pagado. Se puede hacer valer ante la jurisdicción ordinaria y ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
b. Responsabilidad administrativa: responsabilidad individual en cabeza del empresario que haya incumplido con la obligación de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que ha puesto en circulación. En

La primera de las responsabilidades que establece la Ley 1480 de 2011 en su artículo 6, es la responsabilidad por garantía, esta se encuentra regulada entre los artículos 7¹¹² y 18 de la Ley 1480 de 2011, y a su vez se encuentra reglamentada por el Decreto 735 de 2013.

De la definición de garantía legal, puede desprenderse que ésta es una obligación de origen legal a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

La garantía de calidad consiste en que el producto adquirido efectivamente posea las características, componentes o propiedades que son ofrecidas o inherentes al bien o servicio adquirido, disfrutado o utilizado, es decir, que el producto sea efectivamente lo que se ha ofrecido o lo que debe ser en virtud de su naturaleza; por su parte, la garantía de idoneidades es aquella según la cual el producto adquirido funcione para lo que ha sido producido, distribuido o comercializado, en otras palabras, que tenga las aptitudes necesarias para satisfacer las necesidades para las que se puso en el mercado; por último, la garantía de seguridad es la garantía de que el producto, en situaciones normales de uso, no sea irrazonablemente peligroso, es decir, que no conlleve riesgos irracionales a la salud o integridad de los consumidores, razón por la cual la doctrina y jurisprudencia han acuñado el término producto defectuoso, para referirse a los bienes o servicios que no cumplen con la referida

este caso, no se responde frente a los consumidores sino frente a la Administración. Previa investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer al productor o proveedor las sanciones establecidas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011. En ciertos casos, están facultados igualmente los alcaldes para ejercer las funciones de control y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el artículo 62 de la misma ley.

c. Responsabilidad por productos defectuosos: responsabilidad solidaria frente al consumidor, a cargo del productor y el proveedor, debido a la ausencia de seguridad en los productos que ponen en circulación. Para el consumidor, se traduce en una pretensión indemnizatoria de los perjuicios ocasionados por productos defectuosos en su persona y sus bienes, que se hace valer a través de una acción jurisdiccional únicamente ante la jurisdicción ordinaria, sea individualmente, sea a través de una acción de grupo”.

¹¹² Artículo 7. Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

Parágrafo. La entrega o distribución de productos con descuento, rebaja o con carácter promocional está sujeta a las reglas contenidas en la presente ley.

seguridad que se espera de él, bien sea por su incorrecto diseño, mala fabricación o presentación indebida (Ossa, 2013b, p. 240).

En virtud del artículo 8 del Estatuto del Consumidor, el término durante el cual es exigible la garantía varía para cada producto, siendo en principio, el dispuesto por la ley o la autoridad competente; a falta de una disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor, a falta de anuncio por parte de estos, el término será de 10 años para la estabilidad de la obra de los bienes inmuebles, 1 año para los acabados de los mismos, 1 año para los productos nuevos, 3 meses en los productos usados y 3 meses para la prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo, no obstante, en los últimos dos casos, será posible vender los productos sin garantía, pero esta situación deberá ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor y el productor o proveedor podrá otorgar por escrito una garantía suplementaria de acuerdo a los artículos 13 y 14 del Estatuto del Consumidor¹¹³.

La garantía legal conlleva una gran cantidad de prestaciones establecidas principalmente en el artículo 11 del Estatuto del Consumidor, para hacerse efectiva deberá realizarse una reclamación directa al productor o proveedor de conformidad a lo establecido en el numeral 5 del artículo 58 del Estatuto del Consumidor, para lo cual, el productor o proveedor tendrá un término de quince (15) días hábiles para dar respuesta, en el cual, deberá aportar todas las pruebas en las que se basa para contestar y podrá ejercer las excepciones de fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero, uso indebido del bien por parte del consumidor o que el consumidor no atendió las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto.

¹¹³ El término de la garantía comenzará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor, se suspenderá mientras el consumidor esté privado del uso del producto con ocasión de la efectividad de la garantía y se interrumpirá cuando se produzca el cambio total del producto por otro, en el caso de que se cambie una o más piezas o partes del bien, éstas tendrán garantía propia, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 1480 de 2011.

En el caso de que la respuesta sea negativa, o si la atención, la reparación, o la prestación realizada a título de efectividad de la garantía no resulta satisfactoria, el consumidor podrá acudir ante el juez competente o la Superintendencia de Industria y Comercio a través de una acción de protección al consumidor tramitada a través de un proceso verbal sumario, con observancia de las normas especiales de los artículos 57 y 58 del Estatuto del Consumidor y el Decreto 735 de 2013.

Para finalizar, un aspecto en la que la garantía legal del Estatuto del Consumidor resultó más restrictiva que la normatividad anterior, fue la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en la acción de protección al consumidor, lo anterior, puesto que en el Decreto 3466 de 1982, era posible hacer efectiva la garantía según el caso y solicitar la indemnización de perjuicios ocasionados¹¹⁴, sin embargo, en la Ley 1480 de 2011, no se encuentra contemplada la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en la acción de protección al consumidor y por lo tanto, se tendrá que acudir ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 735 de 2013¹¹⁵

En virtud de lo anterior, se habría establecido una dualidad de procedimientos, si el consumidor desea que le reparen el bien, le devuelvan el precio o le presten servicio en la manera estipulada, deberá hacer valer la garantía legal por el proceso especial de protección al consumidor, pero si pretende que le indemnicen cualquier forma de perjuicio adicional, tendrá que acudir a la jurisdicción a través de un proceso declarativo de responsabilidad civil, por lo general uno de responsabilidad por producto defectuoso (Ossa, 2013b, p. 259).

¹¹⁴ Artículo 29 del Decreto 3466 de 1982: En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13o. del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

¹¹⁵ Artículo 22: 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.

La siguiente de las responsabilidades consagradas en el Estatuto del Consumidor, es la responsabilidad por producto defectuoso, regulada entre los artículos 19 y 22 de la Ley 1480 de 2011.

De acuerdo con el artículo 20 del Estatuto del Consumidor el productor¹¹⁶ y el expendedor son solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, dentro de los cuales se incluyen (I) los que sufren una cosa diferente al producto defectuoso y la muerte o lesiones corporales, ambas causadas por el producto defectuoso, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

Para determinar la responsabilidad, se deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel¹¹⁷, mientras que, el productor o proveedor podrán exonerarse de responsabilidad probando la existencia de alguna de las causales previamente establecidas en el artículo 22 del Estatuto del Consumidor¹¹⁸.

¹¹⁶ Artículo 20: 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. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

Como daño, se entienden los siguientes:

1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso;
2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.

¹¹⁷ Artículo 21: Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.

Parágrafo. Cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico, se presumirá el defecto del bien.

¹¹⁸ Artículo 22: Sólo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;
3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;
5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;
6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

Parágrafo. Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse.

Para finalizar este tipo de responsabilidad, la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2000 manifestó:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge ex constitutione y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atingentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios. El productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado. En este caso, el mercado está constituido por los consumidores y usuarios. La responsabilidad de mercado –secundada por la Constitución y la ley–, no contractual, acredita la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo el concepto de consumidor o usuario.

3.3.2. Las relaciones de consumo frente a la contratación conexa

Las cadenas de contratos de la relación de consumo han sido ampliamente estudiadas a la luz de la conexidad contractual, no obstante, las relaciones de consumo se constituyen en una regulación mucho más amplia que la contratación conexa, puesto que regulan una gran cantidad de aspectos y efectos, algunos de ellos más allá de la teoría de la vinculación contractual.

Pluralidad de contratos diferentes. Desde el punto de vista económico, este negocio consiste en la salida de un producto al mercado, hecho que se suscita a iniciativa del fabricante, el cual, realiza la fabricación y/o la distribución de un bien o servicio y tiene como fin la adquisición de estos por los consumidores, generando una expectativa de ganancias para el productor y distribuidor (López, 1994. p. 201).

Por su parte, a través de una mirada jurídica, la distribución y venta de mercancías no suele llevarse a cabo a través de un único contrato, sino que son varios los que dan forma al proceso

de producción, lo que caracteriza estos supuestos, es la existencia de una cadena de compraventas que, generalmente se estructura de la siguiente forma: el fabricante vende al mayorista, éste al minorista y a su vez, este último vende el bien o servicio al consumidor (aunque el número de vendedores intermedios puede ser superior), de forma tal que, el protagonismo de la operación recae sobre el fabricante y el consumidor (López, 1994, pp. 201-204).

Para Arnau (2002), la fabricación y puesta en el mercado de un bien o servicio se muestra como una moneda de dos caras, el fabricante o productor al momento de fabricar un producto y posteriormente introducirlo en la cadena de distribución y comercialización, lo hace con el fin de alcanzar un objetivo económico, suceso que ocurre a iniciativa del fabricante y que tiene como finalidad última la adquisición del bien por los consumidores para lograr el referido objetivo económico; a pesar de que dicho fenómeno es unitario desde el punto de vista económico, desde la perspectiva jurídica, pierde su unidad, ya que, para el proceso de fabricación, distribución y posterior reventa por el minorista, es necesaria la celebración de una serie de contratos, por lo general de compraventa, los cuales se encuentran unidos formando una cadena, en la que cada eslabón se corresponde con una de las fases del proceso de producción y distribución (p. 216).

Nexo funcional. En este tipo de negocios ha sido planteado que el nexo funcional que vincula los diferentes contratos se fundamenta en la existencia una finalidad económica común, al respecto Frustagli (1996), expuso:

La verdadera significación de asignar efectos jurídicos a la vinculación contractual, en estos supuestos, se comprende cuando se advierte que el consumidor se sitúa en el extremo final de una cadena de negocios unidos por la existencia un objeto y una finalidad común. Es decir, que existe una sucesión de contratos orientados a la circulación y colocación en el mercado de los bienes producidos por el concedente o el franquiciante,

lográndose así la realización de la finalidad global perseguida por los integrantes del sistema de comercialización, sin perjuicio que también -a la vez- hallen satisfacción las necesidades de los consumidores (p. 50).

Al respecto Ariza (2002), consideró que a pesar de la falta de correspondencia entre las perspectiva formal o jurídica y la material o socioeconómica del fenómeno, entre los diferentes contratos que se necesitan para poner el producto en el mercado pueden encontrarse algunos nexos de unión, todas las ventas tienen un mismo objeto y contribuyen a lograr un resultado común, la llegada del producto hasta su destinatario final, el consumidor¹¹⁹. Dicha unidad de la operación y vinculación entre los contratos, puede observarse por medio de la pérdida de protagonismo del comerciante-vendedor, en la medida en que, cada vez más, el vendedor intermedio pierde relevancia en el proceso de producción y distribución, al mismo tiempo que se incrementa el contacto entre el fabricante y el consumidor, ambos elementos extremos de la cadena de contratos y verdaderos protagonistas de la operación, por encima de las personas que funcionan como vendedores intermedios, a pesar de que entre estos existe una relación contractual (p. 219).

De esta forma, “La operación jurídica considerada por las partes es igual en la relación y en el contrato: es la obtención de un producto o un servicio a cambio de un precio”¹²⁰ (Lorenzetti, 1998, p. 146).

¹¹⁹ En este mismo sentido López (1992), ha escrito:

Cada uno de los acuerdos que forma parte del proceso de puesta del producto en el mercado, presenta indudables lazos de unión con los demás: todas las ventas tienen un mismo objeto y contribuyen a alcanzar un resultado común, como es la llegada del producto hasta su destinatario final, el consumidor. De hecho, la venta de un determinado bien que hace el productor a un comerciante mayorista tienen lugar en buena parte porque posteriormente va a adquirir ese objeto otro comerciante, quien, por su parte, compra para revender. Y así sucesivamente, hasta llegar el producto al último y definitivo comprador (p. 202).

¹²⁰ Por su parte, Esborraz (2012), ha planteado:

Sin embargo, pensamos que lo que caracteriza a la cadena —y permite su cabal distinción con las demás formas de vinculación entre negocios— es la finalidad objetiva común, que se persigue a través de la conexión de cada uno de los contratos que la integran, esto es, la circulación o la distribución de bienes y servicios en el mercado. Esta causa abstracta, que no debe confundirse con los móviles de cada uno de los actos que se relacionan en la cadena, es la que determina la recíproca interdependencia entre ellos.

En virtud de lo expuesto, la finalidad económica común en las relaciones de consumo consiste en la colocación de bienes y servicios en el mercado, para la posterior adquisición de estos por los consumidores a cambio de un precio, buscando cumplir con unas expectativas de ganancias.

Efectos de la conexidad contractual frente a las relaciones de consumo. A pesar de que la materia ha sido poco abordada en Colombia por tener regulación expresa sobre el tema en la Ley 1480 de 2011, en la doctrina extranjera sí han sido estudiadas las relaciones de consumo a la luz de la contratación conexa¹²¹. El principal efecto de la vinculación contractual en este tipo de negocio ha sido la extensión de las acciones civiles más allá de un sólo contrato a través de una acción directa.

López (1992), describe el supuesto de este efecto en los siguientes términos:

Si se entiende (como es usual) que cada venta de la cadena constituye un contrato autónomo e independiente, cualquier reclamación de naturaleza contractual que quiera hacer el último comprador en relación con el bien adquirido deberá dirigirse a su contraparte, el comerciante que le ha vendido la cosa, al margen de que a éste le sea o no imputable la causa de la reclamación. El motivo de que no prospere en estos casos la pretensión del consumidor si demanda directamente al fabricante, es el conocido principio de la relatividad de los contratos, que, con carácter general, garantiza al tercero (ahora, el productor) su inmunidad en relación con un contrato en el que formalmente no ha sido parte (p. 210).

Concebir de esta manera a las relaciones de consumo conlleva numerosas dificultades¹²², por esta razón, fue necesario encontrar salidas jurídicas a la referida problemática, *La Cour de*

¹²¹ “La conexidad contractual constituye en nuestro país un tema relativamente novedoso. Esto queda en evidencia atento los contados estudios sistemáticos y generales del tema, más allá de otros trabajos que abordan la materia -aunque sea parcialmente- desde la óptica de los contratos derivados, contratos de colaboración y/o la protección jurídica del consumidor” (Devoto, 2016, p. 14).

¹²² Una de las dificultades presentadas, consiste en que la reclamación tendría que interponerse únicamente frente a su último vendedor, el cual, podrá por su parte demandar a quien con él contrató y este, de igual forma

*Cassation*¹²³ en Francia, fue la primera en otorgar una acción directa (de carácter contractual) en favor del subadquirente de un bien mueble frente al fabricante y los vendedores intermedios, en principio esta acción tenía por objeto únicamente la garantía por vicios ocultos, el contenido de la acción era meramente resarcitorio, no era posible pedir la resolución (redhibición) del contrato de compraventa y no se excluía el uso de la vía extracontractual con el fin de exigir la reparación de los daños causados por el producto defectuoso; mientras que, durante la década de 1970, esta jurisprudencia se consolida y se reconoce el carácter exclusivamente contractual de la acción del subadquirente contra el fabricante por los vicios ocultos de la cosa vendida y se admite el ejercicio directo de las acciones generales de incumplimiento en los casos de entrega no conforme a las estipulaciones del contrato, resultando en la primera manifestación jurídica en Francia de la vinculación entre determinados contratos (López, 1994, pp. 214-217).

Esta postura fue adoptada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata, realizadas en 1995, en las cuales se concluyó:

En los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha contratado con él, pero ha participado en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento.

Cabe resaltar que, en Colombia esta problemática ha sido resuelta de una manera diferente, ya que, en virtud de los artículos 10 y 20 de la Ley 1480 de 2011, tanto la responsabilidad por garantía como la responsabilidad por productos defectuosos son de carácter solidario, de tal

hasta alcanzar el productor, sistema de reclamaciones que resulta especialmente costoso y además, no garantiza que el verdadero responsable resulte afectado, porque la acción haya prescrito al momento de ostentar la legitimación por pasiva; adicionalmente la imposibilidad de identificar a los eslabones intermedios del proceso de distribución; la insolvencia de alguno de ellos; o la oposición de cláusulas exoneratorias de responsabilidad a las que no tendría derecho a invocar el responsable del incumplimiento (López, 1994, p. 212).

¹²³ Como se observa en las sentencias del 25 de enero de 1820 y 12 de noviembre de 1888 (citadas en López, 1992, p. 214).

forma que el consumidor o usuario pueden exigirlos al productor, proveedor o expendedor a su elección.

Por último, pasando a las relaciones de consumo frente al efecto relativo de los contratos, se encuentra que esta regla no es aplicable en estos negocios, al respecto Lorenzetti (2003), ha señalado:

Los consumidores se vinculan jurídicamente con un integrante de la red, pero los que realmente intervienen en el proceso de fabricación y distribución del producto o servicio son numerosos sujetos. Ello ha llevado a superar el obstáculo del principio relativo de los contratos, permitiendo demandar a quien no ha contratado, en supuestos específicos: 1) - responsabilidad por el hecho de dependientes: a través de una interpretación amplia de la garantía por el hecho de dependientes, se puede encontrar una "autorización" de un integrante de la red hacia otro.- Es el caso del fabricante que autoriza a un servicio único para sus productos, 2) - responsabilidad por control: una clase de control específico, sobre la prestación, puede provocar responsabilidad. 3) -responsabilidad por la apariencia: la apariencia jurídica creada, puede dar lugar a acciones contra el titular de la marca de un producto elaborado; 4) -responsabilidad en las relaciones de consumo basada en la imputación solidaria a todos los integrantes de la red conforme al artículo 40 de la ley 24240 (p. 44).

En Colombia la legislación, doctrina y jurisprudencia se han decantado en la misma dirección desde la Constitución Política de 1991 y el Decreto 3466 de 1982, al respecto la Corte Suprema de Justicia expuso:

Puede afirmarse que la tutela efectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, habida cuenta de la posición de inferioridad o debilidad que ordinariamente ocupan en el tráfico mercantil y la asimetría que caracteriza sus relaciones jurídico-económicas con los distribuidores o fabricantes, no puede verse restringida o limitada por el principio de

la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial, puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante, como quiera que éste es quien ha gestionado, controlado o dirigido el diseño y elaboración del producto, entre otros aspectos, así como ha determinado ponerlo en circulación o introducirlo en el mercado, adquiriendo, por contera, un compromiso en torno a la calidad e idoneidad del mismo, por lo que, desde luego, no puede resultar ajeno o indiferente a sus eventuales defectos o anomalías, ni a los peligros o riesgos que estos pudieran generar, como tampoco a las secuelas de orden patrimonial que llegaren a afectar a su destinatario final -consumidores o usuarios- o a terceros, con lo que queda claramente establecida una ‘responsabilidad especial’ de aquél frente a éstos -ex constitutione-, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueron irrogados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo de linaje contractual pues un entendimiento semejante no acompañaría con las directrices inequívocamente fijadas por la Carta Política, pues, como se sostuvo en el fallo que sujetó la constitucionalidad de los artículos 11 y 29 del decreto 3466 de 1982 precisamente a la existencia de una acción directa del consumidor frente al fabricante, “el productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado”¹²⁴ (CSJ, Civil, 7 feb. 2007, 1999-00097-01, p. 36).

¹²⁴ La anterior cita fue a su vez recogida textualmente en una sentencia posterior por la Corte Suprema de Justicia (2009), la cual, sostuvo que la responsabilidad predicada de los fabricantes y proveedores se caracteriza por: a) trascender la relación contractual derivada de la compraventa de bienes y servicios, por enmarcarse en el ámbito de una relación de consumo, regulado de forma especial por el ordenamiento jurídico, el cual liga a personas que, incluso, no han celebrado contrato alguno, verbigracia, los casos donde la víctima es un consumidor no adquirente; b) “se desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y

Es de esta manera, cómo durante la vigencia del Decreto 3466 de 1982, el efecto relativo de los contratos dejó de tener aplicación en materia de consumo, hasta el punto en el que no resulta relevante la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, lo cual, se mantuvo en la Ley 1480 de 2011. En la actualidad, exista o no un contrato entre el consumidor y los productores o proveedores, el primero podrá ejercer las garantías y responsabilidades en contra de los segundos (Ossa, 2013a, p. 426).

Para finalizar, si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha recurrido expresamente a la contratación conexa en el desarrollo de las relaciones de consumo, resulta relevante destacar la similitud en el otorgamiento de acciones directas al consumidor respecto de los productores y proveedores con los cuales no se ha contratado directamente, respecto de los países donde la vinculación contractual ha sido estudiada usada con tales fines.

Sin embargo, las relaciones de consumo van más allá de la contratación conexa en virtud de su especificidad. Puede observarse por ejemplo en el concepto de partes y terceros, pues mientras en la conexidad contractual, muchos doctrinantes resaltan la necesidad de reconceptualizar las nociones de parte y tercero contractual, en las relaciones de consumo reguladas en el Estatuto del Consumidor ya ha sido redefinido el concepto de parte, entendiendo que el consumidor o usuario no necesariamente es la persona que concurrió con su voluntad para la adquisición de un bien o servicio, puede ser también el que disfrute o utilice el determinado producto para la satisfacción de una necesidad privada, familiar, doméstica o empresarial siempre que no se encuentre intrínsecamente ligada a su actividad económica. El concepto de consumidor en estos casos resulta dinámico, puesto que puede variar con el tiempo y las situaciones de cada caso, legitimando al usuario de un bien o servicio para exigir la responsabilidad por garantía y la responsabilidad por productos defectuosos¹²⁵.

extracontractual, al punto de ser irrelevante”; y c) “es una responsabilidad solidaria, siguiendo los derroteros previstos en el artículo 2344 del código civil” (CSJ, Civil, 30 Abr. 2009, 1999-00629-01 pp. 31-32).

¹²⁵ Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (2009), ha señalado:

Consideraciones Finales

- El efecto relativo de los contratos como regla jurídica elevada a principio que se remonta a la época romana, incluida en el artículo 1165 del Código Napoleónico de 1804 y traída al ordenamiento jurídico colombiano implícitamente en el artículo 1602 del Código civil que prescribe que los contratos, por regla general, únicamente generan derechos y obligaciones para las partes contratantes. Esta regla genera dificultades a la asignación de efectos en la teoría de la conexidad contractual.

- El efecto relativo de los contratos, en su interpretación tradicional, enfrenta en la actualidad retos dogmáticos y pragmáticos al estudiar los supuestos que tradicionalmente se han entendido como excepciones de este. Tanto la globalización de los mercados como el avance tecnológico actual han generado nuevas y complejas formas de celebrar negocios cuyas necesidades obligan a realizar operaciones económicas más elaboradas que requieren la concreción de una pluralidad de contratos y de diferentes actores involucrados en su realización. Además, no brinda soluciones justas, equitativas y/o razonables para las controversias que se generen en todos los nuevos modos de realizar negocios, por lo que no se puede predicar una absoluta autonomía e independencia de los contratos en el contexto actual de fuerte globalización, que importa una marcada complejidad bajo la cual los negocios se formalizan y expresan.

- La conexidad contractual es un fenómeno de derecho privado contemporáneo que se presenta cuando concurren una pluralidad de contratos diferentes, unidos por un nexo funcional. Este vincula a los diferentes contratos por la existencia de una finalidad económica común o supracontractual, aunque también podrían vincularse a través de la naturaleza o estructura de al menos uno de los contratos celebrados. Se crea así un sistema negocial único, en el que los

Débase precisar, en todo caso, que los efectos de la relación jurídica que liga a productores y proveedores con el adquirente final pueden extenderse a otros sujetos como los parientes de éste o sus acompañantes circunstanciales en el momento en que se concreta el daño, habida cuenta que éstos -por el particular daño que se les irroga- quedarían habilitados para instaurar las acciones pertinentes, las cuales se enmarcarían en ese ámbito, justamente, porque el perjuicio se origina en una relación de ese tipo (CSJ, Civil, 30 Abr. 2009, 1999-00629-01 pp. 29)

contratos se agrupan sin perder su autonomía, sus características típicas o sustantivas y del cual es posible derivar efectos jurídicos. La vinculación contractual se presenta en numerosos casos diferentes, los cuales poseen rasgos tan heterogéneos y particulares, que resulta necesario analizar cada supuesto negocial en el que se presente, a fin de entender completamente los alcances de los efectos jurídicos del fenómeno.

- Para determinar el número de contratos en cada caso específico, se debe verificar que cada contrato cumple con los requisitos de existencia de los contratos en su respectivo ordenamiento jurídico y valorar todos los elementos fácticos o jurídicos que permitan contribuir a la solución del caso en concreto, teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria se ha valido de la causa como el elemento principal para establecer si en un supuesto existe o no pluralidad de contratos.

- Los efectos generales más significativos de la contratación conexa son, a saber, la ampliación de las normas de interpretación de los contratos, la propagación de las vicisitudes o extensión de la ineficacia de uno de los contratos en los restantes dentro de un negocio único, y la extensión de la responsabilidad civil contractual más allá de un único contrato.

- La discusión respecto de la relación entre el efecto relativo de los contratos y la contratación conexa se encuentra abierta en la actualidad, dentro de ésta se destacan las posturas que señalan la vinculación contractual (I) como una excepción al efecto relativo de los contratos, (II) como un supuesto de aplicación de los efectos relativos del contrato y (III) como un supuesto de adecuación de la regla del efecto relativo de los contratos, estando las dos últimas posturas fundamentadas principalmente sobre la redefinición del concepto de parte y tercero dentro de una unidad negocial.

- En Colombia ni las normas del Código Civil ni del Código de Comercio se ocupan de regular la figura de la contratación conexa. Esto no significa que el fenómeno no se encuentre presente, pues existen distintos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes que le dan contenido propio a la figura dentro del ordenamiento jurídico.

- Respecto del pacto arbitral en el arbitraje internacional y la contratación conexa puede decirse que, un pacto arbitral no puede estar vinculado a un grupo de contratos al no ser alcanzado por el efecto de la propagación de las vicisitudes en virtud de su autonomía. A pesar de lo anterior, un pacto arbitral puede estar inmerso en un supuesto de contratación conexa cuando la solución de las controversias surgidas de éste último haya sido deferida en todo o parte a árbitros, los cuales, carecerán de competencia para conocer cualquier asunto no contemplado en el pacto arbitral; siendo discutido en estos casos el efecto de la extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios como consecuencia del principio de voluntariedad en materia de arbitraje internacional.

- En cuanto a la fiducia inmobiliaria, ésta se constituye como supuesto de contratación conexa, al tener una pluralidad de contratos diferentes, unidos a través de una finalidad económica común, la cual, consiste en el desarrollo de un proyecto inmobiliario en el que las unidades inmuebles resultantes del proyecto se enajenen a beneficiarios distintos del fideicomitente inicial, también conocidos como beneficiarios de área. En estos casos son aplicables los tres efectos generales de la contratación conexa, a saber, la ampliación de las normas de interpretación de los contratos, la propagación de las vicisitudes de uno de los contratos en los restantes dentro del proyecto inmobiliario y la extensión de la responsabilidad civil contractual más allá de un único contrato.

- Por último, a pesar de que la contratación conexa ha sido usada en otros ordenamientos jurídicos en el marco de relaciones de consumo para otorgar una acción directa al consumidor contra el que formalmente no ha contratado con él, pero ha participado en el acuerdo conexo, en Colombia la situación es diferente, puesto que el Estatuto del Consumidor no hace referencia alguna a la conexidad contractual o vinculación entre contratos, decantándose por establecer una responsabilidad solidaria por garantía y por productos defectuosos en lugar de una acción directa.

Referencias Bibliográficas

Textos

- Acedo Quezada O. (2002). Contratos coaligados (notas para una futura construcción dogmática). *Revista de Derecho Privado* (No. 3), 3-22.
- Altamar de la Rosa, E. (2016). *Teoría General del Contrato en Derecho Colombiano*. Bogotá, Colombia: Universitaria de Colombia - Periódico El Jurista.
- Álvarez Martínez, G. I. (2008), *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, Tesis para optar por el título de doctor en Derecho. Universidad de la Coruña, España.
- Ariza, A. (1997). *La conexión de contratos*. En Revista Trabajos del Centro. No. 2. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
- Arnau Moya, F. (2002). *Acción directa y vinculación contractual*. Tesis para optar por el título de doctor en Derecho. Valencia, España: Universidad Jaime I.
- Baena Cárdenas, L. G. (2017). *Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Barboza Beraún, E. & Miranda Gómez, J. (2012). *La ineficacia en cadena. Extensión de los efectos de la "ineficacia" en los "contratos conexos"*. *Advocatus*, 212-223.
- Bigliazzi, L., Breccia, H., Buneslli, F. & Natoli, U. (1992). *Derecho civil*. Tomo I, Volumen II, trad. esp. Hinesrosa F., Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bonivento Fernández, J. A. (2005). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

- Botero Bernal, A. & Cajas Sarria, M. (2018). Historia y actualidad ¿un nuevo Código Civil para Colombia? *Precedente. revista jurídica*, 13, Universidad Icesi. Cali, Colombia. pp. 9-15
- Cárdenas, J. P. (2010). El efecto relativo del contrato, sus desarrollos y sus proyecciones. *En Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo IV, Derecho Privado, Vol. 1, P-P. 411-444. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Cataño, S. E. & Wills, L. M., (2016). *La conexidad contractual y los efectos relativos de los negocios jurídicos aplicados a los contratos de paquetes turísticos en Colombia*. *Vniversitas* (132), P.P. 59 - 88.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-. (2008). Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Con las enmiendas aprobadas en 2006. Nueva York: Naciones Unidas.
- Corpus Iuris Civilis. Español (1889-1898). Cuerpo del derecho civil romano. Trad. Kriegel, A. (1804-1834), Kriegel, M. (1805-1839), Hermann, E. (1812-1885), Osenbrüggen, E. (1809-1879), García del C., I. L. (1848-1919). Barcelona: Jaime Molinas. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=Cuerpo+del+Derecho+civil>
- Devoto, M. (2016). *El efecto relativo de los contratos y la conexidad contractual [en línea]*. Trabajo Final Integrador de Maestría en Derecho Empresario Económico. Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho. Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/efecto-relativo-contratos-conexidad-contractual.pdf>
- Esborraz, D. F. (2012). *El fenómeno de la vinculación negocial en el ámbito de los contratos y su incidencia sobre la regla res inter alios acta*. En *Revista de Derecho privado* (edición

especial) pp. 111-163. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México.

González Gómez, E. (1981). *De las obligaciones en el Derecho Civil colombiano*. 1st ed. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gómez, G. A. (2018). *La Conexidad Contractual y Sus Efectos Sobre la Extensión del Pacto Arbitral a los Vinculados No signatarios*. Tesis para optar el título de Maestría en Derecho empresarial. Santiago de Cali, Colombia: Universidad Javeriana de Cali.

Hernández, C. A. (2007). *Acerca del principio de relatividad de los efectos del contrato y sus tensiones actuales*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario. RUBINZAL-CULZONI editores. Vol. 2007-2, P.P. 21 – 48. Argentina.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones* (Vol. 2). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (1999). XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional del Litoral. *Comisión No. 3. Contratos conexos*. Santa fe, Argentina: Universidad Nacional de La Plata.

Lorenzetti, R. L. (1998). *Redes contractuales, contratos conexos y Responsabilidad*. En Revista En Revista de Derecho Privado y Comunitario. RUBINZAL-CULZONI editores. Vol.1998/17, p.p. 207 – 262. Argentina.

Lorenzetti, R. L. (2001). *Redes contractuales y contratos conexos*. En *Contratación Contemporánea*, P.P. 115-172. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. y Lima, Perú: Palestra Editores.

- López Frías, A. (1994). *Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho. Universidad de Granada. Granada, España.
- de la Madrid, M., (2006). La conexidad contractual en los principios de UNIDROIT. En Quintana, A. y Elvia, A. (t. II) *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 330-347) México D.F., México. Universidad Autónoma de México.
- Morales, R. (2002). *Contribución a la teoría de los contratos conexos*. En la Revista Editada por Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. 2012-19, Año XIII. Lima, Perú: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moreno, J. A. (2007). *Dos tesis sobre contratos*. Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho y Economía -CEDEP-.
- Mosset Iturraspe, J. (2007). *La conexidad entre contratos. Temas precursores que preparan el camino a la conexidad*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario. RUBINZAL-CULZONI editores, 15 y 16.
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2009) *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7a ed. Temis. Bogotá.
- Ossa Gómez, D. (2013a). *Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)*. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43(118), 407-441.

- Ossa Gómez, D. (2013b). *La responsabilidad civil en el estatuto del consumidor. Las garantías de calidad, idoneidad, y seguridad de los productos. Estudios de Derecho*, 70(156), 237-264.
- Pérez, J. (2017). *El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano*. En *Justicia*, 32, 259-282. <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>
- Pizarro Wilson, C. (2007). *El efecto relativo de los contratos: Terceros y Partes. En Congreso Internacional en conmemoración del sesquicentenario del Código de Bello*. LexisNexis. Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Real Academia Española (2019). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España. Real Academia Española. recuperado de: <https://dle.rae.es>
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios: su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2016). Los orígenes anglosajones de la fiducia mercantil en Colombia. *Revista de la Academia colombiana de Jurisprudencia*, 63-106.
- Seguí, A. (2001), *Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones*. En *Contratación Contemporánea*, P.P. 183-208. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A. y Lima, Perú: Palestra Editores.
- Serrano Villafane, E. (1974). *Funciones del Derecho en la sociedad cambiante de nuestros días*. *Anuario de filosofía del derecho* (17), 461-471.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Efecto Relativo de los Contratos*. En Tamayo, Javier. (Ed.), *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I* (pp. 106-124). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Tamayo Lombana, A. (2008). *Manual de obligaciones: el acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Doctrinas y Ley.

Teacher, Law. (November 2013). Privity of Contract Lecture. Recuperado de: <https://www.lawteacher.net/modules/contract-law/privity-of-contract/lecture.php?vref=1>

Tse, L. (571-531 a.C). *Tao Te King*. México: Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa - ILCE. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/index.php?clave=ObrasClasicas>

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (1998). *Derecho Civil. De las obligaciones*. Santa fe de Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.

Villalba Cuellar, J. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, Vol. XIX (2) 171-195.

Zapata Flórez, Jonathan. (2015). La causa como elemento estructural de la contratación conexa. *Revista de Derecho Privado*. Vol. 54. julio - diciembre, 3 - 20.

Zapata Flórez, J. (2019). Alcance y efectos de la nulidad en los contratos conexos en el derecho privado colombiano. *Revista de Derecho* (52) julio-diciembre, 88-115.

Leyes, decretos, sentencias y laudos

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (6 de julio 1991). Constitución Política. Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (12 de octubre de 2011). Ley 1480 de 2011 Estatuto del Consumidor. Bogotá.

Colombia, Congreso de la República (26 de mayo de 1873). Ley 57 de 1887 Código Civil colombiano. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2011. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-896 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-170 de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (24 de marzo de 1936). Sentencia de 24 de marzo de 1936 M.P. Riverio Escallon. *Gaceta Judicial Tomo XLIII (1936) No. 1904.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (31 de mayo de 1938). Sentencia de 31 mayo de 1938 M.P. Juan Francisco Mujica. *Gaceta judicial Tomo XLVI (1938-1939) No. 1932.*

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (6 de octubre de 1999). Sentencia 6 de octubre de 1999, expediente 5224. MP Silvio Fernando Trejos Bueno.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (10 de febrero de 2005). Sentencia Expediente No. 7614. M.P. Jaime Alberto Arrubla.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (28 de julio de 2005). Sentencia expediente 1999-00449-01. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (7 de febrero de 2007). Sentencia del expediente 23162-31-03-001-1999-00097-01 M.P. César Julio Valencia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil (29 de junio de 2007). Sentencia del expediente No. 1998-04690-01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (25 de septiembre de 2007). Sentencia del expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (30 de abril de 2009). Sentencia expediente 25899 3193 992 1999 00629 01 M. P. Pedro Octavio Munar.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (4 de mayo de 2009). Sentencia del expediente 05001-3103-002-2002-00099-01 M.P. William Namén Vargas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (1 de junio de 2009). Sentencia del expediente 05001-3103-009-2002-00099-01 M.P. William Namén Vargas. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (1 de julio de 2009). Sentencia del expediente 1101-3103-039-2000-00310-01 M.P. William Namén Vargas. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (1 de julio de 2009). Sentencia del expediente 66682-31-03-001-2004-00103-01 M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (8 de febrero de 2016). Sentencia SC1182-2016 expediente 54001-31-03-003-2008-00064-01 M.P. Ariel Salazar Ramírez. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (11 de noviembre de 2016). Sentencia SC16496-2016 expediente 76001 31 03 002 1996 13623 01. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (15 de noviembre de 2017). Sentencia SC18476-2017 expediente 68001-31-03-001-1998-00181-02. M.P. Fernando García Restrepo. Bogotá.

Colombia. Corte suprema de Justicia. Sala Civil. (22 de febrero de 2018). Sentencia SC380-2018 22 de febrero de 2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (2018). Sentencia del 09 de agosto de dos mil dieciocho. Expediente No. SC 3201-2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Colombia. Corte suprema de Justicia. Sala Civil. (19 de diciembre de 2018). Sentencia SC5690-2018 19 de diciembre de 2018, M.P. Luis Alonso Rico Puerta. Bogotá.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (07 de marzo de 2019). Sentencia del expediente SC 665-2019. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Colombia. Presidencia de la República. (16 de junio de 1971). Decreto 410 Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339. Bogotá.

Colombia. Presidencia de la República. (2 de diciembre de 1982). Decreto 3466. *Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.* Bogotá.

Colombia. Presidencia de la República. (2 de abril de 1993). Decreto 663 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Bogotá.

Colombia. Presidencia de la República. (15 de julio de 2010). Decreto 2555. por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Bogotá.

Colombia. Superintendencia Financiera. (2014). Circular Básica Jurídica (Circular externa 029). Bogotá.

Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2005). Laudo arbitral Fiduciaria Integral S.A. vs. Luis Eduardo Herrera Pulido. Junio 17 de 2005 Árbitros: Sara Ordóñez Noriega, Isaías Chaves Vela y Sergio Muñoz Laverde.

Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2008) Laudo arbitral Gómez Estrada Construcciones S.A. vs. Fiduciaria de Occidente S.A. octubre 23 de 2008 Árbitro único: Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2000). Laudo Arbitral Carlos Arturo Camelo Caldas y otros vs. Santander Investment TRUST Colombia S.A. agosto 3 de 2000. Árbitros: Luis Hernando Parra Nieto, Luis Hernando Gallo, Luis Carlos Rodríguez Herrera.