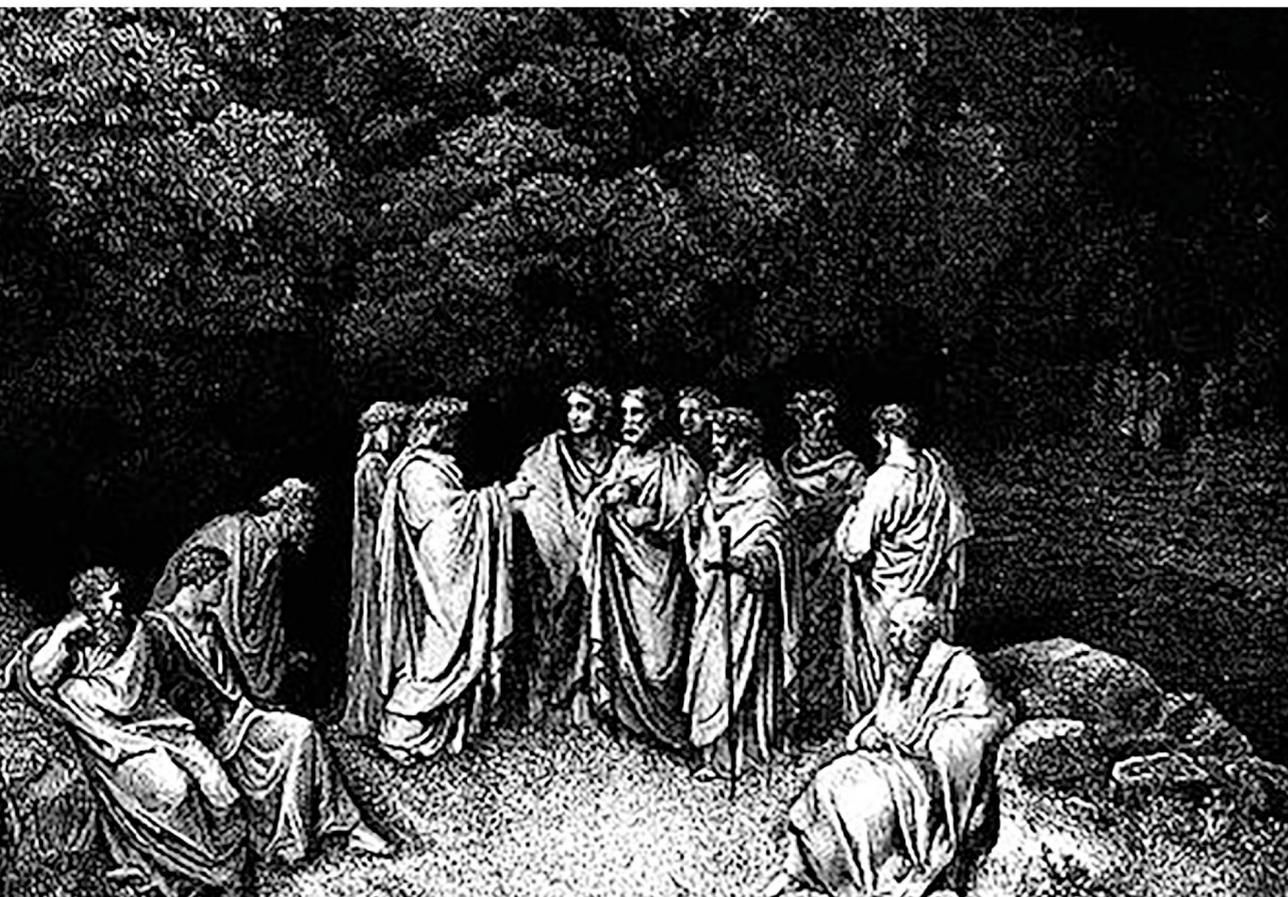


Conexiones: Un estudio de la vinculación contractual en el derecho privado colombiano

Juan Felipe Molina Blanco
Santiago Muñoz Álvarez



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección mejores trabajos de grado | Pregrado

Conexiones:
Un estudio de la vinculación contractual
en el derecho privado colombiano

Conexiones:
Un estudio de la vinculación contractual
en el derecho privado colombiano

Juan Felipe Molina Blanco
Santiago Muñoz Álvarez



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección *Mejores Trabajos de Grado*

Conexiones: Un estudio de la vinculación contractual en el derecho privado colombiano

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

© Juan Felipe Molina Blanco

© Santiago Muñoz Álvarez

Edición: 2021

ISBN: 978-958-5157-96-5

Carátula: *Dante Alighieri: Inferno, Canto IV*. Ilustración: Gustave Doré

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Teléfono (57) 604 219 58 54

Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

A.A. 1226. Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Este libro está disponible en texto completo en la Biblioteca Digital de la Universidad de Antioquia: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Molina Blanco, Juan Felipe y otro

Conexiones: un estudio de la vinculación contractual en el derecho privado colombiano / Juan Felipe Molina Blanco y Santiago Muñoz Álvarez; prólogo de Jonathan Zapata Flórez. -- 1. edición. -- Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2021.

x, 129 páginas. -- (Colección Mejores Trabajos de Grado, No. 47)

ISBN: 978-958-5157-96-5

1. Contratos - Colombia. 2. Derecho civil - Colombia. 3. Conflicto de leyes - Contratos. 4. Contratos (derecho internacional). I. Muñoz Álvarez, Santiago, autor. II. Zapata Flórez, Jonathan, prólogo. III. Título. IV. Serie.

LC KHH822

346.861-DDC

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

*Ofrecemos sinceros agradecimientos a todos los miembros del
semillero de Contratación Privada Contemporánea de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia
y a sus coordinadores, con quienes hemos tenido la oportunidad de
gozar de diversas y significativas discusiones y reflexiones jurídicas
a lo largo de los años. Gracias por todas las enseñanzas
que nos han aportado en los ámbitos personal y profesional;
sin duda contribuyeron a la satisfactoria elaboración de esta obra*

Juan Felipe y Santiago.

*Deseo dedicar este libro a mi madre,
quien con su ejemplo, dedicación, sacrificio y amor,
supo enseñarme los valores de la vida y a
luchar por alcanzar los objetivos trazados,
sin lo cual, no estaría donde me encuentro en la actualidad*

Santiago.

Contenido

Prólogo	7
Introducción	8
1. Del efecto relativo de los contratos	11
1.1 Los conceptos de parte y de tercero dentro del contrato	16
1.1.1 <i>Concepto de parte</i>	17
1.1.2 <i>El concepto de tercero</i>	23
1.2 El efecto relativo de los contratos y sus excepciones en el ordenamiento jurídico colombiano	25
2. La teoría de la conexidad contractual	30
2.1 Concepto	30
2.1.1 <i>Antecedentes</i>	33
2.1.2 <i>La contratación conexa en otros ordenamientos jurídicos</i>	36
2.1.3 <i>Fuentes de la contratación conexa</i>	37
2.1.4 <i>Elementos</i>	38
2.1.5 <i>Efectos de la contratación conexa</i>	54
2.2 La conexidad contractual frente al efecto relativo de los contratos	70
2.3 La conexidad contractual en el ordenamiento jurídico colombiano.	77

3. Casos de aplicación de la conexidad contractual	89
3.1 La fiducia inmobiliaria	89
3.1.1 <i>Conceptualización</i>	89
3.1.2 <i>La fiducia inmobiliaria frente a la contratación</i> <i>conexa</i>	92
3.2 El arbitraje internacional	96
3.2.1 <i>Conceptualización</i>	96
3.2.2 <i>El arbitraje internacional frente a la contratación</i> <i>conexa</i>	101
3.3 Las relaciones de consumo	106
3.3.1 <i>Conceptualización</i>	106
3.3.2 <i>Las relaciones de consumo frente a la contratación</i> <i>conexa</i>	114
Consideraciones finales	121
Referencias bibliográficas	124

Prólogo

El libro *Conexiones: Un estudio de la vinculación contractual en el derecho privado colombiano*, de los abogados Juan Felipe Molina Blanco y Santiago Muñoz Álvarez, que se integra a la colección Mejores Trabajos de Grado de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace parte del desempeño de los autores en el semillero de Contratación Privada Contemporánea, en el cual los acompañé como asesor, y donde todas las discusiones contaron con sus aportes.

El proceso formativo de carácter académico e investigativo que concluyó en el presente libro implicó la labor juiciosa de sus autores en la búsqueda y sistematización de diversas fuentes doctrinales, jurisprudenciales y legales, que son articuladas de forma magistral en el texto y permiten acercar al lector al tema de la conexidad contractual.

El valor intrínseco del libro radica en que presenta un estado del arte de la discusión sobre la naturaleza, los efectos, los alcances y las limitaciones de aquella novedosa figura contractual. Para ello, los autores parten de una descripción del efecto relativo de los contratos, cuya interpretación clásica entra en tensión con las nuevas y novedosas formas contractuales; luego aquí se aborda propiamente el tema de la conexidad contractual, que es explicado de forma clara a partir de múltiples e idóneas fuentes de información; para finalizar con la concreción temática en tres eventos claves de conexidad.

Solo resta invitar a estudiantes, docentes, investigadores y público académico en la conexidad contractual a leer con atención este libro, el cual reviste gran interés en el estudio y la práctica del derecho.

Jonathan Zapata Flórez
Profesor
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Introducción

Todo se encuentra en constante cambio. A lo largo de la historia, el ser humano ha estado inmerso en una constante transformación de las maneras en las que se relaciona con su entorno y con los demás, pasando, en solo unos pocos miles de años, de subsistir en pequeñas tribus o clanes a convivir en las grandes y complejas sociedades tecnológicas de la actualidad.

Dichos cambios sociales han impactado todos los ámbitos de vida de las personas, desde los oficios en los que trabajan, hasta los bienes y servicios que requieren para satisfacer sus intereses. Uno de los campos que más ha sufrido transformaciones es el económico, al atravesar por diferentes modos de producción, que van desde el modelo cazador-recolector, propio del nomadismo, hasta llegar al modelo capitalista que hoy predomina, no sin antes haber vivido el modelo feudal agrícola, entre otros.

Para Teyssie (citado por López, 1992, p. 16), esta evolución ha sido determinada por cinco factores: (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. Factores que se han visto fortalecidos, a su vez, por la aparición y estandarización del internet como herramienta de comunicación masiva.

Vemos, entonces, que todo cambia, y el derecho no es la excepción. 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).

Por su parte, en el ámbito del derecho privado ha sido acuñado el término de “contratación privada contemporánea”, el cual “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 abordados en la contratación privada contemporánea es la vinculación contractual o contratación conexa, fenómeno surgido en Italia en la década de 1920, 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.

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 ellas, dividiendo de esta forma la tarea a ejecutar (López, 1994, p. 16). Pero esta nueva forma de llevar a cabo los negocios choca con la visión de la teoría general de los contratos, contenida en la mayoría de los códigos elaborados 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 como lo es el mismo Código Civil colombiano.

Ya para la década de 1930, Savatier había escrito acerca de las excepciones al efecto relativo de los contratos, resaltando en este una noción individualista del derecho de las obligaciones que desconocía las conexiones ineludibles entre los sujetos de una misma sociedad (Devoto, 2016, p. 15).

Anteriormente existía una mayor simplicidad en los mercados y las necesidades de los particulares, asunto que repercutía en una mayor individualización entre los contratos. Sin embargo, a partir del siglo XX, comienza a tomar relevancia 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 consecuencia, al día de hoy se presentan en el mercado nuevos negocios tendientes a satisfacer los intereses de las personas, que resultan

en la creación de figuras negociales que constituyen supuestos de contratación conexa, tales como los paquetes turísticos, las compraventas con el otorgamiento de un crédito para atender parte del valor de la cosa transferida y algunos productos financieros como las operaciones con tarjetas de crédito, la fiducia inmobiliaria, el *leaseback* y el seguro de vida colectivo grupo de deudores, entre otros.

En este libro, titulado *Conexiones: Un estudio de la vinculación contractual en el derecho privado colombiano*, el lector podrá acercarse y conocer el fenómeno de la conexidad contractual en el derecho privado colombiano, a través del primer capítulo, que introduce el tema, en el que se realiza una descripción de la regla del efecto relativo de los contratos; del segundo, que analiza el fenómeno de la contratación conexa en el ámbito del derecho privado y, finalmente, del tercer capítulo, el cual describe tres negocios jurídicos relacionados con la contratación conexa, mismos que se abordan en sus particularidades, elementos y efectos desde la vinculación contractual.

Del efecto relativo de los contratos

En este capítulo se estudiará el efecto relativo de los contratos en el ámbito del derecho privado, un concepto que 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.

En principio, se debe advertir que los doctrinantes establecen diferencias entre los conceptos de efectos del contrato y efectos de las obligaciones.¹ Según Eudoro González (1981, p. 68), el primero se refiere al contrato como fuente de obligaciones; el segundo, según Alessandri (1976, p. 59), explica que las obligaciones le otorgan derechos al acreedor para obtener del deudor el cumplimiento de su obligación. Este mismo autor planteó:

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).

1 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: (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).

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. 411).

Se observa que este concepto ha evolucionado desde sus orígenes en la época romana hasta el presente. Dicha figura es expresada mediante el brocardo *res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet* (Hernández, 2007, p. 22), entendido como “la cosa hecha o juzgada entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros” (Esborraz, 2012, p. 127), que se puede rastrear en diferentes lugares del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano; en el *Digestum*, en un fragmento escrito en el siglo II por el jurista Scévola² y en un comentario del siglo III realizado por el jurista Paulo,³ lo mismo que en el *Codex Repetitae Praelectionis*, consagrado en el título 60 del libro VII,⁴ en

2 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 precavió por las cargas de la herencia, ó si no se precavió, no debe convertir su negligencia en perjuicio de otro” (*Corpus Iuris Civilis, Digestum*, 2, 15, 3, 1889, p. 291).

3 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” (*Corpus Iuris Civilis, Digestum*, 2, 14, 27, 1889, pp. 282-284).

4 “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, prueba, 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” (*Corpus Iuris Civilis, Codex*, tomo V, 7, 60, 1892, pp. 265-266).

donde es denominado en su epígrafe como *Inter alios acta vel iudicata aliis non nocere*.⁵

La concepción definitiva de la regla, como se conoce actualmente, ha sido el resultado de combinar las interpretaciones de los juristas medievales frente a 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). “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 Civil,⁶ 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 la 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).

5 “De que lo hecho o lo juzgado entre unos no perjudique a otros” (*Corpus Iuris Civilis, Codex*, tomo v, 7, 60, 1892, p. 265).

6 Código Civil colombiano, artículo 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”.

Para Ospina y 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 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 “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).

En cuanto a 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 el negocio como “ley” para las partes, es decir, una norma jurídica particular establecida y de observancia para las partes del negocio. Frente al (ii) “principio de buena fe”, se ha dicho que en el acto jurídico celebrado se integra todo lo que atañe a su naturaleza misma, por esta razón, las partes se obligan a cumplir con rectitud y lealtad lo pactado. Por último, hablando del (iii) “principio de la diligencia”, la doctrina se refiere al cuidado que debe tener el deudor con respecto a su acreedor para cumplir con lo pactado (Cataño y 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 otorgamiento (Ospina y Ospina, 2009, p. 358).

Ejemplo de lo anterior es 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 según el artículo 2488 del Código Civil (Ospina y Ospina, 2009, p. 358).

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el efecto de la relatividad de los negocios jurídicos no es absoluto:

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, 2018, agosto 9, sent. 3201).

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, 2018 agosto 9, sent. 3201).

En este asunto se encuentra el concepto de inoponibilidad, que consiste en situaciones donde el derecho les otorga a terceros la legitimación para rechazar o impugnar la eficacia entre las partes del acto jurídico; tal es el caso del artículo 901 del Código de Comercio, según el cual los negocios jurídicos celebrados sin cumplir los requisitos de publicidad exigidos por la ley serán inoponibles a terceros. 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 y Ospina, 2009, p. 395).

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 el 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).

Por otro lado, en la actualidad es aceptado de manera excepcional que los efectos de los negocios jurídicos puedan cobijar a terceros, como es el caso de la estipulación a favor de otro, consagrada en el artículo 1506 del Código Civil, y del contrato colectivo. Sin embargo, se presentan en la

actualidad diversos supuestos en que un tercero podría quedar vinculado en un contrato que no celebró, como consecuencia de fenómenos contractuales modernos que han creado 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 y Wills, 2016, p. 76). 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 y Wills, 2016, p. 76), aspecto que será abordado en el segundo capítulo de este libro.

Así como la relatividad de los efectos del contrato ha sido tomada históricamente 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 Unido.⁷

Según esta regla, aplicable en cualquier relación contractual, un contrato solo puede crear derechos y obligaciones entre sus propias partes, y, por esto, un tercero no puede adquirir derechos ni responsabilidades desprendidos de tal contrato. Bajo este principio se prohíbe el derecho de acción o de ejecución a favor o en contra de un tercero, siendo el límite de su aplicación; así, 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 (*Law Teacher*, 2013).

1.1 Los conceptos de parte y de tercero dentro del contrato

Para comprender a cabalidad los alcances del efecto relativo de los contratos, resulta necesario diferenciar entre quiénes se consideran parte y quiénes se consideran terceros de un contrato. A continuación se expresa-

⁷ Para más información sobre el *privity of contract* se puede acudir a la jurisprudencia inglesa, en especial los casos *Tweddle vs. Atkinson*, 1861; *Lloyd's vs. Harper*, 1880; *Dunlop vs. Selfridge*, 1915, y *Beswick vs. Beswick*, 1967.

rá la caracterización de cada uno y se establecerá en qué caso se es parte, tercero relativo o absoluto con respecto a una relación contractual.

1.1.1 Concepto de parte

La definición de parte contractual incluida en la doctrina tiene como fundamento los artículos 1495⁸ y 1602 del Código Civil, de los cuales 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 la otra a dar, hacer o no hacer una cosa.

Otro elemento para su definición se encuentra en el concepto de obligación, expresado en las *Institutas* de Justiniano como *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*,⁹ con cuatro componentes: un sujeto activo (acreedor), un sujeto pasivo (deudor), un objeto¹⁰ y un vínculo de derecho¹¹ (Tamayo, 2008, p. 38).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el concepto de obligación se deriva del artículo 666 del Código Civil,¹² definición que fue complementada por Valencia Zea y Ortiz Monsalve (1998), así: “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).

8 Código Civil colombiano, artículo 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”.

9 “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” (*Corpus Iuris Civilis, Instituta*, 3, 14, 1889, p. 101). Es decir, que nos constriñe a cumplir una prestación a favor de otro.

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

11 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).

12 Código Civil colombiano, artículo 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”.

Se observa entonces que existe una relación entre obligación y parte contractual, puesto 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).

Así mismo, 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, personalmente o por medio de mandatarios o representantes, para celebrar el contrato, con lo cual crean una relación jurídica y con ella generan la(s) prestación(es) de dar, hacer o no hacer, donde una de ellas ostentará la calidad de acreedor y la otra de deudor, o recíprocamente como en los contratos bilaterales.¹³

Para puntualizar, Ospina y Ospina (2009) han propuesto que en el concepto de parte contractual se comprenden las siguientes personas: (i) los agentes directos, (ii) las personas representadas y (iii) los causahabientes a título universal de las partes.

13 Se hace referencia aquí a los contratos bilaterales o sinalagmáticos; 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, así: el vendedor se obliga a transmitir el dominio de la cosa vendida y el comprador a pagar un precio por la cosa (Valencia y 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).

Los agentes directos son quienes 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 tal acto, del principio de buena fe y la diligencia que gobierna su ejecución (Ospina y 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, por lo que se reputa como parte en el contrato (Ospina y 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, pues 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, como se expresa por ejemplo en el artículo 841 del Código de Comercio.¹⁴

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 y Ospina, 2009, p. 359). La doctrina ha caracterizado dos tipos de causahabientes: (i) a título singular y (ii) a título universal. Los primeros existen 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 causante (Ospina y Ospina, 2009, p. 360.).¹⁵ Se resalta que, según los autores referenciados,

14 Código de Comercio colombiano, artículo 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”.

15 Código Civil colombiano, artículo 1008: “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”.

la figura del causahabiente a título universal es equiparada 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 representa a prorrata de sus respectivos intereses hereditarios (Ospina y Ospina, 2009, p. 360); en otras palabras, “los herederos no hacen más que recoger los derechos y obligaciones del causante” (Tamayo, 2007, p. 109).

Lo que se menciona encuentra fundamento legal en el artículo 1155 del Código Civil, que 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”.

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, quienes, 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 y continuar así con la personalidad jurídica del autor (Ospina y Ospina, 2009, p. 361).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (2018, agosto 9) en la sentencia 3201, con magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez, expuso:

Los sucesores a título universal (herederos y legatarios)¹⁶ 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.

16 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”.

De aquí se desprende el corolario de la “continuación de los efectos jurídicos de los actos jurídicos respecto de los causahabientes universales”, donde los causahabientes universales, al ocupar el lugar de su causante, se convierten en partes dentro del contrato, puesto que este continúa produciendo efectos jurídicos (Ospina y Ospina, 2009, p. 361).

No obstante, no en todos los casos el acto jurídico continúa produciendo efectos después de la muerte del autor; puede verse que algunas veces los causahabientes a título universal no se convierten en partes dentro del contrato celebrado por su causante, sea (i) por voluntad de las partes, (ii) por los actos jurídicos *intuitu personae*, o (iii) en el caso de los derechos personalísimos.

Frente al caso de (i) la voluntad de las partes, esto sucede cuando estas, en virtud de su libertad contractual, optan por incluir estipulaciones contractuales en las que la muerte de alguna de ellas dé término a los efectos jurídicos del contrato, lo cual 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 y Ospina, 2009, p. 361).

En el supuesto de (ii) los actos jurídicos *intuitu personae*, el causahabiente no se convierte en parte con ocasión de 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.¹⁷

El último escenario, el (iii) de los derechos personalísimos, ocurre cuando el negocio realizado genera este tipo de derechos para las partes, los cuales están íntimamente ligados a su titular y no pueden transmitirse a

17 Al respecto Ospina y Ospina (2009) señalan: “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 en que es posible que la referida característica lo sea frente a todas las partes o a solo 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 fuese una parte distinta.

sus herederos (Ospina y 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, como sucede por ejemplo con los derechos de uso y habitación, frente a los que el artículo 878 del Código Civil dispone: “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”.

De otro lado, existen también los causahabientes a título singular, entre los que se pueden mencionar al legatario, el comprador, el donatario y el cesionario de un crédito. En principio, se dice que 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 se 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 lo básico, 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 de que “no les generan ni derechos ni obligaciones a estos causahabientes” (Ospina y Ospina, 2009, p. 362).

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 como si él hubiera intervenido personalmente en tales actos anteriores, asunto que abre la posibilidad de que, excepcionalmente, algunos actos del causante, a pesar de no tener algo que ver con la constitución del derecho trasgado o haber sido celebrados anteriormente con motivo de dicho derecho, sí obliguen al causahabiente, o sea, que lo erigen como parte en tales actos; ejemplo de ello es 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 y Ospina, 2009, pp. 362-363).

1.1.2 El concepto de tercero

En oposición al concepto de parte, se halla 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, quienes 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 y 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 y 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; cambio que involucre sus intereses, lo que hace que la situación de ajenidad frente al contrato se pierda y el tercero pase a ser relativo (CSJ, Civil, 2018, agosto 9, sent. 3201). Por ejemplo, un supuesto en el que se otorgue un usufructo sobre un bien y luego el usufructuario adquiera obligaciones en calidad de deudor frente a un tercero absoluto de este, 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.

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 genera ciertos efectos en ellos (Devoto, 2016, p. 38). En palabras de Cataño y 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, y este interés es lo que permite diferenciar a quienes tienen la calidad de terceros absolutos o relativos (CSJ, Civil, 2018, agosto 9, sent. 3201).

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, 2018, agosto 9, sent. 3201).

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. Se trata de las asignaciones que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de disposiciones testamentarias expresas.¹⁸

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 testamento¹⁹ y la de simulación, con el fin de reintegrar el acervo sucesoral y, por lo tanto, las asignaciones vulneradas (Ospina y Ospina, 2009, p. 364).

En segundo lugar, se encuentran los acreedores, los cuales son considerados como terceros relativos, porque, 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 así oponibles al acreedor, a pesar de que se afecte la garantía general que estos tienen sobre el patrimonio del deudor (Ospina y Ospina, 2009, p. 366).

18 Tres son las asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer: (i) los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, (ii) la porción conyugal y (iii) las legítimas.

19 Código Civil colombiano, artículo 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 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”.

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 los pasivos del deudor, lo que afecta 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 y Ospina, 2009, p. 366).

El interés de los acreedores en el patrimonio de su deudor tiene como base los artículos 2488 y siguientes²⁰ del Código Civil, puesto que los acreedores, en virtud de una obligación 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

En el ordenamiento jurídico colombiano, ha sido acogida la regla de la relatividad de los efectos de los contratos, con influencia del derecho continental. Se recuerda que el Código Civil colombiano se fundamenta en el Código Civil chileno de 1855, obra de Andrés Bello, quien, más allá de ser un traductor del Código Civil francés de 1804, construyó un código complejo, que incluía el texto napoleónico (Botero y Cajas, 2018, p. 9); se observa, en este sentido, 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).

20 Código Civil colombiano, artículo 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”. Artículo 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”.

Es claro que el efecto relativo de los contratos fue consagrado expresamente en el artículo 1165 del Código Civil francés de 1804, al expresar 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”.²¹

Sin embargo, si bien en Colombia la relatividad contractual no fue incluida expresamente en el Código Civil, esta regla se dispone de manera tácita en el artículo 1602,²² y obtiene fundamento jurídico en los artículos 1495,²³ 1502 y 1507.²⁴

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 a generar efectos frente a terceros; en su lugar, esto significa que las partes de un negocio no pueden hacer nacer un derecho u obligación en cabeza de un tercero, salvo en aquellos casos donde una de las partes se encuentre delegada por ese tercero o disponga de la facultad de representarlo (CSJ, Civil, 2018, agosto 9, sent. 3201).

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que persiste un malentendido de la aludida regla, al olvidarse 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, 2016, febrero 8, rad. 2008-00064-01), pues “no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también

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

22 Código Civil colombiano, artículo 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”.

23 Código Civil colombiano, artículo 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”.

24 Código Civil colombiano, artículo 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”.

otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual” (CSJ, Civil, 2005, julio 28, rad. 1999-00449-01).

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 de los efectos de los contratos, porque desconoce su proyección sobre la situación jurídica de las personas que no han intervenido en el acto (CSJ, Civil, 2016, febrero 8, 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, 2009, mayo 4, rad. 2002-00099-01). Por este motivo, han sido reconocidas algunas atenuaciones a su aplicación. Ospina y Ospina (2009, p. 370) expresan 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, donde el ejemplo más importante es la estipulación a favor de otro, así como las dadas por contratos colectivos.

Por su parte Tamayo (2007, pp. 106-107) 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; y acepta que en ambos escenarios aparenta romperse el principio de la relatividad contractual, lo que aclara al decir que, en el primer caso, 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.

Siguiendo entonces lo planteado por Tamayo (2007, pp. 117-122), 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. Por ejemplo, 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 de hecho y contra el dueño del vehículo transportador, de acuerdo con 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, y la acción directa en el contrato de seguro, en relación con los artículos 1127 y 1133 del Código de Comercio, entre otras excepciones.

Históricamente, la excepción real más relevante es la estipulación para otro, regulada en el artículo 1506 del Código Civil. En ella, 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 celebrara dicha contratación, pero que podrá demandar al deudor por la vía contractual para exigir de este lo estipulado; se acota 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 concurrieron 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, como, por ejemplo, el mandato con representación, la acción hereditaria de los causahabientes a título universal del causante que tenía la calidad de acreedor contractual y grupos o cadenas de contratos (Tamayo, 2007, p. 107),²⁵ sin que resulte del todo claro que el afectado tenga la condición de tercero o parte del negocio.

Para concluir, puede afirmarse que el efecto relativo de los contratos enfrenta en la actualidad retos dogmáticos y pragmáticos cuando se estudian 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).

25 Para más información sobre las excepciones reales y aparentes del efecto relativo de los contratos, puede acudir a Tamayo Jaramillo (2007).

Lo aquí expresado 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 teoría de la conexidad contractual

En este capítulo se caracterizará la contratación conexa en el ámbito del derecho privado; para ello se explicarán sus antecedentes desde algunos ordenamientos jurídicos extranjeros en donde ha estado presente el fenómeno; posteriormente se estudiarán los elementos que componen la contratación conexa, sus efectos y las posturas con respecto 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 conexión entre contratos.

2.1 Concepto

La contratación conexa 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, hay dificultades para caracterizar la figura, puesto que cada caso implica características particulares dependiendo de los contratos celebrados por las partes y la finalidad perseguida con el negocio, así como se encuentran 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 dificultades mencionadas, la doctrina, jurisprudencia y legislación han desarrollado una postura más o menos pacífica respecto a los elementos necesarios para la existencia de la contratación conexa, los cuales consisten en la concurrencia de (i) dos o más contratos diferentes, que (ii) se vinculan entre sí a través de un nexo funcional, el cual puede existir (a) por 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 existan estos dos elementos, los contratos constituirán entre ellos un único negocio, conformando así un supuesto de conexidad contractual del que será posible derivar efectos jurídicos.

Se desprende entonces que en la conexidad contractual quedan, en principio, al margen de la figura, la vinculación entre negocios jurídicos que no sean contratos; verbigracia, “los casos en que el testamento presenta cualquier tipo de relación con otro negocio jurídico” (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 este libro. No obstante, son frecuentes los usos de términos como coligación, coaligación, imbricación, vinculación contractual, sistemas o redes de contratos, entre otros (López, 1994, p. 392).²⁶

26 Esborraz (2012, pp. 118-119) ha propuesto una distinción que busca ser más técnica, en la que denomina el fenómeno como vinculación contractual, visto como el género, mientras que la coligación y conexidad contractual serían sus especies. Postula, así mismo, 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, por vía de una comunidad causal, y se asimilan a la coligación contractual. De todos modos, este planteamiento es aún minoritario.

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). De tal modo, los agentes económicos, ejerciendo su autonomía de la voluntad, pueden celebrar diversos 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 (1999), celebradas en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina, 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, allí se sostuvo: “Habrá 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” (Instituto de Derecho Civil, UNLP, 1999).

Frente a este tema, Lorenzetti (2001, p. 126) ha desarrollado su “teoría sistémica”, donde plantea que la teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para resolver las problemáticas presentes en las redes de contratos no puede basarse en el contrato individualmente considerado, sino examinar la novedad que estas comportan, 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.

Por último, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

[...] la coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un

resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, *ab origine* (en el origen) e *in fine* (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos (CSJ, Civil, 2009, junio 1, rad. 2002-00099-01).

2.1.1 Antecedentes

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, quienes manifestaron la relevancia del fenómeno para el derecho privado. Posteriormente, este concepto se consolidó en la doctrina y jurisprudencia italiana, pese a que persisten algunas discusiones en torno de él (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 acoge y aplica la contratación conexa. Al respecto, la Corte di Cassazione ha sostenido en diversas sentencias²⁷ 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 las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros condicionando su validez y ejecución²⁸ (López, 1994, p. 26).

27 En este sentido se encuentran las sentencias de la Corte di Cassazione, así: 2814 del 18 de octubre de 1960, 2174 del 27 de junio de 1968, 1358 del 8 de septiembre de 1970, 1042 del 28 de marzo de 1975, 3057 del 15 de septiembre de 1975, 781 del 21 de febrero de 1977, 5119 del 24 de noviembre de 1977 y 5777 del 14 de junio de 1990 (citado en López, 1992, p. 26).

28 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 uni-

Devoto (2016, p. 18) 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 voluntaria, pues como nexo 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.

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*, con el trabajo de Bernard Teyssié como el primero sobre el tema (López, 1994, p. 27). No obstante, ya para la década de 1930, Savatier había escrito sobre las excepciones del efecto relativo de los contratos, y resaltaba allí 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 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).

dad 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 (sent. 3284 de la Corte di Cassazione de 29 de noviembre de 1973). - 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 (sent. 2700 de la Corte di Cassazione de 27 de febrero de 1976). - 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 (sent. 1389 de la Corte di Cassazione de 11 de marzo de 1981) (López, 1994, pp. 26-27).

A partir de 1979, la Cour de Cassation comenzó a construir una postura doctrinaria sobre *les 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”, debido a 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:

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 consentimiento.²⁹

29 « Article 1186. Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. 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 ».

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, desde donde es posible destacar el reconocimiento de contratos vinculados en los créditos de consumo que estipula la Ley 7 del 23 de marzo de 1995 (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. En su capítulo 12 se encuentran los artículos 1073, 1074 y 1075, los cuales, como resultado de diferentes discusiones académicas al respecto, han intentado establecer cierta generalidad sobre el fenómeno, tratando de incluir la mayor cantidad de planteamientos posibles que determinan y diferencian la vinculación de otros supuestos contractuales.

Por su parte, en México, aunque la doctrina no ha abordado el tema en particular, sí se ha visto jurisprudencialmente un desarrollo sobre los contratos “coaligados” o conexos, pues existen pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde 1929 que mencionan a los contratos conexos. Sin embargo, solo hasta la sentencia del 7 de agosto de 1957 de la Tercera Sala de la Suprema Corte se abordó el tema de la rescisión de los contratos coaligados, si bien debe tenerse en cuenta que en el registro del *Semanario Judicial* de la federación tal asunto aparece registrado como una tesis aislada (Acedo, 2002). Igualmente, en México se ha hecho mención a los contratos coaligados en las disposiciones procedimentales consagradas en el artículo 1121 del Código de Comercio,

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 desplegado sobre el asunto (Acedo, 2002).

2.1.3 Fuentes de la contratación conexa

La contratación conexa puede surgir por la vía de tres situaciones: (i) según 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 efectuado 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 conexa cuando uno o más de los contratantes, en ejercicio de su autonomía contractual, celebran de forma consciente una pluralidad de contratos diferentes, 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 conexa, pues, como se advirtió anteriormente, la conexidad contractual ya ha sido integrada como figura jurídica en legislaciones como la argentina y la francesa.

Esta postura, no obstante, 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).

2.1.4 Elementos

La contratación conexa consta de dos elementos: (i) la pluralidad de contratos diferentes y (ii) su vinculación a través de un nexo funcional. La importancia de ambos conceptos radica en que solo cuando confluyen es posible afirmar que existe la conexidad contractual.

2.1.4.1 Pluralidad de contratos diferentes

Para determinar si se está en presencia de la contratación conexa, se debe 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),³⁰ razón por la cual resulta fundamental identificar correctamente en qué supuestos se está frente a uno o varios contratos, asunto que implica, como mayor dificultad, determinar en lo concreto de un caso específico si se ha celebrado un único contrato o bien una pluralidad de estos, discusión que se enmarca 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 artículo 1502 del Código Civil.³¹

30 Al respecto, en Colombia 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 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, 2009, junio 1, rad. 2002-00099-01).

31 Código Civil colombiano, artículo 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”.

Sin embargo, la doctrina ha criticado el mencionado artículo 1502, al señalar 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, tal enumeración es incompleta, dado que se omiten 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 y 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. Esto es así, porque:

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. 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 y Ospina, 2009, p. 84).

En segundo lugar, no hay 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 a la hora de determinar el número de contratos celebrados; por ejemplo, en un supuesto en el que intervienen dos sujetos y uno de ellos tiene a su cargo la realización de varias prestaciones, la existencia de una única contraprestación es indicio de que se ha celebrado un solo contrato, mientras que, si en una situación en particular intervienen tres o más contratantes que adoptan distintas posiciones entre ellos, habrá que entender que existe pluralidad contractual (López, 1994, pp. 404-405).

Frente a este tema, la doctrina mayoritaria³² se ha decantado por la causa como el elemento jurídico a valorar para dicho fin. Según esa postura,

32 En este sentido se encuentran Seguí (2001), López (1992) y Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01, pp. 17-18).

cuando exista una única causa se estará frente a un contrato, mientras que, cuando concurren varias causas autónomas y distintas, habrá pluralidad de contratos.³³ Sin embargo, esta perspectiva puede acarrear problemas, debido a 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 los alcances de *la causa* como elemento jurídico, de manera que será necesario abordarla antes de continuar con la doctrina frente al tema.

i) La causa. Antes de comenzar con esta discusión, resulta necesario precisar que, tal y como ocurre con los efectos de los contratos y los efectos de las obligaciones, ha de diferenciarse la causa de la obligación de la causa del contrato;³⁴ esto se aclara porque, al igual que sucede en Francia con el entendimiento literal del artículo 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 artículo 1502 (Giorgianni citado en Hinestrosa, 2015, p. 37).

Acerca de lo mismo, se encuentra el artículo 1524 del Código Civil colombiano, que define así la causa:

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.

33 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).

34 “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).

Por otra parte, dos son los requisitos que debe reunir la causa: esta debe ser tanto real como lícita. Frente a la primera característica, dice Alessandri (1976):

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 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, según lo expresado en el artículo 1524 del Código Civil, es la que se encuentra prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Esto obedece a 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, o sea contrarios a las buenas costumbres o al orden público, podrán ser atacados por cualquiera que tenga interés en ello,³⁵ a través de la nulidad absoluta consagrada en el artículo 1741 del Código Civil,³⁶ por adolecer de causa ilícita (Ospina y Ospina, 2009, p. 278).

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

35 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”.

36 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”.

se introdujo el concepto de causa falsa parcial; aquello 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 decidió no anular, sino reducir el valor proporcionalmente a su monto real, debido a que su causa era parcialmente falsa por la falta de equivalencia económica entre la deuda suscrita y la deuda realmente debida. Entonces, la diferencia entre la ausencia de causa y la causa falsa reside en su uso; mientras en la primera se sanciona 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, en donde se destacan tres corrientes: (a) la tesis causalista clásica, (b) la anticausalista y (c) la neocausalista, que serán expuestas a continuación, para continuar con la diferenciación entre unicidad y pluralidad contractual.

ii) 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).

Las posturas de este autor frente a la causa fueron sintetizadas por Hinestrosa (2015):

Para Domat existían cuatro clases de convenciones y comercios para el uso de las personas y las cosas: en las que los que contratan (a) dan recíprocamente una cosa por otra, (b) hacen alguna cosa cada uno para el otro, (c) el uno hace y el otro da y (d) 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 (p. 48).

Por otra parte, 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. Además, cuando el compromiso no tiene causa alguna, este tendrá una causa falsa y será nulo, tanto el compromiso como el contrato que lo contiene, al igual que sucede si la causa hiere la justicia, la buena fe o las buenas costumbres (Hinestroza, 2015, p. 48).

La causa para estos autores de los siglos xvii y xviii dependía de si el contrato era (a) bilateral o sinalagmático, (b) gratuito o (c) 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. Se acota aquí que Domat diferencia los contratos entre bilaterales, gratuitos y reales, mientras que Pothier los clasifica 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 causa (pp. 48-49).³⁷

Asimismo, Tamayo (2008) señala y pone un ejemplo:

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 noción clásica de causa como opuesta a las razones personales del contratante que, como personales, son subjetivas en esencia. [...] Si en todos los contratos de compraventa, según el ejemplo tomado, el fin inmediato del vendedor es

37 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, solo existe obligación para una parte y la causa de la obligación de esta radica en la prestación hecha anteriormente por el acreedor, como por ejemplo el contrato de mutuo (González, 1981, pp. 48-49).

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 (p. 297).

En conclusión de esta postura, 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 (Moreno, 2007, p. 162).

iii) Tesis anticausalista. La tesis anticausalista surge como resultado de las diferentes críticas de la doctrina respecto del concepto clásico de causa; ella acusa a la causa de ser históricamente infundada, producto de confusiones y omisiones en el análisis de la formación del concepto de contrato, que termina siendo falsa,³⁸ por mostrar causa y efecto como fenómenos simultáneos; e inútil,³⁹ por no agregar nada a los elementos básicos del contrato y, por el contrario, cometer una confusión entre causa, objeto y consentimiento, lo que reafirma de ese modo 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, por ejemplo, el contrato de compraventa en el que la cosa y el precio que en la tesis clásica tiene como causa recíproca, no son sino dos

38 González (1981) indica: “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).

39 González (1981) apunta: “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).

objetos, el objeto de la obligación del comprador y del vendedor respectivamente (Tamayo, 2008, pp. 300-301).⁴⁰

En los contratos reales, es 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, sino 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, porque resultaría imposible descubrir en ella una intención ilícita o inmoral; y, además, la causa en este tipo de contratos sería inútil por confundirse con el consentimiento (Tamayo, 2008, pp. 300-301).⁴¹

Las críticas mencionadas fueron bastante fuertes para la tesis clásica, que nunca pudo sobreponerse, de modo que 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. 106-107); y, por el otro lado, el nacimiento de una nueva teoría que aboga por la relevancia de la causa, denominada la tesis neocausalista.

40 Tamayo (2008) expresa: “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).

41 Hinestrosa (2015) señala: “[...] 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).

iv) Tesis neocausalista. Esta tesis plantea que la teoría de la causa no es falsa ni inútil sino insuficiente. Dos de sus principales autores son Capitant y Josserand. Según el primero, la causa se distingue del objeto, porque 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 contractual (Tamayo, 2008, pp. 302-303).⁴² De acuerdo con Josserand, quien va más lejos, pues incluye dentro del concepto de causa los móviles personales⁴³ de carácter subjetivo, los cuales al ser ilícitos o inmorales anularán el acto jurídico, al ser la causa una razón o móvil individual, subjetivo y de carácter psicológico, variará de un contratante a otro, aun dentro de un mismo tipo contractual (Tamayo, 2008, pp. 302-303).

De esta forma se distinguen en la tesis neocausalista: la causa de las obligaciones contractuales, de carácter objetivo, conformada por el fin directo e inmediato que el deudor persigue al obligarse; tal fin es inherente a la naturaleza de cada contrato y, por consiguiente, la causa es siempre idéntica en todos los contratos de un mismo tipo; y la causa de los móviles concretos, de índole subjetivo, los cuales inducen a los interesados a la celebración del contrato, móviles que por principio político imperante en su época deberían quedar sujetos a la sola conciencia de los contratantes, al prohibirse 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 públi-

42 Acerca de la postura de Capitant, Moreno (2007) escribe: “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).

43 Tamayo (2008) plantea: “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).

co 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 y 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 y Ospina, 2009, p. 277). El segundo apartado del precitado artículo 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, donde son apropiados para este fin el concepto de causa tanto clásico como el neocausalista (Tamayo, 2008, p. 311).

v) La pluralidad de contratos desde la causa en la conexidad contractual. Al margen de la anterior discusión y luego de resaltar la polisemia y las 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 mencionó, la postura mayoritaria señala la causa como el criterio diferenciador. Al respecto, Seguí (2001) dice:

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 capacidad,⁴⁴ que determina si una persona puede o

44 Artículo 1503 del Código Civil: “Presunción de capacidad. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. Artículo 1504 del Cód-

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 vicios,⁴⁵ el cual 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 se puede celebrar contratos diferentes con un mismo objeto (López, 1994, p. 403).⁴⁶

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, porque, según lo que se ha expuesto, la voluntad, el consentimiento y el objeto no resuelven de fondo la cuestión. Asimismo, la forma solemne, si bien puede aportar información sobre el número de contratos celebrados, no es viable como elemento diferenciador, debido a que no todos los contratos están 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 aporta los elementos para diferenciar la contratación conexa de otras formas de contratación, como los contratos mixtos o complejos, figuras que, por su proximidad, pueden resultar difíciles de distinguir; 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,

go 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”.

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

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

combinan o entrelazan prestaciones correspondientes a dos contratos típicos” (p. 16), es decir, en ellos se “constituye un único contrato donde se combinan internamente ya sea diferentes tipos de contratos o prestaciones particulares de diversos contratos” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2005, junio 17, p. 11).

Vemos entonces que la jurisprudencia ha establecido una diferenciación entre tres tipos de contratos mixtos: los (a) contratos combinados, (b) los contratos mixtos en sentido estricto y (c) los contratos de doble tipo. En los contratos combinados, uno de los contratantes contrae varias obligaciones que corresponden a diversos tipos de contrato y la otra parte se obliga a una prestación única; por otro lado, los contratos mixtos en sentido estricto contienen un elemento que presenta un contrato de otro tipo; y, 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, 1936, marzo 24, 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” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, octubre 23, p. 39).⁴⁷

Para finalizar con la postura mayoritaria, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2007, septiembre 25), expone:

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),

47 Al respecto, Morales (2002) expresa: “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).

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 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” (rad. 2000-00528-01, pp. 17-18).

En conclusión, para determinar el número de contratos celebrados en un caso específico, se deberá, en primer lugar, verificar que cada contrato cumple con los requisitos de existencia de los contratos en su respectivo ordenamiento jurídico, y, en segundo lugar, 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.

Frente a este tema, resulta relevante destacar lo considerado por Álvarez (2008):

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).

2.1.4.2 Nexo funcional

El nexo funcional⁴⁸ es el elemento interno que vincula la pluralidad de contratos; en otras palabras, es el interés de los partícipes que actúa como “el cemento que une a los diferentes contratos” (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, 2007, septiembre 25, rad. 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).

Acerca de este nexo, Frustagli (1996, p. 46) propone 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, que puede verificarse a través de una finalidad común perseguida 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.

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

48 “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).

En este sentido, López (1992) propone:

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 ellos no puede entenderse sino en relación con otro (Frustagli, 1996, p. 46), o bien 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. Devoto (2016) dice al respecto:

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) describe tal 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 contrato (p. 134).⁴⁹

Para Seguí (2001, pp. 191-192), se presenta una finalidad económica supracontractual cuando existe una finalidad económica que trasciende la individualidad de cada contrato, que 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; en estos supuestos la finalidad vincula a personas que son parte de distintos contratos, y dicho ligamen se ubica dentro del sistema o red contractual, pero fuera del vínculo bilateral de las obligaciones contractuales.

De esta forma, la vinculación a través de una finalidad económica común se genera por la voluntad de los partícipes del negocio, quienes 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 conexas, la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala Civil (2009, junio 1) 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) [...]” (rad. 2002-00099-01).

49 Lorenzetti (2003) postula luego: “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. 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).

Por último, el nexo funcional además de servir como el vínculo entre los diferentes contratos permite diferenciar la contratación conexa de otras formas contractuales similares, como lo son las uniones de contratos, que consisten en “varios tipos de contrato que se combinan por voluntad de las partes” (CSJ, Civil, 1936, marzo 24, p. 73).

Las uniones de contratos han sido divididas en tres: (i) la unión simplemente externa, que 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, 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 del otro y no al contrario, y (iii) la unión de contratos alternativa, que se genera cuando, por la voluntad de las partes, los contratos se unen alternativamente, de tal manera que la existencia de uno de ellos depende de que se cumpla o no determinada condición (CSJ, Civil, 1936, marzo 24, pp. 73-74).

Como se ha explicado, en las uniones de contratos, el vínculo contractual se basa en la voluntad de las partes; estas, en un acto de conclusión, combinan varios tipos de contratos, a diferencia de lo que sucede en la contratación conexa, donde 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 ocurre con las uniones de contratos.

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 constituye un tema sencillo, pues, como se ha referido anteriormente, la conexidad contractual ha sido desarrollada de forma asistemática en los diferentes ordenamientos jurídicos (Devoto, 2016, p. 43).

Adicionalmente, la diversidad y la heterogeneidad de los supuestos donde se presenta la vinculación contractual hacen 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 la relevancia jurídica de la conexión (López, 1994, p. 420).

A pesar de lo anterior y sin que represente una lista taxativa, han sido identificados en la doctrina tres de los efectos generales de la contratación conexa (cfr. Devoto, 2016; Esborraz, 2012) y un efecto de la contratación conexa frente al efecto relativo de los contratos, a saber: (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 único; (iii) la extensión de la responsabilidad civil contractual más allá de un único contrato, y, en cuanto al efecto relativo de los contratos, (iv) la redefinición de los conceptos 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 están regulados por el código civil y/o mercantil de cada ordenamiento jurídico (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 el contrato como una figura aislada que solo acepta una interpretación contextual (Esborraz, 2012).

En Colombia, las normas de interpretación de los contratos se hallan 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, siendo aceptado que la voluntad de las partes pueda encontrarse en un contrato distinto del interpretado y celebrado por

los mismos sujetos jurídicos (López, 1994, p. 465),⁵⁰ 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 solo sería factible en los contratos celebrados por las mismas partes y sobre el mismo objeto (Seguí, 2001; Esborraz, 2012, y Devoto, 2016).

Dado 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 relación con el 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* (Esborraz, 2012).⁵¹

Lo dicho se fundamenta en la existencia de un interés de los contratantes en el funcionamiento del sistema, que se erige como un presupuesto necesario para lograr la consecución del propósito global común. Tal interés sistemático es de carácter objetivo e independiente de los intereses individuales y subjetivos de las partes que les 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 esta información 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). Se acota que,

50 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.

51 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”.

si ya se conoce claramente la voluntad de las partes, no sería necesario entrar a realizar este tipo de interpretación.⁵²

Esta posibilidad de interpretación sistemática de los contratos que han sido celebrados por partes distintas y que se encuentren conectados supone una nueva forma de interpretación de los negocios. Debido a ello, la conexidad se convierte en un elemento importante para la interpretación en los grupos de contratos, en el sentido de 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” (De la Madrid, 2006, p. 335)⁵³ o “contagio de las patologías” (Esborraz, 2012, p. 150) de un contrato a los demás contratos vinculados.

Tal efecto consiste, pues, en la posibilidad de que las vicisitudes de uno de los contratos se extiendan e influyan en la vida de los restantes (Frustagli, 1996, p. 47). En este sentido, Devoto (2016) afirma que este efecto

52 Al respecto González (1981) señala: “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, anfibiológicos 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).

53 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 y Miranda, 2012, p. 216).

“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 el nexo funcional que vincula a todos los contratos conexos (López, 1994, p. 433).

Doctrinariamente se han establecido dos tipos de dependencia que pueden presentarse entre contratos: (i) dependencia unilateral y (ii) dependencia recíproca. La primera se presenta cuando un contrato depende de otro, pero este no depende de aquel, de forma tal que en estos supuestos se presenta un contrato dependiente y uno independiente (Barboza y 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 este 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.

Ha de aclararse que en Colombia este tipo de dependencia unilateral está regulada en el artículo 1499 del Código Civil,⁵⁴ donde se halla la clasificación de contratos principales y accesorios, por lo que dichos casos no serían considerados, en principio, como supuestos de conexidad contractual; por ello podría plantearse que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el fenómeno de la contratación conexa requiere de una pluralidad de contratos autónomos⁵⁵ para configurarse, lo que deja por

54 Código Civil colombiano, artículo 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”.

55 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”. Así mismo, en primer lugar, el *Diccionario de la lengua española* (RAE, 2019) define autónomo como algo “que

fuera de la definición los casos de dependencia unilateral ya regulados por el Código Civil.

Frente a la autonomía, se ha sostenido que en la conexidad contractual se mantienen unidos los contratos, pero estos conservan su autonomía (Lorenzetti, 1998, p. 222), debido a que existe una finalidad supracontractual que hace que una serie de contratos individuales funcionen como un sistema (Devoto, 2016, p. 73). No obstante, algunos doctrinantes han matizado tal 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 se ha mencionado 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 principal entre ellos, es decir, cada uno de los contratos necesita de los otros, por lo que existe una dependencia mutua entre ellos (Barboza y 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 la vicisitud de un contrato hacia los demás; esto porque, en parte, se trata de una cuestión valorativa, en la 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*,⁵⁶ que se justifica en “la unidad negocial 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, al ex-

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; asunto que 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).

56 Que se entiende como: “juntos están en pie, juntos caen” (Esborraz, 2012, p. 151).

presar 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 porque la ineficacia de un contrato no implica necesariamente la ineficacia del resto de contratos vinculados; de modo que sostener que la propagación de las vicisitudes se produce *ipso iure* carece de rigor (López, 1994, p. 425). Además, 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 sea, conllevaría la ineficacia de todo el conjunto de contratos.

Una segunda teoría propone una solución que acude 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, p. 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, asunto muy común en ordenamientos jurídicos que han tenido algún antecedente en las teorías causalistas del negocio jurídico. En efecto, sobre esta postura, Álvarez (2008) 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 correspondiente 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).

De esto se desprende que 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 que finalidades y causa sean 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, p. 329) 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, que 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, en la tercera premisa, 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.

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).

En similar postura, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2007, septiembre 25) 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 (rad. 2000-00528-01, p. 18).

Aunque tal postura está correctamente argumentada, conlleva la misma problemática expuesta anteriormente en el acápite de nexo funcional; esto es, que la causa no puede ser tomada como un elemento imprescindible del contrato como consecuencia de las fuertes críticas anticausalistas, por lo cual la tesis se torna inaplicable en un ordenamiento jurídico donde la causa no tenga reconocimiento jurídico.

También se encuentra la postura que busca aplicar en estos casos la regla de la ineficacia parcial,⁵⁷ según la cual, no toda ineficacia que se presente conlleva necesariamente la ineficacia del todo; bajo esta tesis, la ineficacia de un contrato solo genera la ineficacia del conjunto cuando el resultado práctico perseguido en el negocio único no puede alcanzarse sin el contrato afectado (Barboza y Miranda, 2012, p. 217). En el ordenamiento jurídico colombiano, tal postura tendría como fundamento el artículo 902 del Código de Comercio, que señala: “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”.

De acuerdo con lo planteado, 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 las vicisitudes presentadas en uno de los contratos pueden propagarse a los demás

57 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 (Barboza y Miranda, 2012, p. 217) y en el artículo 902 del Código de Comercio colombiano.

contratos vinculados en un negocio único, como consecuencia de la “conexidad relevante” (Seguí, 2001, p. 196). La conexidad relevante se presenta cuando el nexo entre los contratos es de tales características que la finalidad económica común perseguida por el conjunto de contratos solo puede lograrse si todos estos producen plenamente sus efectos, siendo este escenario donde la invalidez de uno de los negocios coligados implica la ineficacia de los otros (Devoto, 2016, p. 44).⁵⁸

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

Esta última postura está más de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano, pues la discusión en torno a la ineficacia de un contrato o de 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 tácitamente en el artículo 1602 del Código Civil no debería entenderse solo frente al nacimiento de las obligaciones causadas en un contrato, sino con respecto 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 solo 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 a uno de los vínculos solo se extenderá a todo el negocio jurídico si esa parte viciada resulta esencial para el fin previsto; allí 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 solo afectará al sistema negocial complejo en la medida que se observe objetivamente frustrada la finalidad o causa supracontractual (Zapata, 2019, p. 110).

58 Para establecer la existencia de la 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.

De lo expuesto puede concluirse que, en los supuestos de conexidad contractual en los que se presente dependencia recíproca, las vicisitudes de uno de los contratos solo se extenderán 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) y efectivamente se propaga la ineficacia de un contrato al conjunto (Madrid, 2006, p. 335).

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

Este efecto 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 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 desde dos vías: (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 extendida 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 con ello 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 (Instituto de Derecho Civil - UNLP, 1999), celebradas en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina, donde se expresó:

“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 presenta a través del principio de buena fe y de la existencia de deberes secundarios de conducta. Lorenzetti (2001) dice al respecto:

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 coordinación⁵⁹ que obliga a todos los integrantes de una red contractual a colaborar en el funcionamiento del sistema, de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento de este (Lorenzetti, 2001, p. 136).

Puede decirse, 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 obliga-

59 Frente al principio de coordinación, Lorenzetti (2001) expresa: “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).

ciones 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 Constitución,⁶⁰ el artículo 1603 del Código Civil⁶¹ y el 871 del Código de Comercio,⁶² los cuales establecen que los contratos no solo 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 la jurisprudencia han venido reconociendo una serie de deberes, denominados “deberes secundarios de conducta”, que 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 onerosa o complicada la satisfacción de los resultados pretendidos (CSJ, Civil, 2016, noviembre 11, sent. 16496, p. 39).

En el caso de la contratación conexa 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, 2017, noviembre 15, sent. 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) del conjunto de contratos (p. 44). Con base en lo anterior,

60 Constitución Política de Colombia, artículo 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”.

61 Código Civil colombiano, artículo 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”.

62 Código de Comercio colombiano, artículo 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”.

la jurisprudencia nacional ha comentado 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. Esto 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 (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; será necesario también cumplir con los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad contractual:⁶³ (i) la preexistencia de un 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476, p. 45).

Así, 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 estarán legitimados para demandar en responsabilidad civil contractual al contratante in-

63 “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 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 inexecución 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, 2018, febrero 22, sent. 380, p. 30).

cumplido, y exigir de este el cumplimiento forzado de las prestaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento.

2.1.5.4 Redefinición de los conceptos de parte y tercero dentro de una unidad negocial

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

Lo dicho 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 afectadas por las vicisitudes de alguno de los contratos vinculados o demandar y ser demandadas en acción en responsabilidad civil contractual frente a una persona que en sentido estricto no tiene el carácter de parte en un contrato, pero sí tiene una participación en el negocio único.

Por un lado, se encuentran los terceros que se diferencian entre sí 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, quienes 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 y 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 víncu-

lo 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); además, 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, 2018, agosto 9, sent. 3201).

En este escenario se observa que las posibles afectaciones de los terceros, con respecto al contrato, difieren de la situación de alguien que ha celebrado un contrato vinculado a un grupo de contratos, pues si bien ambos no han celebrado el contrato 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, que no puede ser llevado a cabo a través de un solo contrato.

Lo anterior implica la posibilidad de que las vicisitudes de un contrato se propaguen a los demás contratos, al igual que la oportunidad de las personas que han celebrado un contrato vinculado a un grupo de contratos de demandar y ser demandadas en acción en responsabilidad civil contractual, frente a alguien que, en sentido estricto, no tiene el carácter de parte en un contrato, pero que sí conserva una participación en el negocio único, para exigir de este el cumplimiento forzado de las prestaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento.

Por el contrario, los terceros relativos solo 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 expresado, la doctrina ha propuesto el replanteamiento del efecto relativo de los contratos, bajo el entendido de 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, p. 386). Esto ha motivado 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 estos; lo cual hace 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

Cuando prevalece 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: (i) el contexto actual del comercio, (ii) el efecto relativo de los contratos frente a la contratación conexa y (iii) las posturas de la contratación conexa frente al efecto relativo de los contratos.

La conexidad contractual toma trascendencia en la era contemporánea, cuando la realidad económica y la complejidad jurídica de algunos negocios evidencian que el efecto relativo de los contratos no genera soluciones del todo satisfactorias a algunos de los nuevos escenarios presentados, 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 opinión de Teyssie (citado por López, 1992, p. 16), se debe a cinco factores que han determinado el cambio en los mercados actuales: (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.

Además de la masificación social y el impacto tecnológico producido por estos factores, los cambios presentados también han afectado la manera como se celebran los negocios jurídicos en el ámbito patrimonial; anterior-

mente, por ejemplo, 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 ello, desde el siglo xx se ha observado 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, están obligados a acudir a diversas personas participantes en la operación y a celebrar diferentes contratos con ellas, como una forma de dividir 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 de los siglos xix y xx, que 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) expone:

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 extiendan 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).

Ello se debe a que, como ya se dijo, 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 ella 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: (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.

i) La conexidad como una excepción al efecto relativo de los contratos. Esta tesis plantea que el efecto relativo de los contratos continúa siendo la regla jurídica general para aplicar en las relaciones contractuales y que 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, que en su artículo 1021 consagra: “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*” (cursivas fuera del texto original). Luego incorpora la figura de la contratación conexa en sus artículos 1073,⁶⁴ 1074⁶⁵ y 1075,⁶⁶ en donde establece

64 Código Civil y Comercial de la Nación argentina, 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”.

65 Código Civil y Comercial de la Nación argentina, 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”.

66 Código Civil y Comercial de la Nación argentina, 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 inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma

la necesidad de probar la existencia de la contratación conexa, y, adicionalmente, definió el concepto de parte en el artículo 1023,⁶⁷ 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 la contratación conexa como uno de los casos previstos por la ley que constituye una excepción, como ya lo tuvo en cuenta el transcrito artículo 1021.

En este mismo sentido se ubica la conclusión de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1999), celebradas en la Universidad Nacional del Litoral de Argentina: “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 como excepción en los grupos de contratos. En este sentido, la contratación conexa no sería una excepción real, al no tratarse de un verdadero tercero sino de una persona que participa en la ejecución del negocio dado a través de los contratos vinculados; ello, 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 exigirle el cumplimiento forzado de las prestaciones debidas o la indemnización derivada de su incumplimiento.

ii) La conexidad como un supuesto de aplicación de los efectos relativos del contrato. Esta postura ha sido desarrollada principalmente por Álvarez (2008, p. 344), en su tesis doctoral sobre “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, generan que cada uno de sus miembros, por su convergencia hacia una finalidad económica común, no

regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”.

67 Código Civil y Comercial de la Nación argentina, 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”.

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, figura mediante la cual se podría aplicar la regla del efecto relativo de los contratos sin excepción.

Tal 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, pp. 364-365) 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 asimilada.⁶⁸ Quienes constituyen el primer grupo son aquellos que han concurrido con su voluntad a la celebración de alguno de los contratos conexos, esto 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 es parte asimilada respecto de los demás contratos coligados en los que no otorgó su voluntad, con lo cual se conforma una especie de doble faceta dentro de cada uno de los sujetos del grupo de contratos, donde el efecto obligatorio de tales contratos⁶⁹ los afecta de diferente forma.

68 Sobre dicha distinción, Álvarez (2008) expresa: “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).

69 Acerca de la fuerza obligatoria de los contratos, Álvarez (2008) continúa: “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).

En los supuestos de contratación conexa, el mencionado efecto obligatorio de los contratos diferencia entre las partes contratantes y las asimiladas, bajo la consideración de que estas no se encuentran ligadas a las mismas formas y condiciones, por lo que 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 solo afecta a las partes en sentido asimilado cuando alguno de los contratos no se cumpla o cuando 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 contractual (Álvarez, 2008, pp. 364-365).⁷⁰

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 tesis 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).

iii) 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; estado que requiere una relectura con el fin de precisar sus alcances y proyecciones, dado que “esgrimir a ultranza el principio de eficacia relativa significa admitir que cada contrato constituye una isla que atesora

70 Dentro de las conclusiones de su trabajo, Álvarez (2008) considera: “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).

su propio régimen, con independencia de sus elementos comunes y de la eventual vinculación con otros contratos” (Hernández, 2007, p. 27).

Tal 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) propone:

[...] 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).

La postura, además de propender por una reconceptualización de parte y tercero dentro de un contrato, también esgrime la necesidad de modificar la responsabilidad civil contractual, para dar cabida a la posibilidad de otorgar al tercero una acción de naturaleza contractual al deudor de su deudor, en presencia de una cadena de contratos (Pizarro, 2007, p.9); en otros términos, “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, pp. 48-49), 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, dentro de una realidad económico-jurídica muy diferente en cuanto a su diversidad frente a aquella que existía al momento de la codificación, asunto que conlleva cierta flexibilización y puesta al día de las nociones de partes y terceros —especialmente esta última—, al menos en el ámbito de la contratación conexa.

Debe tenerse en cuenta que, en un conjunto de contratos donde estos se vinculan 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 las personas pueden ser partes en uno o más contratos del grupo, no son parte necesariamente en todos los contratos del negocio. Dichas personas no deberían ser consideradas como terceros, por el tipo de vínculo que tienen con las partes del contrato, y se admitiría, según las particularidades del caso, la extensión de la responsabilidad entre los sujetos de contratos conexos a partir del reconocimiento de acciones directas así como la propagación de la ineficacia de uno de los acuerdos hacia los demás del conjunto.

Para finalizar este tema, 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).

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que la discusión respecto de la contratación conexa y la regla del efecto relativo de los contratos está 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, en otros ordenamientos jurídicos donde se concibió la figura, así como sus planteamientos dogmáticos principales, sus elementos y efectos más relevantes, lo mismo que su posición respecto al efecto relativo de los contratos, se procederá a exponer su avance dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Es importante recordar que, en Colombia, las normas positivas tanto del Código Civil como del Código de Comercio no se ocupan de regular par-

ricular y sustantivamente esta clase de operaciones negociales (CSJ, Civil, 2007, septiembre 25, exp. 2000-00528-01). Sin embargo, esto no significa que el fenómeno no haya sido estudiado o no se encuentre presente.

Existen, sí, 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 de mayo de 1938, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (p. 570) 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.

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 contratos,⁷¹ los contratos mixtos⁷² y los contratos típicos con prestaciones de otra especie,

71 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, 1938, mayo 31, pp. 570-571).

72 Los contratos mixtos se clasifican 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

estos últimos caracterizados por amoldarse únicamente a un solo tipo contractual (CSJ, Civil, 1938, mayo 31, 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 en 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 el que sería uno de los precedentes más antiguos de la figura conocidos en el país, en la medida que la unión de contratos acepta la posibilidad de asimilar varios tipos contractuales como una unidad. Se debe 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.

A finales de la década de 1990, la Corte Suprema de Justicia inició el tratamiento de la figura de la conexidad contractual; su interés se debía a la importancia del fenómeno para resolver problemas en el desarrollo de operaciones económicas complejas, difícilmente asimilables en la teoría del negocio jurídico tradicional. De ese modo, el 6 de 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, emitió una sentencia en la que sostuvo que habrá conexión contractual cuando, jurídicamente, varios convenios celebrados no puedan 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, 1999, octubre 6, exp. 5224, pp. 16-17). Esta sen-

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, 1938, mayo 31, pp. 570-571).

tencia plantea ya la autonomía negocial como un fundamento de la figura y la posibilidad de que las partes les den vida a diversos contratos, a través de la manifestación de su voluntad. También establece 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 (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 determina la necesidad de tener prueba de dicho objetivo. La sentencia también expone, de manera breve, un efecto de la contratación conexa, al afirmar que las vicisitudes de un contrato conexo pueden repercutir en mayor o menor grado en los otros (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 ponente 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, 2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01).

Profundizando un poco sobre cada aspecto mencionado en esta sentencia, puede decirse que la Corte Suprema de Justicia defendió la imposibilidad de examinar el contrato de modo aislado o individual como se hacía antes, pues, a partir de ella, 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, 2007, septiembre 25, rad. 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 la 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 la causa como elemento diferenciador de cada uno de los contratos que hacen 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, 2007, septiembre 25, rad. 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 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, 2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01).

Además de hacer tales referencias, esta sentencia reconoce 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, 2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01).

Aclara la Corte que se alude a la expresión “operación económica”, al ser más omnicompreensiva 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, 2007, septiembre 25, rad. 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 alcanzar el fin práctico que condujo a los intervinientes a celebrar determinados negocios jurídicos (CSJ, Civil, 2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01).

En cuanto al ligamen de dependencia que establece esta finalidad o motivo, la misma 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, 2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01).

Por último, esta sentencia reconoce la actividad de *leasing financiero*, y en específico la llamada *lease back*, como un claro caso de conexidad contractual en el ordenamiento interno, asunto que marca una nueva tendencia en la forma en que se desarrollan estos negocios (CSJ, Civil, 2007, septiembre 25, rad. 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 en observancia al *leasing*, lo cual, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contrato: vendedor, tradente y usuario, por

un lado; comprador, adquirente y *leasing*, por el otro (CSJ, Civil, 2007, septiembre 25, rad. 2000-00528-01).

Posteriormente a la mencionada, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de junio de 2009, del magistrado ponente William Namén Vargas, adoptó una postura más alineada con la doctrina italiana del coligamiento contractual, aduciendo que “la 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” (rad. 2002-00099-01).

En otras palabras, en esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia defiende 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, y 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 los liga a todos (CSJ, Civil, 2009, junio 1, rad. 2002-00099-01).

También sostiene allí la Corte 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 alcanzar 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, 2009, junio 1, rad. 2002-00099-01).

En este punto vale la pena destacar que la Corte da la posibilidad tanto al ordenamiento o a 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, 2009, junio 1, rad. 2002-00099-01).

Así, pues, la Corte defiende que la simple pluralidad de negocios no determina *per se* la confluencia negocial, debido a que es necesaria 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 sucede en la dependencia recíproca o bilateral. También, citando a Bigliazzi *et al.* (1992, p. 942), la Corte defiende 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; se reafirma así que la variedad de contratos se ata por la vía de la interdependencia funcional y teleológica (CSJ, Civil, 2009, junio 1, rad. 2002-00099-01).

Por lo demás, esta sentencia reafirma lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 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 al mismo tiempo 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, 2009, junio 1, 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 en particular.

De igual forma, 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 18476 del 15 de noviembre de 2017, del magistrado ponente Fernando García Restrepo, que resuelve un asunto de un contrato de seguro de vida grupo vinculado a un crédito financiero, se han empezado a incluir dentro de la discusión nacional otros elementos propios de 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 solo 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 el contrato de manera aislada; se entendía, entonces, 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

Mencionando la doctrina y la jurisprudencia, define la Corte en esta sentencia que se reconoce 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 las caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arropa, cuyo logro solo es posible en virtud de su armónica conjunción. Sostiene asimismo 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

Respecto de las obligaciones que surgen de la coligación de contratos, en la sentencia se observa un avance significativo e innovador, 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 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

Así, pues, cuando se dan casos de conexidad contractual, las personas vinculadas a la cadena también están obligadas 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 al igual que la consecución del fin último querido por los interesados (CSJ, Civil, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

También se estableció en el fallo que del conjunto contractual surgen deberes de conducta para todos los intervinientes, quienes responden a la exigencia de que ese nuevo objeto se constituya como debe ser, se mantenga y alcance sus fines. En ese 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 su consecución, guiados ellos por la mutua dependencia que los contratantes establecieron entre sí. 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

La Corte, entonces, 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 exija la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a estos, 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

La Corte también menciona en este fallo la importancia de definir los efectos jurídicos que se desprenden de la figura; en ello, se refiere a 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 tiene en cuenta 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, 2017, noviembre 15, sent. 18476).

En el fallo mencionado se conservan 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 ha sido, sin duda, 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 con respecto a este asunto por parte de la jurisprudencia. En tal sentido, la Sala Civil de la Corte, el 19 de diciembre de 2018, mediante la sentencia 5690 del magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta, reiteró que los contratos coligados mantienen su autonomía y regulación legal propia, pero dependen funcional y recípro-

camente por causa de la operación económica pretendida por los intervinientes. También reiteró que las contingencias de alguno de los contratos pueden repercutir en los otros.

El alto tribunal también afirmó 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 repercuta 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, 2018, diciembre 19, sent. 5690).

Finalmente, se concluye en este fallo que el aspecto distintivo ocurre por relacionar 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 aten las diferentes convenciones con un objetivo común o interrelacionado, algo necesario para concebir un negocio con pluralidad de contratos como uno solo (CSJ, Civil, 2018, diciembre 19, sent. 5690).

Resulta importante resaltar que el fenómeno de la conexidad contractual también ha sido abordado en varios laudos arbitrales en Colombia. Muestra de esto es el caso del proceso arbitral nacional llevado por tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, que dio 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.

Es claro, entonces, que la conexidad contractual en Colombia se ha ido estableciendo con mayor profundidad, gracias a la complejidad de las operaciones económicas actuales que exigen la adaptación de las formas jurídicas a la realidad. Esto también ha exigido 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 la necesidad de estudiar el fenómeno de la contratación conexa en supuestos específicos y de que una gran cantidad de negocios han sido estudiados por la teoría de la contratación conexa, a lo largo de este capítulo se abordarán tres supuestos a la luz de la contratación conexa: (i) la fiducia inmobiliaria, (ii) el arbitraje internacional y (iii) las relaciones de consumo. Para tal fin se avanzará en una conceptualización del caso específico y se desarrollará un análisis de los elementos y efectos de la contratación conexa en cada caso concreto.

3.1 La fiducia inmobiliaria

Para presentar la fiducia inmobiliaria como un posible escenario de contratación conexa, resulta necesario caracterizarla como negocio jurídico. Seguidamente, se centrará la atención en las partes que intervienen en el negocio y, para finalizar, se estudiará la fiducia inmobiliaria como un supuesto de contratación conexa en cuanto a la pluralidad de contratos y la finalidad común, con los posibles efectos que ella tendría.

3.1.1 Conceptualización

De acuerdo con lo consagrado en los artículos 1226⁷³ y siguientes del Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica N.º 29 de la Superin-

73 Código de Comercio de Colombia, art. 1226: “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, trans-

tendencia Financiera de Colombia (2014), la fiducia inmobiliaria es un negocio jurídico que tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto, según las instrucciones expresadas en el contrato. En este negocio intervienen un fideicomitente o constituyente y una sociedad fiduciaria o simplemente una fiduciaria (o fiduciario), a quien 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 a favor del mismo constituyente o de beneficiarios distintos al mismo.

En la fiducia inmobiliaria, con el propósito de 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, que 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 allí 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, así como 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 sea el mismo constituyente (Bonivento, 2005, p. 309). Se comparte, pues, la estructura tripartita usada tradicionalmente para esquematizar cualquier contrato de fiducia mercantil; según lo explica Rodríguez Azuero (2016), “el acuerdo supone una estructura triangular donde solo la presencia del constituyente y del fiduciario es necesaria para

fieri uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a 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”.

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. Los fideicomitentes iniciales pueden ser tanto los aportantes que transfieren el lote de terreno donde se construirá el proyecto inmobiliario, como los promotores que diseñan, financian y desarrollan el proyecto, además de comercializar las unidades inmobiliarias; así también los gerentes que vigilan, controlan e inspeccionan el proyecto para que se desarrolle en consonancia con 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, quienes hacen una asignación controlada de los recursos y los bienes, siempre intentando que se cumplan las condiciones del encargo. Sobre esta sociedad fiduciaria recaen obligaciones concernientes a la correcta administración y asignación de los recursos y los bienes que integran el patrimonio autónomo, además de aquella de cumplir con el encargo dado por el contrato de fiducia, para entregar las unidades resultantes del proyecto.

Así, pues, en un principio el contrato de fiducia inmobiliaria es celebrado por el constituyente o fideicomitente inicial y la sociedad fiduciaria; sin embargo, luego de la celebración del negocio, se pueden adherir terceros como beneficiarios de la fiducia inmobiliaria, conocidos también como “beneficiarios de área”, quienes, 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 mediante el 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 de 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 solo 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 ha expresado 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, 2009, julio 1, exp. 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, es posible obtener una respuesta diferente a la discusión sobre la calidad jurídica del beneficiario de área con respecto a la fiducia inmobiliaria, como se expondrá a continuación.

3.1.2 La fiducia inmobiliaria frente a la contratación conexa

La discusión en torno a la posición jurídica del beneficiario de área plantea también otras problemáticas, pues, por un lado, de tal posición depende a su vez el tipo de acciones y remedios que puedan utilizarse en caso de presentarse algún problema con la ejecución del proyecto; y, por otro, existen dificultades con respecto al régimen de responsabilidad aplicable en caso de que se presenten daños en las múltiples relaciones dentro del

proyecto, incluyendo el alcance o la limitación de la misma responsabilidad de los interesados.

Para resolver los 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 conexas y sus posibles efectos, recordando que la contratación conexas se configura, como se expuso, si confluyen una pluralidad de contratos diferentes y el nexo funcional que les sirva como medio de vinculación tanto económica como jurídica.

i) Pluralidad de contratos diferentes. 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 asunto de la construcción y venta de inmuebles como operación económico-jurídica, ha indicado que el contrato de obra entre el comitente y el contratista, y el de compraventa que se celebra con los adquirentes 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); y resalta que todos estos contratos tienen como finalidad la edificación del inmueble que luego será adquirido por terceros.

Es necesario aclarar que López (1992) no incluye el supuesto en que el proyecto de construcción se desarrolle a través de una fiducia inmobiliaria; sin embargo, los supuestos son asimilables, siempre que la finalidad perseguida sea 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: (a) el contrato de fiducia mercantil, entre el o los fideicomitentes iniciales y

la sociedad fiduciaria; (b) el contrato de vinculación, entre el promotor del proyecto y la sociedad fiduciaria y los interesados en adquirir inmuebles resultados del proyecto; (c) el contrato de crédito entre el promotor del proyecto y un establecimiento de crédito; (d) 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; (e) el contrato de construcción, cuando el constructor no está subordinado al promotor; así como (f) 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 comporta una estrecha vinculación jurídico-económica entre ellos, ya que persiguen un objetivo común, y todos los contratos celebrados “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).

ii) 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, pp. 204-214) 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 de los participantes en el negocio y por los elementos de existencia y validez de cada contrato celebrado, así como una finalidad común o global. El objeto particular depende entonces de cada contrato celebrado; 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. 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 los diferentes contratos, a través de una finalidad económica común o global, la cual consiste en el desarrollo de un proyecto de construcción donde las unidades inmuebles resultantes del proyecto se enajenan 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 tal finalidad se celebra una pluralidad de contratos entre distintas partes, pluralidad en la que son 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.

iii) Efectos de la contratación conexa frente a la fiducia inmobiliaria. Si se configura la contratación conexa en la fiducia inmobiliaria, como se ha expresado, es posible aplicar a ella los efectos generales de 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, en la fiducia inmobiliaria (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 resul-

tantes 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 estos su contraparte negocial, sí son partes en otros contratos vinculados a este 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 (a) una excepción al efecto relativo de los contratos o (b) un supuesto en el cual debe replantearse el concepto de tercero y parte contractual, bajo el entendido de que el beneficiario de área no es un tercero relativo respecto de dicho contrato, sino que podría ser tratado como parte asimilada del contrato o como un partícipe del negocio único.

3.2 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, se centrará la atención en el pacto arbitral y en la voluntad como factor determinante del arbitraje, siguiendo con los plausibles escenarios donde el pacto arbitral puede estar inmerso en un caso de contratación conexa y con los efectos que puedan surgir de esta frente al pacto arbitral.

3.2.1 Conceptualización

Partiendo de lo que consagra la Ley 1563 de 2012 o Ley de arbitraje en Colombia, 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[s] 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 el 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 (Corte Constitucional, 2011, junio 30, sent. T-511).

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 mediante 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 de 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” (Corte Constitucional, 2014, marzo 19, sent. C-170).

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, de manera que se establece como un elemento medular del sistema diseñado en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral (Corte Constitucional, 2014, marzo 19, sent. C-170).

No existe discusión alguna sobre el nacimiento del arbitraje con la celebración del acuerdo o pacto arbitral, pues, es a través de este como 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 medio del cual las partes 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 comercial” (Corte Constitucional, 2011, junio 30, sent. T-511). Porque, de otra manera, 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 (2011, junio 30): “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” (sent. T-511).

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. Las principales normas que regulan la forma en que es otorgada la voluntad a través de un acuerdo en casos de arbitraje internacional son: (i) la Convención de Nueva York de 1958 sobre “el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, y (ii) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 de Panamá. Vale la pena resaltar que en Colombia mediante la Ley 1563 de 2012 se adoptó con ciertas modificaciones la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI—.

En el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958,⁷⁴ se dispone que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo de voluntades en la medida en que conste por escrito, ya sea en forma de una cláusula com-

74 Convención de Nueva York, art. 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”.

promisoria dentro de un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido 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 télex.

Por último, la CNUDMI aprobó una recomendación que alienta a los Estados a adoptar el artículo 7 revisado de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional; y también, en su 39.º 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. Así mismo, en su resolución 61/33, del 4 de diciembre de 2006, la asamblea general señaló:

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 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).

El artículo primero de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional fue transcrito casi literalmente a la legislación nacional por la Ley 1563 de 2012, que en su artículo 69⁷⁵ regula el acuerdo de arbitraje en el arbitraje internacional, dictando allí que debe constar por escrito, a la vez que establece un listado taxativo de las situaciones bajo las cuales se entiende cumplido este requisito.

Por esta vía, la exigencia de que el pacto conste por escrito se configura como un elemento *ad probationem* y no *ad substantiam actus*; es posible sustituir esta exigencia 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” del artículo 69, el cual dispone que tanto el acuerdo de arbitraje o el contrato, como la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio, cumplirán el requisito de que consten por escrito, siempre y cuando quede constancia de su contenido de cualquier forma, pues la función de tal contrato es probatoria y no esencial para la configuración de un pacto arbitral.

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

Por sabido se tiene que el consentimiento puede ser expreso o tácito.
En el caso de consentimiento expreso, ninguna duda se cierne sobre

75 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”.

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 redarguido, 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 solo podría extenderse a las materias previstas por las partes en el acuerdo arbitral, puesto que, como dispone la Ley 1563 de 2012, en este acuerdo 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 dicho pacto.

3.2.2 El arbitraje internacional frente a la contratación conexa

Siguiendo con la relación entre el arbitraje internacional y la contratación conexa, a continuación se abordará, primero, cuando un supuesto de arbitraje está inmerso en un caso de contratación conexa, y, segundo, la posibilidad de extender el pacto arbitral a terceros no signatarios del mismo, en virtud de la vinculación contractual.

i) 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 la relación contractual actual,⁷⁶ por lo cual no en todos los supuestos en

76 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 1 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” (cursivas 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

los que se celebre un pacto arbitral se estará frente a una pluralidad de contratos diferentes, y, en consecuencia, no en todas las ocasiones será aplicable la teoría de la contratación conexa.

No obstante, pueden presentarse muchos supuestos donde un pacto arbitral sí esté inmerso en un supuesto fáctico con una pluralidad de contratos distintos, por lo que, solo 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. Verbigracia, los laudos arbitrales (Cámara de Comercio de Bogotá) del 3 de agosto de 2000 entre Carlos Arturo Camelo Caldas y otros y sociedad Duarte Guterman y Cía. Ltda. contra Santander Investment Trust Colombia S. A., Sociedad Fiduciaria; del 17 de junio de 2005 entre la Fiduciaria Integral S. A., en liquidación, contra Luis Eduardo Herrera Pulido; y del 23 de octubre de 2008 entre Gómez Estrada Construcciones S. A. - GECSA contra Fiduciaria de Occidente S. A. - Fiduoccidente S. A.

ii) Nexo funcional. Así como 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 de 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, consagrada en materia de arbitraje internacional en el segundo párrafo del artículo 79 de la Ley 1563 de 2012.⁷⁷

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” (cursivas fuera del artículo original). Al respecto, revisar también las normas de la ley de arbitraje en Colombia.

77 Ley 1563 de 2012, 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”.

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, puesto que es el pacto arbitral el que le otorga la competencia a un tribunal arbitral para conocer sobre un caso particular y, al ser diferente cada pacto arbitral, como consecuencia de la voluntad de los signatarios del mismo, ello 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 por un nexo funcional.

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 de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012, analizando si dentro de las relaciones jurídicas sometidas a acuerdo arbitral están incluidos de alguna forma el grupo de contratos o la controversia específica que motiva el comienzo del proceso arbitral.

iii) 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 dentro de un grupo de contratos, de forma tal que sus conflictos sean resueltos a través de la figura arbitral. Lo anterior, con miras a (a) 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 (b) 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, según lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012. Entre estas normas, se destaca el principio de voluntariedad, que 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 haya otorgado

una voluntad expresamente negativa frente al pacto; así, como expuso la Corte Constitucional (2014, marzo 19):

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 (sent. C-170).

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, debido a 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 arbitral.

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 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 hace parte del contrato.

Frente a la extensión del pacto arbitral a terceros no signatarios en una situación de contratación conexa y la aplicación del efecto relativo de los contratos, han sido postuladas diversas posiciones. La primera considera la contratación conexa como una excepción al efecto relativo de los contratos; según este planteamiento, cuando se presente la contratación conexa, el efecto relativo de los contratos no tendrá aplicación, pese a que, esta acción continúa siendo la regla general. Dicha postura es apoyada por Gómez (2018):

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 de 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 conexo” (Ariza, 1997, p. 9). Esta posición fue adoptada en el laudo arbitral de Carlos Arturo Camelo Caldas y otros y sociedad Duarte Guterman y Cía. Ltda. contra Santander Investment Trust Colombia S. A., Sociedad Fiduciaria, del 3 de agosto del 2000, donde 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 (Cámara de Comercio de Bogotá, 2000, agosto 3, pp. 12-13).

Frente a los argumentos de la parte demandada, 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 suscritos con los fideicomitentes de adhesión, el referido tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2000, agosto 3) 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. Es esta, pues, una discusión que abierta y vigente en la actualidad

3.3 Las relaciones de consumo

3.3.1 Conceptualización

Hoy en día, 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, que merece un estudio por separado (Villalba, 2011, p. 174).

En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho del consumidor fue elevado a rango constitucional, por medio del artículo 78 de la Constitu-

ción Política de 1991.⁷⁸ Anteriormente, el Decreto 3466 de 1982 regía lo relativo a la idoneidad, calidad, garantías, marcas, leyendas, propagandas y fijación pública de precios de bienes y servicios, así como 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 2011.

En la actualidad, las relaciones económicas entre productores, proveedores y de negocios están reguladas principalmente en el Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, el cual, según su artículo 2,⁷⁹ regula los derechos y las obligaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores, al igual que 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 cuanto a las relaciones de consumo y la Ley 1480 de 2011, la Corte Constitucional (2012, octubre 31) 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 1, en los que se destaca como objetivo de ley, la protección, promoción y garantía de la efectividad y libre ejercicio de los derechos

78 Constitución Política de Colombia, 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”.

79 Ley 1480 de 2011, 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”.

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 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 (sent. C-896).

Por su parte, la cantidad de materias abarcadas por el derecho del consumidor resulta bastante amplia. Al respecto, la Corte Constitucional (2000, agosto 30) en sentencia C-1141 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 amplia cantidad de materias, por lo que despliega una gran cantidad de derechos y deberes a los consumidores; sin embargo, en este libro solo se abordará la garantía por calidad, idoneidad y seguridad de los bienes y servicios, así como la responsabilidad por producto defectuoso, por ser las figuras estudiadas a la luz de la conexidad contractual en otros países.

En la Ley 1480 de 2011, las partes son principalmente los productores, proveedores y consumidores.⁸⁰ Al respecto, es posible deducir, con base

80 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

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 solo 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, este 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: (a) responsabilidad por garantía; (b) responsabilidad administrativa y (c) responsabilidad por productos defectuosos.⁸¹

La primera de las responsabilidades que establece la Ley 1480 de 2011, en su artículo 6, es la responsabilidad por garantía, regulada entre los ar-

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. [...]"

- 81 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 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”.

títulos 7⁸² y 18, y a su vez se encuentra reglamentada por el Decreto 735 de 2013.

De la definición de garantía legal, puede desprenderse que esta 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 se ofrecen o son 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 según su naturaleza.

Por otra parte, la garantía de idoneidad es aquella según la cual el producto adquirido funciona 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 aquella de que el producto, en situaciones normales de uso, no es irrazonablemente peligroso; es decir, que no conlleva riesgos irracionales a la salud o integridad de los consumidores. La doctrina y la jurisprudencia han acuñado el término *producto defectuoso*, para referirse a los bienes o servicios que no cumplen con la referida seguridad que se espera de él, bien sea por su incorrecto diseño, mala fabricación o presentación indebida (Ossa, 2013b, p. 240).

De acuerdo con el 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 diez años para la estabilidad de la obra de los bienes inmuebles, un año

82 “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”.

para los acabados de los mismos, un año para los productos nuevos, tres meses en los productos usados y tres 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 con los artículos 13 y 14 del Estatuto del Consumidor.⁸³

La garantía legal conlleva una buena 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 con lo establecido en el numeral 5 del artículo 58 del Estatuto del Consumidor; frente a ello, el productor o proveedor tendrá un término de quince días hábiles para dar respuesta, en la que 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.

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 resultan satisfactorias, el consumidor podrá acudir ante el juez competente o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de una acción de protección al consumidor, tramitada mediante un proceso verbal sumario, con observancia de las normas especiales de los artículos 57 y 58 del Estatuto del Consumidor y del Decreto 735 de 2013.

Para finalizar, un aspecto en la que la garantía legal del Estatuto del Consumidor resultó más restrictiva que en la normatividad anterior fue la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios en la acción de protección al consumidor; esto, porque en el Decreto 3466 de 1982, era

83 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, estas tendrán garantía propia, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 1480 de 2011.

posible hacer efectiva la garantía según el caso y solicitar la indemnización de perjuicios ocasionados,⁸⁴ 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, motivo por el cual se tendrá que acudir ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 735 de 2013.⁸⁵

Según lo descrito, 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 por cualquier forma de perjuicio adicional, tendrá que acudir a la jurisdicción mediante un proceso declarativo de responsabilidad civil, por lo general uno de responsabilidad por producto defectuoso (Ossa, 2013b, p. 259).

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 productor⁸⁶ y el expendedor son solidariamente responsables de los daños causados

84 Decreto 3466 de 1982, artículo 29: “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”.

85 Decreto 735 del 2013, 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”.

86 Ley 1480 de 2011, 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”.

por los defectos de sus productos, dentro de los cuales se incluyen los que sufre una cosa diferente al producto defectuoso y la muerte o las lesiones corporales, ambas situaciones 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 aquel;⁸⁷ 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 Consumidor.⁸⁸

Para finalizar este tipo de responsabilidad, la Corte Constitucional (2000, agosto 30) en la sentencia C-1141 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 atinentes 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.

87 Ley 1480 de 2011, 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”.

88 Ley 1480 de 2011, 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”.

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 comportan una regulación mucho más amplia que la contratación conexa, toda vez que regulan una gran cantidad de aspectos y efectos, algunos de ellos más allá de la teoría de la vinculación contractual.

i) 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, quien realiza la fabricación y/o la distribución de un bien o servicio para la adquisición de estos por parte de los consumidores, asunto que genera una expectativa de ganancias para el productor y distribuidor (López, 1994, p. 201).

Por otro lado, bajo 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; estos supuestos se caracterizan por la existencia de una cadena de compraventas que, generalmente, se estructura de la siguiente forma: el fabricante vende al mayorista, este 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 modo tal que el protagonismo de la operación recae sobre el fabricante y el consumidor (López, 1994, pp. 201-204).

Para Arnau (2002, p. 216), la fabricación y puesta en el mercado de un bien o servicio se muestra como una moneda de dos caras: por una parte, 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 cuyo último propósito es la adquisición del bien por parte de los consumidores para lograr el referido objetivo económico. Mientras que desde el punto de vista económico dicho fenómeno es unitario, por la otra parte, en 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.

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

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).

Por su parte, Ariza (2002, p. 219) considera que, a pesar de la falta de correspondencia entre la perspectiva formal o jurídica y la material o socioeconómica del fenómeno, en los diferentes contratos que se necesitan para poner el producto en el mercado pueden encontrarse algunos nexos de unión, como, por ejemplo, todas las ventas tienen un mismo objeto y contribuyen a lograr un resultado común, el cual es la llegada del producto a su destinatario final, el consumidor.⁸⁹ 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

89 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).

las personas que funcionan como vendedores intermedios, a pesar de que entre ellos existe una relación contractual.

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” (Lorenzetti, 1998, p. 146).⁹⁰

Según 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 parte de los consumidores a cambio de un precio, con el propósito de cumplir con unas expectativas de ganancias.

iii) Efectos de la conexidad contractual frente a las relaciones de consumo. A pesar de que la materia ha sido escasamente abordada en Colombia por tener regulación expresa en la Ley 1480 de 2011, en la doctrina extranjera sí han sido estudiadas las relaciones de consumo a la luz de la contratación conexas.⁹¹ El principal efecto de la vinculación contractual en este tipo de negocio ha sido la extensión de las acciones civiles más allá de un solo 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

90 Por su parte, Esborraz (2012) plantea: “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”.

91 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).

inmunidad en relación con un contrato en el que formalmente no ha sido parte (p. 210).

Concebir así, como esta descrito, las relaciones de consumo conlleva numerosas dificultades;⁹² por esta razón, se hizo necesario encontrar salidas jurídicas a la referida problemática. La *Cour de Cassation* 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, como se observa en las sentencias del 25 de enero de 1820 y del 12 de noviembre de 1888 (citadas en López, 1992, p. 214). 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. Durante la década de 1970, esta jurisprudencia se consolidó y se reconoció el carácter exclusivamente contractual de la acción del subadquirente contra el fabricante por los vicios ocultos de la cosa vendida, y se admitió el ejercicio directo de las acciones generales de incumplimiento en los casos de entrega no conforme a las estipulaciones del contrato, todo lo cual resultó 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”.

92 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, hasta alcanzar al productor; se trata, pues, de un sistema de reclamaciones que resulta especialmente costoso y no garantiza que el verdadero responsable se vea afectado porque la acción haya prescrito al momento de ostentar la legitimación por pasiva; adicionalmente, se encuentran allí la imposibilidad de identificar 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).

Cabe resaltar que, en Colombia, esta problemática ha sido resuelta de una manera diferente, ya que, según 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 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) señala:

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 por la misma vía desde la Constitución Política de 1991 y el Decreto 3466 de 1982. La Corte Suprema de Justicia (2007, febrero 7) también ha expuesto:

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”⁹³ (rad. 1999-00097-01, p. 36).

Así, 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

93 La anterior cita fue a su vez recogida textualmente en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (2009, abril 30), 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 extracontractual, al punto de ser irrelevante”; y c) “es una responsabilidad solidaria, siguiendo los derroteros previstos en el artículo 2344 del código civil” (rad. 1999-00629-01, pp. 31-32).

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 en contra de los productores y proveedores con los cuales no se ha contratado directamente, respecto de los países donde la vinculación contractual sí ha sido usada con tales fines.

Sin embargo, las relaciones de consumo van más allá de la contratación conexa, dependiendo de su especificidad. Puede observarse por ejemplo en los conceptos de partes y terceros; pues, mientras en la conexidad contractual muchos doctrinantes resaltan la necesidad de reconceptualizar las nociones de parte y de 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, sino que 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, lo que legitima al usuario de un bien o servicio para exigir la responsabilidad por garantía y la responsabilidad por productos defectuosos.⁹⁴

94 La Corte Suprema de Justicia (2009, abril 30) señala: “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” (rad. 1999-00629-01, p. 29).

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, el cual prescribe que los contratos, por regla general, únicamente generan derechos y obligaciones para las partes contratantes; genera dificultades en cuanto 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 planteado 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 surjan 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 concurre una pluralidad de contratos diferentes, unidos por un nexo funcional. Tal nexo vincula los diferentes contratos por la existencia de una finalidad económica co-

mún o supracontractual, aunque también podrían estos 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 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, los cuales poseen rasgos tan heterogéneos y particulares que resulta necesario analizar cada supuesto negocial en el que ella ocurra, 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 cumpla con los requisitos de existencia de los contratos en su respectivo ordenamiento jurídico, así como 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: (i) la ampliación de las normas de interpretación de los contratos, (ii) la propagación de las vicisitudes o extensión de la ineficacia de uno de los contratos en los restantes dentro de un negocio único, y (iii) la extensión de la responsabilidad civil contractual más allá de un único contrato.
- La discusión con respecto a la relación entre el efecto relativo de los contratos y la contratación conexa se encuentra abierta en la actualidad; dentro de ella 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. Las dos últimas posturas se fundamentan, principalmente, en la redefinición de los conceptos de parte y tercero dentro de una unidad negocial.
- En Colombia, ni las normas del Código Civil ni las del Código de Comercio se ocupan de regular la figura de la contratación conexa. Esto no significa que el fenómeno no exista, pues sí ha habido 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 este último haya sido deferida en todo o en parte a árbitros, quienes carecerán de competencia para conocer cualquier asunto no contemplado en el pacto arbitral. En estos casos es discutido 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, esta 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 enajenan 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: (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 del proyecto inmobiliario y (iii) 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, sino que se decanta por establecer una responsabilidad solidaria por garantía y por productos defectuosos, en lugar de ordenar una acción directa.

Referencias bibliográficas

- Acedo Quezada, O. (2002). Contratos coaligados (notas para una futura construcción dogmática). *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, pp. 3-22.
- Altamar de la Rosa, E. (2016). *Teoría general del contrato en derecho colombiano*. Bogotá: Universitaria de Colombia, El Jurista.
- Álvarez Martínez, G. I. (2008). Los grupos de contratos en el crédito al consumo. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidad de la Coruña (España).
- Ariza, A. (1997). La conexión de contratos. *Revista Trabajos del Centro*, núm. 2, pp. 17-28.
- Arnau Moya, F. (2002). Acción directa y vinculación contractual. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidad Jaime I (España).
- 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. y Miranda Gómez, J. (2012). La ineficacia en cadena. Extensión de los efectos de la “ineficacia” en los “contratos conexos”. *Advocatus*, pp. 212-223.
- Bigliuzzi, L., Breccia, H., Buneslli, F. y Natoli, U. (1992). *Derecho civil*. Tomo I. Volumen II. F. Hinestrosa (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bonivento Fernández, J. A. (2005). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Botero Bernal, A. y Cajas Sarria, M. (2018). Historia y actualidad ¿un nuevo Código Civil para Colombia? *Precedente. Revista Jurídica*, núm. 13, pp. 9-15
- Cárdenas, J. P. (2010). El efecto relativo del contrato, sus desarrollos y sus proyecciones. En Pontificia Universidad Javeriana (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Tomo IV. Derecho privado. Vol. 1* (pp. 411-444). Bogotá: Temis.

Cataño, S. E. y 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*, núm. 132, pp. 59-88.

Código corpus Iuris Civilis - español (1892). Código *Cuerpo del derecho civil romano tomo V*. A. Kriegel (trad.) (1804-1834), M. Kriegel (1805-1839), E. Hermann (1812-1885), E. Osenbrüggen (1809-1879), I. L. García del C. (1848-1919). Barcelona: Jaime Molinas. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=Cuerpo+del+Derecho+civil>.

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.

Devoto, M. (2016). El efecto relativo de los contratos y la conexidad contractual. Trabajo final integrador de Maestría en Derecho Empresario Económico. Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina (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*. *Revista de Derecho privado* (ed. esp.), pp. 111-163.

González Gómez, E. (1981). *De las obligaciones en el Derecho civil colombiano*. 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 de maestría en Derecho Empresarial. Pontificia Universidad Javeriana de Cali (Colombia).

Hernández, C. A. (2007). Acerca del principio de relatividad de los efectos del contrato y sus tensiones actuales. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2, pp. 21-48.

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

Instituta-Digesto Corpus Iuris Civilis - español (1889). Instituciones- Digesto, cuerpo del derecho civil romano. A. Kriegel (trad.) (1804-1834), M. Kriegel (1805-1839), E. Hermann (1812-1885), E. Osenbrüggen (1809-1879), I. L. García del C. (1848-1919). Barcelona: Jaime Molinas. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti=Cuerpo+del+Derecho+civil>

Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de La Plata - UNLP (1999). *XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional del Litoral. Comisión N.º 3. Contratos conexos*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

Lorenzetti, R. L. (1998). Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 17, pp. 207-262.

- Lorenzetti, R. L. (2001). Redes contractuales y contratos conexos. En A. A. Alterini, J. L. De los Mozos y C. A. Soto (dirs.), *Contratación contemporánea* (pp. 115-172). Bogotá: Temis.
- López Frías, A. (1994). Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidad de Granada (España).
- De la Madrid, M. (2006). La conexidad contractual en los principios de UNIDROIT. En A. Quintana y A. Elvia (eds.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 330-347). México: Universidad Autónoma de México.
- Morales, R. (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Revista de los Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, vol. 19. Disponible en: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art50.PDF.
- Moreno, J. A. (2007). *Dos tesis sobre contratos*. Asunción: Centro de Estudios de Derecho y Economía.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7.^a ed. Bogotá: Temis.
- 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*, vol. 43, núm. 118, pp. 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*, vol. 70, núm. 156, pp. 237-264.
- Pérez, J. (2017). El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. *Justicia*, núm. 32, pp. 259-282.
- Pizarro Wilson, C. (2007). El efecto relativo de los contratos: terceros y partes. En *Congreso internacional en conmemoración del sesquicentenario del Código de Bello*. Santiago: Lexis Nexis, Universidad de Chile. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0311/1/material_docente/bajar?id_material=150495.
- Real Academia Española (2019). *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <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*, pp. 63-106.
- Seguí, A. (2001), Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones. En A. A. Alterini, J. L. De los Mozos y C. A. Soto (dirs.), *Contratación contemporánea* (pp. 183-208). Bogotá: Temis.

Serrano Villafañe, E. (1974). Funciones del derecho en la sociedad cambiante de nuestros días. *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 17, pp. 461-471.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). Efecto relativo de los contratos. En J. Tamayo (ed.), *Tratado de responsabilidad civil. Tomo I* (pp. 106-124). Bogotá: Legis.

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

Law Teacher (2013, noviembre). *Privity of Contract Lecture*. Disponible en: <https://www.lawteacher.net/modules/contract-law/privity-of-contract/lecture.php>.

Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, A. (1998). *Derecho civil. De las obligaciones*. Bogotá: 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, núm. 2, pp. 171-195.

Zapata Flórez, J. (2015). La causa como elemento estructural de la contratación conexa. *Revista de Derecho Privado*, núm. 54, pp. 3-20.

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

Leyes, decretos, sentencias y laudos

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

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

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

Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación (2000, agosto 3). Laudo arbitral Carlos Arturo Camelo Caldas y otros contra Santander Investment Trust Colombia S. A. Árbitros: Luis Hernando Parra Nieto, Luis Hernando Gallo, Luis Carlos Rodríguez Herrera.

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

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

Corte Constitucional (2000, agosto 30). Sentencia C-1141. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Corte Constitucional (2011, junio 30). Sentencia T-511. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional (2012, octubre 31). Sentencia C-896. M. P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional (2014, marzo 19). Sentencia C-170. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (1936, marzo 24). Sentencia, M. P. Riverio Escallón. *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, año 1936, núm. 1904.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (1938, mayo 31). Sentencia. M. P. Juan Francisco Mujica. *Gaceta Judicial*, tomo XLVI, años 1938-1939, núm. 1932.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (1999, octubre 6). Sentencia, expediente 5224. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2005, febrero 10). Sentencia, expediente 7614. M. P. Jaime Alberto Arrubla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2005, julio 28). Sentencia, expediente 1999-00449-01. M. P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2007, febrero 7). Sentencia, expediente 23162-31-03-001-1999-00097-01. M. P. César Julio Valencia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2007, junio 29). Sentencia, expediente 1998-04690-01. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2007, septiembre 25). Sentencia, expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2009, abril 30). Sentencia, expediente 25899 3193-992-1999-00629-01. M. P. Pedro Octavio Munar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2009, julio 1). Sentencia, expediente 1101-3103-039-2000-00310-01. M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2009, julio 1). Sentencia, expediente 66682-31-03-001-2004-00103-01. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2009, mayo 4; junio 1). Sentencia, expediente 05001-3103-002-2002-00099-01. M. P. William Namén Vargas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2016, febrero 8). Sentencia SC1182, expediente 54001-31-03-003-2008-00064-01. M. P. Ariel Salazar Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2016, noviembre 11). Sentencia SC16496, expediente 76001-31-03-002-1996-13623-01. M. P. Margarita Cabello Blanco.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2017, noviembre 15). Sentencia SC18476, expediente 68001-31-03-001-1998-00181-02. M. P. Fernando García Restrepo.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2018, agosto 9). Sentencia SC3201. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

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

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

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil (2019, marzo 7). Sentencia SC665. M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Presidencia de la República (1971, junio 16). Decreto 410, Código de Comercio. *Diario Oficial*, núm. 33339. Bogotá.

Presidencia de la República (1982, diciembre 2). 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.

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

Presidencia de la República (2010, julio 15). 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.

Superintendencia Financiera de Colombia (2014). Circular Básica Jurídica, circular externa núm. 029. Bogotá.



El libro *Conexiones: Un estudio de la vinculación contractual en el derecho privado colombiano*, presenta un estado del arte de la discusión sobre la naturaleza, los efectos, los alcances y las limitaciones de aquella novedosa figura contractual. Para ello, los autores parten de una descripción del efecto relativo de los contratos, cuya interpretación clásica entra en tensión con las nuevas y novedosas formas contractuales; luego aquí se aborda propiamente el tema de la conexidad contractual, que es explicado de forma clara a partir de múltiples e idóneas fuentes de información; para finalizar con la concreción temática en tres eventos claves de conexidad (i) la fiducia inmobiliaria, (ii) el arbitraje internacional y (iii) las relaciones de consumo.

Jonathan Zapata Flórez



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ISBN: 978-956-5157-96-5



9 789585 115796 5 >