

**LA EVIDENTE CONTRADICCIÓN ENTRE
LA FIDUCIA Y EL ABUSO: CONTRATOS DE
ADHESIÓN EN EL CONTRATO DE FIDUCIA***

**THE OBVIOUS CONTRADICTION BETWEEN
FIDUCIARY TRUST COMPANIES AND UNFAIR
TERMS: ADHESION CONTRACTS IN THE
TRUST AGREEMENTS**

**A CONTRADIÇÃO ÓBVIA ENTRE FIDUCIÁRIO
E ABUSO: CONTRATOS DE ADESÃO NO
CONTRATO FIDUCIÁRIO**

Mónica María Moreno Herrera^a

monicamaria.moreno@hotmail.com

Fecha de recepción: 08 de agosto de 2017

Fecha de revisión: 10 de agosto de 2017

Fecha de aceptación: 08 de septiembre de 2017

RESUMEN

En relación al contrato de fiducia, es relevante para el derecho del consumo establecer los elementos que categorizan un contrato como de adhesión. Esto, toda vez que la calidad adhesiva del clausulado en este tipo de contratos determina la activación de los mecanismos de control de cláusulas abusivas, como la obligación de presentar el modelo de contrato ante la autoridad administrativa para su revisión y aprobación. Además, tratándose de un negocio fiduciario, una cláusula solamente podrá ser considerada como abusiva en cuanto se encuentre estipulada en un contrato como el de adhesión. En virtud de lo anterior, y de las particulares características del contrato de fiducia, se hace necesario el análisis particular de los elementos que determinan el carácter adhesivo de un contrato en este tipo contractual. Los principales elementos a considerar son: el carácter masivo del contrato, la negociación con el cliente final, el margen de negociación de sus estipulaciones y la posible existencia

* Artículo de reflexión que presenta los resultados de un proyecto de investigación desarrollado como requisito de grado para optar por el título de magister en derecho en la Universidad del Rosario.

a. Abogada egresada de la Universidad del Rosario, Magister en derecho de la misma universidad, primer lugar en el concurso a mejor ensayo sobre fiducia otorgado por la Universidad del Rosario y la Asociación de Fiduciarias de Colombia y consultora en derecho comercial, societario y contractual para el sector privado.

fideicomitentes adherentes en relación con las normas que regulan al negocio fiduciario, los derechos que la ley comercial le otorga a los fideicomitentes y las obligaciones del fiduciario.

PALABRAS CLAVE

Contrato, fiducia, adhesión, cláusula, abusiva, fideicomitente.

ABSTRACT

Regarding trust agreements, it is relevant for consumer law to determine the elements that categorize a contract as a pre-formulated standard text. Because the agreement's adhesive nature in this kind of contracts triggers several control mechanisms against unfair clauses such as the obligation to report before the administrative authority the draft of contract for its prior review and approval. Therefore, regarding trust agreements, a clause can only be classified as unfair if it is agreed within an adhesion contract. For that reason, and taking into account the particular characteristics of trust agreements, it is necessary a specific analysis upon the elements that establish the adhesion nature of a contract on this kind. The principal elements to consider are the massive character of the contract, the negotiation with the final client; the negotiation margin of its provisions and the possible existence of adhesive parties regarding the regulation of trust agreements, the rights that commercial law grants to the trustors and trustee's obligations.

KEY WORDS

Contract, trust, adhesion, clause, unfair, trustee.

RESUMO

Em relação ao contrato fiduciário, é relevante para o direito de consumo estabelecer os elementos que categorizam um contrato como adesão. Isso, uma vez que a qualidade adesiva das cláusulas neste tipo de contratos determina a ativação dos mecanismos de controle de cláusulas abusivas, como a obrigação de submeter o modelo de contrato à autoridade administrativa para revisão e aprovação. Além disso, no caso de um negócio fiduciário, uma cláusula só pode ser considerada abusiva assim que estipulado em um contrato de adesão. Em virtude do exposto, e das características

particulares do contrato fiduciário, é necessária uma análise particular dos elementos que determinam a natureza adesiva de um contrato neste tipo contratual. Os principais elementos a considerar são o caráter maciço do contrato, a negociação com o cliente final, a margem de negociação de suas estipulações e a possível existência de credores aderentes em relação às regras que regulam o negócio fiduciário, os direitos que a lei comercial lhe confere. Outorga aos curadores e as obrigações do administrador fiduciário.

PALAVRAS-CHAVE

Contrato, confiança, adesão, cláusula, abusivo, testamento.

INTRODUCCIÓN

La fiducia como figura jurídica está fundamentalmente relacionada con la confianza que deposita un cliente en la rectitud, responsabilidad y diligencia de una entidad (Circular Externa 029 [CE 029], 2014, Cap. I Tít. II Pt. II); en contraste, abusar implica proponerse, excederse, aprovecharse. En este sentido, los contratos adhesión en el negocio fiduciario requieren ser debidamente identificados para que mediante los mecanismos de control de cláusulas abusivas pueda garantizarse que los mismos están exentos de este tipo de estipulaciones que contradicen la esencia de este tipo contractual.

La presencia de los contratos de adhesión en la vida de los consumidores es ineludible, innegable y común. Hoy en día para la doctrina y la ley es clara su legalidad y validez, lo cual no obsta para que continúen estando en el núcleo de las preocupaciones del derecho del consumo. El carácter adhesivo de algunos contratos financieros es ciertamente indiscutible, como el del formulario que se completa para abrir una cuenta corriente o las condiciones generales que se aceptan al obtener una póliza de seguro, éstos constituyen algunos de los ejemplos más claros de este tipo de contratación. No obstante, la cuestión puede ser un tanto más compleja en el contrato de fiducia dada la amplitud de finalidades lícitas a las cuales puede adaptarse.

Ha hecho carrera en la doctrina la definición según la cual el contrato de fiducia es como *"un traje hecho a la medida"* (Rodríguez, 2005, p. 129), a partir de la cual se busca explicar la

amplitud de finalidades lícitas a las cuales puede adaptarse este negocio. Sin embargo, no es correcto entender esta expresión literalmente, como un escenario en donde cada contrato de fiducia individualmente considerado sea excepcionalmente diferente a los demás.

El control de cláusulas abusivas, como la expresión más relevante del derecho del consumo en el contrato de fiducia, empieza por analizar el carácter adhesivo de este tipo de contratos como elemento precedente y fundamental para avanzar en el estudio de las estipulaciones que contienen con la finalidad de garantizar la equidad de las obligaciones que de éstos emanan.

En general, una cláusula es abusiva cuando vulnera los presupuestos de la buena fe contractual o cuando genera un desequilibrio significativo en las obligaciones que deriva en un injustificado beneficio de los intereses de la parte que redactó el contrato (Moreno, 2014, p. 333). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia enlistó como características esenciales de este tipo de cláusulas i) la negociación no individual, ii) la lesión a los requerimientos emergentes de la buena fe desde una perspectiva objetiva de probidad y lealtad, y iii) el desequilibrio significativo, de cara a los derechos y las obligaciones que las partes contraen (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 5670, 2001).

La Antigua Circular Básica Jurídica¹ definía como cláusula abusiva aquella que buscaba reportar una ventaja al proponente dejando al aceptante en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos (Circular Externa 007 [CE 007], 1996, Núm. 2.2.5. Cap. I Tít. V). Y aunque dicha definición no se incluyó en la nueva Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014), de las tres características establecidas por la Corte Suprema de Justicia, vale destacar, la prevalencia que ésta norma daba al significativo desequilibrio en los derechos y obligaciones que se regulan, y aunque no fuese expresa la referencia a los contratos de adhesión -negociación no individual- como condición *sine qua non* para la configuración de

una cláusula abusiva, tal podía derivarse de las expresiones proponente y aceptante inherentes a esta forma de contratar.

De manera que, como se deduce de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la definición de cláusula abusiva que contenía la Circular Básica Jurídica (CE 007, 1996) y de la prohibición incorporada en el artículo 11 del Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328, 2009, Art. 11) el estudio de las cláusulas abusivas ha estado tradicionalmente circunscrito a los contratos de adhesión, estas estipulaciones son consideradas ilícitas en cuanto el adherente no tiene la oportunidad de discutir las y dicha circunstancia es aprovechada por la otra parte para obtener una ventaja injustificada. En los contratos libremente negociados se presume que, ante la posibilidad de acordar el clausulado en determinadas condiciones de igualdad, el resultado obtenido es el más conveniente para los intereses de las partes. Siendo claro que el ordenamiento jurídico no está para amparar las consecuencias de una mala negociación, salvo que el resultado sea de inequidad tremendamente manifiesta o que alguna cláusula se encuentre expresamente prohibida bajo otra categoría.

Para estos efectos, el Estatuto del Consumidor Financiero entendió como contrato de adhesión aquellos elaborados unilateralmente por una entidad financiera, cuyas cláusulas no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, quienes se limitan a expresar su aceptación o rechazo íntegro (Ley 1328, 2009, Lit. f. Art. 2). Para el caso concreto del contrato de fiducia, la Circular Básica Jurídica también considero como tal aquellos a los que después de celebrado se adhieren otros fideicomitentes, sin que se requiera la existencia de una parte económicamente superior; como también aquellos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios, con un contenido similar y uniforme es generalmente impreso en formularios o documentos idénticos o similares, bajo la modalidad de contratos de prestación masiva (CE 029, 2014, Núm. 3.2. Cap. I Tít. II Pt. II).

El ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un sistema de control de cláusulas abusivas en el contrato de fiducia con mecanismos de tipo legislativo, administrativo y judicial basados en la noción de contratos de adhesión. Esta clasificación resulta útil para comprender la finalidad de cada

1. La Antigua Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996) fue derogada y reemplazada íntegramente por la Circular Externa 029 de 2014.

uno, aunque en la práctica su funcionamiento no es independiente.

El control legislativo de las cláusulas abusivas surge de la necesidad de establecer pautas claras y concretas sobre las conductas que constituyen un abuso contractual en determinadas relaciones, y superar la etérea referencia a los principios generales del derecho, especialmente a la prohibición de abuso del derecho de tan amplia y discutida interpretación. Se concreta en textos normativos con fuerza vinculante que establecen listados de cláusulas negras o grises que desautorizan previamente ciertas estipulaciones calificándolas como abusivas, o como sospechosamente abusivas.

En el caso de las cláusulas negras o absolutamente prohibidas, el ejercicio interpretativo debería limitarse a superponer un contenido con otro para evaluar su coincidencia mientras que respecto a los listados de cláusulas grises se requiere analizar las circunstancias particulares del contrato en el marco de unos parámetros establecidos por medio de adjetivos calificativos como “excesivo”, “injustificado”, entre otros. Una vez proscritas las cláusulas, estas pueden ser declaradas nulas por el juez o servir como base para que la autoridad administrativa sancione su uso y conmine a las sociedades fiduciarias a abstenerse de incluirlas en los contratos que celebren (Moreno, 2014, p.338).

Aunque en cuestión de fiducia, ya existían normas dispersas que establecían un emergente sistema de control de cláusulas abusivas basado fundamentalmente en la función de vigilancia y control de la Superintendencia Financiera y la prohibición de ciertas estipulaciones en los contratos financieros, el Estatuto del Consumidor Financiero significó un precedente notable en la configuración legislativa de esquemas de protección al consumidor. La prohibición expresa a la incorporación de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la disposición de un listado de cláusulas negras, es uno de los aportes más significativo ésta norma (Ley 1328, 2009, Art. 11), aunque se trate de un listado de enunciativo cuyas prohibiciones bastante genéricas están lejos de agotar las condiciones injustas en las que podrían incurrir las entidades financieras.

Adicionalmente, con la intención de generar un catálogo más actualizado y detallado, el Estatuto

le otorgó a la Superintendencia Financiera de Colombia² la facultad de ampliar o especificar el listado siempre que lo haga de manera previa y general (Ley 1328, 2009, Lit. e. Art 11; Lit. d. Art 12; Decreto 2555, 2010, Art. 11.2.1.4.2), en ejercicio de la cual fue expedida la Circular Externa 039 de 2011, reemplazada posteriormente por la Circular Externa 018 de 2016, las cuales entraron en el detalle de las cláusulas calificadas como abusivas por la ley en el ámbito de los contratos financieros. Sin embargo, tanto el Estatuto del Consumidor Financiero, como la Circular Externa 039 y la Circular Externa 018 se refieren al sector financiero en general, y se caracterizan por formular prohibiciones principalmente desde la óptica de los contratos bancarios y del sector asegurador, con escasas o nulas referencias a otro tipo de contratos financieros como el de fiducia.

El efecto dispuesto por el Estatuto del Consumidor Financiero para las cláusulas que contravengan la prohibición en mención es la ineficacia y no la nulidad, en razón a lo cual deben entenderse como no escritas sin necesidad de declaración judicial (Ley 1328, 2009, § Art. 11). Luego, el consumidor teóricamente podría declararse no obligado por una estipulación presuntamente abusiva impuesta en un contrato fiduciario de adhesión, aunque en la práctica su posición contractual no se lo permita. Entre otras razones, porque el margen de interpretación al respecto sigue siendo considerablemente amplio, por lo que ley funge esencialmente como fundamento del control administrativo y judicial.

Antes el Defensor del Consumidor Financiero en virtud de la derogada Circular Externa 039 de 2011³ tenía como función revisar los contratos de adhesión que utilizará la entidad vigilada y remitir a la junta directiva de ésta un informe detallado de las cláusulas abusivas identificadas, labor cuyos resultados fueron publicados una única vez en el año de 2011.

En cuanto al control administrativo de las cláusulas abusivas, éste puede ser *ex ante* o *ex post*. Es previa la aprobación del proyecto de contrato de adhesión, y posterior la facultad de

2. En adelante toda referencia a la “Superintendencia” o “Superintendencia Financiera” deben entenderse a la “Superintendencia Financiera de Colombia”.

3. La Circular Externa 018 de 2016 que reemplazó la Circular Externa 039 de 2011 en materia de cláusulas abusivas en el sistema financiero, no incluyó esta disposición.

ordenar la suspensión del uso de un modelo de contrato determinado y la sanción a la entidad que no sometió a aprobación el contrato de adhesión o sus modificaciones.

El control *ex ante* surge de la obligación consagrada en el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en virtud de la cual las sociedades fiduciarias están obligadas a presentar ante la Superintendencia los contratos de adhesión o prestación masiva de servicios que pretendan utilizar para su aprobación, así como cualquier modificación o adición que realicen a éstos (Decreto 663, 1993, núm. 4. art. 146). Esta revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los clientes de los servicios fiduciarios, evaluando que i) se ajusten a las disposiciones legales en general, y ii) que no estén provistos de cláusulas abusivas (CE 029, 2014, Núm. 3. Cap. I Tít. II Pt. II; Moreno, 2014, p. 331-353).

El control *ex post* se configura a partir de la potestad de la Superintendencia de sancionar el uso de modelos no autorizados, o la inclusión de modificaciones sin revisión previa. El asunto puede ser conocido a solicitud de parte o de oficio como resultado de información conocida por entidad en el ejercicio de las facultades de supervisión o visitas de inspección. Una vez formulado el pliego de cargos, el análisis es objetivo pues verifica el incumplimiento de la obligación de presentar a aprobación los modelos, sin detenerse a evaluar el posible carácter abusivo de las cláusulas que contiene. Aunque las sanciones producto de esta facultad no dan solución a un caso concreto, se espera que tengan un efecto disuasivo e impacto reputacional para las fiduciarias incumplidas.

En última instancia, el consumidor puede solicitar ante un juez la declaración de nulidad de la presunta cláusula abusiva por objeto ilícito, lo que conforma el control judicial. Este es el mecanismo más tradicional, el mismo que antes diseñaba argumentos basados en la buena fe y el abuso del derecho y hoy se basa en la ley. Actualmente, el proceso que solía ser lento y tedioso cuenta con una relativa agilidad en virtud de las facultades jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia por el Estatuto del Consumidor (Ley 1480, 1994, Art. 56 - 57). No obstante, los niveles de litigio sobre el tema son bajísimos lo que limita el desarrollo jurisprudencial a

los actos y documentos emergidos del control administrativo, los cuales, lamentablemente, tienden basarse en argumentos de autoridad y, además, son de difícil acceso.

En razón a lo anteriormente expuesto, resulta particularmente relevante determinar cuándo un contrato de fiducia tiene carácter adhesivo. Este escrito se cuestiona si existe un segmento significativo de negocios fiduciarios que se evaden el sistema de control de cláusulas abusivas. La respuesta afirmativa a tal cuestión se sustenta en la exposición de las condiciones necesarias para que un contrato sea considerado como adhesivo en el negocio fiduciario. La hipótesis planteada se sustenta en el estudio del marco normativo enunciado, doctrina nacional y extranjera, así como en numerosos actos administrativos de autorización y de sanción proferidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, de modo que cada aspecto que se estudiará ha sido cuestionado previamente en la práctica.

El objetivo es construir herramientas concretas que permitan al consumidor financiero, las sociedades fiduciarias y a las autoridades competentes, identificar cuando un contrato reviste el carácter de adhesión en el marco específico del contrato de fiducia. A continuación, analizaremos la aplicación del concepto de adhesión al contrato de fiducia a partir del estudio de cada uno de los elementos que lo definen según la Circular Básica Jurídica, a saber, el carácter sustancial de los elementos negociables, el carácter masivo de los contratos de prestación masiva, la ausencia de negociación con el cliente final y la existencia de fideicomitentes adherentes.

METODOLOGÍA

Esta investigación partió de análisis de la normatividad vigente y pasada sobre los contratos de adhesión en la fiducia, para posteriormente ahondar en los debates prácticos que surgen a partir de aplicación de esta a través del estudio de diversos actos de autorización de uso de contratos de adhesión y resoluciones de sanción a fiduciarias por omitir la obligación de presentar los modelos para revisión de la Superintendencia Financiera de Colombia. Una vez identificados los elementos que generan debate se aportan consideraciones basadas en la ley, la doctrina y la experiencia profesional.

1. ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN EN LA FIDUCIA

1.1 El carácter sustancial de los elementos negociables

La Ley 1328 de 2009 (Ley 1328, 2009, Lit. f. Art. 2) y la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, Núm. 3.2. Cap. I Tít. II Pt. II) coinciden en definir los contratos de adhesión como aquellos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada, en este caso por la sociedad fiduciaria, cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.

Anteriormente, la Circular Básica Jurídica (CE 007, 1996) hacía referencia a aquellos contratos cuyos términos y condiciones hubiesen sido fijados en lo sustancial por la sociedad fiduciaria, lo cual daba lugar a complejas discusiones jurídicas acerca de lo que aquello significaba. Tal vez por esta razón, y con la intención de coincidir en los términos con el Estatuto del Consumidor Financiero, la referencia al carácter “sustancial” de los términos impuestos no fue incluida en la actual Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014).

No obstante, el debate sobre el carácter sustancial de los términos negociables en un contrato sigue estando vigente toda vez que incluso los contratos cuyo carácter de adhesión es indiscutible guardan al menos un margen de variabilidad sin que aquello desvirtúe su esencia y constituya un verdadero margen de negociación. El hecho de que en un contrato predeterminado existan unos cuantos aspectos por completar no significa que haya sido libremente negociado y se encuentre exento del régimen de los contratos de adhesión. Así, la existencia de un verdadero margen de negociación con la capacidad de desvirtuar el carácter adhesivo de un contrato depende del carácter sustancial de los elementos susceptibles de modificación.

Por ejemplo, difícilmente podría discutirse el carácter adhesivo de un contrato que únicamente permite modificar aspectos estrictamente relacionados con la identificación personal del contratante, tales como nombre y número de identidad. Es decir, que para determinar la existencia de un margen de negociación suficiente para desvirtuar el carácter adhesivo de un

contrato, es necesario que exista una posibilidad real de discutir aspectos medulares como la responsabilidad que asume la fiduciaria, las obligaciones de las partes, los mecanismos de garantía, las penalidades, el procedimiento de toma de decisiones y para modificar el contrato. Por lo demás, la posibilidad de modificar aspectos como el precio, la forma, las fechas de pago, y la selección del bien objeto del contrato no podrían llegar a considerarse un verdadero margen de negociación.

A nuestro juicio, podrían establecerse dos criterios para determinar por exclusión el carácter no esencial de los aspectos que son susceptibles de modificación por parte del consumidor. En primer lugar, no será esencial aquel aspecto cuya determinación se deriva de un hecho o de la elección que haga el cliente entre un catálogo de posibilidades planteadas por la fiduciaria o un tercero. Tampoco será esencial aquel aspecto cuyos términos la fiduciaria no está dispuesta a variar tantas veces como contratantes existan en un mismo proyecto o negocio.

Esto es, no podría considerarse como un aspecto esencial sujeto a negociación con el contratante aquellos se derivan de un hecho como su nombre, su teléfono, su dirección, su identificación o la ubicación del proyecto inmobiliario al que corresponde el contrato pues aquellos constituyen datos que corresponden a aspectos que no podrían modificarse por solicitud de la sociedad fiduciaria y tampoco tienen influencia directa sobre la estructura del negocio. Tampoco aquellos que constituyen una elección entre un catálogo de posibilidades planteadas por la fiduciaria o un tercero, que el contratante decida entre la opción a) y la opción b), entre 1, 2, o 15 no constituye una verdadera negociación pues todas aquellas variables ya han sido previamente contempladas por la fiduciaria o el tercero, especialmente cuando no puede el contratante plantear una opción diferente; todos estos, son elementos de fácil inclusión a través de formularios con espacios en blanco.

Ahora, sí este criterio no resultase suficiente vale la pena cuestionar si la fiduciaria estaría dispuesta a variar los términos de una determinada cláusula tantas veces como contratantes puedan existir en un determinado proyecto o tipo de negocio. Por ejemplo, respecto de un mismo proyecto o negocio la fiduciaria probablemente no esté dispuesta a asumir mayores y menores

responsabilidades con uno u otro cliente, como a variar las obligaciones que le corresponden en cada caso. Es este tipo de aspectos, en los cuales la fiduciaria no estaría dispuesta a renunciar a la uniformidad de los términos bajo los cuales ha estructurado un determinado modelo de negocio, es en donde se materializa el carácter adhesivo de los contratos que celebra.

Vale decir que este último criterio es particularmente adecuado cuando se trata de analizar el carácter de adhesión de uno entre varios contratos, como cuando se estudia si un contrato reviste tal carácter una vez se ha identificado una similitud relevante entre varios negocios fiduciarios. En tales casos, se ha observado que las fiduciarias suelen justificar el incumplimiento de los deberes legales que tienen en relación a los contratos de adhesión en la hipotética existencia de margen de negociación que sus clientes en conjunto decidieron ignorar. Es decir que, aunque un determinado grupo de contratos sean iguales, aquello no implica que aquellos son de adhesión o de prestación masiva de servicios en cuanto puede suceder que los clientes a pesar de encontrarse en libertad plena de solicitar modificaciones o cambios en el texto propuesto sencillamente no lo hagan, por lo que en realidad la sociedad fiduciaria no estaría imponiendo el clausulado.

Sin embargo, según lo entiende la Superintendencia Financiera, independientemente de que haya concurrido la voluntad de quienes suscribieron los contratos y su libertad de manifestar frente a la fiduciaria su conformidad o disconformidad con los mismos, la completa identidad del clausulado demuestra que aquellas condiciones fueron en lo sustancial determinadas por la fiduciaria. (SFC, Res. 358, 2007). Al respecto, se considera que, aunque la coincidencia en una pluralidad de contratos no es una demostración irrefutable de su calidad adhesiva, aquel constituye un indicio significativo que deberá ser desvirtuado con algo más que la simple afirmación en contrario (Vallespinos, 1984).

La doctrina también hace referencia a las condiciones generales y particulares de un negocio para explicar la diferencia entre las condiciones impuestas por la fiduciaria y aquellas particulares del negocio a celebrar. El concepto de condiciones generales lleva inmerso el carácter sustancial de los elementos que regula, toda vez que se trata de

aspectos respecto de los cuales la fiduciaria desea contratar de forma uniforme imponiéndose. En razón a lo anterior, las condiciones particulares corresponderían a lo que hemos identificado como aspectos no sustanciales del contrato.

De manera que, cuando la norma dispone que un contrato es de adhesión cuando el cliente se limite a expresar su aceptación o rechazar en su integridad los términos del clausulado propuesto, incluye en tal categoría aquellos contratos cuyos aspectos susceptibles de modificación no son esenciales. En este sentido, los elementos susceptibles de modificación no serán sustanciales si se derivan de un hecho o corresponden a una elección entre un catálogo de posibilidades planteadas por la fiduciaria o por un tercero, especialmente cuando aquellos resultan de fácil inclusión en formularios con espacios en blanco o cuando la sociedad fiduciaria no estaría dispuesta a renunciar a la uniformidad de determinadas cláusulas por solicitud de un usuario.

1.2 El carácter masivo de los contratos de prestación masiva de servicios

Otro elemento que ha generado un amplio debate es la referencia a los contratos de prestación masiva de servicios incluida en la definición de contrato de adhesión en relación a la fiducia que incluyó la Circular Básica Jurídica refiriéndose a aquellos que se utilizan indistintamente con diferentes personas, en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme, generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. La disposición además menciona que los contratos de prestación masiva de servicios en la mayoría de casos responden también al concepto de contrato de adhesión.

La misma dualidad, entre los contratos de adhesión y los contratos de prestación masiva de servicios se encuentra consagrada en el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que regula la obligación de presentar los contratos de adhesión ante la Superintendencia Financiera para su evaluación previa. No obstante, consideramos que no existen razones para hacer una diferenciación entre estos dos conceptos, pues a pesar de lo que pueda inferirse de las disposiciones en mención, no existe ningún contrato de prestación masiva de

servicios que no revista también el carácter de contrato de adhesión.

Esto es, porque si a un texto similar y uniforme que estaba destinado a ser usado con diferentes personas en varios y futuros negocios se le introducen modificaciones a petición de la otra parte ya no sería un contrato de prestación masiva de servicios, y este es el único escenario bajo el cual tal definición podría no coincidir con la de contrato de adhesión. Recordemos que, por el contrario, si existen contratos de adhesión que no corresponden a contratos de prestación masiva de servicios, aquellos que a pesar de ser únicos no fueron negociados con el cliente final.

Suponiendo que la intención de la norma era incluir un el carácter masivo como un nuevo elemento de la definición de contratos de adhesión para el negocio fiduciario, consideramos que no supone un gran aporte pues su aplicación práctica genera incertidumbre y no es un elemento determinante para decidir, por ejemplo, si en relación a un contrato determinado existe o no la obligación de presentarlo para revisión de la Superintendencia Financiera, tal y como se explicará a continuación.

Al respecto, la Superintendencia Financiera ha reiterado en varias oportunidades a través de actos de sanción por incumplimiento del deber de presentar los contratos de adhesión para su revisión que el hecho de que un modelo de contrato haya sido diseñado con base a las necesidades o a las condiciones de un grupo de clientes en específico, a pesar de que pueda llegar a desestimar el carácter masivo del mismo no desvirtúa el carácter de adhesión del contrato en cuanto las cláusulas propuestas por la fiduciaria al cliente final no tengan un margen de negociación, por lo que la fiduciaria debe dar cumplimiento a todos los deberes en relación a éstos (SFC, Res. 334, 2005).

El caso corresponde a un contrato de encargo fiduciario diseñado por una sociedad fiduciaria para atender la solicitud de servicios de un constructor con la finalidad de concluir una etapa de vivienda cuya edificación había tenido que ser detenida, restando la construcción de un número reducido de unidades de vivienda. En tal caso, la fiduciaria consideró erróneamente que en la medida en que el contrato fue diseñado con base en las condiciones particulares de quienes

pretendían adquirir dicho pequeño número de unidades restantes, no se trataba de un contrato de aquellos que debe ser presentado para aprobación de la Superintendencia Financiera.

La Superintendencia Financiera ha considerado que un contrato de adhesión no pierde tal naturaleza en razón al mayor o menor número de adherentes con los que cuente, por lo que el hecho de que haya sido suscrito por pocos clientes le quita el carácter de contrato de prestación masiva pero no de adhesión, y en tanto deberá cumplir con las obligaciones ya referidas (SFC, Res. 334, 2005)⁴.

De esta manera, aunque se trate de un solo contrato, siempre que las condiciones generales hayan sido propuestas de manera inmodificable por la sociedad fiduciaria, este es de adhesión, lo que implica que entre todos los elementos que la doctrina y la ley han determinado como característicos de los contratos de adhesión, la inmutabilidad de las cláusulas propuestas es el criterio definitivo y prevalente. En consecuencia, si los contratos de prestación masiva son una subcategoría de los contratos de adhesión, pero en razón a esto no tienen un tratamiento legal diferente, el carácter masivo del contrato es un elemento sin relevancia en la teoría de los contratos de adhesión en la fiducia.

Tampoco resulta viable desvirtuar el carácter de adhesión de un contrato argumentando el carácter exclusivo del mismo, en el sentido de que el contrato se encuentra destinado a un grupo específico de personas quienes son las únicas que pueden suscribirlo. Por ejemplo, cuando una sociedad fiduciaria vislumbrando las necesidades de un grupo de personas, en unas determinadas condiciones, procede a diseñar un contrato adecuado para sus intereses. Tal es

4. Si bien actualmente el numeral 3.2, del Capítulo I, del Título II, de la Parte II de la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014) se refiere textualmente a los contratos "elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o rechazarlos en su integridad, o aquellos que sean predeterminados en un contrato al que después de celebrado adhieren otros fideicomitentes, quienes sólo pueden expresar su aceptación o rechazarlos en su integridad", una versión antigua de la Antigua Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007, 1996) hacía referencia a "los términos y condiciones que hayan sido fijados en lo sustancial por la sociedad fiduciaria". El acto administrativo de sanción al que se refiere esta sección fue proferido bajo la anterior redacción, y no obstante las derogatorias consideramos valiosos sus aportes al esclarecimiento de la cuestión.

el caso de una sociedad fiduciaria que reconocía haber elaborado un contrato, pero no haber fijado los términos y condiciones del mismo previa y unilateralmente, en cuanto el mismo solo podía ser suscrito entre un grupo de personas, toda vez que los antecedentes, el procedimiento y las instrucciones eran exclusivos para aquellos (SFC, Res. 205, 2000).

En ese caso, la sociedad fiduciaria argumentó que el contrato no revestía carácter de adhesión, ni de prestación masiva de servicios en cuanto el mismo había sido diseñado para un grupo específico de personas, en virtud de sus necesidades y solo podía ser suscrito por ellos. En este sentido, según dicha entidad, los términos del contrato no habían sido fijados previamente y en lo sustancial por la fiduciaria, como tampoco habían sido utilizados indistintamente con el público en cuanto tenía destinatarios definidos.

Sin embargo, la Superintendencia Financiera no dudó en insistir en que tal como no se desvirtúa el carácter de adhesión a partir de la mayor o menor pluralidad de clientes que suscriban un contrato, tampoco el pretendido carácter de “exclusividad” del contrato es un factor que tenga tal virtud. Esto, en cuanto la esencia de la norma es que los términos y condiciones en lo sustancial hayan sido elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y no puedan ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad (SFC, Res. 205, 2000), de modo que no resulta relevante en absoluto el carácter calificado o excluyente del público al cual va dirigido el contrato siempre que la fiduciaria determine sus condiciones generales.

Probablemente, la confusión parta del hecho de que la norma utilice las expresiones “modelo de contrato”, o “para la prestación masiva del servicio” cuando el concepto básico y prevalente es el de “contrato de adhesión”. Determinado contrato puede no ser un modelo, y tampoco ser usado masivamente con diferentes clientes, no obstante, siempre que el cliente de la sociedad fiduciaria no tenga la oportunidad real de discutir las cláusulas esenciales del mismo su carácter es de adhesión, y deberá ser presentado ante la autoridad administrativa para su aprobación y sus estipulaciones tendrán la potencialidad de ser abusivas.

1.3 La ausencia de negociación con el cliente final

La persona con la cual deben adelantarse las negociaciones sobre los términos del contrato para que esta tenga la capacidad de desvirtuar el carácter adhesivo del mismo es otro elemento relevante de la definición establecida en la Circula Básica Jurídica.

En uno de los casos referidos anteriormente, la sociedad fiduciaria además de argumentar sobre el carácter exclusivo del contrato también insistió en la existencia de un proceso de negociación que adelantó con los representantes del grupo de personas a las cuales iba dirigido el contrato, lo que demostraría que el contrato no había sido impuesto por la entidad sino que había sido producto de las deliberaciones cuyo acuerdo final fue la base de los diversos contratos individuales utilizados con aquellos. Según la lógica propuesta por sociedad fiduciaria, bastaba convenir unos términos con terceros sin vinculación al contrato para entender que las condiciones no fueron impuestas, sino producto de una negociación con sus clientes.

A juicio de la Superintendencia Financiera, en términos sencillos la estructuración de dicho contrato obedeció a la facilidad de agrupar en un mismo documento a varias personas que se encontraban en las mismas circunstancias por medio del acercamiento a algunas de ellas o sus abogados (SFC, Res. 205, 2000). Lo que constituye una excelente estrategia comercial que utilizó la fiduciaria para promocionar sus servicios financieros a personas con los mismos antecedentes y unos mismos intereses, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se trata de un contrato cuyos términos y condiciones se discutieron con cada cliente individualmente considerado.

En estricto sentido, solamente un mandato⁵ para negociar otorgado por quienes posteriormente firmaron los contratos individuales podría respaldar a la sociedad fiduciaria en su argumento y desvirtuar el carácter adhesivo de los contratos, de otra forma no es posible establecer un vínculo suficiente entre quienes acordaron los términos con la

5. Mandato en los términos del artículo 2144 del Código Civil.

sociedad fiduciaria y los clientes que finalmente suscribieron los clausulados.

En el mismo escenario se encuentran los contratos que negocian las sociedades fiduciarias con terceros para vincular los clientes de este último a determinados vehículos fiduciarios, como los encargos fiduciarios inmobiliarios cuyas cláusulas usualmente negocia la fiduciaria con el constructor y no con el cliente final.

En tales circunstancias, ante el requerimiento de la Superintendencia Financiera por el incumplimiento de la obligación de presentar para aprobación tales modelos contractuales, algunas fiduciarias han pretendido argumentar, en un lugar confuso entre la inocencia y la exegesis forzada, que no tienen ésta obligación en cuanto el contrato no es de adhesión, ni de prestación masiva de servicios, en razón a que ha sido elaborado de acuerdo a las instrucciones impartidas por los interesados en el desarrollo del proyecto, quienes son los encargados de definir en cada caso las condiciones que deben incluirse en contratos de encargo fiduciario, y en este sentido, no habrían sido elaborados unilateralmente por la fiduciaria.

Resulta inverosímil pensar que una entidad financiera en el ejercicio profesional de sus actividades desestime el principio básico de los contratos consagrado en el Código Civil según el cual el contrato es ley para las partes (Código Civil [CC], 2016, Art. 1602). Esto, en cuanto las partes del contrato de fiducia son esencialmente la sociedad fiduciaria y el cliente, y, en este sentido, aunque la primera actué en virtud de los intereses de un tercero, proponiendo en nombre de aquel los términos del contrato, es inexplicable que busque desestimar su condición de contratante y las obligaciones que le son inherentes como parte del contrato con la capacidad de imponer el clausulado del acuerdo. Sobre todo, cuando las cláusulas inmodificables del contrato se refieren a aspectos tan sensibles como las condiciones de liberación de los recursos al desarrollador del proyecto y las penalidades en caso de incumplimiento del cliente (SFC, Res. 358, 2007).

En este sentido, que para desvirtuar con éxito el hecho que las cláusulas sustanciales fueron impuestas por fiduciaria, no resulta admisible para esta argumentar que no impuso los términos del contrato porque se acordaron con

personas sin poder de representación del cliente, como el constructor de un proyecto inmobiliario. Menos aún que intervino como una incauta vocera de un tercero que actúa en su exclusivo beneficio, probablemente contrapuesto al del consumidor, a pesar del carácter profesional y calificado de su gestión.

Entonces, únicamente la negociación efectiva y directa de las estipulaciones de un contrato con el cliente final podría desdibujar el carácter adhesivo de una determinada contratación y excluirlo de la obligación de presentar tal contrato a la Superintendencia Financiera, y de todas las demás obligaciones que corresponden a las fiduciarias en relación a los contratos de adhesión.

1.4 La existencia de fideicomitentes adherentes

Sí un contrato fue efectivamente acordado con los fideicomitentes iniciales, en una escala sobre el carácter de adhesión a éste probablemente le correspondería el nivel más bajo, un clásico contrato libremente negociado, y en consecuencia exento de cláusulas impuestas y potencialmente abusivas. Sin embargo, un contrato de fiducia negociado con los fideicomitentes iniciales también puede llegar a ser considerado como un contrato de adhesión en virtud de la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014, Núm. 3.2. Cap. I Tít. II Pt. II).

El análisis parte de la existencia de diversas relaciones jurídicas independientes: La primera de ellas surge de la negociación entre la fiduciaria y los fideicomitentes iniciales; la segunda, entre los fideicomitentes iniciales y los terceros que asumen la posición de beneficiarios a cualquier título, cesionarios de los derechos fiduciarios o fideicomitentes adherentes; la tercera, entre la fiduciaria y estos últimos, entre ellos, los fideicomitentes adherentes. Esta última, a juicio de la Superintendencia Financiera es claramente de aquellas que según la Circular Básica Jurídica tiene carácter de adhesión, en virtud de la existencia de una relación entre aquellos “nuevos” fideicomitentes y la fiduciaria, cuyos términos y condiciones son predeterminados e inmodificables para el cliente.

Por ejemplo, un contrato de fiducia mercantil de administración suscrito inicialmente con cinco fideicomitentes al cual posteriormente se

adhirieron cincuenta y seis fideicomitentes más. En estricto sentido, los términos y condiciones de este contrato no fueron unilateralmente elaborados por la fiduciaria, antes de la suscripción del contrato se desarrolló un proceso de discusión con los fideicomitentes iniciales sobre los términos que regirían la posición contractual discutiendo incluso la propuesta de servicios fiduciarios. No obstante, la Superintendencia Financiera observó que en el contrato objeto de estudio existían dos categorías de fideicomitentes cuya diferencia radicaba esencialmente en el momento temporal en el que ingresan a la relación contractual y por tal razón, y en aplicación de lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica, sancionó a la fiduciaria por omitir presentar el contrato para su revisión a pesar de su carácter adhesivo (SFC, Res. 070, 2007)

Sin embargo, consideramos que, aunque el documento mediante el cual se formaliza el ingreso de una nueva parte a un contrato de fiducia requiera de la participación de la fiduciaria y que los términos del contrato sean inmodificables para el cliente, esto no es en estricto sentido equivalente a que la fiduciaria imponga los términos. Los contratos de fiducia tienen la aptitud y la vocación de ser multilaterales, generalmente son suscritos por la fiduciaria y uno o varios fideicomitentes, los cuales pueden estar presentes en el momento de formalizar el contrato o sumarse a éste con posterioridad.

Incluso la regulación del contrato de fiducia prevé el ingreso de nuevos fideicomitentes en un momento posterior a la constitución del fideicomiso, sin que esto implique la obligación de renegociar los términos del contrato. Razón por la cual, en cualquier contrato de fiducia, salvo que se restrinja contractualmente, es posible la entrada o salida de fideicomitentes a lo largo de la existencia del fideicomiso, lo que llevaría a la compleja conclusión de que todos los contratos de fiducia tienen la potencialidad de necesitar ser sometidos a la revisión y autorización del ente administrativo de control en un momento determinado de su ejecución.

Por cierto, si todos los contratos de fiducia tuvieran inmersa la obligación de someter sus términos y condiciones a la autorización del ente de control no habría lugar al análisis de los elementos de la adhesión en esta clase de contratos. Se trata de dos escenarios diferentes, no

es igual celebrar un contrato que desde principio tiene el carácter de adhesión, en donde una parte impone las condiciones de la relación jurídica que va a nacer; y otra diferente es adherirse a un contrato vigente cuyos términos y condiciones fueron establecidos por los fideicomitentes iniciales y la fiduciaria.

En este caso sería válido afirmar que los términos y condiciones a los cuales se está adhiriendo el nuevo fideicomitente no son impuestos exclusivamente por la sociedad fiduciaria, sino por esta y por los fideicomitentes iniciales quienes determinaron el contenido y alcance del contrato, lo que implica una diferencia significativa. Si bien es cierto, los nuevos fideicomitentes efectivamente se “adhieren” a los términos del contrato vigente, esta adhesión no es estrictamente equivalente a la adhesión definida por la Ley 1328 de 2009.

Recordemos que la definición de contrato de adhesión contenida en la Ley 1328 de 2009 cubre a la totalidad de contratos financieros, mientras que el Capítulo I del Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica (CE 029, 2014) se refiere exclusivamente a los contratos de fiducia. De manera que, únicamente para el negocio fiduciario se considera como adhesión la existencia de contratantes posteriores a los términos y condiciones de un contrato acordado por las partes iniciales.

Ahora, de la generalidad de los términos en los que se plantea esta extensión a la definición de contratos de adhesión se deriva que cualquier contrato de fiducia vigente al que desee adherirse un nuevo fideicomitente, por particular y poco masivo que sea el negocio, deberá ser sometido a la autorización ante la Superintendencia Financiera, lo que ciertamente resulta excesivo y de utópico cumplimiento.

Es decir, el propósito de categorías como “contrato de adhesión” o “contrato de contenido predispuesto” es proteger a quien no puede discutir los términos de sus negocios, independientemente de su situación económica buscando prevenir la imposición de cláusulas que generen un desequilibrio en el contrato en favor de quien las redactó o las impuso (SFC, Res. 358, 2007). En este sentido, si las cláusulas de un contrato de fiducia han sido consensuadas con los fideicomitentes, quienes en ejercicio de su

autonomía de la voluntad se han sometido a unas condiciones contractuales, ha de suponerse que tales son lo suficientemente equilibradas para ser aceptadas, y en tanto adecuadas para los nuevos fideicomitentes.

Luego, salvo que exista más de una categoría de fideicomitentes con derechos y obligaciones diferentes, no parece necesario intervenir para proteger al nuevo fideicomitente de la imposición de las mismas condiciones que aceptaron los fideicomitentes iniciales en libertad. Es decir, quienes imponen las cláusulas, sobre todo los fideicomitentes iniciales, estarían sometidos a los mismos términos y condiciones que los nuevos fideicomitentes, por lo que no habría lugar a ningún desequilibrio indeseado en dicho contrato.

Tal extensión al concepto de contrato de adhesión, además de sobrepasar el propósito de esta clase de normatividad, hace que el control administrativo sobre este tipo de contratos haga tediosa en exceso la celebración de actos que no tienen la potencialidad de afectar los derechos de nadie y que requieren la agilidad inherente a este tipo de negocios. En consecuencia, lo más probable es que la práctica compruebe que aquella buena intención de aumentar el rango de protección contractual a los consumidores financieros resulta en un alto margen de evasión a la norma.

No desconocemos que la norma tenga la intención de evitar que un contrato con cláusulas potencialmente abusivas para un grupo específico de contratantes que se adhieren posteriormente se perfeccione como un contrato libremente discutido con la finalidad de evadir la obligación de presentar para revisión el modelo. Como ya lo mencionamos, la ampliación excesiva de la norma no tiene como efecto un mayor grado de protección a los derechos de los consumidores financieros, sino que fomenta el incumplimiento generalizado de la misma, por lo que es necesario fijar algunos criterios adicionales para identificar aquellos clausulados que realmente ameritan ser considerados como contratos de adhesión.

Para que un contrato que inicialmente fue libremente discutido sea considerado como de adhesión a partir de la inclusión de nuevas partes contractuales, a juicio de esta investigación, deben presentarse uno de los siguientes elementos. Que el contrato conciba la existencia de diferentes clases de

fideicomitentes con derechos y obligaciones desiguales, en donde el grupo de fideicomitentes menos favorecido es aquel conformado por aquellos que ingresan con posterioridad a la suscripción inicial del documento; o que desde el momento de la suscripción del contrato esté prevista la adhesión de un grupo numeroso de fideicomitentes, es decir, que el documento se diseñe con la intención de servir de base para un negocio al cual se espera que se adherirán un número plural y masivo de personas, como un fideicomiso con fines empresariales.

En este sentido, no todos los contratos de fiducia a los que se adhieran contratantes con posterioridad a la suscripción del mismo serían sometidos a las normas que rigen los contratos de adhesión, sino exclusivamente aquellos que francamente revistan dicha naturaleza.

En el primer escenario, los contratos que contemplan dos categorías de fideicomitentes que se diferencian por el momento en el cual se suman al mismo, con derechos y obligaciones desiguales que posiblemente privilegien a aquellos que inicialmente suscribieron el clausulado, es apenas natural que se requiera la aplicación de las normas que controlan la inclusión de cláusulas abusivas. Pues a diferencia de cuando existe un solo grupo de fideicomitentes, se desvanece la presunción de que los fideicomitentes iniciales regularon las condiciones de los adherentes como si fuesen para ellos mismos, con los mejores términos posibles; y por el contrario se justifica la sospecha de que impongan la desigualdad estableciendo, por ejemplo, que las decisiones serán tomadas exclusivamente a los fideicomitentes iniciales o que aquellos recibirán mayores beneficios económicos en detrimento de los derechos de los nuevos fideicomitentes.

Ahora, tal como lo reconoció el legislador en régimen de sociedades cuando reguló las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (Ley 222, 1995, Art. 61), es posible que existan desventajas con efectos positivos como las que plantean que la ausencia de derecho de voto en las decisiones no es necesariamente inequitativas, o no lo será en cuanto se compense ésta privación con otro tipo de beneficio, como mayores utilidades. Sin embargo, para asegurarse de que las renunciaciones que los fideicomitentes adherentes aceptan se

justifiquen y sean equitativas, hace falta, cuando menos, el examen de la autoridad administrativa.

El segundo escenario que se planteó es el contrato de fiducia que tiene la clara intención de servir como base para la adhesión masiva de fideicomitentes de manera posterior a la suscripción inicial del mismo, se trata de una cuestión estrictamente relacionada a la intención y a la finalidad. Lo anterior, puede evidenciarse desde la regulación misma del fideicomiso, por ejemplo, cuando el contrato contempla un procedimiento determinado para llevar a cabo la adhesión de fideicomitentes, entre otras, mediante la disposición de un formulario de adhesión. El ejemplo por excelencia en este caso, es el contrato de fiducia que regule un fideicomiso con fines empresariales en el cual, como en las sociedades comerciales, todo nuevo socio adhiere simple e incondicionalmente los estatutos vigentes de ésta con todo lo que aquello implique.

En virtud de lo anterior, encontramos que para que la regulación sobre los contratos de adhesión en la fiducia resulte realmente aplicable y eficaz, en relación a los contratos posteriormente suscritos por fideicomitentes adherentes, hace falta establecer los criterios que permitan decantar aquellos que tienen la posibilidad de vulnerar los derechos de los consumidores. De lo contrario, la norma continuará teniendo escasa aplicación práctica en cuanto es improbable que todos aquellos contratos de fiducia posteriormente adheridos por nuevas partes contractuales sean presentados a revisión de la Superintendencia Financiera, y se desvanezca definitivamente la posibilidad de delatar las cláusulas abusivas que puedan afectar a los consumidores en estas circunstancias.

CONCLUSIONES

A partir del debate que generan los elementos que caracterizan a un contrato de fiducia como uno de adhesión, se ha fomentado la evasión del sistema de control de cláusulas abusivas cuya primera instancia es la presentación del modelo para revisión ante la Superintendencia Financiera. La pequeña muestra de actos de autorización y sanción emitidos por esta entidad que se estudiaron, evidencian que, en la mayoría de casos, la sociedad fiduciaria encuentra argumentos basados en una interpretación conveniente de

la norma para evadir el cumplimiento de sus deberes legales en torno a este tipo de contratos.

En otros casos, es necesario reconocer la oscuridad y falta de aplicación práctica de la norma, como en el caso de los contratos de prestación masiva de servicios y la extensión a los contratos adheridos por nuevos fideicomitentes. En virtud de lo cual, se requiere insistir en la interpretación autorizada de los elementos que configuran un contrato de adhesión como tal a partir de la ley, y se plantean algunas propuestas para potenciar la eficacia de este sistema de protección al consumidor.

Para que en fiducia un contrato sea considerado de adhesión se requiere que los elementos sustanciales del mismo hayan sido elaborados unilateralmente por la fiduciaria limitándose el cliente a aceptarlos o rechazarlos en su integridad. Son elementos sustanciales del contrato aquellos cuya determinación no depende de un hecho o elección entre un catálogo de posibilidades planteadas por la fiduciaria o un tercero, y cuando se trata de aquellos elementos respecto de los cuales la fiduciaria no estaría dispuesta a renunciar a la uniformidad de las estipulaciones en los negocios celebrados a partir de ese modelo, como la responsabilidad y las obligaciones que asume.

En este sentido, si los únicos aspectos susceptibles de ser modificados por el cliente son los campos correspondientes a su identificación personal, y los datos particulares de un negocio como la unidad de vivienda sobre la cual versa, se tratará incuestionablemente de un contrato de adhesión. A propósito, que exista un número plural de clientes que contrataron bajo las mismas y exactas condiciones constituye un indicio relevante del carácter adhesivo del contrato.

En relación con el concepto de contratos de prestación masiva de servicios, incluido en la Circular Básica Jurídica y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, concluimos que se trata de un término que genera una confusión innecesaria. Lo anterior, toda vez que el carácter masivo de un contrato de fiducia es irrelevante a la hora de determinar el carácter adhesivo de un contrato o la obligación de someter tal a la revisión de la Superintendencia Financiera. En cualquier caso, a pesar de que el contrato sea único, exclusivo o inédito, si los elementos sustanciales del mismo

no fueron libremente discutidos con el cliente aquel deberá someterse a lo dispuesto en la legislación para los contratos de adhesión.

No obstante, la única negociación que tiene la capacidad de desvirtuar el carácter adhesivo de un contrato es aquella que se realiza con el cliente final o con alguien con capacidad legal para representarlo. No resulta admisible para esta argumentar que no impuso los términos del contrato porque los acordó con personas sin poder de representación del cliente, como el constructor de un proyecto inmobiliario, estos contratos son contratos de adhesión y la fiduciaria deberá cumplir respecto a éstos las obligaciones que le impone la ley.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, por desmedido que parezca, en virtud de la normatividad vigente todo contrato de fiducia al que posteriormente se adhieran nuevos fideicomitentes debe ser considerado un contrato de adhesión y tratado como tal aunque haya sido libre, amplia y extensamente negociado con los

fideicomitentes iniciales. En tanto, se considera que deben introducirse criterios para delimitar los contratos con fideicomitentes adherentes que tienen la potencialidad de incluir estipulaciones abusivas como aquellos que otorguen derechos y obligaciones asimétricas para dos clases de fideicomitentes o los que prevean desde su suscripción la existencia de fideicomitentes adherentes.

En conclusión, deberá ser considerado un contrato de adhesión todo aquel en el cual los elementos sustanciales hayan sido impuestos por la fiduciaria, sin que sea relevante con cuantos clientes se utiliza el mismo clausulado. Tal condición no se desvirtúa porque el contenido de este haya sido negociado con cualquier persona diferente al cliente final o sin la capacidad legal de representarlo, como el constructor de un proyecto inmobiliario. Además, reviste carácter de adhesión todo contrato de fiducia al cual se adhieran nuevos fideicomitentes con posterioridad a su suscripción, aunque el mismo en principio hubiese sido negociado.

BIBLIOGRAFÍA

- Arévalo, J., Rivera, C. (2013). Las cláusulas abusivas en el ámbito de la protección al consumidor en Colombia. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Arrubla, J. (2015). Contratos mercantiles. Contratos atípicos. 8ª ed. Bogotá: Legis.
- Atienza, M. (2013) Curso de Argumentación jurídica. España: Trotta.
- Baena, L., (2013). Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario. Ed. 1 Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cardona, M., Castañeda, E. & Delgado, L. (2012). Análisis del uso de la fiducia mercantil de administración y fuente de pago como herramienta de financiación para pymes en Colombia. (Trabajo de grado). Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá [Centro de Arbitraje CCB]. (20 de abril de 2004) Laudo. [Alfonso Ortiz del Hierro, Stella Villegas Osorio y Santiago Jaramillo Villamizar].
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. (23 de enero de 2009) Laudo [Luis Miguel Montalvo Pontón].
- Código Civil [Código]. (2016) Artículo 1602 [Título XII] Ed. 37 Legis.
- Código de Comercio [Código] (2017) Numeral 1. Artículo 1232 [Título XI] Ed. 37 Legis.
- Congreso de la Republica de Colombia. (15 de julio de 2009). Estatuto del Consumidor Financiero [Ley 1328 de 2009]. DO: 47.411.
- Congreso de la Republica de Colombia. (20 de diciembre de 1005). Artículo 61. [Título I]. Ley 222 de 1995 [Ley 222 de 1995]. DO 42.156.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. (14 de junio de 1996) Expediente No. 7450. [MO Delio Gómez Leyva].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2 de febrero de 2001) Sentencia con Expediente No. 5670. [MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].
- Gaitán, D. (2004). El contrato de fiducia mercantil. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Medina, A. (s.f.). Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas. Página 17. (Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia) Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf>
- Medina, L., Vásquez, J. (2014) Responsabilidad de las fiduciarias frente a los consumidores inmobiliarios. Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/12850>
- Molina, R. (2009). Revista de Derecho Privado. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento, (17) [77-105]. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537591003.pdf>
- Momberg, R. (2013). Revista de Derecho. El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato, (26) [9-27]. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100001
- Moreno, M. M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. Universitas Estudiantes Bogotá (Colombia), (11), 331-353. Recuperado de <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/13+CONTROL+DE+CLAUSULAS.pdf/a2488c79-5c86-4e7a-98f6-179e64f9955a>
- Presidente de la Republica de Colombia. (12 de junio de 2007). Decreto 2175 de 2007 [Decreto 2175 de 2007]. Derogado. DO 46657
- Presidente de la Republica de Colombia. (15 de julio de 2010). Decreto Único Reglamentario del Sistema Financiero. [Decreto 2555 de 2010]. DO 47771
- Presidente de la Republica de Colombia.

(2 de abril de 1993). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) [Decreto 663 de 1993]. DO: 40.820.

- Rodríguez, L. (2011) *Fiducia y construcción inmobiliaria, ¿Responsabilidad compartido?* Universidad de la Sabana. Recuperado de <http://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/3332>
- Rodríguez, S. (2005). *Negocios fiduciarios, su significación en América Latina*. 1ra ed. Colombia: Legis.
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (08 de abril de 2014) Concepto 14-038733-00001-0000. [Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia]
- Superintendencia Financiera de Colombia (1 de abril de 2012) Requerimiento a la entidad - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2011094914-004].
- Superintendencia Financiera de Colombia (1 de abril de 2013) Requerimiento a la entidad - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2012069443-007].
- Superintendencia Financiera de Colombia (11 de diciembre de 2008) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 2033].
- Superintendencia Financiera de Colombia (14 de junio de 2013) Respuesta final - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2011065502-008].
- Superintendencia Financiera de Colombia (14 de marzo de 2013) Respuesta final - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2012047074-008].
- Superintendencia Financiera de Colombia (16 de enero de 2007) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 070].
- Superintendencia Financiera de Colombia (16 de enero de 2012) Respuesta final - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 201108438-008].
- Superintendencia Financiera de Colombia (17 de febrero de 2005) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 334].
- Superintendencia Financiera de Colombia (18 de abril de 2013) Requerimiento a la entidad - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2011052147-001].
- Superintendencia Financiera de Colombia (18 de abril de 2013) Respuesta final - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2012069443-010].
- Superintendencia Financiera de Colombia (18 de enero de 2013) Requerimiento a la entidad - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2012069443-004].
- Superintendencia Financiera de Colombia (18 de mayo de 2007) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 624].
- Superintendencia Financiera de Colombia (2 de marzo de 2012) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 310].
- Superintendencia Financiera de Colombia (22 de abril de 2009) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 514].
- Superintendencia Financiera de Colombia (27 de julio de 2012) Respuesta final - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2011094914-015].
- Superintendencia Financiera de Colombia (28 de febrero de 2013) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 400].
- Superintendencia Financiera de Colombia (30 de abril de 2012) Respuesta final - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2011052147-007].
- Superintendencia Financiera de Colombia (4 diciembre de 2008) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 1984].
- Superintendencia Financiera de Colombia (6 de marzo de 2007) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario

- [Resolución 358].
- Superintendencia Financiera de Colombia (8 de febrero de 2000) Por el cual se impone una sanción de carácter pecuniario [Resolución 205].
 - Superintendencia Financiera de Colombia (9 de marzo de 2012) Requerimiento a la entidad - tramite de autorización de modelos de contrato [Rad. 2011065502-004].
 - Superintendencia Financiera de Colombia (s.f. a) ABC negocios fiduciarios. Recuperado de www.superfinanciera.gov.co%2Fdescargas%3Fcom%3Dinstitucional%26name%3DpubFile1019581%26downloadname%3D20160727abcnegociosfiduciarios.doc&usg=AFQjCNGu6eB1Wx3SWjFzGtS_YQ1RnC-UTA&sig2=VtpUTj9e2LSkOEy5PVGmQa
 - Superintendencia Financiera de Colombia (s.f. b) Cartilla de Negocios fiduciarios inmobiliarios. Recuperado de www.superfinanciera.gov.co%2Fdescargas%3Fcom%3Dinstitucional%26name%3DpubFile1019600%26downloadname%3D20160727_cartillafiducia.pdf&usg=AFQjCNGIY2MyjexbYJ652abJWF2gOp-NQ&sig2=DTcQpXT4j7Y3-6OATK3ZBg
 - Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). (6 de marzo de 2012) Concepto No. 2012006058-001.
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (03 de octubre de 2014) [Capítulo I Título. II Parte II]. Circular Básica Jurídica [Circular Externa 029]. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083443>
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (07 de septiembre de 1996) [Capítulo I Título V]. Circular Básica Jurídica [Circular Externa 007]. Derogada. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15464>
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (12 de agosto de 2004) Concepto 2004042965-1. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (13 de julio 1998) Concepto 1998009250-1. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (15 de julio 2016) Concepto 96010745-1. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (16 de junio de 2009) Concepto 2009025480-001. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de mayo de 2016). Cláusulas y Prácticas Abusivas [Circular Externa 018]. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10085860>
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (27 de septiembre de 2010) Concepto 2010051611-001. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (28 de diciembre de 2007) Concepto 2007062835-003. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (28 de diciembre de 2007) Concepto 2007062835-003. [Superintendencia Financiera de Colombia]
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (31 de diciembre de 2011a). Registro de cláusulas y/o prácticas abusivas consolidado del sector – Fiducia de administración. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name=pubFile1007066&downloadname=fidadministracion.pdf>
 - Superintendencia Financiera de Colombia. (31 de diciembre de 2011b). Registro de cláusulas y/o prácticas abusivas consolidado del sector. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co%2Fdescargas%3Fcom%3Dinstitucional%26name%3Dpu>

bFile1007066%26downloadname%3Dfiduadministracion.pdf&usg=AFQjCNGly6OHsYC9ZR5bfV9XUYCxSINSg&sig2=npYZ6_KVAOwCpINP0eIuA; https://www.superfinanciera.gov.co%2Fdescargas%3Fcom%3Dinstitucional%26name%3DpubFile1005215%26downloadname%3Dley_1328_art_11_a.pdf&usg=AFQjCNFhWXznjMZcaz-h3u4D7AsLpsy4cw&sig2=UflEqI9cfA9YrtphBryOQ

- Superintendencia Financiera de Colombia. (4 de mayo de 2012) Concepto 2012024493-001. [Superintendencia Financiera de Colombia]
- Superintendencia Financiera de Colombia. (4 de septiembre de 2013) Respuesta final – protección al consumidor financiero. [2012002067-000]
- Superintendencia Financiera de Colombia. (6 de febrero de 1997) Concepto 96041669-5. [Superintendencia Financiera de Colombia]
- Superintendencia Financiera de Colombia. (6 de septiembre de 2011). Cláusulas y Prácticas Abusivas [Circular Externa 039]. Derogada. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=20141>
- Vallespinos, C. (1984). El contrato por adhesión a condiciones generales. Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- Varón, J., Abella, G. (2013). Derechos fiduciarios y mercado de valores: Reflexiones frente a la normativa colombiana. Ed. 1 Bogotá: Uniandes.