



# COLAFI XXVI Congreso Latinoamericano de Fideicomiso

Ciudad de Panamá, 18 al 20 de octubre de 2017



y el Comité de  
Fideicomiso



“El Fideicomiso: Aliado del Desarrollo”

# CONTAR CON SUPERVISIÓN ESTATAL LE GENERA VALOR A LA INDUSTRIA FIDUCIARIA

**Gerardo Hernández Correa**

**Ex Superintendente Financiero y codirector de la Junta Directiva  
del Banco de la República de Colombia**

# AGENDA

- Consideraciones iniciales
- El desarrollo del sector fiduciario en Colombia, un buen ejemplo para mirar
- Una buena regulación evita el arbitraje regulatorio en actividades que se fundamentan en la confianza del consumidor financiero
- Una buena supervisión le da un sello de calidad a la actividad fiduciaria
- Conclusiones

# UNAS CONSIDERACIONES INICIALES

# CONSIDERACIONES INICIALES

- La fiducia es un mecanismo instrumental que “no es en sí nada, pero que sirve para mucho”. ( Sergio Rodríguez Azuero).
- La fiducia es un contrato flexible que se puede amoldar a múltiples necesidades de los negocios comerciales.
- “La simple lectura de los artículos correspondientes al fideicomiso, ponen de manifiesto el campo tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de una de esas operaciones; por ello, no hay otra figura jurídica en toda la legislación perteneciente al derecho privado mexicano que cuente con la versatilidad de esta.” **El Fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico. Alfredo Domínguez Martínez. Editorial Porrúa. México, 1975.**

# CONSIDERACIONES INICIALES

- Los países tienen aproximaciones diferentes no solo en cuanto a la profundidad de la regulación (negocio mercantil vs negocio financiero), sino también a la naturaleza del fiduciario (vigilado o no).
- Hay consenso que la base normativa debe ser amplia y debe dar espacio a la iniciativa privada. Las normas muy detalladas pueden llevar a una casuística que afecta la flexibilidad del instrumento fiduciario.
- Las autoridades financieras deben supervisar la actividad cuando se vuelve de carácter masivo. Dado el desarrollo de los derechos del consumidor esta consideración se ha vuelto clave.

# CONSIDERACIONES INICIALES

- En los países de LATAM la regulación se ha realizado de distintas formas. Dada la mayor utilización de los instrumentos fiduciarios hay un creciente interés de ir más allá de las normas tradicionales que describen el fideicomiso o fiducia en los códigos civiles o de comercio.
- En Colombia ha tenido un desarrollo muy dinámico y , por esa razón, es una buena referencia.

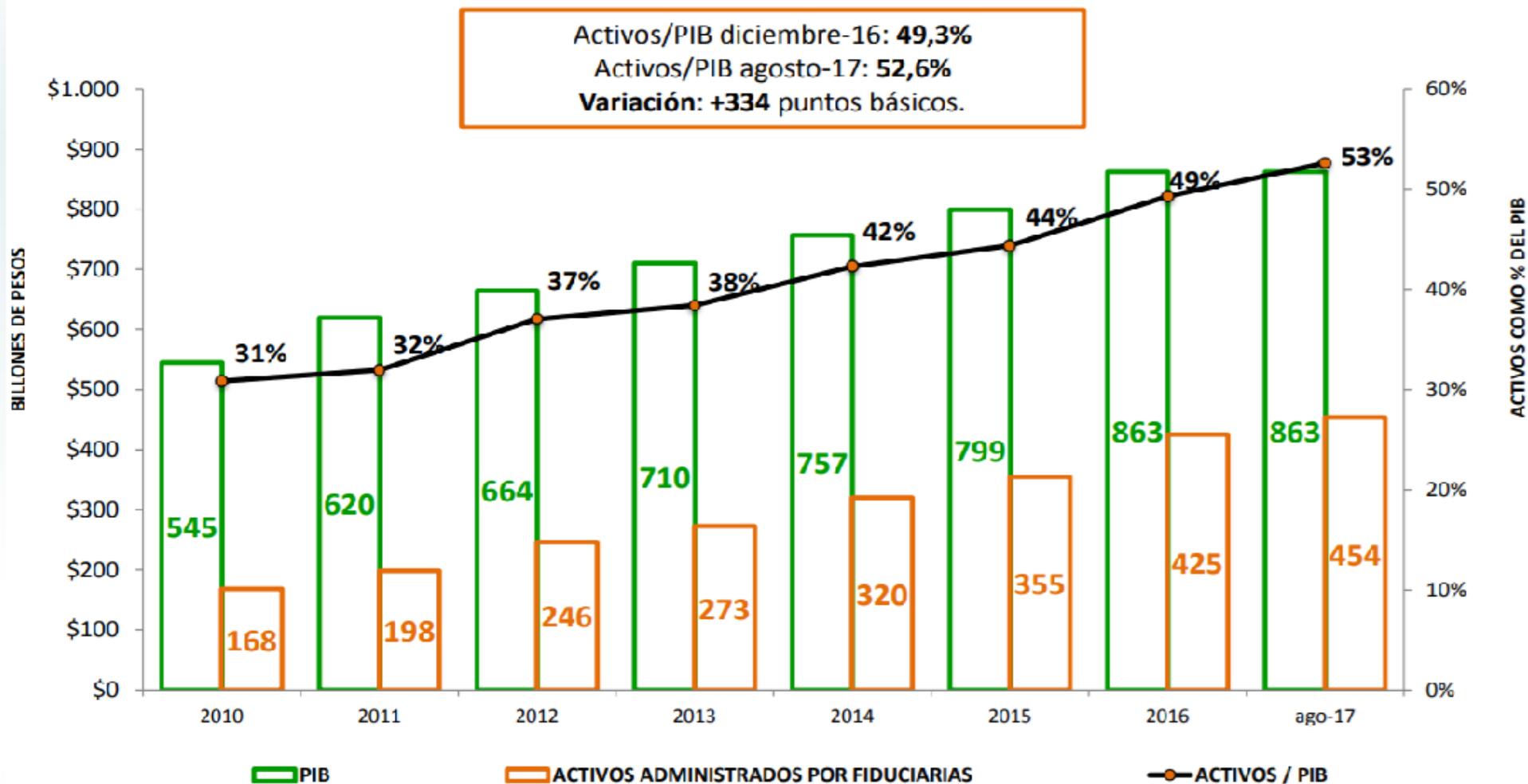
# CONSIDERACIONES INICIALES

- En Colombia se ha optado por usar las facultades de instrucción de la Superintendencia para establecer reglas aplicables para las distintas modalidades del negocio fiduciario. De hecho existen facultades para que en casos particulares el Superintendente pueda dar instrucciones a los particulares.
- Resulta también importante el modelo bancario usado (banca multiple/matriz-filial) para determinar el tipo de regulación y supervisión.

# EL DESARROLLO DEL SECTOR FIDUCIARIO EN COLOMBIA: UN BUEN EJEMPLO

# ACTIVO ADMINISTRADO TOTAL SOBRE PIB

Periodo 2010-2017

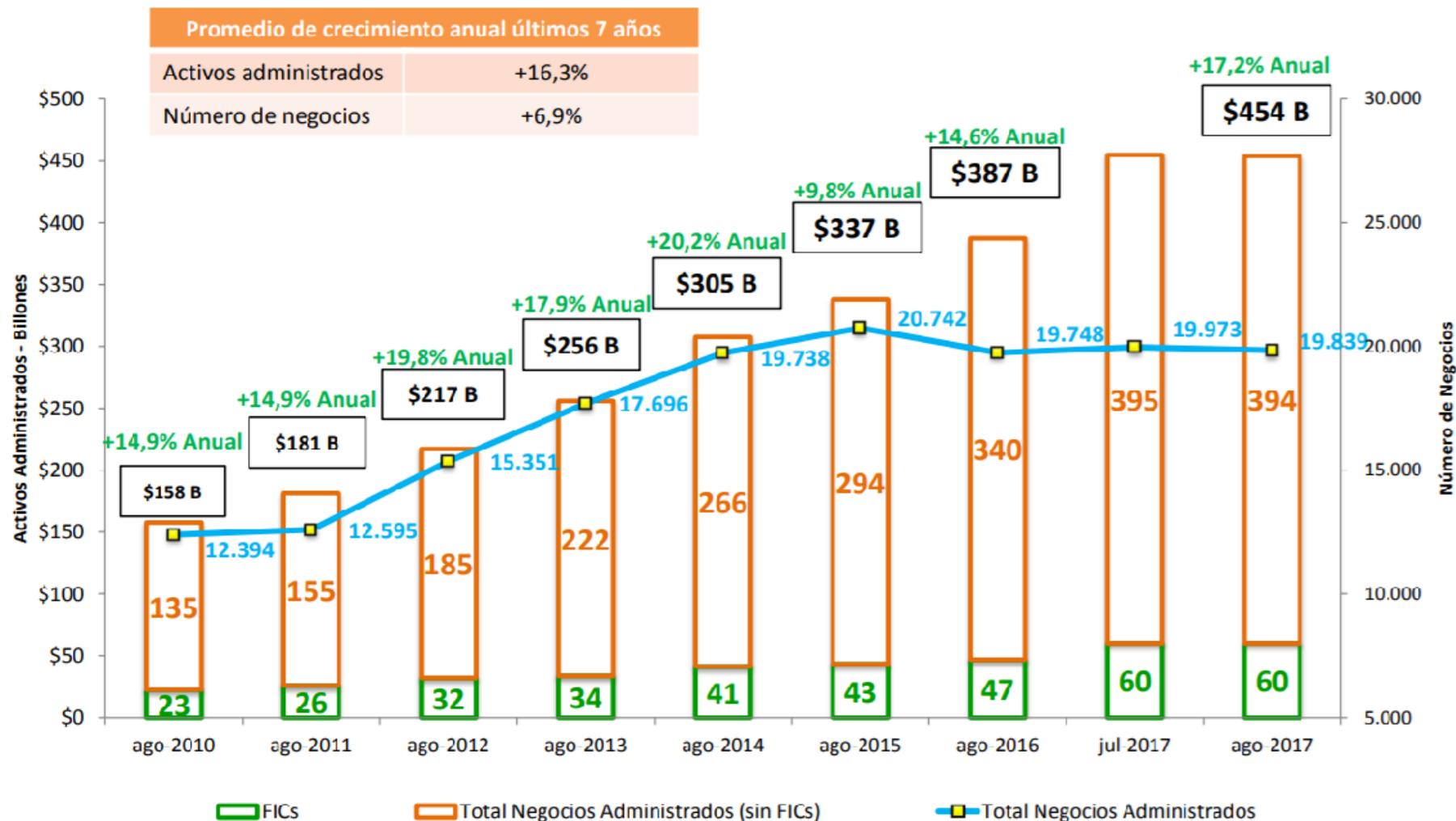


\*PIB al cierre de 2016

Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia – Banco de la República – cálculos Asofiduciarias – cifras en billones de pesos

# ACTIVOS ADMINISTRADOS vs. NUMERO DE NEGOCIOS

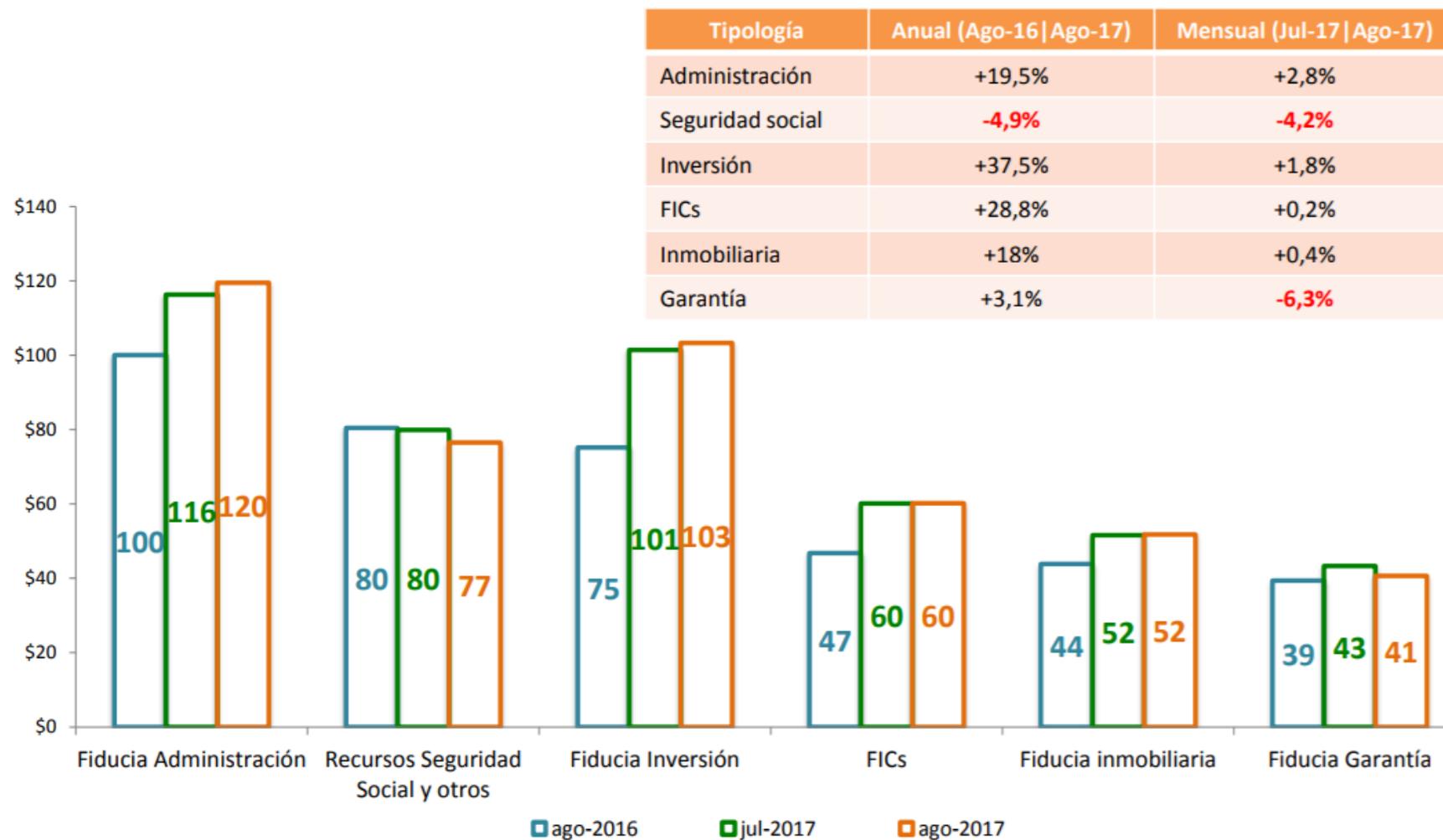
Periodo 2010-2017



Fuente (Ago-10 a Ago-16): Superintendencia Financiera de Colombia. Fuente (Ago-17): Información remitida por las Sociedades Fiduciarias, a través de los formatos del SIGAF – cálculos Asofiduciarias – cifras en billones de pesos

# ACTIVOS ADMINISTRADOS POR TIPO DE NEGOCIO

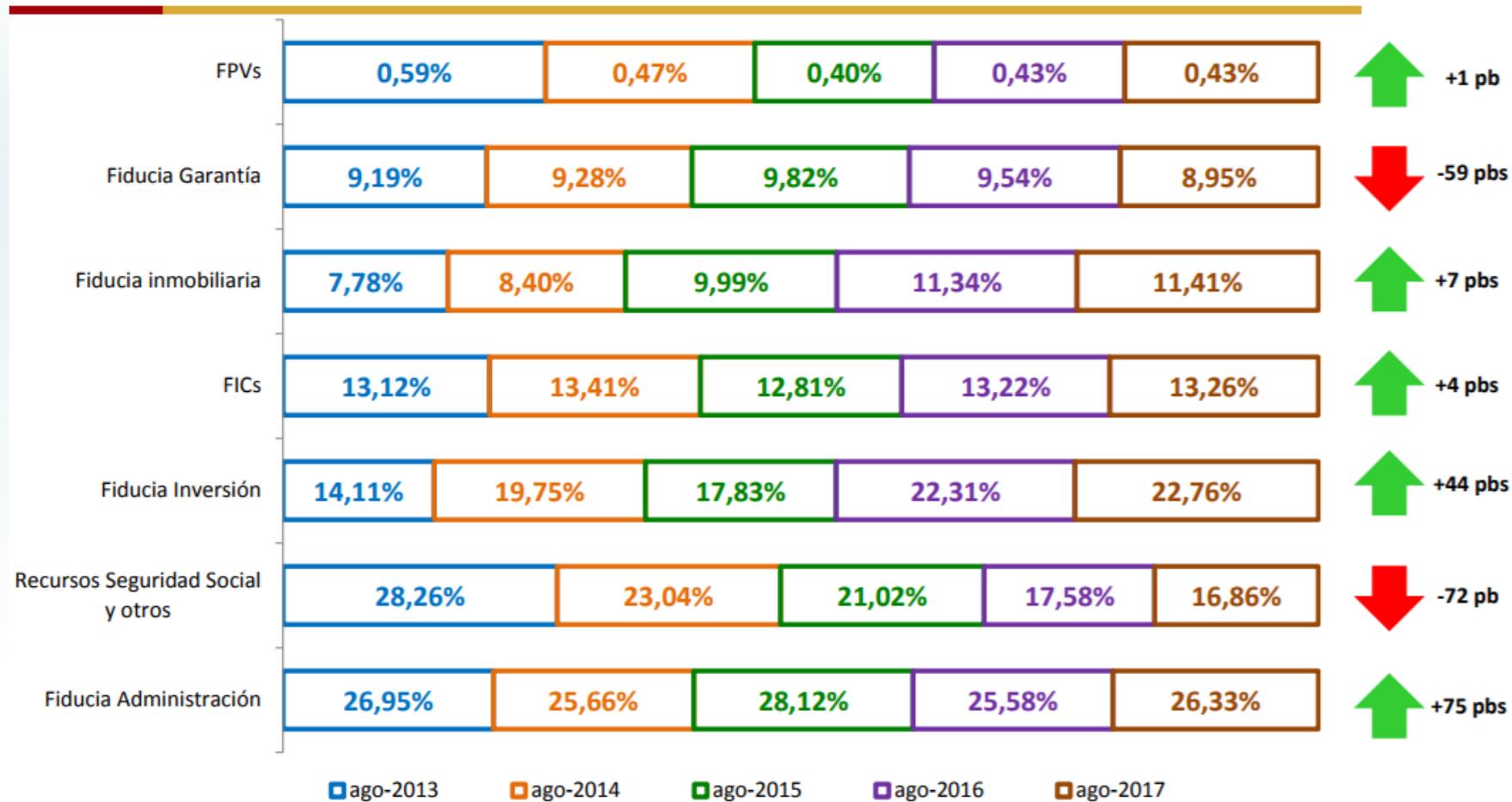
Billones de pesos



Fuente (Ago-16 y Jul-17): Superintendencia Financiera de Colombia. Fuente (Ago-17): Información remitida por las Sociedades Fiduciarias, a través de los formatos del SIGAF – cálculos Asofiduciarias – cifras en billones de pesos

# COMPORTAMIENTO DE ACTIVOS ADMINISTRADOS

Periodo 2013-2017



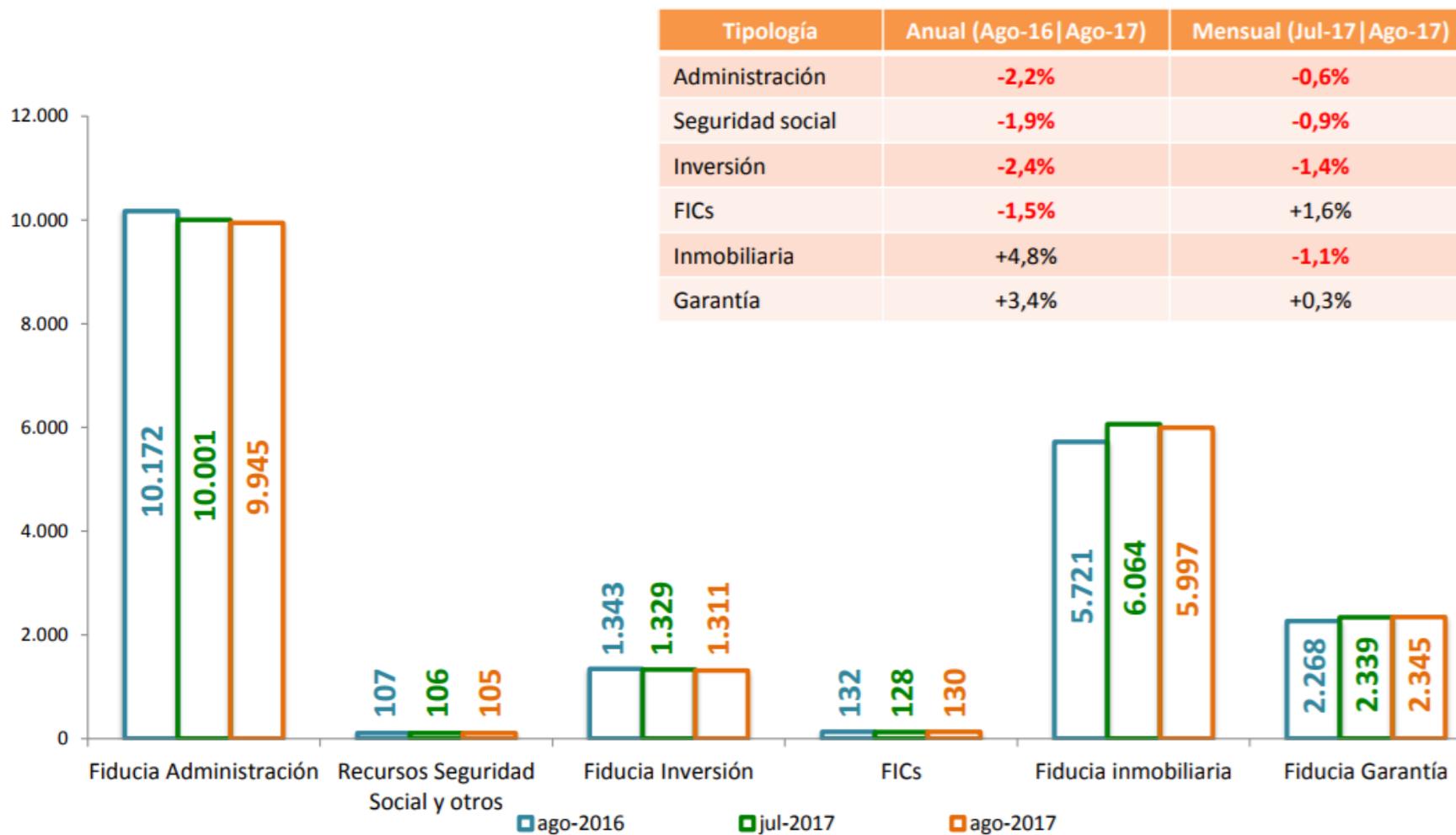
Aumento participación anual



Disminución participación anual

Fuente (Ago-13 a Ago-16): Superintendencia Financiera de Colombia. Fuente (Ago-17): Información remitida por las Sociedades Fiduciarias, a través de los formatos del SIGAF – cálculos Asofiduciarias

## NÚMERO DE NEGOCIOS ADMINISTRADOS POR TIPOLOGÍA



Fuente (Ago-16 y Jul-17): Superintendencia Financiera de Colombia. Fuente (Ago-17): Información remitida por las Sociedades Fiduciarias, a través de los formatos del SIGAF – cálculos Asofiduciarias

# ¿QUÉ PUEDE EXPLICAR EL DESARROLLO DEL NEGOCIO?

- Flexibilidad
- Confianza en el instrumento fiduciario
- Mayor participación en la administración de recursos en el mercado de valores
- Reglas conocidas y estables
- Transparencia
- Regulación y supervisión enfocada a riesgos

# LA REGULACIÓN PERMITE QUE NO HAYA ARBITRAJE REGULATORIO EN ACTIVIDADES QUE SE FUNDAMENTAN EN LA CONFIANZA DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

# LA REGULACIÓN ES IMPORTANTE

- La regulación debe dar espacio para la iniciativa empresarial. Sin embargo, se requieren reglas específicas propias del negocio y facultades al supervisor para poder aplicar de manera general las mejores prácticas.
- **Normas rígidas pueden llevar a la casuística y si son muy laxas a vacíos legales.**
- **¿Regulación especial o es preferible aplicar las reglas generales?**
- En Colombia se ha desarrollado una regulación especial para la fiducia pública.

## La regulación se ha desarrollado partiendo de las características propias del contrato de fideicomiso.

### Confianza



El fideicomitente contrata al fiduciario para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada por aquel; por ello se afirma que el negocio fiduciario es *intuitu personae*, es decir, en consideración de la persona.

### Finalidad



Siempre debe haber una finalidad lícita en la fiducia, que debe quedar muy clara cuando se celebra el contrato.

### Gestión profesional



La sociedad fiduciaria gestiona y cumple en forma profesional los encargos que le encomiendan sus clientes

### Separación absoluta de bienes



La fiduciaria debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan sus clientes, así como entre los bienes que corresponden a distintos negocios fiduciarios. A su vez, debe llevar cuentas independientes de cada uno de sus negocios evitando así que se confundan.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- Dado el carácter de profesionalidad ¿qué **requisitos deben cumplirse para que se autorice su funcionamiento?**
- Disyuntiva entre tener una **mayor competencia facilitando la entrada al mercado vs reglas estrictas.**
- **La regulación y supervisión en la región es dispar.** Diferencias sobre quien puede hacer la actividad fiduciaria, sobre una regulación especial para el fideicomiso y sobre la forma de hacer la supervisión.
- **Entidades especializadas.**
- **Requerimientos de capital al fiduciario.**

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- En algunos contratos de inversión se pueden presentar obligaciones del fiduciario semejantes a las que existen para los intermediarios de valores. **¿Como tratar estos casos? Lo más importante es que los vacíos regulatorios no generen arbitrajes.**
- En la medida en que algunas modalidades fiduciarias implican contratos de vinculación masiva, ¿Cómo lograr una adecuada protección al consumidor? ¿Cláusulas abusivas, Defensor del cliente, Facultades Jurisdiccionales?

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- La gestión **profesional** es fundamental para calificar la responsabilidad del fiduciario.
- Se requiere que el fiduciario tenga un conocimiento **profesional y técnico** que gestione de manera adecuada la finalidad determinada en el contrato.
- Se requiere que el fideicomitente conozca la **calidad de la persona** a quien esta transfiriendo o no la propiedad de los bienes.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- Como gestor profesional, el fiduciario tiene **el deber de lealtad y buena fe**: respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le hagan daño o lesionen sus intereses.
- Deber de **diligencia, profesionalidad y especialidad**: Tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión y emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- **Deber de información:** el fiduciario debe informar a sus clientes los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes al contrato. Así como de dificultades, situaciones relevantes e impuestos que se presenten durante el desarrollo del contrato.
- **Deber de asesoría:** elemento OBLIGATORIO en la fiducia de inversión. El fiduciario da consejos y opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- **Deber de eficacia y prudencia:** realizar eficaz y diligentemente los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del contrato y la satisfacción de sus obligaciones.
- **Deber de prevención:** el fiduciario debe precisar cuáles son las obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo y cuáles son los riesgos del mismo.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- Identificación de los conflictos de interés.
- Se define como “ las situaciones de interferencia entre esferas de interés, en las cuales una persona podría aprovechar para sí o para un tercero las decisiones que él mismo tome frente a distintas alternativas de conducta en razón de la actividad misma que desarrolla y del especial conocimiento que tenga y cuya realidad implicaría la omisión de sus obligaciones legales, contractuales o normales a los cuales se haya sujeto”.
- El fiduciario debe evitar y evaluar, frente a cada contrato particular, la posible incursión en situaciones de conflicto de interés.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- Cláusulas que desnaturalizan el negocio fiduciario.
- Las que desborden su objeto original o se traduzcan en un menoscabo ilícito de algún derecho ajeno.
- Las que permitan al fiduciario alterar de manera unilateral el contenido del contrato.
- Las que eximan a la sociedad fiduciaria de la responsabilidad que la ley le impone
- Cláusulas exorbitantes, es decir las que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a una posición dominante del mismo. Desarrollo de la protección al consumidor financiero.

# ASPECTOS CLAVES EN LA REGULACIÓN

- Cláusulas abusivas-aquellas que representan una ventaja para una de las partes que impiden o dificultan el reclamo de sus derechos o el cumplimiento de las obligaciones pactadas.
- El negocio fiduciario no puede servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda desarrollar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales. En este aspecto es una obligación del fiduciario asegurar que el objeto del contrato se convierta en instrumento para el fraude a la ley.

# UNA BUENA SUPERVISIÓN LE DA UN SELLO DE CALIDAD A LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA

# UNA BUENA SUPERVISIÓN DA UN SELLO DE CALIDAD A LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA

- ¿Cómo encajar la actividad fiduciaria dentro del modelo de supervisión?
- ¿Tiene características propias que justifican un tratamiento distinto al bancario?
- La actividad fiduciaria no está exenta de riesgos.

## UNA BUENA SUPERVISIÓN LE DA UN SELLO DE CALIDAD A LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA

Los supervisores financieros vienen utilizando cada vez de manera mas intensa la Supervisión Basada en Riesgos ( SBR), que busca :

- ✓ Tener una visión integral de los riesgos de cada IF.
- ✓ Tener una sola voz frente a la industria.
- ✓ Facilitar la percepción temprana de los riesgos individuales y sistémicos.
- ✓ Ser más prospectivos.
- ✓ Garantiza una visión integral de los riesgos.
- ✓ Tiene un énfasis fundamental en los riesgos de las IF.
- ✓ Aumenta la eficiencia del proceso de supervisión y permite ser más prospectivos en nuestro análisis y diagnóstico.

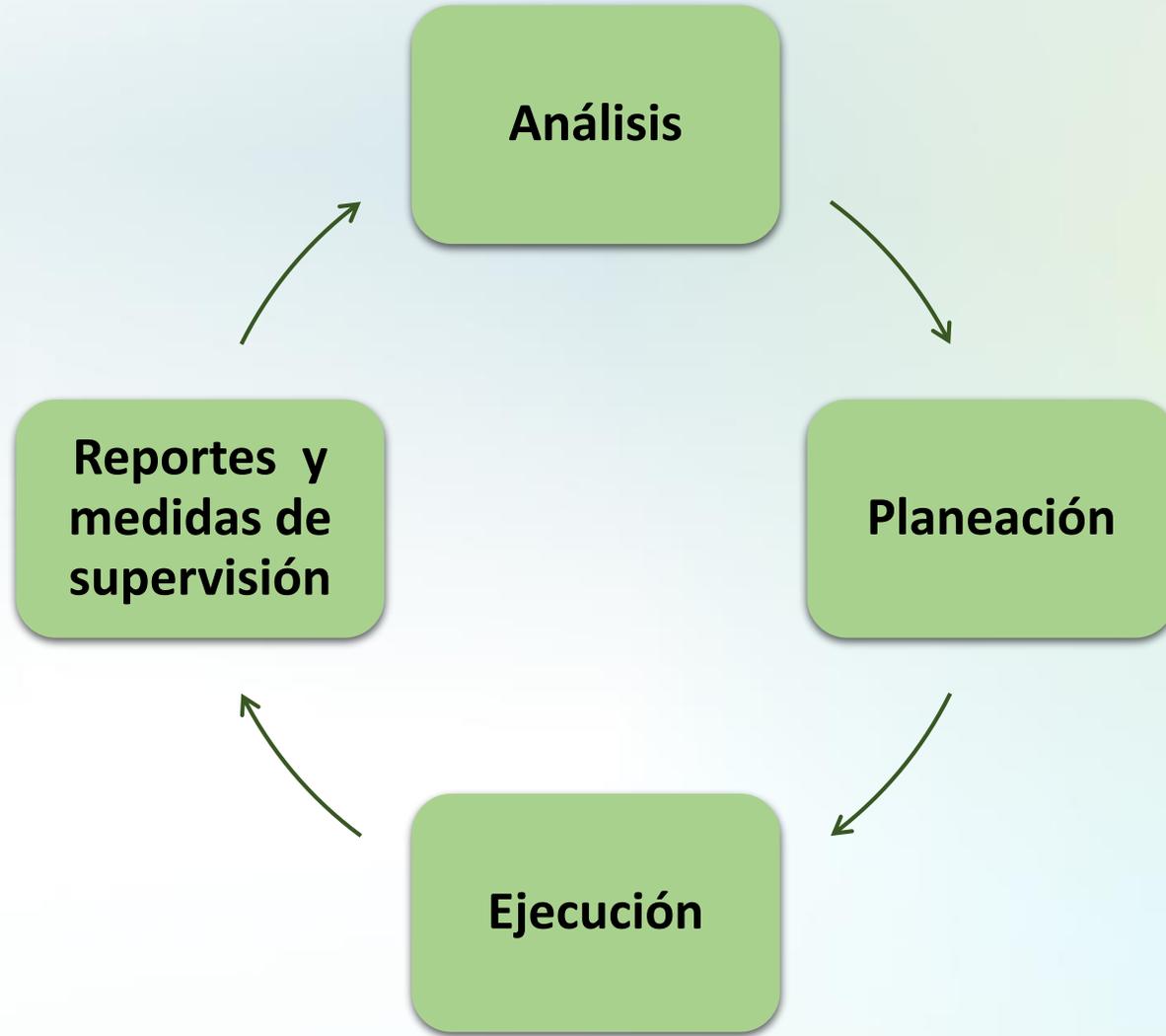
En la SBR la evaluación del cumplimiento normativo y de la idoneidad de las políticas y prácticas de la gestión de riesgos se mantiene.

## UNA BUENA SUPERVISIÓN LE DA UN SELLO DE CALIDAD A LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA

- Los métodos de supervisión han cambiado para ser más directos y más intensos, particularmente en áreas que antes eran consideradas como de autonomía de la entidad. De un entendimiento más integral del negocio de la institución vigilada.
- Los supervisores **adoptan un enfoque basado en riesgo, en orden a priorizar el uso de los recursos limitados.** Esta priorización debe obedecer a una estrategia y ser sujeta de revisiones periódicas y pruebas.
- Muchos supervisores han enfocado sus esfuerzos en buscar que las instituciones financieras **fortalezcan sus procesos de auditoría interna y externa con un énfasis en la función de gestión de riesgos y auditoría,** y requiriendo que éstos tengan “voz” en la Junta Directiva.

# UNA BUENA SUPERVISIÓN LE DA UN SELLO DE CALIDAD A LA ACTIVIDAD FIDUCIARIA

- No existe un sistema de supervisión que pueda ver todo. La **responsabilidad principal de identificar y gestionar el riesgo recae en la administración de cada organización**, cuyas funciones de gestión de riesgo, cumplimiento y personal de auditoría interna siempre superarán considerablemente los recursos disponibles de los supervisores.
- Los supervisores deben seguir explorando maneras de **evaluar formalmente la cultura de riesgo**. El establecimiento de una sólida cultura de riesgos en las entidades financieras es un elemento esencial de la buena gobernanza.



La efectividad de los controles de riesgo para mitigar el riesgo inherente al cual se encuentran expuestas las entidades se evalúa por medio del riesgo neto (riesgo residual)



Una vez evaluado el riesgo neto de cada actividad significativa, éstos se agregan según la materialidad de cada AS y se obtiene el riesgo neto del total de la entidad.

<b>Calificación de Riesgo Global</b>			
<b>Riesgo Neto de la Entidad</b>			<b>Capital &amp; Rentabilidad</b>
<b>Riesgos Inherentes</b>	<b>Controles</b>	<b>Gobierno Corporativo</b>	
Crédito	Gestión Operativa	Junta Directiva	Capital Rentabilidad
Mercado	Gestión de Riesgos	Alta Dirección	
Liquidez	Evaluación Independiente	Casa Matriz	
Operacional	Cumplimiento-Compliance		
Lavado de Activos		<b>Análisis Financiero</b>	
Reputacional			
Seguros			
<b>Evaluado por Actividad Significativa</b>		<b>Evaluado a Nivel Institucional</b>	

# ¿CÓMO SE HACE LA SUPERVISIÓN?

- En otras jurisdicciones, la supervisión de los negocios fiduciarios se hacen dentro de la supervisión integral de los negocios bancarios tradicionales.
- Dada la naturaleza de los negocios fiduciarios, se justifica que exista una supervisión que reconozca sus características.
- Esto se ha vuelto cada vez más importante en la medida que buena parte de los riesgos son asumidos por los consumidores financieros (administración de recursos de terceros).

## ¿CÓMO SE HACE LA SUPERVISIÓN?

- Dado que los negocios fiduciarios son “hechos a la medida” es muy difícil su homogenización, eso lleva a que se deban mirar procesos de estructuración, gestión y liquidación. Todos estos procesos deben estar enmarcados en un marco de debida diligencia y gestión de riesgos.
- Y de la mano con lo anterior, la capacidad de desarrollar los negocios (estructura de gobierno, estructura de propiedad, desempeño financiero).

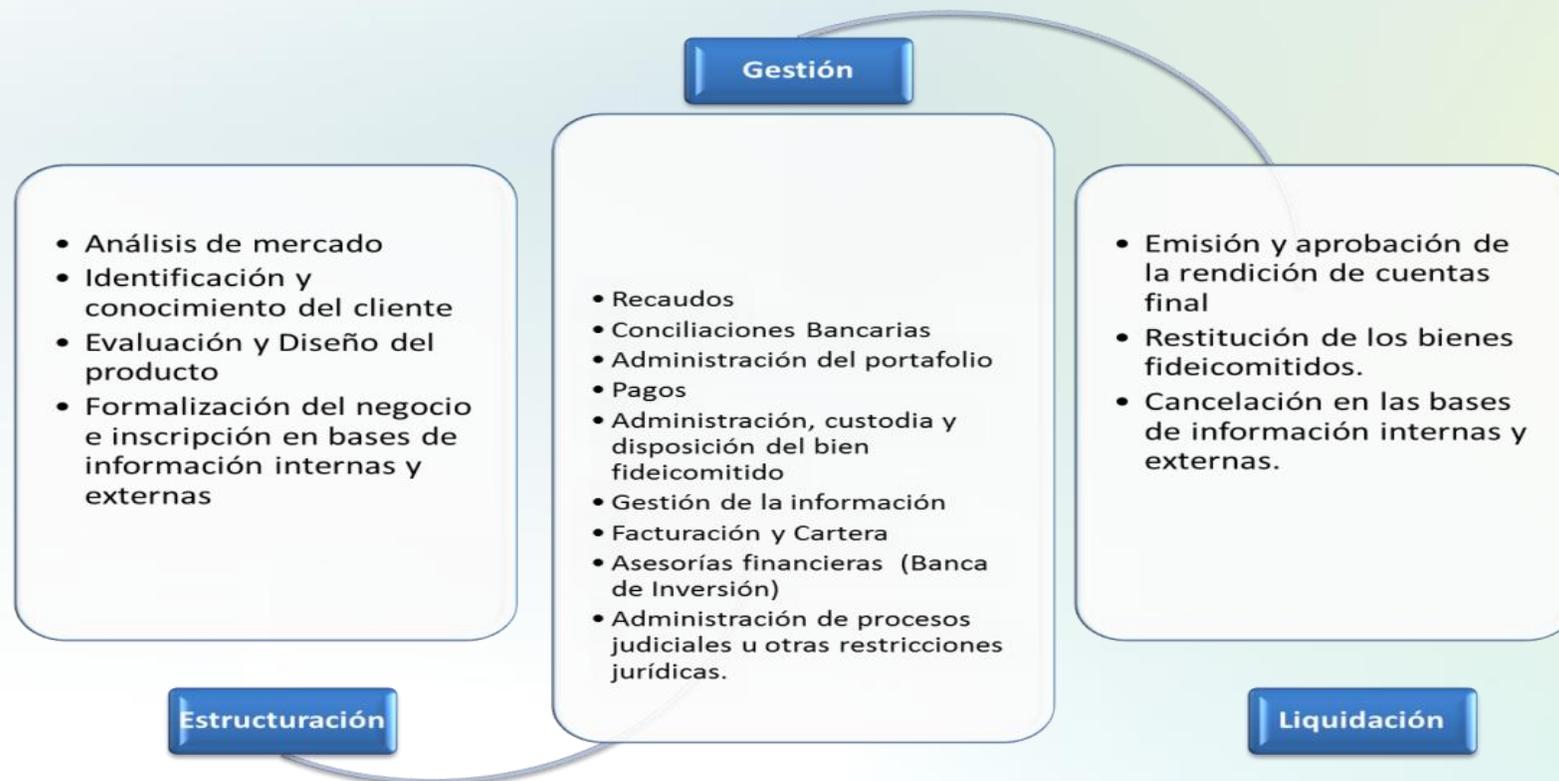
# ¿CÓMO SE HACE LA SUPERVISIÓN?

- La supervisión debe iniciar por el conocimiento pleno del negocio.
- En la actividad fiduciaria es difícil porque cada uno puede ser diferente, difícil homogenizar.
- Para efectos de seguimiento se han identificado:
  - Fiducia en administración
  - Fiducia inmobiliaria
  - Fiducia en garantía
  - Fiducia de inversión
  - FICS- Custodio
  - Fiducia de seguridad social
  - Fiducia pública

## ¿CÓMO SE HACE LA SUPERVISIÓN?

- Cada uno de estos tipos de negocio fiduciario tienen **riesgos distintos**.
- Esos riesgos son en algunos casos asumidos por el fideicomitente, es el caso de la administración de portafolio de terceros. El fideicomitente asume riesgo de crédito, liquidez y mercado.
- Hay procesos similares: estructuración, gestión y liquidación.
- En estos procesos hay obligaciones de administración, asesoría y acompañamiento.

# PROCESOS RELEVANTES



La estructuración, gestión y liquidación, corresponden al ciclo de vida de cualquier negocio fiduciario. Al ser transversales, permiten evaluar de forma general las herramientas con las que cuenta la entidad para la ejecución de los negocios fiduciarios.

# A MANERA DE CONCLUSIÓN

- La fiducia es un instrumento jurídico con un inmenso potencial porque se puede ajustar a las necesidades de los negocios.
- La regulación viene centrándose en mirar la relación del fiduciario y del fideicomitente, en especial en negocios que se pueden volver masivos.
- La supervisión basada en riesgos, en la medida que parte del conocimiento de los riesgos del negocio, permite una supervisión que beneficia a las partes. Ratifica la confianza base del contrato fiduciario.