

**Universidad de Buenos Aires (UBA)**

---

**From the Selected Works of Nicolas Malumian**

---

July, 2012

## Il Fideicomiso in Garanzia

Nicolas Malumian, *Universidad de Buenos Aires (UBA)*



Available at: <https://works.bepress.com/nicolas-malumian/41/>

# Il *fideicomiso* di garanzia

di Nicolás Malumíán

**Il *fideicomiso* può essere utilizzato anche come di garanzia.**

**In Argentina, dopo un'iniziale dibattito, sembra essere ormai riconosciuta la validità del *fideicomiso* di garanzia.**

**Una sentenza del 2010 si spinge, addirittura, a dichiarare valido un *fideicomiso* in cui un soggetto, una banca, era, al contempo, fiduciario e beneficiario dello stesso.**

**Un'altra sentenza dello stesso anno, invece, affronta il delicato tema della posizione del creditore garantito dal *fideicomiso* in caso di procedure concorsuali a seguito dell'insolvenza del debitore. La corte ha stabilito che, in tali casi, il creditore/beneficiario ha il diritto di veder riconosciuto il proprio credito dalla procedura nel caso in cui il *fideicomiso* non assolva in tempo il relativo debito; in quanto il *fideicomiso* garantisce un debito già esistente.**

**Non essendoci ormai più dubbi sulla validità dell'istituto, si segnala come questo rappresenta, rispetto ai tradizionali pegno e ipoteca, un più efficace strumento di garanzia.**

## ■ Profili introduttivi

Come già argomentato in precedenti occasioni(1), il *Fideicomiso* è utilizzato in America Latina come veicolo commerciale e come sistema di garanzia. I due casi(2) recentemente decisi in Argentina, oggetto dell'odierna analisi, si riferiscono al *fideicomiso* di garanzia e affrontano due delle principali discussioni già avvenute in passato (in Argentina, come in altri paesi latino-americani):

- a) la validità del *fideicomiso* di garanzia e
- b) la posizione del creditore garantito da un *fideicomiso* di garanzia, in caso di protezione del debitore o di fallimento del debitore.

## ■ Il caso Corbelli

Il signor Corbelli ha istituito un *fideicomiso* di garanzia in qualità di disponente, trasferendo un terre-

no al Banco Hipotecario SA (in prosieguo: la "Banca"), come fiduciario.

La Banca era, al contempo, fiduciario e finanziatore del *fideicomiso*: nella qualità di finanziatore, la Banca era beneficiaria del *fideicomiso* a garanzia del proprio credito.

Qualunque beneficio derivante dal *fideicomiso* successivo al pagamento del credito era a favore del signor Corbelli: in altre parole, il signor Corbelli trasferiva il terreno e beneficiava dell'eccedenza del *fideicomiso* allorquando il prestito venisse rimborsato, attività per la quale la Banca agiva come fiduciario, finanziatore e beneficiario dei relativi pagamenti.

Anche se alcuni paesi dell'America Latina vietano espressamente di essere al contempo fiduciario e beneficiario, ci sono casi in cui questa posizione è discutibile, come ad esempio nel momento in cui il *fideicomiso* è un *fideicomiso* di garanzia (es. Argentina, Brasile e Messico). In via eccezionale, l'Uruguay consente espressamente che il fiduciario sia anche beneficiario, se il *fideicomiso* è di garanzia e a condizione che il fiduciario sia una banca.

Nel caso dell'Argentina, la regola generale impone che il fiduciario non possa essere beneficiario del *fideicomiso de residuo*, ma le decisioni giudiziarie sembrano acconsentire la coesistenza dei due ruoli fintantoché il *fideicomiso* abbia scopo di garanzia.

Tornando al caso in esame, l'idea alla base del *fideicomiso* risiede nel fatto che il signor Corbelli avrebbe trasferito il terreno al fiduciario e, con i fondi derivanti dal prestito conferito dal fiduciario stesso, avrebbe costruito un edificio e venduto delle quo-

Nicolás Malumíán - Abogado in Buenos Aires.  
Traduzione a cura di Vanessa Villanueva Collao

Note:

(1) Mi riferisco ai *Trust in Latin America: A brief comparison with European Civil Law*, in questa Rivista, 2011, 499. Per un'analisi più approfondita, si veda il mio libro *Trust in Latin America*, Oxford University Press, 2009.

(2) *Feroanco SA sobre concurso preventivo sobre Incidente de verificación de Sinsbur* della Camera Nazionale Commerciale di Appello di Buenos Aires, Sala E, 14 luglio 2010 (in prosieguo "Caso Feroanco"), *infra*, 447, e *Claudio Corbelli Piero Agustín v Banco Hipotecario SA sobre ordinario* della Camera Nazionale Commerciale di Appello di Buenos Aires, 9 maggio 2011 (in prosieguo: "Caso Corbelli"), *infra*, 441.

te a terzi; i proventi di tale vendita, sarebbero stati utilizzati per rimborsare il prestito e i fondi restanti sarebbero diventati i benefici del signor Corbelli (come *beneficiario de residuo* dopo il pagamento del prestito).

Questo istituto è stato utilizzato per offrire un'opportunità alla banca nel caso in cui, per qualsiasi motivo, il promotore dell'operazione finanziaria (nel nostro caso il signor Corbelli) non completi la costruzione dell'edificio: in siffatta situazione, la banca può riconoscere un credito al promotore e nominarne uno nuovo al fine di terminare l'opera, in modo da evitare che l'edificazione non venga portata a termine a causa di problemi relativi alla gestione del promotore.

La *ratio* di questo istituto è la seguente: un edificio finito ha un valore notevolmente superiore rispetto ai suoi costi (ad esempio terreni più prestati per la costruzione), diversamente da un edificio in costruzione.

Un *fideicomiso*, a differenza di un mutuo, dovrebbe garantire:

a) l'isolamento del bene in un patrimonio separato da quello del promotore o di un terzo (qualsiasi azione legale nei confronti del promotore non interesserebbe i beni in *fideicomiso*);

b) come accennato prima, il potere per il creditore (che in questo caso è anche fiduciario) di adottare le azioni necessarie per completare l'edificio.

I punti chiave del caso sono:

a) La Corte ha sancito che, sebbene il *fideicomiso* di garanzia sia stato oggetto di discussione in passato fra gli studiosi in relazione alla sua validità, nel caso "Trenes de Buenos Aires" (10 dicembre del 2008) il *fideicomiso* è una garanzia a regime giuridico perfettamente valido. Va peraltro sottolineato che la posizione antitetica era in netta minoranza e che, nel rafforzare il proprio orientamento, la Corte effettua un'elencazione dei pareri di tutti gli studiosi che sono a favore della validità del *fideicomiso*(3). Il punto centrale è che, in questo caso, la validità del *fideicomiso* è considerata una discussione ormai chiusa.

b) La Corte ha ritenuto fondato che il fiduciario, rimosso il promotore immobiliare, esegua tutte le disposizioni necessarie per completare la costruzione e la successiva vendita delle quote e che l'unico punto da valutare circa l'operato del fiduciario sia se la Banca debba o no fornire una chiara spiegazione degli atti compiuti dal fiduciario e dei propri risultati, per rendere un resoconto completo. In altre parole, la

Corte ha ritenuto che è perfettamente valido un sistema di garanzia che, in caso di problemi del promotore consenta al fiduciario di surrogarsi a questo, ossia di agire ed apportare tutte le modifiche necessarie per completare il progetto.

In conclusione, la Corte ha dichiarato che qualsiasi discussione sulla validità del *fideicomiso* di garanzia non aveva ragion d'essere e ha, altresì, stabilito che il *fideicomiso* di garanzia è uno schema atto a consentire l'isolamento dei beni dai rischi del debitore e che, in tali casi, il fiduciario può adottare tutte le misure necessarie per garantire il completamento del progetto, fino a provvedere ad un resoconto completo della sua attività.

## ■ Il caso Feroanco

Feroanco era un acquirente regolare di rame da Sinsbur S.A. Al fine di garantire il pagamento di Feroanco, derivante dalla sottoscrizione dei contratti di acquisto, le due aziende hanno istituito un *fideicomiso*. In particolare: Feroanco era il disponente; l'attività trasferita al *fideicomiso* era un insieme di diritti che derivavano dalle vendite future di Feroanco a terzi (fatturato derivante dai suoi prodotti); una società chiamata FNB S.A. era il fiduciario; Sinsbur era il beneficiario di questo *fideicomiso* di garanzia, come una garanzia dei suoi crediti dalla vendita del rame.

Va notato che qualsiasi tipo di bene può essere trasmesso al fondo in *fideicomiso*, indipendentemente dal fatto che siano beni materiali o diritti immateriali, mentre i pegni o le ipoteche, per definizione, possono essere eseguite solamente su beni mobili registrati o immobili.

Come nel caso oggetto della presente analisi, il *fideicomiso* di garanzia può essere utilizzato per garantire un obbligo che abbia un flusso di cassa futuro, il che è impossibile da effettuare con un pegno o ipoteca, perché questi due istituti richiedono una *res corporea* (nonostante alcuni paesi latino-americani permettano il pegno sui flussi di cassa, questo di fatto non viene effettivamente utilizzato).

Prima dell'introduzione del *fideicomiso*, nella maggior parte delle giurisdizioni, era giuridicamente impossibile ottenere un credito con un flusso di cassa.

### Nota:

(3) Inclusa quella del sottoscritto in "Fideicomiso y Securitización: análisis legal, fiscal y contable", Buenos Aires, 2001.

Dopo la creazione del *fideicomiso*, Feroanco è entrato nella protezione legale dei debitori, in seguito alla procedura di ristrutturazione del debito giuridico (in spagnolo *concurso preventivo de acreedores*, o semplicemente *concurso*).

Dal momento dell'emanazione della norma che ha istituito il *fideicomiso* in Argentina (gennaio 1995), c'è stata un'accesa discussione sulla validità del *fideicomiso* di garanzia, *vis a vis*, della ristrutturazione giudiziale dei crediti del debitore: è stato sostenuto da alcuni autori che il fatto che i beni trasferiti al *fideicomiso* siano i proventi delle vendite future determina l'invalidità di tale fiducia, perché l'apertura del *Concurso* determina che tutti i proventi di tutte le vendite dovrebbero essere sottoposti all'amministrazione del Giudice del *Concurso*. Inoltre, è stato discusso quale dovrebbe essere la corretta linea di azione da parte del debitore garantito dal *fideicomiso* è cioè se dovesse presentarsi davanti al Giudice il debitore ovvero il fiduciario ovvero ancora nessuno.

Uno dei punti più importanti da considerare quando si tratta del *fideicomiso* di garanzia è la responsabilità penale dei partecipanti. Se un debitore trasferisce i beni del *fideicomiso* da un flusso di cassa e mantiene la sua attività di raccolta, lo stesso diventerà l'amministratore del patrimonio di un terzo (il creditore); pertanto, se i fondi raccolti non sono stati dati nel tempo e nella forma convenuta, costui potrebbe incorrere in responsabilità penale in relazione all'amministrazione fraudolenta.

Questo crea una differenza sostanziale con l'inaidempienza del debito ordinario, che non è un reato penale.

Ci sono stati casi precedenti che in parte hanno considerato le questioni oggetto di analisi di questo caso.

Ci riferiamo a:

a) *Dinar Lineas Aereas SA sobre concurso preventivo*, del 9 agosto 2002, Giudice Fallimentare n. 2° di Salta;

b) *Citrus Litoral SA s/concurso preventivo*, Camera Nazionale Commerciale di Appello di Buenos Aires, 9 maggio 2011;

c) *Antonio Esposito SA s / concurso preventivo s / Incidente por Banco Surinvest SA*, Camera Nazionale Commerciale di Appello di Buenos Aires, Sala D, 4 ottobre 2001;

d) *Trenes de Buenos Aires SA sobre concurso preventivo sobre Incidente de apelación*, Camera Naziona-

le Commerciale di Appello della città di Buenos Aires, Sala D, 9 settembre 2008, e

e) *Pino Camby SA sobre concurso preventivo Incidente sobre de verificación por Acosta, José León y otros*, Camera Nazionale Commerciale di Appello di Buenos Aires, sala E, 24 novembre 2003, tra gli altri.

La rilevanza del caso Feroanco, quindi, risiede nel fatto che:

a) tutte le questioni in relazione al *fideicomiso* di garanzia in caso di *concurso* del disponente/debitore si rivolgono (non solo a uno di loro),

b) la decisione è stabilita da una delle corti commerciali più influenti in Argentina,

c) le risposte vengono fornite in modo chiaro.

I punti principali enunciati dalla Corte nel caso Feroanco sono i seguenti:

a) La creazione di un *fideicomiso* comporta il trasferimento dei beni dal patrimonio del disponente al *fideicomiso* e, pertanto, i beni trasferiti non fanno più parte del patrimonio del disponente.

b) Il *fideicomiso* si caratterizza per essere un patrimonio separato e distinto, che non può essere colpito da azioni legali da parte dei creditori del disponente, a meno che sia dimostrato l'intento fraudolento.

c) La creazione di un *fideicomiso* i cui beni sono i proventi delle vendite future sono valide anche in caso di *concurso* del disponente.

d) La creazione di un *fideicomiso* non significa né l'adempimento, né la sostituzione dell'obbligo originale in un nuovo obbligo (in spagnolo, *novación*), ma solo la creazione di una garanzia a favore del debito garantito. Pertanto, in caso di *concurso* o di fallimento del disponente/debitore, il creditore può chiedere che il credito sia riconosciuto dalla Corte, così qualora il *fideicomiso* di garanzia non sia in grado di effettuare il pagamento per qualsiasi motivo, il debito sarà pagato dal patrimonio del *Concurso* (ovviamente se i beni del *Concurso* sono sufficienti e disponibili per effettuare il pagamento). L'istituzione di un *fideicomiso* di garanzia non significa che il creditore perda il diritto di chiedere il pagamento da parte del *Concurso* (anche se è ragionevole presumere che tali creditori sarebbero stati pagati prima dal *fideicomiso*).

e) Il debito del creditore garantito dal *fideicomiso* di garanzia è considerato dal *concurso* come non garantito (in spagnolo *quirografaria*), perché il fondo del *fideicomiso* non fa parte del patrimonio del debitore/disponente e, pertanto, non esiste una procedura speciale (come nel caso di un mutuo o di pegno sui

beni del debitore). Questo non significa in alcun modo che il *fideicomiso* è privo di alcuno dei suoi effetti, è solo per dire che nel caso in cui il *Concorso* debba pagare il debito non vi è alcuna ipoteca o pegno a favore del creditore. Ancora una volta, è ragionevole presumere che tale creditore sarebbe stato pagato prima dal *fideicomiso*.

In sintesi, il caso in esame è pacifico nel riconoscere la validità del *fideicomiso* di garanzia anche nel caso in cui il disponente/debitore entri in *concorso* e anche se i beni trasferiti a titolo di garanzia siano flussi finanziari derivanti dalle vendite future. Inol-

tre, il creditore/beneficiario del *fideicomiso* ha il diritto di richiedere al *Concorso* di riconoscere il suo credito nel caso in cui il *fideicomiso* non assolva in tempo il relativo debito.

## ■ Considerazioni conclusive

Questi due casi dimostrano che, attualmente, non vi sono dubbi sulla validità del *fideicomiso* a scopo di garanzia, il quale può essere utilizzato sfruttandone la versatilità nel fornire strumenti più sicuri ed effettivi rispetto a quelli ottenibili solo con pegni e ipoteche.