

I PATRIMONI PROTETTI NEL DIRITTO SPAGNOLO

Nell'anno 2007, l'Associazione Il trust in Italia mi invitò ad esporre quali erano le prospettive dei *trusts* nel diritto spagnolo. Durante quel Convegno sugli *Sviluppi del diritto dei trusts nel mondo*, che si svolgeva a Roma nel 2007, io spiegavo che la Spagna non aveva una regolamentazione sui *trusts* e non aveva nemmeno firmato la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile ai *trusts* ed al loro riconoscimento. Dicevo che erano ormai più di quindici anni che diversi studiosi sostenevano l'opportunità di questa ratifica, ma che i pochi casi in cui il diritto spagnolo si doveva confrontare con l'istituto aveva allontanato quest'argomento delle agende parlamentari. Ciò nonostante, descrivevo già, durante quel Convegno, un tentativo, frustrato è vero, d'introdurre nel diritto spagnolo uno strumento analogo al *trust* per quanto riguarda la protezione di soggetti portatore di handicap: la regolamentazione prevista dalla legge n°41 del 18 novembre 2003.

Bene, otto anni dopo, quali sono stati i cambiamenti e qual'è l'attuale situazione?

Continua a non esserci, ad oggi, nessuna prospettiva per quanto riguarda la firma della Convenzione internazionale. Tuttavia, l'interesse dottrinale è ancora in aumento ed, questo interesse è stato senz'altro a monte della principale innovazione legislativa nell'ambito dei patrimoni fiduciari: la regolamentazione introdotta nel Libro Secondo del Codice Civile della Catalogna -sulla persona e la famiglia- rivolta alla creazione e gestione di patrimoni protetti a vantaggio di beneficiari disabili. Vorrei soffermarmi su questi due aspetti -l'incremento dell'interesse dottrinale e la nuova regolamentazione del diritto catalano- e fare una breve valutazione dei risultati della regolamentazione dell'anno 2003.

Sul piano dottrinale, l'interesse pratico che mostrarono già negli anni ottanta gli istituti bancari in merito alla possibilità di offrire servizi fiduciari a somiglianza del *trust* angloamericano oppure del fidecommesso latinoamericano fu seguito, negli anni 80 e 90, da altri professionisti e studiosi (in particolare studiosi di diritto internazionale privato) che difendevano la necessità di firmare e ratificare la Convenzione dell'Aja e l'opportunità di introdurre l'istituto nell'ordinamento giuridico spagnolo. Il passo successivo avvenne quando la dottrina civilistica cominciò a dibattere come possa essere una regolamentazione interna sui *trusts*, come debba essere lo strumento di diritto interno suscettibile di competere con l'istituto angloamericano. Come risultato di questa nuova impostazione dottrinale si iniziarono a celebrare negli anni 2003, e successivi, convegni e colloqui sui *trusts*, principalmente in Catalogna e nelle isole Baleari (il cui diritto civile è fortemente ispirato dal diritto catalano). Questi dibattiti dottrinali, incoraggiati dalle professioni bancarie e notarili, furono a monte della Legge del 2003, di "protezione patrimoniale dei soggetti portatori di handicap" e della Legge del 2010, del Libro Secondo del Codice Civile della Catalogna,

Queste due regolamentazioni, sulle quali mi soffermerò in alcuni minuti, costituiscono ad oggi le nostre due principali innovazioni legislative nell'ambito dei patrimoni fiduciari. Anche se le due leggi si limitano ad istituti tradizionali del diritto di famiglia, vorrei sottolineare che le spinte dottrinali sono più ambiziose. Eccetto opinioni isolate, la maggioranza degli studiosi spagnoli ritiene opportuna la regolamentazione di una figura che possa competere con l'istituto di *common law* in diversi ambiti, non soltanto in quello della famiglia. Ad esempio, non è passata inosservata la Legge francese sull'Imprenditore Individuale a Responsabilità Limitata del 2011. E due delle Conclusioni raggiunte durante la Sessione Plenaria del Congresso del Notariato, celebrato il 30 maggio 2012, sull'Autonomia della Volontà ed il Diritto della Persona, furono precisamente: *"1: I meccanismi attuali esistenti nel diritto spagnolo sulla segregazione di patrimoni per difendere interessi meritevoli di tutela, sono limitati ed insufficienti. 2. Si propone una regolamentazione dei patrimoni fiduciari basata sulla separazione patrimoniale, che garantisca la protezione dei loro beneficiari insieme a quella dei diritti dei terzi. Si propone che la regolamentazione di questi patrimoni abbia una portata generale e flessibile, capace di regolamentare tutto tipo di finalità lecite. La costituzione esigerebbe un atto pubblico volto a pubblicizzare la titolarità ed il contenuto della destinazione"*.

Ci sono anche opinioni recenti che ritengono leciti, entro il vigente sistema normativo e senza bisogno di una apposita disciplina, i cosiddetti negozi di configurazione patrimoniale. Questi negozi, atipici, con effetti reali, permetterebbero –secondo questi autori- una gestione e responsabilità patrimoniale autonoma, senza bisogno di trasferire la proprietà dei beni e sulla base di un "diritto reale a disporre di beni di un terzo". Negozi che permetterebbero di raggiungere i fini perseguiti con i *trusts*. Queste proposte sono un tanto dubbie ed incerte sotto il profilo del principio di legalità che deve presiedere le eccezioni al principio di responsabilità patrimoniale universale dell'art.1911Cc.

Per quanto riguarda il piano legislativo, anticipavo poco fa che le due principali innovazioni in materia di patrimoni fiduciari si sono limitate all'ambito dei soggetti portatori di handicap. La legge n°41, di "protezione patrimoniale dei soggetti portatori di handicap", introduceva nell'anno 2003 diversi cambiamenti nel diritto civile e fiscale spagnolo, ed una delle novità era la possibilità di creare un patrimonio di destinazione, vincolato "alla soddisfazione delle necessità vitali del disabile". L'istituto spagnolo presenta certe analogie con l'istituto anglosassone del *trust*. Ad esempio:

- 1) Anche in questo caso, si crea una massa patrimoniale, senza personalità giuridica, destinata ad uno scopo specifico (la soddisfazione delle necessità vitali del soggetto disabile).
- 2) L'amministrazione del patrimonio può essere attribuita ad una persona fisica o giuridica, nominata dal costituente e svolta nel modo previsto dal costituente nel negozio istitutivo. Comprende la realizzazione di atti di disposizione
- 3) Quelli che realizzano conferimenti a questo patrimonio possono stabilire l'ulteriore destinazione dei beni e diritti conferiti (o del loro controvalore), non appena estinto il patrimonio protetto.

Ma esistono anche delle profonde differenze rispetto all'istituto anglosassone. Ad esempio:

- 1) la titolarità dei beni è per forza attribuita al disabile, dunque, al beneficiario del patrimonio protetto, che potrà anche essere incaricato della gestione se ha sufficiente capacità di agire e se il costituente così vuole.
- 2) l'amministratore del patrimonio protetto ha bisogno, come regola generale (e salvo che il beneficiario abbia sufficiente capacità di agire), dell'autorizzazione giudiziale negli stessi casi dei tutori o dei curatori.
- 3) il controllo e la supervisione di questo patrimonio è attribuito dalla legge spagnola al *Ministerio Fiscal (Pubblico Ministero)*, che a sua volta si avvale dell'ausilio e della consulenza di un organo esterno d'appoggio, formato dai rappresentanti dell'associazione di pubblica utilità maggiormente rappresentativa dei diversi tipi di disfunzioni.
- 4) ma, soprattutto, non c'è separazione o segregazione dei beni trasferiti alla persona disabile, dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, rispetto al resto del suo patrimonio personale. Il legislatore non ha osato andare al di là di un'amministrazione patrimoniale protetta in favore del disabile.

Undici anni dopo dall'entrata in vigore di questa legge non possiamo farne una valutazione positiva, al meno per quanto riguarda il numero di patrimoni protetti che sono stati creati. Secondo l'informazione di cui dispone il Centro d'Informazione Statistica del Notariato¹, sono 2176 i patrimoni protetti creati da novembre del 2003 fino a dicembre del 2014. Concretamente, nell'anno 2014, sono stati creati 366 patrimoni protetti in tutto il paese.

La dottrina ed il Comité Spagnolo di Rappresentanti dei Soggetti Disabili (CERMI) concordano sul fatto che il principale motivo per cui non è stato maggiormente utilizzato questo strumento è che non è molto attraente dal punto di vista fiscale. La regolamentazione tributaria è eccessivamente complessa nei confronti di altri strumenti utilizzati nell'ambito della disabilità, ad esempio sul profilo pensionistico. Ed i vantaggi che la legge attribuisce alle persone che trasferiscono beni al patrimonio protetto ed al disabile, per quanto riguarda i redditi precedenti della gestione del patrimonio, sono insufficienti per promuoverne la sua costituzione. Per i cessionari dei beni c'è una riduzione nell'imposta sui redditi che si applica soltanto se essi sono parenti in linea retta, parenti in linea collaterale fino al terzo grado incluso, oppure se si tratta del coniuge del soggetto disabile. La riduzione si limita (per anno) ai primi 10.000,00 euro, appena un po' di più della riduzione prevista se i beni si trasferiscono ad un fondo pensionistico in favore del soggetto disabile. Addirittura, la costituzione di un fondo pensionistico ha il vantaggio di essere molto più flessibile di quella del patrimonio protetto che vuole un atto pubblico; e se il problema del fondo pensionistico è sempre stata la mancanza di disponibilità, questo non è più così vero perché una delle recenti novità del diritto fiscale spagnolo è la possibilità di disporre di un fondo pensionistico passati i quindici anni della sua costituzione. Tuttavia, la nuova normativa tributaria dei fondi pensionistici non è una minaccia per la costituzione di patrimoni protetti perché il vantaggio della riduzione nell'imposta sui redditi è cumulativa a quella prevista per i fondi pensionistici. Dunque un genitore può ottenere, nello stesso anno, una riduzione per i primi 10.000,00 euro trasferiti al

¹ <http://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>

patrimonio protetto di suo figlio ed una altra per i primi 8.000,00 euro trasferiti al fondo pensionistico.

Per quanto riguarda i vantaggi fiscali per il soggetto disabile, il bene trasferito al patrimonio protetto non è soggetto all'imposta sulle donazioni perché è considerato come reddito del lavoro fino a tre volte il salario minimo. Ma è anche vero che pochi beni immobili valgono meno di 22.000,00 euro (l'importo risultante nel moltiplicare per 3 il salario minimo spagnolo) e per quanto riguarda l'eccesso, è sempre meglio fare un trasferimento *mortis causa* e pagare l'imposta sulle successioni, inesistente fra genitori e figli, a pagare l'imposta sulle donazioni, che ha una percentuale alta.

Da ultimo, non è di interesse trasferire beni ad un patrimonio protetto di cui è titolare un soggetto disabile se questo trasferimento fa perdere al beneficiario il diritto all'assistenza sociale prevista per i soggetti dipendenti.

Per quanto riguarda la normativa civile, i pratici hanno anche messo in evidenza diverse insufficienze:

- 1) il requisito della forma pubblica per ogni nuovo trasferimento di beni al patrimonio rappresenta un costo che riduce l'attrattiva dello strumento.
- 2) la mancanza di mezzi economici nel *Ministerio Fiscal* per controllare l'amministrazione del patrimonio.
- 3) occorre un'adeguata collaborazione fra i professionisti coinvolti, particolarmente a carico dei notai. Questi devono comunicare la costituzione ed il contenuto dei patrimoni protetti da loro autorizzati, e dei contributi verificati dopo la loro costituzione, al *Ministerio Fiscal*, in modo che questo possa controllare l'amministrazione di questi patrimoni. Lo stesso notaio deve informare il Registro Civile, dove si iscrive il nome della persona a cui viene attribuita l'amministrazione del patrimonio. Devono anche essere informati i Registri di beni immobili e mobili se si trasferiscono al patrimonio beni suscettibili di essere registrati. Da ultimo, il notaio deve informare l'Amministrazione fiscale.
- 4) la mancanza di una regolamentazione specifica della responsabilità del patrimonio protetto, che non è un patrimonio separato per quanto riguarda le obbligazioni assunte dal soggetto disabile. Il beneficiario del Patrimonio Protetto ha due patrimoni, ma ciascuno con una responsabilità interconnessa.

A queste carenze legislative, di natura civile e fiscale, dobbiamo certo anche aggiungere, è vero, come motivo dei pochi patrimoni protetti che sono stati creati, specialmente negli ultimi anni, la scarsa capacità di risparmio delle famiglie che hanno a loro carico un soggetto disabile.

Mi soffermerò adesso sull'altra innovazione legislativa, la regolamentazione proposta dalla Legge del 2010, del Libro Secondo del Codice Civile della Catalogna, che è l'unica innovazione legislativa spagnola suscettibile di competere, ad oggi, con il *trust*, per quanto riguarda la protezione di persone disabili. Occorre prima spiegare che la Catalogna è una delle regioni spagnole che, per motivi storici, ha conservato le sue regole di diritto privato ed ha il potere di dettarne nuove per evitare che questo diritto autoctono si fossilizzi. Nell'uso di questa competenza legislativa, il Parlamento Catalano ha preparato

un Codice di Diritto privato con sei libri. Il Libro Secondo include la regolamentazione di un istituto con cui raggiungere risultati simili ai *trusts* per quanto riguarda la protezione di soggetti disabili e dipendenti. L'interesse della Catalogna ad uno strumento ispirato al *trust* non è una novità. C'erano già state due proposte di regolamentazione dei patrimoni fiduciari negli anni 2002 e 2006. La proposta del 2002 dava preferenza agli istituti tradizionali del diritto di famiglia. In quella del 2006 le finalità commerciali erano poste in posizione di priorità. La regolamentazione che è stata finalmente approvata dal Parlamento si centra sulla protezione di soggetti disabili e dipendenti, ma l'obiettivo di introdurre una regolamentazione più ampia non è stato abbandonato. È anche vero che l'interesse esistente nella Catalogna su questa materia non è fortuito. Nel diritto civile catalano ed in quello di altre comunità autonome spagnole che hanno conservato il loro diritto civile storico (Navarra, Aragon) esistono fiducie testamentarie che assomigliano alle applicazioni del *trust* come strumento di diritto successorio. Ad esempio la fiducia testamentaria segreta oppure la figura dei fiduciari-commissari.

Per quanto riguarda i destinatari, la legge catalana è più ampia della nazionale del 2003 e promuove la tutela delle persone disabili, con disabilità mentale superiore al 33% o con disabilità fisica o sensoriale pari o superiore al 65% (come la legge nazionale), ma comprende anche situazioni di dipendenza di livello medio e grave. In generale si sovrappongono le due categorie di potenziali beneficiari, ma non sempre. Infatti, mentre la disabilità (l'impossibilità per un individuo di eseguire una determinata attività) è quasi invariabilmente un attributo inseparabile della dipendenza, invece può darsi il caso in cui una persona disabile non sia un individuo dipendente oppure il caso di un individuo dipendente che soffra di disabilità inferiore al 33%.

Se ci fermiamo sulla struttura di questo patrimonio fiduciario (così chiamato dalla legge) o di quello proposto negli due progetti catalani precedenti, vediamo che questi sono ispirati ad una figura storica del diritto catalano: il "albaceazgo" (art. 429-9 Cat. CC) oppure, fuori dal diritto spagnolo, al "*patrimoine d'affectation*" del Québec. Non si ritiene necessario trasmettere la proprietà dei beni al fiduciario per raggiungere il fine tutelare perseguito. Il fiduciario, che non può essere uno dei beneficiari, vanta un potere di gestione e di disposizione non classificato come un diritto reale sui beni a lui affidati. Questo potere deve essere utilizzato per soddisfare le necessità vitali del beneficiario, ed in questo caso, a differenza della legge nazionale, i beni del patrimonio sono soltanto aggredibili dai creditori dello stesso patrimonio. Non sono aggredibili dai creditori di colui che ne ha disposto la costituzione, né da quelli del beneficiario, e nemmeno dai creditori personali del fiduciario né dai suoi aventi causa. In altri termini, la regolamentazione catalana assicura la segregazione patrimoniale che non ha saputo accogliere la regolamentazione nazionale, ma lo fa con il tramite di un patrimonio autonomo, senza titolare. L'opponibilità del vincolo di destinazione è possibile grazie alla pubblicità dell'esistenza del patrimonio autonomo. Questa pubblicità si realizza, da una parte, attraverso il Registro della Proprietà, nel caso in cui i beni trasferiti potessero essere registrati. E dall'altra parte, nel Registro speciale dei patrimoni fiduciari, dove si devono iscrivere i patrimoni protetti creati, certe informazioni

riguardo all'identità del fiduciario, nonché le regole da seguire per amministrare i beni. Questo Registro ad oggi non è ancora stato creato.

La regolamentazione catalana presenta anche altri vantaggi rispetto a quella nazionale. Ad esempio:

-È più flessibile per quanto riguarda l'amministrazione e la gestione sviluppata dal fiduciario, che può essere esonerato del dovere di chiedere autorizzazione giudiziale negli casi in cui è esigibile ai tutori e curatori.

-Il controllo e la supervisione del *Ministerio Fiscal* procede soltanto se il beneficiario è un soggetto minore oppure disabile. Nel resto dei casi, il controllo rimane nell'ambito privato.

Insomma sono molti gli aspetti regolamentati da questa legge sui quali non mi posso soffermare adesso. La legge catalana non include una regolamentazione tributaria perché non è questa una competenza del Parlamento Catalano, per cui, dobbiamo sovrapporre a questa normativa civile il trattamento fiscale previsto dalla legge nazionale del 2003. La valutazione generale che si può fare della legge catalana è positiva. Il Centro d'Informazione Statistica del Notariato non offre dati sul numero di negozi giuridici creati per quanto riguarda gli strumenti di diritto regionale ma i dati che mi sono stati proporzionati, in modo informale, da notai che lavorano nella Catalogna sono di circa 82 patrimoni protetti creati nell'anno 2014, nei confronti dei 366 creati, a livello nazionale, sotto l'ombrello della legge del 2003.

La legge catalana introduce nel territorio spagnolo la figura dei patrimoni di destinazione, segretati per quanto riguarda la limitazione della responsabilità patrimoniale. Sono patrimoni rivolti soltanto alla protezione di soggetti disabili ma chissà, forse è il primo passo per una regolamentazione più ampia dei patrimoni di destinazione, anche a livello nazionale.

Molte grazie