

¿REALIZA EL GUARDADOR DE HECHO UNA FUNCIÓN QUE LE LEGITIMA PARA LA OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS?

Joaquín María Rivera Álvarez
Profesor Contratado Doctor de Derecho civil

1. HISTORIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA Y CUESTIONES QUE PLANTEA

La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio del 1957, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonio protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad plantea una serie de disposiciones que afectan directamente a la regulación jurídica de la guarda de hecho. Entre ellas, aparece una Disposición adicional única (Legitimación del Ministerio Fiscal y de los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho), en donde, en el párrafo 3 se nos dice:

“La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones”.

Como se ve, del texto podría deducirse lógicamente que el guardador de hecho está legitimado para obtener información que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones, al igual que en el caso de los tutores o demás representantes legales. Si bien en el texto no se identifica cuales son éstas en contradicción con el párrafo 1 de la disposición —que tratan de la legitimación del Ministerio Fiscal para obtener también dicha información—. El Ministerio Fiscal puede obtener dicha información con el fin de cumplir sus obligaciones en “el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho”.

El texto de la norma es producto de los cambios introducidos al Proyecto de Ley original en el Congreso de Diputados, Disposición adicional tercera, a partir de diversas enmiendas: a) La enmienda núm. 3 del Grupo Parlamentario Mixto, en donde, sin hacer alusión a los guardadores de hecho, se introducía el numeral 3 para facilitar la información general patrimonial, para la persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar; todo ello, a partir de las dificultades que tenía para obtenerla de diversos organismos públicos —Oficina de Averiguación Patrimonial, por ejemplo—, especialmente, en los casos de inventario de bienes al inicio de la tutela, rendición de cuentas

anuales y final¹⁰⁰⁴. B) la enmienda transaccional tercera del grupo mixto, reflejada en el Informe emitido por la ponencia que varió el texto remitido al Senado ya que aparecía como Disposición adicional única y no como disposición adicional tercera, tal como aparece en la actualidad y, por otra parte, introduce la figura del guardador de hecho como mejora técnica¹⁰⁰⁵.

Las preguntas que, a continuación, se nos ofrecen son las siguientes: ¿Realmente para el legislador el guardador de hecho realiza propiamente funciones o resultó de una incorrección nacida de su inclusión asistemática dentro de un precepto nacido propiamente para la tutela y demás guardas legales?, ¿Si así fuera, estas funciones o seudofunciones justifican que estuviera le-

1004 Se dice exactamente en la Justificación —véase *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, Núm. 5-5 de 13 de Octubre de 2008, p. 2: "El principal motivo de esta modificación es que las personas físicas y jurídicas con responsabilidades en la atención a dependientes se encuentran con muchas dificultades para obtener información patrimonial de ciertos organismos públicos necesaria para desenvolver sus funciones. Por ejemplo, para obtener información de la oficina de Averiguación Patrimonial hay que solicitarlo al juez para que éste la oficie. En estos trámites se pierde tiempo y el tutor tiene la obligación de presentar el inventario de bienes del/de la tutelado/a en el plazo de sesenta días. La información sobre los bienes y las cuentas de los/as tutelados/as es fundamental para sus tutores en tanto que son estos los encargados de la administración de su patrimonio. Esta responsabilidad no se puede ejercer correctamente si no se cuenta con la información completa sobre el mismo. Estas dificultades añadidas llevan a los tutores a que tengan que buscar la información en cada una de las entidades bancarias consultando la existencia de cuentas pertenecientes a los/as tutelados/as, de la misma manera sucede con los bienes inmuebles para los que es necesario recurrir a los departamentos de catastro de las oficinas municipales sin poder acceder a la información de las oficinas centrales del Catastro. La información patrimonial también es importante para elaborar los informes de rendición anual y final de cuentas, ya que en ellas se tienen que reflejar las modificaciones patrimoniales que se pudieron producir en el transcurso del año".

1005 *En Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2008, IX Legislatura, Núm. 147, de 19 de noviembre de 2008, pp. 6-7.*

gitimado para obtener información de los organismos públicos y en qué ocasiones?

2. EL GUARDADOR DE HECHO Y “SUS FUNCIONES”: LA REGULACIÓN JURÍDICA ACTUAL Y LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA NUEVA REGLA

2.1. Debemos partir de la consideración de la guarda de hecho como una situación en la que una persona sea física o jurídica, ampara a personas incapaces naturales o incapacitados; en éste último caso cuando, por cualquier causa, los guardadores legales no pueden o no quieren ejercer sus funciones¹⁰⁰⁶. En ella el guardador o guardadores de hecho, a pesar de no tener atribuidos poderes por el Ordenamiento Jurídico, realiza, de facto, actos de protección, cuidados y atenciones permanentes e integrales con relevancia en la esfera personal y patrimonial a la persona incapaz o incapacitada¹⁰⁰⁷. Lo dicho no es óbice para que, en fun-

1006 En un trabajo anterior, (RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”, *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006, número especial) propusimos que se distinguiera la situación de los guardadores de hecho de la descrita en el Art. 308 del Estudio (“...cuando se estuviera ejerciendo el cargo de tutor una persona afectada por una causa de inhabilidad legal, o hubiese comenzado a desempeñar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales, o hubiese prolongado indebidamente el ejercicio del cargo después de haber debido cesar en él”) ya que determina una serie de situaciones irregulares producidas a partir de la existencia de una tutela legalmente establecida, mientras que en la situación de guarda de hecho, desde el inicio, hay una falta o insuficiencia de representación. De esta forma, la aplicación de las reglas de la tutela se nos ofrece en la segunda situación incondicionada y por lo tanto, no hay la limitación que veremos.

1007 A partir de FÁBREGA RUIZ, C.F.: *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas-Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 2006, pp. 8-9; GÓMEZ COLILLA, E.-RIVERA ÁLVAREZ, J.M.-SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “Capítulo VI: Instituciones clásicas de protección y guarda de menores”, *Los menores en protección*, Barcelona, Grupo Difusión, 2007, p. 377.

ción de los vínculos existentes entre guardador e incapaz, puedan existir una serie de deberes; ya, el legal de alimentos (Art. 142 y ss del Cc) ya, el de ayuda y socorro mutuo entre esposos (Arts. 67 y 68 del Cc); ya, sean los derivados de la relación parental (Art. 154 del Cc). Sin embargo, la existencia de dichos deberes no confiere derechos o facultades al sujeto no guardador fuera de propios de su relación parental o matrimonial¹⁰⁰⁸.

Este último extremo no siempre se entiende fácilmente por el legislador, especialmente, cuando está en el entorno de los servicios sociales. Así, en el caso del Art. 7.3º del Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, se nos dice: “El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya sea por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indica a continuación: a) Cónyuge o pareja

1008 Así en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava (Sección 1ª) de 17 de abril del 2002 (Aranz. Civ. 2002\1499), en un caso en donde se nombra tutores a los padres de la mujer hospitalizada, y no al marido, a pesar de las obligaciones de éste e inclusive de la convivencia mutua hasta el accidente de tráfico. También interesa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 15 de junio de 1992 (Aranz. Civ. 1992\845) en donde la tía es nombrada tutora de la sobrina al ser su guardadora de hecho no obstante el internamiento de la madre. De igual manera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de marzo de 1992 (Aranz.Civ. 1992\516) en un caso parecido, si bien es el padre el que se opone, sin perjuicio de que en todas las decisiones se obra conforme con el interés del menor objetivamente comprobado. Por último, cuando no hay causa de privación de la patria potestad, no se produce el nombramiento de tutor, aunque sea el guardador de hecho, como ocurre en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3ª) de 17 de marzo de 2004 (JUR2004\129314): un caso en donde la tía paterna es la que la ejerce y no la madre, ya que no hay propiamente situación de desamparo.

estable conviviente, b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes. c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar. d) Hermanos. e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al ministerio fiscal. Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al juez o ministerio fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho". De tal norma se deduciría que el director del establecimiento no tiene la guarda de hecho si intervienen dichas personas y aunque la guarda efectiva y personal del sujeto corresponda al personal del establecimiento e, incluso, se desentendieran los parientes y allegados o el anterior guardador de hecho, de la atención de otros aspectos. Y ello, por que les presupone como guardadores de hecho; siendo dicha apreciación incorrecta por cuanto es la labor realizada en el presente y, previsiblemente, en el futuro, la que determina la guarda de hecho; para ello, debemos diferenciar la atribución de derechos y obligaciones de los cónyuges, hijos, hermanos, ascendientes con la realización efectiva de la atención y cuidado¹⁰⁰⁹.

Por lo tanto, en general, nos encontraremos con que el guardador de hecho no tiene poderes y facultades propias atribuidas por el Ordenamiento y, por tanto, no puede entenderse que ejerce función alguna a partir de dicho apoderamiento. De ahí que inicialmente diremos que no puede atribuirse al guardador de hecho el cumplimiento de funciones y debe entenderse que la construcción lógica gramatical de la Disposición adicional única

1009 SANTOS URBANEJA, F.: "Pautas y actuaciones en caso de personas mayores que no puedan valerse por sí mismas", *Portal Mayores*, Informes Portal de Mayores, Núm. 24, 17/10/2004, p. 11.

de la reforma es producto de la incorrección técnico jurídica del legislador.

Lo cual no evita que, dada la labor que realiza el guardador de hecho de atención personal y patrimonial en favor del sujeto incapaz o incapacitado, ésta sea conocida por los órganos encargados de la vigilancia, protección y control de las situaciones de falta de capacidad y tenga validez o relevancia para el Derecho siendo valorada positivamente por él¹⁰¹⁰. De ahí que, DÍAZ ALABART y otros¹⁰¹¹, hayan distinguido dos fases en la situación legal de guarda de hecho: “en primer lugar, la guarda de hecho sin más, verdadera situación de hecho, que, por serlo no puede tener una regulación que indique como ha de desarrollarse, sino que únicamente produce ciertas consecuencias jurídicas, primordialmente a favor del guardado; en segundo lugar, la “guarda de hecho” cuando se comunica a la autoridad judicial a partir de ese momento ya la situación no sólo es de hecho, sino que adquiere otras características que la acercan a las de los cargos tutelares, en los que es esencial el control judicial”.

Una vez conocida la situación por el Juez, por el Ministerio fiscal o por las entidades públicas que tengan atribuida la protección de incapaces (Art. 239 del Cc)¹⁰¹², la labor del sujeto guardador de hecho podrá ser valorada y ser objeto de control y vigilancia. En función de ello el guardador es sometido a una serie de obligaciones, tal como veremos a continuación. Esta es

1010 ROGEL VIDE, C.: *La guarda de hecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, p. 95.

1011 *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Ibermutuamur, 2004, p. 70.

1012 Ver el Art. 254 del Código de Familia de Cataluña en donde se nos dice: “1. El guardador o guardadora de fet ha de posar en coneixement de l'organisme competent en protecció de menors, si es tracta de menor, o de l'autoritat judicial o del ministeri fiscal, en altre cas, el fet de l'acolliment”.

la razón por la cual podemos concluir que, desde una perspectiva lógica-sistemática, es razonable la atribución/legitimación del guardador de hecho para solicitar la información jurídica y económica que se predica en la Disposición adicional única.

Por otra parte, es cierto que, en determinadas situaciones puede que no tengan conocimiento de dicha situación el Juez, Ministerio Fiscal y entidades públicas referidas. Y a pesar de ello, el guardador de hecho, con objeto de “acreditar” su situación, puede pretender que se le reconozca como tal. En este punto, diferentes autores, predicen que se puede acreditar la situación de guarda de hecho, por un procedimiento de jurisdicción voluntaria, expediente informativo del Ministerio Fiscal o acta notarial de notoriedad¹⁰¹³. Y de esa manera, como se verá, podrá realizar determinadas actuaciones, como veremos a continuación en la constitución del patrimonio protegido (Art. 3.1. de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) y solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia (Art. 28.1 de la ley 39/2006, de 14 de diciembre). Ahora bien, también puede pretender dicha acreditación para el reconocimiento de situaciones¹⁰¹⁴ o la realización de determinados actos, como son los de la defensa procesal de la persona incapaz o incapacitada¹⁰¹⁵. Pero, a los efectos del ple-

1013 FÁBREGAS RUIZ, C.F.: Ob.cit., pp. 15-27.

1014 Véase un caso de adopción sin propuesta previa de la Entidad Pública en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) de 31 de marzo del 2004 (JUR 2004\181881).

1015 Esencialmente ver la relevancia de su posición en el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) de 20 de mayo del 2002 (RTC 2002\202), en un caso de denegación de la legitimación/intervención de los guardadores de hecho en un expediente de adopción de su pupilo. También ver el caso de impugnación del testamento del guardador de hecho de uno de los sucesores (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaen (Sección 3ª) de 12 de mayo del 2004 (Aranz. Civ. 2004\948) o de promoción de la incapacitación de la persona incapaz, como en el caso de la Sentencia

no reconocimiento de su situación, no hay que olvidar, especialmente en aquellos ordenamientos que imponen la obligación de comunicación de la situación a los jueces y ministerio fiscal, que el incumplimiento de dicho deber puede determinar que no sea reconocida dicha situación a los efectos de pretender, por cuenta del beneficiario, un derecho o un bien¹⁰¹⁶. Lo cual es criticable por cuanto no se impone expresamente en dichas regulaciones el pretendido efecto deslegitimador.

2.2. Algunos autores señalan que, en el momento de que tomen conocimiento los órganos públicos de vigilancia, protección y control de la existencia de la situación, debe aplicarse a él, el régimen general de la tutela, salvo cuando no sea inadecuado o

de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 19 de junio del 2007 (Aranz. Civi. 2007\2052).

1016 Así en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 26 de junio del 2000 (Aranz. Civ. 2000\1212) en un caso de acción de repetición por los alimentos legales en donde se declara: "...carece la parte actora en el caso de autos de derecho alguno para repetir los alimentos prestados a su madre contra los restantes hijos de la misma, por cuanto en su calidad de guardadora de hecho, con carácter previo a decidir por sí sólo el ingreso de la anciana en una residencia geriátrica, debió poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Juez para que se hubiera dotado a la presunta incapaz del régimen tutelar previsto en la ley, con plena garantía para los derechos de la misma y con la pertinente organización de la administración de su patrimonio a cuyo cargo han de atribuirse con carácter previo los gastos o, cuando menos, debió reclamar de sus hermanos judicial o extrajudicialmente, pero en forma fehaciente, la aportación alimenticia suplementaria que resultase procedente. La omisión de tales deberes legales ha situado la reclamación en el ámbito de lo inatendible, puesto que la inexplicada gestión de las pensiones de la causante y del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la misma por la propia actora, mejorada incluso respecto al resto de los hermanos en la herencia; hacen presumir que compensó la diferencia entre el coste de la residencia geriátrica con el disfrute y disposición de tales bienes, sin perjuicio de que, en cualquier caso, en el momento de la división y liquidación del patrimonio relicto de la madre pueda hacer valer el crédito que pueda ostentar contra la herencia yacente por los alimentos y gastos de última enfermedad que acredite".

contradictorio con el régimen del Arts. 303 y 304 del Cc¹⁰¹⁷. Así claramente se veía en el famoso *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*¹⁰¹⁸ realizado por DÍEZ PICAZO y otros, en donde, en el propuesto Art. 307 se decía: “quien, careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses, quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores”. Y por tanto, dicho guardador se verá sometido, especialmente y respecto al aspecto patrimonial, a las obligaciones más relevantes de la tutela, cuales son las de rendición de cuentas, atribución de la responsabilidad por los actos que causen daño al patrimonio del beneficiario del cuidado —a partir de la diligencia expresada en el Art. 270 del Cc—. Esencialmente, para llevar a cabo una rendición de cuentas propiamente dicha, se ha de partir de los bienes, derechos y obligaciones existentes de la persona beneficiaria, por lo que, naturalmente, se debe imponer el inventario de bienes muebles y descripción de inmuebles¹⁰¹⁹.

FÁBREGA RUIZ¹⁰²⁰ indica que se deduce de la regulación en

1017 Ibidem, p. 98.

1018 Madrid, Fundación General Mediterránea y Dirección General de Servicios Sociales-SEREM, 1977, p. 61.

1019 En la línea de ÁLVAREZ LATA, N.-SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, Fundación Paideia, 1999, pp. 193-194.

1020 Ob. cit., p. 30. Hoy en día dicha naturaleza transitoria aparece en el Art. 142 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona de Aragón que dice: “Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”.

el Código civil que la situación de la guarda de hecho es o se desea provisional, ya que las medidas a adoptar por el Juez son dirigidas a vigilar al guardador y a “regularizar la tutela”. Como veremos más tarde el Derecho aragonés plantea la misma naturaleza transitoria. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el Art. 229 del Cc; que impone a “la persona bajo cuya guarda se encuentra el menor o incapacitado” la obligación de constituir la tutela, bajo la “sanción” de responder de los daños y perjuicios causados. Esta afirmación es correcta sin perjuicio de considerar que, primero, no se puede hablar propiamente de regularización genéricamente ya que el Art. 304 del Cc sólo es una excepción material a las pretensiones concretas de anulación de los actos realizados por el guardador o una pretensión declarativo-constitutiva frente a los que niegan la validez del acto. Sólo podría entenderse como tal si, en función de las posibilidades de que el sujeto guardador de hecho sea considerado como persona adecuada para ser tutor —a partir de las prerrogativas del juez del Arts. 234 y 235 del Cc—, se regularice la situación constituyendo la tutela y nombrándole tutor. Segundo, como nos indica la mejor doctrina, la no constitución de la tutela por el guardador no debe suponer, a priori, una falta por la cual el Juez debe preterirle dentro del grupo de sujetos llamados a la tutela y, sólo, lo hará si efectivamente la falta de constitución es causa adecuada de la producción de un daño en la esfera patrimonial del sujeto o un perjuicio en la esfera personal. Así parece entenderse en el caso del Código de Familia catalán o de la Ley de derecho de la persona de Aragón, ya que no se determina claramente una situación por la cual directamente no pueda en el futuro designarse a la persona guardadora como futura tutora o curadora, aun existiendo una norma que exige del guardador de hecho, la comunicación de la situación al órgano competente de la protección de los menores, en el caso de que se

trate de menores, y al juez o al ministerio fiscal, en el caso de presuntos incapaces mayores de edad —véase el Art. 254.1 del CFC y Art. 143 de la LDPA—. La idea mostrada por DÍAZ ALABART y otros de que “el no notificar puede ser una circunstancia que el Juez tome en consideración a la hora de designar la persona que haya de ejercitar la guarda del incapacitado, pues podría considerarse que eso sea un indicio (a sumar a otros posibles) de que no es la persona más adecuada para ocuparse de la guarda legal del incapacitado¹⁰²¹”, debe modularse como veremos. Y ello dado que no siempre, ni siquiera, en la práctica judicial, se considera como resultado final que deba constituirse la tutela.

2.3. SE DEBE EXAMINAR CUIDADOSAMENTE LAS REACCIONES JURÍDICAS PREVISTAS POR EL CÓDIGO CIVIL

— La primera, a partir de la atribución de la función de control y vigilancia genérica de las tutelas y demás guardas legales a los Jueces y Tribunales (Art. 216 del Cc), el Art. 303 del Código Civil, indica que “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. Dicha obligación de información debe relacionarse con las obligaciones, anteriormente descritas, de rendición de cuentas e inventario, si bien en el sentido de “darse la información más completa posible en el plazo más breve”¹⁰²².

1021 Ob. cit., p. 75.

1022 DÍAZ ALABART, S. y otros: Ob. cit., p. 75.

— La segunda, a los fines de salvar los problemas que se originarían si se aplicara indiscriminadamente el precepto del Art. 1259 del Cc en la situación, se establece en el Art. 304 del Cc, una norma sin duda excepcional que plantea la eficacia de los actos de relevancia jurídica que realice el guardador de hecho “en interés del menor o presunto incapaz”, cuando hubieran redundado en su utilidad¹⁰²³. De esta forma que, en concreto, el Ordenamiento permite su eficacia respecto de cada uno de los actos de relevancia patrimonial —sin distinguir entre administración ordinaria o extraordinaria— que ejecute el guardador de hecho si se realizaron y redundaron en utilidad del beneficiario del cuidado y protección¹⁰²⁴. Creemos que no es necesario que actúe el guardador en nombre y por cuenta del sujeto beneficiario, ya que, de

1023 DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVIII, Fascículo I, enero-marzo 2005, p. 39, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Incapacitación y Mandato*, Madrid, La Ley, 1ª ed., 2008, p. 152.

1024 Debemos indicar que dicha regulación legal, en relación a la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona, esta mediatizada por el Art. 145 que nos dice: “1. La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal. 2. Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida. 3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”. También de la misma manera el Art. 256 del Código de Familia catalán, que se refiere a la administración ordinaria de los bienes. Recuérdense que, en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, el Art. 309, proponía la limitación del objeto de los actos válidos a los de naturaleza conservativa.

Si bien, para los fines de este trabajo no tiene gran interés, si lo tiene respecto a la integración del concepto de necesidad aparecido en la norma aragonesa como nuevo requisito, a parte del de utilidad, para controlar la actuación del guardador de hecho, ya que: si es necesario pero inútil, si será considerado eficaz; y si es innecesario pero útil, será eficaz.

no hacerlo así, al obrar en nombre propio el guardador, y siendo los bienes o derechos afectados los del propio sujeto beneficiario, no habría otra esfera patrimonial a la que imputar los efectos que ésta —si nos fijamos en la relación interna de los dos sujetos—; todo ello, sin perjuicio, en la esfera externa, de los dispuesto en el Art. 1717 del Cc. Configurándose la regla como una excepción material a cualquier pretensión de invalidez/anulabilidad que se procurara “ex post” por los representantes legales del ya incapacitado o por éste si recupera su capacidad, sin perjuicio de la posibilidad de que el guardador de hecho esté interesado en pretender judicialmente o notarialmente o administrativamente la validez del acto realizado¹⁰²⁵. Si no se pudiera pasar el “test” del Art. 304 del Cc, el acto del guardador de hecho sería considerado ineficaz en la esfera patrimonial de la persona beneficiaria conforme al Art. 1259 del Cc y, por tanto, no podría imputarse sus efectos a ésta. En el Derecho aragonés, el Art. 145 de la Ley 13/2006, entiende y califica estos actos como anulables.

— La tercera, permite que, en los casos en que el guardador de hecho sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, pueda reponerse de ellos con cargo a los bienes del tutelado, “de no poder obtener por otro medio su resarcimiento” —Art. 306, en relación con el Art. 220 del Cc—.

1025 A partir de DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción. Teoría del Contrato*, Madrid, Ed. Civitas, 5ª ed., 1996, p. 428. Si bien, para ver las diferentes posiciones, el trabajo reflejado anteriormente RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Eficacia de los actos patrimoniales realizados por el guardador de hecho”. Esta limitación de la naturaleza de la regla del Art. 304 del Cc se ve, por ejemplo en algunos casos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) de 1 de febrero del 2005 (Aranz.Civ. 2005\505), en un caso en donde la representante legal sólo demandó la nulidad de acto a la entidad bancaria en un caso de rescate por su hermana guardadora de hecho de su madre del plan de pensiones.

Es evidente que, en relación con la primera reacción, inicialmente, a los efectos del objeto de estudio, la nueva Disposición adicional única permite al guardador de hecho, a los efectos de procurar al Juez el detalle de la situación de los bienes, derechos y obligaciones del menor o presunto incapaz, solicitar información a los organismos públicos, tanto jurídica como económica dirigida a conocer la situación patrimonial y contable de éste. Norma que viene a asistir al cumplimiento de lo indicado en el Art. 303 del Cc ya que no se trata de dar una información sobre los actos concretos de naturaleza patrimonial que haya realizado el guardador sino de darla, en el entorno o conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del sujeto beneficiario. Para lo cual, la máxima obtención de datos ayuda también al Juez a conocer hasta que punto es necesario la adopción de medidas de control previas, inclusive a la apertura inmediata del procedimiento de modificación de la capacidad y constitución de tutela u otra guarda legal, finalmente, si dicha constitución es absolutamente necesaria. Desde el punto de vista de arbitrar correctamente la medida, deberá el guardador de hecho claramente identificar en su solicitud dicha finalidad, incluyendo en la misma la resolución o acto judicial en donde se le reclama dicha información, con objeto de que en el procedimiento administrativo concreto pueda justificar la legitimación activa.

En el mismo sentido predicado en el párrafo anterior, en relación con el Código de Familia de Cataluña, también podrá utilizarse dicha Disposición adicional única, a los fines del cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas, una vez extinguida la situación de guarda de hecho, tal como nos indica el Art. 258.2¹⁰²⁶. Y ello en tanto que no se puede entender dicha

1026 “En acabar la guarda de fet, l'autoritat judicial, atesa la durada de la guarda, pot disposar que el guardador o guardadora de fet li reti comptes de la seva gestió”.

rendición de cuentas sin la pesquisa de los bienes, derechos y obligaciones que tiene el sujeto atendido.

2.4. En el ámbito del patrimonio protegido regulado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, el guardador de hecho podrá constituirlo, tal como nos indica el Art. 3.1.c) (“El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado a título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código civil”). Es cierto que dicha norma es considerada como un exceso verbal que debe interpretarse restrictivamente entendiendo que el guardador de hecho puede promover las medidas de protección adecuadas¹⁰²⁷; es decir, siguiendo dicho razonamiento, sería más razonable creer que el guardador pueda solicitar al propio sujeto beneficiario cuando tuviera capacidad de obrar suficiente o a sus padres, tutores o curadores, cuando no tenga capacidad de obrar suficiente —o en última instancia al juez—, la constitución del patrimonio protegido, si bien no sobre la base de la aportación de bienes y derechos, sino sobre lo que hubieran dejado los padres o tutores a título hereditario o sobre las pensiones constituidas. Sin duda dicha restricción de la norma sería razonable si bien no ha sido seguida inicialmente por el resto de la doctrina y práctica. Sin embargo, como dice SERRANO GARCÍA¹⁰²⁸ no permitiría la constitución del patrimonio protegido y dejaría sin sentido lo preceptuado, teniendo presente la norma

1027 DÍAZ ALABART, S. y otros: Ob. cit., pp. 127-130.

1028 *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, Iustel, 2008, p. 406.

sobre aportaciones; por otro lado, critica la concreción con la que el legislador para pretender dar solución a un problema tan específico, el de pensión de mutualidad de la que resulte beneficiario un discapacitado psíquico que no tiene formalmente constituida la tutela¹⁰²⁹. Por ello debemos concluir que se trata de una norma excepcional tanto respecto a la situación objetiva descrita como del sujeto apoderado para la constitución¹⁰³⁰ que sólo podría planearse “siempre que resulte acreditada la guarda fáctica, la procedencia de los bienes afectos en los términos señalados por la norma y la utilidad del acto constitutivo, todo ello sin perjuicio de la puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal de tal situación de hecho”—se entiende por el Notario autorizante—¹⁰³¹.

Si partimos de que es posible la constitución del patrimonio protegido deducimos que también puede, en virtud de dicha atribución, fijar las reglas de su administración y fiscalización,

1029 Según el Texto remitido al Senado, que ha introducido tal posibilidad, a partir de la Enmienda Núm. 41 del Grupo Parlamentario Catalán, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 154-5; cuya justificación esta en que “se da la circunstancia de que hay muchas personas con discapacidad psíquica, mayores de edad, que no están incapacitados judicialmente. Algunas de ellas, pueden ser beneficiarias de pólizas suscritas por sus padres con una Mutualidad, por ejemplo. Se puede plantear la situación de que al fallecer los padres la pensión o la cantidad que la Mutualidad aporte no puedan ser incorporadas al patrimonio protegido ya que no tienen ni padre ni tutor (no están incapacitados). En este caso, la figura del guardador de hecho con capacidad para crear un patrimonio protegido solucionaría esta situación”.

1030 RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2006, pp. 93-94.

1031 MARTÍNEZ DIE, R.: “La Constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en GARRIDO MELERO, M.-FUGARD ESTEVILL, J.M.: *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, Barcelona, Ed. Bosch, 2005, p. 175.

realizar el inventario de los bienes y designar un administrador, notarialmente. De ahí, de nuevo, pueda producirse la utilidad de la nueva Disposición adicional única, con objeto de procurar, con carácter previo a la constitución, de los bienes, derechos y, especialmente, de las pensiones sobre las que arbitrar la constitución del patrimonio protegido. Si bien, a partir de sólo considerarse bienes y derechos objeto de constitución, los recibidos de los padres y tutores, difícilmente, no podrá propiamente obtenerse dicha información a partir de los datos patrimoniales de la persona beneficiaria hasta el momento de la aceptación de la herencia o de la delación, en el caso de los legados, y de la regulación registral de lo recibido.

2.5. Por último, conviene tener presente que, en la actualidad, algunas reglamentaciones de procedimiento del reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones y servicios derivados de dicha situación, expresamente, legitima al guardador de hecho para que pueda solicitar por el beneficiario el inicio del procedimiento, superando el modelo establecido por la propia Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia en su Art. 28.1 (“El procedimiento se iniciará a instancia de las persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación...”). Norma que ya fue criticada por FÁBREGA RUIZ por, aparentemente, restringir la capacidad de actuación del guardador, en consonancia con el Libro Blanco de la Dependencia¹⁰³². No obstante, la Ley no se planteó las situaciones en las que el sujeto no tiene capacidad natural para gobernarse y tampoco, por

1032 *La guarda de hecho y la nueva ley de asistencia a la dependencia*, documento inédito, 2008, p. 3.

ende, se han constituido instituciones legales de guarda. Por eso se debe aceptar, en general, que el guardador de hecho pudiera estar legitimado para actuar (Art. 303 del Cc). Así lo entiende tácitamente la Resolución de 16 de julio del 2007 del IMSERSO (en adelante RPIMSERSO) al presentarnos un modelo específico para rellenar por el guardador de hecho. También, en Vizcaya, el Art. 6 del Decreto Foral 74/2007, de 24 de abril permite expresamente a los guardadores de hecho su presentación por cuenta del beneficiario. Más complejo es el caso de Castilla La Mancha en donde se nos dice que, en caso de falta de representación, lo podrá instar el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona presunta incapaz; ante la inactividad de estos, señala al guardador de hecho — de forma técnicamente muy incorrecta— o por cualquier persona que tenga parentesco, amistad o vecindad (Art. 10.2 del Decreto 307/2007, de 18 de diciembre). En el caso de la Orden de 15 de mayo de 2007, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, de Aragón, en el Art. 6, entre los documentos a incorporar, se señala “la declaración del guardador de hecho, y en el modelo de solicitud, en los anejos, aparece junto con las circunstancias del representante legal, la posibilidad de indicar que se es guardador de hecho. De la misma manera en el caso de la Comunidad de Madrid, en donde ni en la Orden 2386/2008, de 17 de diciembre, de la Conserjería de Familia y Asuntos Sociales.

Pues bien, el guardador de hecho que realiza la solicitud, deberá incluir los datos relativos a la capacidad económica del beneficiario, que son determinantes, como nos dicen los Arts. 14.7 y 33 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, para la participación de los beneficiarios en la financiación de los servicios y prestaciones de la ley. A los fines de presentar la documentación

necesaria, se debe tener presente la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En ella se nos dice que la capacidad económica se determina conforme a la renta y patrimonio del beneficiario. Y para conocer cual es ésta se estará a las declaraciones fiscales de la última anualidad.

De lo que se deduce que el guardador de hecho, al estar legitimado por la Disposición adicional única, podrá obtener de de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas dicha documentación para incorporar cuando les sea requerido.

Cabe que, en relación con la solicitud de otro tipo de prestaciones sociales, por ejemplo, las derivadas de la invalidez, en su modalidad contributiva y no contributiva —también puede darse con relación a otras prestaciones—, dentro de la Seguridad Social o del sistema de prestaciones sociales de la Red general de Servicios sociales, quepa la misma argumentación que la dada en este momento.

3. INCONVENIENTES A LA PERMANENCIA O PROLONGACIÓN DE LA SITUACIÓN DE GUARDA DE HECHO EN SITUACIONES DONDE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA NO SE ENTIENDE, POR DIFERENTES MOTIVOS, IMPRESCINDIBLE. NECESIDAD DE REFORMA LEGAL

3.1. Diferentes autores, desde distintas ópticas, encuentran que la incapacitación y, por ende, la constitución de la tutela no debe ser siempre el resultado final de la situación de guarda de hecho cuando por tienen escasa relevancia las incumbencias patrimoniales que han de resolverse y están cubiertas las atenciones personales; de ahí que digan que no tiene sentido la institucionalización de la situación¹⁰³³. Con independencia de la crítica de dichas opiniones, lo cierto y verdad es que, en la práctica judicial efectivamente no siempre se da, a partir del conocimiento de la situación, la incapacitación y la constitución de la tutela. De forma que la situación de la guarda de hecho puede pervivir y no tiene por ende finalmente la naturaleza provisional o transitoria que específicamente ya esta contenida en algunas regulaciones forales —véase el Art. 142 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de la persona de Aragón—.

También, convendría preguntarse si, en función de las atribuciones que tiene el Juez —Art. 303 del Cc—, puede darse la posibilidad en todo momento de requerir a este sujeto información sobre la situación de la persona y bienes sin llevar a efecto

1033 DÍAZ ALABART, S. y otros: Ob. cit., pp. 71-72. SANTOS URBANEJA, F.: “Causa y motivo de la Incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código civil”, en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, 2004, pp. 30-33.

la apertura de un procedimiento de modificación de capacidad y constitución de la tutela. Algunos autores incluso entienden que es posible que puedan establecerse medidas de control, como pueden ser la necesidad de rendir cuentas y dar información temporalmente más allá de las de carácter provisional que se arbitra en el Art. 762.1 de la LEC y Art. 299 bis del Cc que se encuadran dentro del procedimiento de modificación de la capacidad¹⁰³⁴.

Entendemos que, inicialmente, no es posible conjugar el principio de interés del sujeto incapaz o incapacitado, cuando el juez no introduzca, junto con las medidas a adoptar, las medidas necesarias para promover la modificación de la capacidad y la constitución de la tutela o curatela o prorroga o rehabilitación de la patria potestad. Sin embargo, la exigencia de rapidez en la adopción de medidas puede derivar en que estas se ofrezcan independientemente de las obligaciones que impone al Juez el Art. 228 del Cc y al Ministerio Fiscal el Art. 757.2 de la LEC de constitución de tutela o demás guardas legales y promoción de la incapacitación. Y así lo permite claramente el Art. 216 del Cc, cuando lo requiera el interés del beneficiario.

Por ello, criticamos que se pueda utilizar no sólo la Disposición adicional única sino también la nueva redacción que se propone en el Art. 38. 6º de la Ley del Registro Civil, en donde se puede anotar, a petición del interesado del Ministerio Fiscal, con valor simplemente informativo, “la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz”. Si se parte del mantenimiento de la guarda de hecho cuando no sea precisa la modificación de la capacidad, se puede reforzar la institucionalización de la figura y perpetuación de la situación de la guar-

1034 FÁBREGAS RUIZ, C.F.: Ob. cit., p. 36.

da de hecho en contra de los intereses de la persona incapaz o incapacitada, tal como ya veía AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ¹⁰³⁵.

3.2. Por ello se podría aprovechar la ocasión dada por la reforma para realizar una modificación de nuestra legislación en materia de modificación de la capacidad más profunda. Para ello se debe utilizar lo dispuesto en la Disposición final primera de la Ley 1/2009 que prevé que el Gobierno realice en el plazo de seis meses, “la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasaran a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”, para adaptarla a las previsiones del Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas, el 13 de diciembre del 2006.

Y ello, teniendo en consideración varias cuestiones:

1º) Que la permanencia de situaciones no plenamente institucionalizadas en las que se faculte al guardador de hecho para la obtención de información jurídica y económica sobre la situación patrimonial y contable, no respeta plenamente el derecho de privacidad que impone el Convenio referido, en el Art. 22.2 (“Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”). Y, si bien, hay una limitación funcional en la facultad que tiene el guardador de hecho, no debemos dejar de resaltar que el conocimiento de informaciones con publicidad restringida y protegida por la Legislación

1035 Ob. cit., p. 157, en la nota 222: “Una vez más incide el legislador en la idea de consagrar al guardador de hecho como órgano estable en la protección de las personas faltas de capacidad sin acometer la reforma de los correspondientes preceptos del Código civil”.

de Protección de Datos, ya general o específica, podría no estar conforme con la capacidad residual del sujeto incapaz o incapacitado, siendo que éste administra el consentimiento a la cesión de datos, como se ve en dicha legislación.

2º) Por cuanto la permanencia de situaciones no plenamente institucionalizadas determina un régimen en donde las obligaciones, tanto de tipo personal, como patrimonial son fragmentarias y el control judicial es difuso y arbitrariamente constituido; siendo, casi siempre, ex post de la actuación de los guardadores de hecho.

De forma que, se debe aprovechar las circunstancias de la reforma legal, para definitivamente:

A) Obligar, de conformidad con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, a todo guardador —sea de hecho o derecho— a procurar, tanto respetar la autonomía y capacidad residual del sujeto beneficiario a la hora de adoptar decisiones relevantes en su vida —por ejemplo, en el ámbito de las prestaciones y servicios de la ley de dependencia, la opción por un servicio residencial o un centro de día o una prestación de asistencia personal— y a formar y educar para el mantenimiento de la autonomía residual o la recuperación de la capacidad —en la línea descrita por el Art. 12 de la Convención—.

También, conviene que, con independencia de la situación de constitución de la tutela o demás guardas legales y promoción de modificaciones de capacidad, se establezcan y desarrollen una serie de derechos de las personas incapaces y, correlativamente una serie de obligaciones de guardadores tendentes a desarrollar lo dispuesto en el Convenio de las Naciones Unidas; como hace el Código civil francés, respecto a la elección del lugar de residencia del sujeto, mantenimiento de éste y de su mobilia-

rio, mantenimiento de cuentas corrientes y depósitos y otros¹⁰³⁶. Nuestra legislación todavía es bastante fragmentaria. Así debemos recurrir en ocasiones a legislaciones fragmentarias para abstraer principios generales de nuestro Ordenamiento, como hace PEREÑA VICENTE¹⁰³⁷: “la posibilidad de tener que abandonar la vivienda no es aconsejable para la estabilidad emocional de la persona protegida. Así lo reconoce implícitamente la propia Ley de Dependencia al consagrar, como ya hemos visto, como uno de los principios inspiradores la permanencia de la persona en el entorno en el que desarrolla su vida” —se entiende el Art. 3 j. de la Ley 39/2006—, quejándose la autora que no se haya llegado al extremo del Derecho francés.

B) Crear instituciones que, diluyendo el peso de las responsabilidades patrimoniales comience a conjugar la atención personal con la creación de obligaciones, legales o convencionales, que supongan además de la asistencia patrimonial limitada a determinadas incumbencias de administración ordinaria —gestión de cuentas corrientes y productos financieros, pago de impuestos, arrendamiento de inmuebles..., etc.—. Siendo, desde la perspectiva nuestra, necesario un modelo de guarda intermedia de atención preferentemente personal que supere la naturaleza excesivamente patrimonializada de nuestras instituciones tutelares, especialmente de la curatela, y que instaure, inclusive, un modelo que no suponga una modificación de la capacidad.

Así claramente en el Código civil francés, a partir de la Ley

1036 Ver, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I: “La Protección de las personas mayores en el Derecho civil francés”, en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo I*, Cizur-Menor, Ed. Aranzadi, 2008, pp. 545-546 referidos a los Arts. 415, 459.2, 427 del Cc francés.

1037 *Dependencia e incapacidad, Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces, Fundación Aequitas, 2008, p. 40.

2007-203, 5 de marzo, en donde, se mantiene medidas que no imponen una modificación de la capacidad del sujeto y que sólo atienden a la realización de actos de conservación y gestión de negocios en materia de salud, de naturaleza provisional y urgente como es el caso de la salvaguardia de justicia mediante en nombramiento de un mandatario especial por el juez (Art. 434 del Cc francés) o, en el caso de las medidas de acompañamiento social del Código de Acción Social, a través de diferentes figuras — el contrato de acompañamiento social personalizado o la posibilidad de pago directo de las prestaciones dirigidas a conseguir habitación al sujeto— se asegura el mantenimiento de la vivienda del sujeto. Especialmente destaca la primera ya que persigue el restablecimiento de las condiciones de la gestión autónoma del sujeto beneficiario, de forma que supone una ayuda de los servicios sociales a la gestión de las prestaciones sociales mediante un acompañamiento social individualizado¹⁰³⁸.

Y todo ello, sin perjuicio que, transitoriamente, se pueda atribuir a determinados sujetos que, efectivamente, sean guardadores de hecho el poder para realizar los actos indispensables para conservar el patrimonio del sujeto, como se hace en el Código civil francés, Art. 436, 3º párrafo¹⁰³⁹. Con ello se supera la naturaleza regulativa y procesal del Art. 304 del Cc. De esta manera se podría hablar propiamente de función que realizar por el guardador de hecho. Y en atención a ella, obraría más propiamente lo dispuesto en la nueva Disposición adicional única de la ley.

1038 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I: Ob. cit., p. 577.

1039 “Quienes están legitimados para pedir la constitución de la curatela o de una tutela tendrán la obligación de realizar los actos de conservación indispensables para la permanencia del patrimonio de las personas protegidas desde que tengan conocimiento de la urgencia de la medida de protección. Las mismas disposiciones son aplicables a la persona o establecimiento que aloja a la persona para su guarda”.