

INFORME SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE DETERMINADOS PRECEPTOS DE LA LEY 40/2003, DE PROTECCIÓN A LAS FAMILIAS NUMEROSAS TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 8/2021 DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La subsecretaria de la Vicepresidencia Segunda y Conselleria de Servicios Sociales, Igualdad y Vivienda solicita informe facultativo de la Abogacía de la Generalitat sobre el asunto citado en el encabezamiento, planteado por la directora general de Familia, Infancia, Adolescencia y Reto Demográfico, informe que se emite de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.3 de la Ley 10/2005, de 9 de diciembre, de Asistencia Jurídica a la Generalitat.

#### **I. Tutela del menor.**

##### 1. Modificación del Código civil operada por Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La tutela en el Código civil estaba prevista para dos tipos de personas: 1, los menores no sujetos a patria potestad o en desamparo; y 2, los incapacitados judicialmente cuando la sentencia así lo establecía, todo ello con el fin de representar o complementar la capacidad de todos los citados.

La Ley 8/2021 elimina de nuestro Derecho la institución de la incapacitación y, coherentemente con ello, la posibilidad de sujetar a tutela a quienes se encuentren en una situación que, previamente a la reforma, podía considerarse de incapacidad.

Desaparecida la tutela por incapacitación, queda únicamente vigente la tutela de los menores no emancipados en situación de desamparo, o no sujetos a patria potestad (artículo 199 del Código civil).

##### 2. Acreditación de la condición de tutor del menor a efectos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

El artículo 2.3 de la Ley 40/2003 considera equiparado a la condición de ascendiente a quien (a falta de padres o cónyuges de éstos) ostente la tutela de los hijos, siempre que éstos convivan con esa persona y a sus expensas.

## ADVOCACIA GENERAL DE LA GENERALITAT

La acreditación de que se ostenta la tutela sobre quienes se pretende incluir en el título de familia numerosa está constituida por la resolución judicial de la tutela (artículo 8.2.d del Decreto 14/2021, de 29 de enero, del Consell, de regulación del procedimiento de emisión y renovación del título y carné de familia numerosa).

Así pues, manteniéndose en nuestro Derecho la tutela para los menores que se encuentren en las situaciones legalmente previstas, y siendo que la constitución de aquélla sigue formalizándose a través de una declaración judicial (artículo 208 del Código civil), no presenta problema alguno aportar dicha resolución a efectos de acreditar la condición de ascendiente ex artículo 2.3 de la Ley 40/2003.

Este parece ser uno de los supuestos que motiva la consulta a esta Abogacía, cuando en el escrito de solicitud de Informe remitido por la Dirección General de Familia, Infancia, Adolescencia y Reto Demográfico se señala: *“En uno de estos casos, la Dirección Territorial competente en la tramitación y resolución de la solicitud del título de familia numerosa ha denegado hasta en dos ocasiones la solicitud presentada del título de familia numerosa por el siguiente motivo: ‘No se acredita el sometimiento a tutela, o acogimiento familiar permanente o preadoptivo, legalmente constituido, sobre uno de los menores incluidos en la solicitud”*.

Por tanto, tratándose de menores sujetos a tutela (régimen que se mantiene en el vigente Código civil), seguirá siendo la resolución judicial de constitución de aquélla (que también se mantiene en el Código civil) la que continúe sirviendo para acreditar el extremo previsto en artículo 2.3 de la Ley 40/2003.

## II. “Tutela” del “incapaz”.

### 1. Improcedencia de la exigencia de la resolución judicial de “tutela del incapaz”.

Como se ha indicado antes, ha desaparecido de nuestro Derecho la tutela por incapacitación y, por tanto, no se dictan ya resoluciones judiciales de incapacitación y de nombramiento de tutor del incapaz. Así, se plantea de qué forma puede cumplirse con el mandato de acreditar la consideración como ascendiente (artículo 2.3 de la Ley 40/2003) a quien conviva y tenga a su cargo a una persona (aunque no sea menor, artículo 2.4 de la Ley 40/2003) que con el régimen jurídico anterior sería considerada incapaz, ya que el artículo 8.2.d del Decreto 14/2021 sigue exigiendo aportar la actualmente improcedente resolución judicial de tutela.

Es decir, ante el cambio de régimen jurídico, a diferencia de lo señalado en el apartado I de este Informe sobre la tutela de menores, y contestando a la primera de las preguntas que se plantean en la consulta de la Dirección General, no es ni puede ser exigible la declaración judicial de tutela para la acreditación de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley 40/2003, dado que tras la Ley 8/2021 no caben en nuestro ordenamiento resoluciones judiciales de esa clase.

La siguiente cuestión que cabe plantear es si la exigencia de la mencionada resolución judicial, ahora carente de cobertura jurídica e improcedente, ha de considerarse sustituida (a los efectos que interesan en relación

ADVOCACIA GENERAL DE LA GENERALITAT

con el artículo 2.3 de la Ley 40/2003) por la obligación de presentar el acta de declaración de notoriedad de la guarda de hecho.

2. Posibilidad de considerar el Acta de declaración de notoriedad de la guarda de hecho como sustitutiva de la resolución judicial de tutela del incapaz.

Ciertamente, la guarda de hecho (artículo 263 y siguientes del Código civil) puede acreditarse mediante acta de notoriedad otorgada ante notario, documento público que prueba ante terceros la existencia de esa situación y la identidad del guardador.

La guarda de hecho puede tener carácter meramente asistencial o, además y excepcionalmente, representativo; pero en este último caso la ley limita los supuestos en que el guardador de hecho puede actuar en nombre del “guardado” discapacitado, y precisará de autorización judicial (a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, artículo 264 del Código civil) para prestar consentimiento en nombre de éste en casos de especial importancia como son los recogidos en el artículo 287 del Código civil. Es decir, del régimen jurídico de la guarda de hecho resulta que la función de representación del guardador con respecto a la persona guardada tiene carácter excepcional y en muchas ocasiones está sometida a autorización judicial previa.

Lo dicho pone en cuestión la equiparación de la actual guarda de hecho con la derogada tutela del incapacitado y, por consiguiente, la sustitución de la resolución judicial de incapacitación y nombramiento de tutor del incapacitado por el acta de notoriedad de la guarda de hecho. Pero, además, existen datos jurídico-legales que impiden dichas equiparaciones, dado que la antigua tutela del incapaz se sustituye por la curatela representativa para personas con discapacidad, por ser la institución más similar a la antigua incapacitación legal. Es decir, las personas que, a la entrada en vigor de la reforma del Código civil, estuvieran incapacitadas y sujetas a tutela, quedarán sometidas automáticamente al régimen de la curatela representativa.

Señala a este respecto la Disposición Transitoria segunda de la Ley 8/2021 que *“los tutores (...) nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos (...)”*.

Es decir, tras la reforma del Código civil es la curatela representativa, y no la guarda de hecho, la que sustituye a la desaparecida tutela del incapaz, por lo que, coherentemente, no puede considerarse el acta de declaración de notoriedad de la guarda de hecho como documento sustitutivo o equiparable a la resolución judicial de constitución de la tutela del incapaz, con lo que damos respuesta a la tercera de las preguntas planteadas a esta Abogacía por la Dirección General.

Lo señalado sirve también para atender a la segunda pregunta de la consulta de la Dirección General, que parte de la premisa, en el caso de renovaciones del título de familia numerosa, de que en algunos casos se ha sustituido la resolución judicial de tutela por el acta de declaración de notoriedad de la guarda de hecho;

ADVOCACIA GENERAL DE LA GENERALITAT

entendemos, a salvo mejor criterio en Derecho y con pleno respeto a las situaciones individualizadas adquiridas hasta la fecha, que dicha sustitución es improcedente por los motivos y bajo los argumentos expresados en el presente apartado de este Informe.

3. Determinación de la documentación exigible para acreditar la equiparación a ascendiente prevista en artículo 2.3 en relación con el artículo 2.4 de la Ley 40/2003.

Si es la curatela representativa la figura equiparable y sustitutiva de la antigua y derogada tutela del incapaz, no la guarda de hecho, por lo que el acta de notoriedad de ésta no es documento acreditativo de esa situación, ¿qué documento cabría aportar, tras la reforma del Código civil, para cumplir con lo exigido por el artículo 8.2.d del Decreto 14/2021 que hace aún referencia a la derogada resolución judicial de la tutela?

El artículo 2.3 de la Ley 40/2023 menciona a quien tenga a su cargo la (derogada) tutela de los hijos a efectos de su equiparación a los ascendientes, el artículo 2.4 otorga la misma consideración que a los hijos a las personas incapacitadas sometidas a (la derogada) tutela, y el artículo 8.2.d del Decreto 14/2021 exige aportar la resolución judicial de (la derogada) tutela como parte de la documentación necesaria para el reconocimiento de familia numerosa.

Si partimos de la mencionada Disposición Transitoria segunda de la Ley 8/2021, según la cual “*a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos*”, podemos entender que es el régimen jurídico de la curatela representativa el que se aplica a la antigua tutela de incapacitados tras la reforma del Código civil, y que las referencias de la Ley 40/2023 y el Decreto 14/2021 sobre la tutela y los tutores de incapacitados deben trasladarse y considerarse hechas a la curatela representativa.

Por tanto, donde el Decreto 14/2021 exige, como documentación acreditativa de la tutela, la resolución judicial de la misma, puede entenderse que tras la Ley 8/2021 de reforma del Código civil y teniendo en cuenta su Disposición Transitoria segunda, ahora ha de requerirse la resolución judicial de constitución de la curatela representativa ex artículo 269 del Código civil, o bien aquella otra resolución judicial que, en aplicación de lo previsto en la Disposición Transitoria quinta de la misma Ley 8/2021, revise las medidas acordadas con anterioridad a su entrada en vigor para adaptarlas a ésta, si fuera el caso.

De cualquier manera, y mientras no se proceda a la revisión de medidas contemplada en la Disposición Transitoria quinta de la Ley 8/2021, y dado que la traslación de la figura de la tutela de incapacitados a la curatela representativa se verifica *ope legis* por aplicación de la Disposición Transitoria segunda, entiende este informante que para el caso de renovaciones de los títulos de familia numerosa, y de no contar aún con la resolución judicial declarando la curatela representativa (artículo 269 del Código civil), sería suficiente acreditar la situación correspondiente con la aportación de la resolución judicial que en su día (antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021) constituyó la tutela sobre la persona incapacitada, aunque esa institución ya haya sido derogada, precisamente por esa traslación automática marcada por la Disposición Transitoria

**ADVOCACIA GENERAL DE LA GENERALITAT**

segunda, todo ello siempre que las circunstancias que dieron lugar a aquella resolución judicial de constitución de la tutela se mantengan en el momento de solicitud de la renovación del título de familia numerosa.

Es cuanto cumple informar, a salvo criterio jurídico mejor fundado.

**EL ABOGADO DE LA GENERALITAT**