

**NUEVO RÉGIMEN DE PROTECCIÓN LEGAL
A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL:**
antecedentes, análisis y trámite legislativo. –Ley 1306 de 2009–

*Juan Enrique Medina Pabón
Manuel Guillermo Rueda Serrano
María Lucía Torres Villarreal
Cecilia Diez Vargas
–editores académicos–*





Nuevo régimen de
protección legal a
las personas con
discapacidad mental:
antecedentes, análisis y trámite
legislativo
–Ley 1306 de 2009–

Juan Enrique Medina Pabón
Manuel Rueda Serrano
María Lucía Torres Villarreal
Cecilia Diez Vargas
–editores académicos–



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 Juan Enrique Medina Pabón, Manuel Guillermo Rueda Serrano,
María Lucía Torres Villarreal, Cecilia Diez Vargas

ISBN: 978-958-738-062-0

Primera edición: Bogotá, D.C., octubre de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Lina Morales
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Impresión: Xpress Estudio Gráfico
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41 Oficina 501 Tel.: 2970200 ext. 7724
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental:
antecedentes, análisis y tramite legislativo - Ley 1306 de 2009. / María Lucía Torres
Villarreal, directora académica. —Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2009.
610 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-738-062-0

Personas con discapacidades – Legislación – Colombia / Derechos Humanos –
Colombia / Personas con discapacidades – Aspectos sociales – Colombia / Ley 1306 de
2009 / I. Torres Villarreal, María Lucía. / II. Título. / III. Serie.

346.0138 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Introducción	9
Presentación general de la Ley 1306 de 2009. Revisión académica y jurídica	11
Texto del Proyecto de Ley original. Proyecto de Ley 049 de 2007 Cámara	49
Trámite del Proyecto de Ley en la Honorable Cámara de Representantes	113
Intervención del señor decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en la sesión de la Comisión I de la Cámara, noviembre 13 de 2008 (Doctor Alejandro Venegas Franco)	113
Intervención del señor procurador delegado para la Defensa de los Derechos de la Niñez y la Familia en la sesión de la Comisión I de la Cámara, noviembre 13 de 2008 (Doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo)	114
Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Número 049 de 2007 Cámara.....	117
Texto propuesto para primer debate en Comisión Primera de Cámara al Proyecto de Ley Número 049 de 2007 Cámara	123

Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 049 de 2007 Cámara.....	170
Texto propuesto para segundo debate en la Plenaria de Cámara al Proyecto Ley Número 049 de 2007 - Cámara	175
Texto definitivo Plenaria al Proyecto de Ley Número 049 de 2007 Cámara	244
Trámite del Proyecto de Ley en el Honorable Senado de la República...	293
Informe de Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 288 de 2008 de Senado, 049 de 2007 de Cámara	293
Pliego de modificaciones al Proyecto del Ley Número 288 de 2008 Senado 049 de 2007 Cámara	336
Texto propuesto para Segundo Debate en Senado Proyecto de Ley Número 288 de 2008 Senado – 049 de 2007 Cámara	384
Trámite de las Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley Número 049 de 2007 Cámara, 288 de 2008 Senado.....	439
Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley Número 049 de 2007 Cámara, 288 de 2008 Senado	439
Informe sobre las Objeciones Presidenciales al Proyecto de Ley Número 049 de 2007 Cámara – 288 de 2008 Senado	507
Texto definitivo al Proyecto de Ley Número 288 de 2008 Senado – 49 de 2007 Cámara	513
Ley 1306 de 2009	561

Introducción

Hace algunos años, la Universidad del Rosario, en asocio con la Fundación Saldarriaga Concha, adelantó un trabajo de investigación orientado a estudiar y analizar la situación de los incapaces en el marco legal y social de nuestro país. Fruto de ese proyecto, se elaboró un documento que fue publicado por las dos entidades hacia el año 2004.¹

Revisando el tema, se empezó a vislumbrar la imperiosa necesidad de modificar y actualizar la legislación que nuestro ordenamiento jurídico contenía en materia de incapaces. En ese sentido, en el año 2007, por iniciativa del representante a la Cámara David Luna Sánchez, se conforma un equipo de trabajo orientado a proponer una reforma legislativa a los artículos del Código Civil que reglamentan la temática bajo estudio.

Así las cosas, se conformó un equipo integrado por la Procuraduría General de la Nación, por conducto de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Niñez y la Familia, la Fundación Saldarriaga Concha, la Universidad del Rosario, por intermedio de su Observatorio Legislativo y de Opinión, y el Despacho del representante David Luna.

Desde esa fecha se trabajó conjuntamente en la iniciativa legislativa que sería presentada para discusión en el Congreso de la República, la cual fue suscrita por el Procurador General de la Nación y varios congresistas, encabezados por el representante Luna, que consideraron pertinente y oportuna la propuesta jurídica elaborada por el referido equipo. El proyecto inició su trámite en el primer período de la legislatura 2007-2008, en la Comisión I de la Cámara de Representantes.

En ese sentido, a lo largo del tránsito del proyecto de ley en el Congreso, se trabajó activamente analizando y estudiando el impacto, los avances y ventajas, que esa reforma tendría para nuestra legislación. A finales del año

¹ *Propuesta de reforma legislativa para la protección de las personas sujetas a interdicción judicial*. Publicación conjunta de la Universidad del Rosario y la Fundación Saldarriaga Concha. Bogotá: 2004.

2008, una vez agotados los cuatro debates reglamentarios de la iniciativa, el proyecto pasó a sanción a la Presidencia de la República; de la revisión hecha, fueron objetados algunos artículos por razones tanto de inconstitucionalidad como de inconveniencia, tal como se analiza y se expone en el contenido del presente libro.

Superado el estudio de las citadas objeciones, a partir del cual el Congreso acogió las sugerencias enviadas por la Presidencia de la República, el proyecto fue devuelto para sanción presidencial, y en junio 5 del 2009 fue publicada la Ley 1306, objeto de análisis en este texto.

Teniendo en cuenta la importancia de esta ley tanto para los órganos judiciales como para los administrativos y de control relacionados con los temas abordados, y así mismo, con miras a procurar un escenario real de protección social y legal de los incapaces, la Universidad del Rosario, por conducto del Observatorio Legislativo y de Opinión, realiza la siguiente publicación, orientada a revisar el contenido de la reforma y los antecedentes que rodearon la expedición de esta.

La publicación consta de tres partes: la primera contiene una presentación académica de la ley, sus alcances, sus objetivos y un análisis de las modificaciones. La segunda expone los antecedentes de la Ley, esto es, los textos del proyecto de ley en su trámite por el Congreso de la República, tal como fueron publicados en la Gaceta Oficial, y, por último, la tercera presenta el texto sancionado y publicado de la Ley, es decir, el contenido de la Ley 1306 del 2009.

Les presentamos esta obra, pensada como una importante herramienta de estudio académico y jurídico de un tema que cada día cobra más importancia por su connotación leal y social, lo cual evidenciaba la necesidad de actualizar nuestro ordenamiento, para hacerlo más garantista, proteccionista y real.

Queremos agradecer especialmente a la Procuraduría General de la Nación, a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Niñez y la Familia y a la Fundación Saldarriaga Concha, cuya presencia en el equipo de trabajo fue indispensable para obtener el resultado de la hoy Ley 1306 y la satisfacción del deber cumplido por el compromiso asumido frente a este importante tema.

Presentación general de la Ley 1306 de 2009

Revisión académica y jurídica

Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados

El pasado 5 de junio fue promulgada la Ley 1306 de protección de personas con discapacidad mental (D.O. 47371), la cual, además de establecer el respectivo régimen de protección, sustituye íntegramente los títulos XXII a XXXV del Código Civil (C.C., arts. 428 a 632). En ella se modifican y precisan algunas reglas sobre la capacidad de ejercicio de las personas, así como unas normas puntuales de procedimiento.

La Ley procura modernizar las normas de protección de individuos con discapacidad mental y adaptarlas a la Constitución Política vigente y a las diversas convenciones internacionales sobre personas con discapacidad a las que Colombia se ha adherido, pero especialmente para hacer realidad la función que la sociedad debe cumplir para proteger e incluir a todos los sujetos de derecho como corresponde a una nación moderna organizada como Estado social de derecho.

No solo fue un ejercicio tendiente a adecuar el texto normativo a las nuevas situaciones, sino también a presentar el régimen de tal manera que permitiera la comprensión de su alcance sin demandar mayores esfuerzos, con miras a una efectiva aplicación por parte de los diversos actores involucrados, y, aunque no podía escapar de ocuparse de muchos detalles imprescindibles para una correcta aplicación de la norma, se acentuó la prioridad en su concepción lógica.

Esta presentación de la Ley, congruente con su propósito, ocupará unas pocas páginas, que deben bastar para que el lector tenga una visión completa de su contenido.

La Ley se divide en ocho capítulos con algunas secciones sobre temas puntuales:

- I. Consideraciones preliminares.
- II. Personas con discapacidad mental.
- III. Actuaciones jurídicas de interdictos e inhabilitados.
- IV. Guardadores y su gestión.
- V. Cuenta y control de la gestión.
- VI. Responsabilidad de los guardadores.
- VII. Terminación de las guardas.
- VIII. Administradores de bienes.

Los incapaces en el régimen anterior

Para el Código Civil, las personas que no tenían la suficiente aptitud intelectual para comprender sus actos, o eran inmaduras y con una tendencia a obrar impulsivamente y sin el debido cuidado al manejar patrimonio, se tenían por personas incapaces para ejercitar sus derechos y obligarse mediante actos voluntarios. Los que de manera permanente tenían esas falencias quedaban a cargo de una o más personas que actuaran por ellas en el campo del derecho, defendieran sus intereses, administraran sus bienes y les garantizaran su bienestar.

En materia de capacidad, entonces, las personas se toman como capaces de ejercicio e incapaces de ejercicio. Son capaces todos los sujetos de derecho, a menos que una ley los declare incapaces (C.C., art. 1503). A su turno, hay dos clases de incapaces generales:² incapaces absolutos e incapaces relativos. Mientras los primeros no tienen aptitud para realizar prácticamente ningún acto voluntario con connotación jurídica y los que eventualmente realicen se consideran absolutamente nulos, los segundos poseen un limitado campo de acción jurídica y sus actos se toman como relativamente nulos, tienen una eficacia provisoria, pero pueden ser rescindidos a petición del mismo individuo que actuó, una vez adquiera la capacidad, o de su representante legal mientras mantenga su condición de incapaz relativo; además, estos incapaces tienen la posibilidad de realizar determinados actos con plena capacidad como contraer matrimonio,

² Se omite la mención a las incapacidades especiales para la celebración de determinados actos y también la incapacidad accidental y temporal, por no ser en este punto pertinentes.

otorgar testamento, actuar como mandatario por cuenta de terceros, ejercer el comercio y administrar alguna parte de su patrimonio.

Según el artículo 1504 del Código Civil, son **incapaces absolutos**: los impúberes, los dementes³ y los sordomudos que no pueden darse a entender.

En el texto original (C.C., art. 34) eran los impúberes, las mujeres menores de 12 años y los varones menores de 14 años; a su turno, se calificaba de niños o infantes los menores de siete años. En este aspecto es de recordar que, por sendas decisiones de la Corte Constitucional, la edad de la pubertad quedó en su momento establecida en 14 años para ambos sexos (C. Const., sents. C-507/04 y C-534/05). De los impúberes se encargan sus padres y en defecto de ellos un tutor que velará por su crianza y cuidará de su patrimonio en las condiciones que lo establecen las reglas sobre la materia.

Los dementes eran vistos por el Código Civil como unos individuos que por su profunda afectación mental no tenían conciencia de sus actos y, por eso, si la lesión era permanente y sin perspectivas inmediatas de remisión, eran declarados interdictos y se les nombraba un curador para que administrara sus bienes y cuidara de su persona. Con la expedición del Código del Menor y luego con el Código de la Infancia y la Adolescencia, se admitió que los dementes permanentes siguieran sometidos a la patria potestad de modo que permanecieran al cuidado de sus padres.

Los sordomudos que no pueden darse a entender,⁴ es decir, aquellas personas que no pueden expresarse por medio de un lenguaje sonoro, gestual o escrito suficiente para que los demás le entiendan y tengan certeza de su voluntad. A estos sordomudos también se les declaraba interdictos, se les nombraba un curador, por lo que quedaban sometidos prácticamente a las mismas reglas del demente. Excepcionalmente, un sordomudo podía contraer matrimonio

³ Los dementes del Código Civil son todos los que se encuentran en una situación que les impide percibir adecuadamente la realidad, ya sea temporal o permanente, derivada de un accidente o por condiciones fisiológicas. La persona demente habitual es declarada interdicta para que todos sus actos se tomen como de un incapaz absoluto.

⁴ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-983 del 2002 declaró inexecutable las palabras “por escrito” que condicionaban la capacidad de comunicación del sordomudo.

válido siempre que pudiera poner de manifiesto la voluntad de contraerlo (C.C., art. 140, num. 3).

Incapaces relativos eran para el Código Civil los menores adultos y los disipadores o pródigos declarados interdictos de administrar sus bienes.

El carácter de menores adultos lo tenían los mayores de 14 años pero menores de 18. El menor adulto, al no haber concluido su etapa de formación, quedaba al cuidado de sus padres y en defecto de ellos de un curador cuyas funciones se asimilaban a las del tutor.

Se consideran disipadores o pródigos los individuos que gastan sin medida su patrimonio en cosas que no los benefician y por eso están expuestos a perderlo. Estos disipadores, una vez eran declarados interdictos, pasaban a ser incapaces relativos, y se les nombraba un curador que se encargaba de la administración de sus bienes.

La aptitud intelectual y el derecho actual

Incluir algunos sujetos de manera permanente en el listado de incapaces fue la fórmula que en su momento sirvió al legislador para conseguir dos importantes propósitos para el derecho: dar una mayor certeza al comercio jurídico, impidiendo que esos individuos cuya racionalidad estaba afectada realizaran actos que pudieran ser perjudiciales para ellos mismos o los otros con quienes negociaban, y generar un mecanismo de protección del individuo con discapacidad y sus intereses.

Ahora bien, si al hablar de seres humanos se pudiera establecer una clasificación dual entre aptos intelectuales y no aptos intelectuales, o de comportamientos maduros o inmaduros, esa proposición legal sería válida aún hoy, pero se trata de una simplificación casi imposible, toda vez que entre la máxima capacidad intelectual y la mínima, y entre la aptitud para realizar determinadas actuaciones y no otras, se encuentra prácticamente toda la población, en una compleja escala en la que las graduaciones son casi imperceptibles, más en esta época en la que el conocimiento científico sobre los diversos aspectos de la mente y la conducta humana ha logrado comprender sus patologías y sus causas, y generar no pocos tratamientos especializados y otras ayudas terapéuticas que contribuyen a mejorar la situación mental de cada cual.

Más importante todavía es que las ciencias sociales modernas se han centrado en procurar que la sociedad y sus miembros, individualmente considerados, se abstengan de dar origen a situaciones que atenten, de cualquier manera, contra los individuos que tienen alguna discapacidad, en especial aquellos que no pueden defenderse por sí mismos. Correlativamente se ha acentuado la carga que tiene el conjunto social de procurar la satisfacción de las necesidades de cada cual, a efecto de que todos los humanos gocen realmente las ventajas de desenvolverse en una sociedad.

El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales individuales y colectivos, independientemente de la complejidad de definición y alcance, son la meta hacia donde se encaminan los esfuerzos de las sociedades con mayor grado de desarrollo, que han reconocido la necesidad de ajustar las instituciones político-jurídicas, para adaptarse de la mejor manera posible al interés de cada uno, corrigiendo no pocos abusos cometidos, en aras de un supervalorado interés común o algún derecho subjetivo de las personas sanas.

Hoy tenemos un menor de edad al que, sin embargo, insertamos en el mundo jurídico y le reconocemos su voluntad, su libertad y su autodeterminación correlativa a su desarrollo fisiológico y psicológico; lo que ha obligado a ajustar las reglas jurídicas sobre capacidad de niños, niñas y adolescentes, a fin de dar reconocimiento y validez a muchos de sus actos (C.I.A., cap. II).

Para esta época ya no nos parece extraño que un joven de escasos 12 años pueda presentar una demanda de tutela y precisamente para limitar las facultades que tienen padres y custodios en materia de crianza, lo que hace 30 ó 40 años se hubiera tenido como un despropósito.

Quedaba, pues, pendiente el necesario ajuste de las instituciones de protección de las demás personas cuya situación intelectual tenía alguna deficiencia, equiparable a la que se dio con sus pares incapaces por razón de la edad,⁵ a fin de garantizar el reconocimiento de su individualidad y sus derechos fundamentales.

⁵ Esa asimilación entre impúberes y dementes, y entre menores adultos y pródigos viene desde la época de los romanos y aún se mantiene en las ciencias de la mente cuando se afirma que una persona con deficiencia mental tiene una edad intelectual de tantos o cuantos años.

Como las discapacidades mentales son tan particulares y complejas, y la ciencia ha avanzado tanto en la terapia y recuperación de los pacientes, o en los paliativos en el evento de enfermedades degenerativas, fue necesario generar un marco normativo amplio que permitiera la inserción de cada uno de los sujetos, consagrando fórmulas de protección congruente con su propia condición.

Es de destacar, inicialmente, que la Ley 1306 del 2009 recoge una tendencia del derecho moderno de excluir a los sordomudos de la lista de incapaces jurídicos, ya que ellos no tienen una deficiencia en estricto sentido mental o de su voluntad y por eso la asimilación al demente que en su momento hacía el Código Civil es actualmente impertinente.

Las personas sordas que, por no haber oído, no hablan, pueden y tienen que ser educadas, para lo cual existen métodos más que apropiados (fonoaudiología), de tal manera que esa lesión no sea impedimento para recibir los mismos conocimientos a los que acceden las personas que gozan de ese sentido y, en materia de comunicar la información y su voluntad, tendrán derecho a hacerlo de la forma que más se les facilite,⁶ y el sistema jurídico no solo no puede excluirlos, sino, por el contrario, tiene la función de promover todas sus habilidades; pero, si en alguna circunstancia la falta de audición o la dificultad de comunicarse con los demás llegase a hacer incierto el alcance de su voluntad, se tendría que apreciar como una falla puntual de esta, que se toma como un vicio del consentimiento, con lo cual se evita excluirlos del comercio jurídico en aquellos campos en que ellos pueden hacerlo con propiedad.

Por otra parte, la Ley acaba con la figura de la interdicción por disipación y establece un mecanismo especial –la inhabilitación– para todos aquellos que no tienen una sana predisposición a manejar correctamente sus negocios, la cual consiste en designarles un individuo que colabore con ellos en la toma de decisiones en materia de administración del patrimonio.

Además, la Ley precisa que la pubertad jurídica se da a los 12 años para los dos sexos, en atención a que el desarrollo físico y cultural se ha acelerado de un tiempo para acá (L. 1306/09, art. 53, par.), pero, en todo caso,

⁶ Así se dispone en el literal b) del artículo 21 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad*.

atendiendo las razones de conveniencia que señala la Corte Constitucional en su Sentencia C-507 del 2004, la edad para el matrimonio se mantuvo en 14 años para los dos sexos.

La norma para los discapacitados mentales de hoy

La finalidad principal de la Ley 1306 del 2009 es establecer el régimen jurídico de protección de las personas con discapacidad mental, acorde con las concepciones actuales en materia de derechos humanos y de su inclusión en la sociedad, por lo que esta Ley inicia con una relación de principios jurídicos encabezados por la siguiente declaración:

Objeto de la presente ley: la presente ley tiene por objeto la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad.

La protección de la persona con discapacidad mental y de sus derechos fundamentales será la directriz de interpretación y aplicación de estas normas.

El ejercicio de las guardas y consejerías y de los sistemas de administración patrimonial, tendrán como objetivo principal la rehabilitación y el bienestar del afectado (L. 1306/09, art. 1°).

La ley anterior al referirse a los individuos con afectaciones psicológicas utilizó una cantidad de vocablos de connotación peyorativa, de modo que la Corte Constitucional encontró ilegítima la utilización de esas palabras al referirse a seres humanos y determinó que el término “demente” era el único que podía usarse (C. Const., Sent. C-478/03). Con la nueva ley y para evitar toda designación denigrante o promotora de la discriminación contra los sujetos, se hablará de “persona con discapacidad mental”, en contraposición con la discapacidad física que tiene su régimen en la Ley 361 de 1997.

Se consideran personas con discapacidad mental aquellas que la ciencia médica determine como tales, toda vez que se trata de conceptos técnicos y no jurídicos; pero solo tendrán el carácter de incapaces absolutos aquellos que se encuentren grave o severamente afectados (L. 1306/09, art. 17).

Por su parte, las personas que exponen de manera imprudente su patrimonio o que tienen otras formas de patología de conducta (compulsiones) que les lleva a arriesgar seriamente su patrimonio por no medir las eventuales consecuencias de su acción, algo que la ciencia de la mente no duda en incluir dentro de las patologías aunque con el carácter de leve o moderada, serán tenidos como inhábiles para manejar su patrimonio, solamente respecto de actuaciones de cierta trascendencia y mayor exposición al riesgo (L. 1306/09, art. 32). Ellos serán tomados como incapaces relativos únicamente para la celebración de aquellos actos que determine el juez en el acto de inhabilitación, evitando así hacerlos víctimas de alguna medida que pueda afectar su dignidad y autoestima.

La capacidad de ejercicio de todas las personas con discapacidad mental será “correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”, tal como lo indica el artículo 2° de la nueva ley.

De la *Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad* –dic. 2006–, se incorporan aquellos principios establecidos en esa norma (L. 1306/09, art. 3°) y se incluyen como imperativas las obligaciones que se estipulan para los Estados y la comunidad (L. 1306/09, art. 5°), haciendo la salvedad de que prevalece la norma más favorable a los discapacitados, sea la interna o la internacional (L. 1306/09, art. 4°). Los discapacitados tendrán los mismos derechos fundamentales que la Ley de Infancia y Adolescencia reconoce para los menores y, de igual manera, se les extienden las reglas de protección de otras poblaciones vulnerables (L. 1306/09, art. 8°).

Por su trascendencia, la Ley se ocupa directamente de algunos de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental:

- a) **Determinación de su estado civil.** La identidad y el estado civil son soporte esencial de los derechos fundamentales de cualquier individuo y por eso la persona con discapacidad tendrá que tener debidamente acreditada su situación familiar y personal.⁷ Cualquier actuación relativa a estas personas

⁷ Este derecho es reconocido por el artículo 12 de la *Convención de las Naciones Unidas...*, ibíd.

será precedida de aquellas medidas necesarias para establecer su situación jurídica personal y familiar en debida forma, actuación que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a quien será obligatorio dar aviso (L. 1306/09, art. 9°).

- b) **Domicilio y residencia.** El domicilio de la persona con discapacidad mental será el de su representante legal, pero este no fijará la residencia del primero,⁸ a menos de que la afectación sea tal que no pueda hacerlo por su voluntad (L. 1306/09, art. 19). Los menores (y los sometidos a patria potestad prorrogada) llevan el domicilio y residencia que dispongan sus padres o custodios.

A fin de permitir un seguimiento administrativo de las personas con discapacidad, se establece el deber de informar a la autoridad de todo cambio de domicilio o salida al exterior de la persona con discapacidad absoluta, para efectos de tomar las medidas pertinentes. El que tenga conocimiento de que una persona con discapacidad reside o ha dejado de hacerlo en un determinado municipio deberá informarlo a la autoridad.

- c) **Respeto y dignidad.** El artículo 10 de la Ley 1306 del 2009 hace un reconocimiento al tratamiento que debe darse a estas personas, de modo que no sean sujetos de agresiones innecesarias o excesivas, y, aun en aquellos casos en que por la situación del individuo sea necesario recurrir a la fuerza o a algún tipo de medida que lesione su persona física o moral, se limitará a lo estrictamente necesario para proteger al paciente mismo o a la sociedad.⁹

Concluye este artículo con la siguiente declaración: “las personas con discapacidad mental no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones contra su honor y su reputación”.¹⁰

- d) **Derecho a la salud, educación y rehabilitación.** Todas las personas que sufren discapacidad tendrán derecho a que se les proporcione lo que

⁸ Véase el artículo 18 de la *Convención de las Naciones Unidas...*, ibíd.

⁹ En la *Convención de las Naciones Unidas...*, ibíd., se plantea este derecho (art. 15).

¹⁰ Concordante con la *Convención de las Naciones Unidas...*, ibíd., artículo 22.

requieran para mantenerse en buena condición física y mental.¹¹ Esto conlleva adoptar los procedimientos que la ciencia prescriba para su bienestar y su desarrollo según la condición del paciente, tomando como contraria a derecho esa actitud, incluso protectora de padres y parientes, de impedir que el sujeto con discapacidad se enfrente a situaciones que puedan serle molestas (L. 1306/09, art. 12).

Como la educación correlativa a su habilidad hace parte de sus derechos, corresponderá al Estado generar los mecanismos que permitan el acceso a la educación especializada para su situación personal, y a padres, guardadores, defensores de familia y jueces, velar porque ese derecho se les proteja.

Las prestaciones alimentarias tendrán que incluir todos los costos que demande el incapaz en el campo de la salud, la educación, la terapia y hasta el deporte y la lúdica (L. 1306/09, art. 11).

- e) **Derecho al trabajo y a la remuneración por sus servicios.** En concordancia con la propuesta moderna de incorporar al sujeto con discapacidad a la sociedad, se consagra para estas personas la posibilidad de celebrar el contrato de trabajo¹² acorde con su condición personal y su entendimiento, el cual se sujetará a todas las reglas y consecuencias previstas en la norma laboral y de seguridad social (L. 1306/09, art. 13).

La Ley no olvida que estas personas tienen una discapacidad laboral real, que obliga a replantear la aplicación del régimen del trabajo, porque la situación de subordinación y disciplina no puede ser tan rígida como la que corresponde a los demás trabajadores, al ser previsible que su cumplimiento no sea tan adecuado como el de los demás trabajadores. Atendiendo esa problemática, la Ley establece que, aun durante la relación laboral, continúan con el derecho a los alimentos o a disfrutar de pensiones sustitutivas y otras ventajas de la asistencia social que reciben por su condición de discapaci-

¹¹ Los artículos 25 y 26 de la *Convención de las Naciones Unidas...*, ibíd., reconocen estos derechos.

¹² La *Convención de las Naciones Unidas...*, ibíd., dispone que el Estado está obligado a: "Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral" (art. 8°, num. 2, punto iii).

tados laborales, y, de igual manera, cuando se retiren del trabajo, sea por su propia decisión (incluso, por abandono del empleo) o porque el patrono no queda satisfecho con su labor,¹⁵ retoman su carácter de discapacitados laborales –no de trabajadores desempleados–, lo que les permite volver a su condición de dependientes para efecto de contar con la seguridad social. Con todo, si el discapacitado recibe una remuneración suficiente, que la Ley establece en más de cinco salarios mínimos legales mensuales, se someterá al régimen laboral ordinario (L. 1306/09, art. 13, par.).

Además, en defensa de sus intereses, se establece una acción de remuneración o de reparación, cuyo objeto es obtener que se les compense por la actividad o el producto que han realizado en beneficio de un tercero, siempre que se trate de aquellas actividades que en una situación ordinaria de mercado se remuneran o dan origen a una contraprestación (L. 1306/09, art. 51).

- f) **Libertad.** Algunas patologías psicológicas ocasionan que el discapacitado realice actuaciones que ponen en riesgo sus propios intereses o de otros miembros de la sociedad, lo que hace necesario recluirllos en lugares especializados para tratamiento y control. La Ley consagra como principio el derecho a la libertad¹⁴ (L. 1306/09, art. 20), de modo que el internamiento del sujeto con discapacidad es excepcional y debe ser dispuesto por el juez, previa evaluación del facultativo, y será una medida provisional que no excederá de un año, pero podrá ser renovada por períodos iguales (L. 1306/09, art. 22).

En situación de emergencia se podrá dar el internamiento sin la participación del juez, pero los facultativos y directores del establecimiento en que sean reclusos tendrán que informar la presencia del paciente al ICBF –defensor

¹⁵ Se evita el establecimiento de un tipo de “fuero laboral” para asegurar la permanencia del sujeto con discapacidad, porque podría ser contraproducente someter al patrón a mantener un empleado que no rindiera en debida forma, pero se impuso al Estado la carga de velar por sus derechos laborales, lo que incluye necesariamente evitar que el patrono adopte conductas abusivas frente al trabajador en todos los frentes de la relación laboral.

¹⁴ *Convención de las Naciones Unidas...*, op. cit., artículo 18.

de familia– para lo de su competencia, y de no hacerlo se harán acreedores a las sanciones profesionales respectivas (L. 1306/09, art. 21).

La privación irregular de la libertad de la persona con discapacidad, además de ocasionar sanciones para quien promovió o toleró el hecho, permite que se pueda pedir la libertad inmediata, que deberá ser concedida por los jueces, siempre que no genere riesgos reales (L. 1306/09, art. 23).

- g) **Acceso a la justicia.** Con el fin de garantizar el acceso a la justicia se establece la acción popular para la defensa de los intereses de las personas con discapacidad y además la acción de tutela “por interpuesta persona” (L. 1306/09, art. 14), con lo que se da cumplimiento a la exigencia de la Convención Internacional de Personas con Discapacidad, en esta materia (art. 13). La Ley, tomando en cuenta la situación especial del individuo, exige al juez abstenerse de tomar medidas relativas a su persona, hasta contar con el dictamen de los expertos, porque no siempre será fácil discernir qué es lo conveniente para un paciente determinado.
- h) **Cumplimiento de los deberes.** Aun las personas con discapacidad mental, al integrarse al seno de la sociedad, tendrán que actuar con un mínimo de disciplina y sujeción a algunas directrices de conducta y, por tal razón, buena parte de la educación y terapia están encaminadas precisamente a conseguir que cumplan ciertos patrones de comportamiento adecuados para su desempeño social; pero una cosa es que deban cumplir con sus deberes de una manera acorde con su habilidad intelectual y otra que sean inducidos a cumplir ciertos deberes impuestos pensando en personas sanas, por eso la ley dispone: “los individuos con discapacidad mental quedan relevados de cumplir los deberes cívicos, políticos, militares o religiosos cuando quiera que ellos puedan afectar su salud o agravar su situación” (L. 1306/09, art. 12, inc. 4).

El sistema de protección personal del discapacitado mental absoluto permanente

La atención de las personas con discapacidad mental será una función atribuida primordialmente a la familia, toda vez que obedece a ese impulso natural de proteger a los desvalidos que se encuentran en el grupo social unido por

vínculos de parentesco; pero, siguiendo las directrices ya presentes en nuestra legislación en materia de menores, se establece un sistema que garantiza que, ante la ausencia real de familia o su ineptitud para asumir esa actividad, va a llegar otro sujeto a ocupar su posición.

La tarea de velar por los intereses de la persona con discapacidad corresponde en primer lugar a la familia estricta o ampliada y especialmente a los padres, quienes podrán conservar la patria potestad, que les será prorrogada de conformidad con la Ley de Infancia y Adolescencia,¹⁵ y, en su defecto, a los allegados –cónyuge o compañero permanente, parientes consanguíneos o civiles– y otros miembros de la sociedad designados por el juez, o en últimas al Estado, por intermedio de las diversas instituciones de salud y atención a estas personas (L. 1306/09, art. 6°).

Todas las actuaciones de padres y guardadores serán supervisadas por la autoridad por medio del defensor de familia (L. 1306/09, art. 18), el Ministerio Público (L. 1306/09, art. 7°) y cualquier ciudadano a través de las acciones públicas.

Como complemento importante en materia de protección, se establece la vigilancia directa, inmediata y periódica de la actuación de los individuos encargados de velar por las personas con discapacidad, por intermedio de los jueces de familia, a través del mecanismo de la revisión anual de la situación personal, con un dictamen médico sobre la evolución de la enfermedad (L. 1306/09, art. 29).

Finalmente, se hace una remisión a las medidas de protección de los niños, niñas y adolescentes, y los procedimientos establecidos para ellos, de modo que también puedan ser beneficiarios de esos mecanismos, por supuesto cuando son adecuados para la persona con discapacidad (L. 1306/09, art. 18, par.).

Estas reglas de protección son de orden público y obedecen a un propósito superior, y, por eso, aunque se respetan, como lo ordena la Carta Política, los matices de las culturas nativas, no habrá lugar a aplicar las medidas tradi-

¹⁵ En la Ley 1306 se indicaron las causales de terminación de la patria potestad prorrogada que fueron olvidadas en el Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 26, par.).

cionales de cada pueblo, cuando quiera que ello pueda afectar a la persona con discapacidad (L. 1306/09, art. 10, par. 2).

Actos jurídicos de las personas con discapacidad mental absoluta

Las personas que estaban afectados en su psiquis de manera grave y permanente (los antiguos dementes) eran declarados interdictos y a partir de ese momento cualquier acto con connotación jurídica quedaba viciado de nulidad absoluta y no cabía probar que se había realizado en un intervalo lúcido (C.C., art. 553).

Con la Ley 1306 del 2009, si bien se mantiene la presunción de derecho que considera que el interdicto ha actuado en situación de enajenación y no cabe la prueba de haber obrado en un intervalo lúcido (L. 1306/09, art. 48), se excluyen de esa presunción unos precisos campos de acción en los que se reconoce su capacidad jurídica, siempre que se pueda establecer que ha obrado con suficiente razón y que representan una ventaja para el discapacitado como para la sociedad, por ejemplo, el caso de asuntos de familia, como el matrimonio, el reconocimiento de hijos,¹⁶ y siempre que estas actuaciones se adelanten ante el juez de familia (L. 1306/09, art. 50).

También podrán celebrar el contrato de trabajo, como se indicó arriba, y, así mismo, aceptar cualquier acto generoso o de beneficencia, puro y simple (donaciones, premios, prestaciones), que se hagan a su favor, ya que se presume el consentimiento de su guardador para el efecto (L. 1306/09, art. 49).

Finalmente, se abre la posibilidad de que los actos onerosos que realice la persona con discapacidad mental puedan conservar la validez siempre que a juicio de su guardador o del juez le sean convenientes,¹⁷ pero, para evitar los perjuicios de una mala negociación, se establece una amplia acción de “restablecimiento del equilibrio” contractual a fin de proteger su patrimonio (L. 1306/09, art. 51). La acción es personal y solo puede ser ejercitada por

¹⁶ *Convención de las Naciones Unidas...*, op. cit., artículo 23.

¹⁷ No es una innovación de la Ley 1306, porque desde el año 1936 los actos de los incapaces absolutos son susceptibles de ratificación (L. 50/36, art. 2º, actual C.C., art. 1742).

el representante legal o la persona con discapacidad mental absoluta cuando readquiera la razón o se rehabilite.

Interdicción de personas con discapacidad mental absoluta

En adelante la interdicción será una medida exclusiva para las personas con discapacidad mental absoluta, que hayan llegado a la pubertad en tal situación, es decir, que, una vez esta persona haya cumplido los 12 años, debe pedirse la interdicción, tanto de los individuos sometidos a patria potestad como de los emancipados. Con esto se evita la incongruencia que se presentaba en el régimen del Código Civil de hijos de familia menores adultos pero con discapacidad mental absoluta que tenían el tratamiento de incapaces relativos al no haberseles declarado interdictos.

El trámite de interdicción se adelanta como proceso de jurisdicción voluntaria ante los jueces de familia (L. 1306/09, art. 40), en la forma como ha venido haciéndose, toda vez que actualmente está avanzado un proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil y se estimó preferible que las normas definitivas se produjeran en el marco de esa reforma.

Con todo, se introdujeron unas modificaciones importantes en materia de orden de las actuaciones (L. 1306/09, art. 42):

- El proceso de interdicción, en general, se pasa a acción popular al ser una medida de protección.¹⁸ El cónyuge o compañero permanente, consanguíneos del discapacitado hasta el tercer grado, los directores de clínicas y establecimientos respecto de sus pacientes del Ministerio Público o el defensor de familia tienen el deber de promover la interdicción, y de no hacerlo serán indignos de heredar o incurrirán en falta disciplinaria (L. 1306/09, art. 25).
- Abierto el proceso, el juez podrá decretar la interdicción provisional si aparece el dictamen de la situación del paciente, por lo que, una vez en firme

¹⁸ Anteriormente solo se daba la acción popular cuando el demente ocasionaba una seria molestia a la sociedad (C.C., art. 548, derogado).

esta decisión, se asignara un curador provisional, que represente y cuide de los intereses del pupilo.

- El dictamen para la interdicción debe ser realizado por expertos,¹⁹ y en él se debe consagrar aquella información sobre la enfermedad y su evolución y sus roles de desempeño, que le permitirá al juez tomar una decisión apropiada tanto en la designación del guardador como en las directrices que por fuerza le habrá de señalar a este para la debida atención de la persona con discapacidad mental.
- Determinada la situación del incapaz, el juez seleccionará el curador atendiendo las reglas para su designación y se ordenará el inventario de los bienes, que será realizado por un perito. Aprobado el inventario, se fijará la garantía para el curador, y, aprobada esta, se entregarán los bienes para la administración en audiencia con participación del perito y del juez.

La idea es que sea un proceso serio, pero “amigable”, en el que el peso de la actuación corra por cuenta del sistema judicial, de modo que se facilite a los interesados su cumplimiento de una manera tan natural como un reconocimiento médico.

El discapacitado mental relativo

Una persona que no tenga una afectación mental considerable y por ende esté consciente de sus actos muchas veces realiza operaciones con su patrimonio de manera impulsiva o sin medir suficientemente las consecuencias de sus decisiones, por lo que tiende a perder sus haberes, afectándose a sí misma y a sus familiares, sea como consecuencia directa de sus actos o por virtud de maquinaciones de terceros inescrupulosos que se aprovechan del sujeto.

La acción para la inhabilitación la tienen solamente cónyuge o compañero, parientes hasta el tercer grado, pero se abre la puerta para que el mismo afectado pueda pedirla (L. 1306/09, art. 32).

¹⁹ En la ley aprobada inicialmente por el Congreso se establecía la obligación de que se hiciera por un equipo interdisciplinario, pero, como consecuencia de las malhadadas objeciones presidenciales, esta regla desapareció.

Al igual que sucede con el discapacitado mental absoluto, la gama de fenómenos que pueden caber en este campo es muy amplia, y por ello la ley se limita a hacer una somera enunciación de quiénes entran en este concepto: todos aquellos que “padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”. También incluye a quien se le adelante un proceso concursal sobre su patrimonio ya que, por cierto, ha demostrado que no ha sido del todo acertado o previsorio (L. 1306/09, art. 33), al cual se le inhabilitará para administrar esa parte de sus bienes o celebrar aquellos negocios que pueden derivar en una pérdida patrimonial, según lo disponga el juez en su sentencia.

La inhabilitación es una restricción de la capacidad jurídica “a la medida” del individuo y podrá tener un mayor alcance cuando el sujeto sea compulsivo en el despilfarro del dinero, jugador, o adicto, caso en el que el monto que manejará libremente será pequeño y en todo caso no superior al cincuenta por ciento de sus ingresos reales, pero en otros se limitará a la prohibición de efectuar gastos o inversiones de un considerable valor o la posibilidad de realizar enajenaciones gratuitas o remisiones de deudas y otras operaciones como otorgamiento de garantías o imposición de gravámenes sobre sus bienes, en eventos en los que el individuo sea “inepto” negocial.

El juez decide cuáles actos genéricos o específicos quedan incluidos en la inhabilitación con el apoyo de peritos y con la información de la vida pasada del sujeto (L. 1306/09, art. 34), e incluirá también aquellos actos en los que el inhabilitado no pueda desempeñarse como representante legal de sus hijos, y, si es necesario, nombrará un curador adjunto para esos menores que administre aquello que su padre no puede manejar (C.C., art. 300).

Se debe hacer notar que en la Ley, el menor adulto que tiene un peculio profesional y en su administración obra de manera imprudente o dilapida sus recursos, podrá ser inhabilitado para manejarlos y por eso sus padres o guardadores tendrán el carácter de consejeros, a menos de que el menor pida la designación de otra persona, y el juez designará un administrador adjunto, que, además de darle su *auctoritas*, puede, de ser necesario y según la decisión del juez, asumir la administración de ese peculio (L. 1306/09, art. 54, par.).

Actos del inhabilitado

La inhabilitación tiene por finalidad exclusiva que el sujeto se vea como incapaz relativo, por lo que los actos que realice respecto de los asuntos sobre los cuales recae la medida se tendrán como de incapaz relativo (L. 1306/09, art. 15), y por eso serán susceptibles de ser declarados nulos a petición del inhabilitado cuando sea capaz o por su consejero, que en este caso actuará en defensa del interés de su pupilo; pero también serán ratificables por el inhábil con la aquiescencia de su consejero, o directamente cuando haya salido de la inhabilitación (C.C., art. 1742).

Un punto que no menciona expresamente la Ley es qué sucede con el actual interdicto por disipación, pero consideramos que, al ser la inhabilitación una medida más favorable, los interdictos podrán solicitar la transformación de la interdicción en inhabilitación, entendiéndola como una especie de rehabilitación parcial del individuo y no como una aplicación retroactiva de la ley.

Inhabilitación de personas con discapacidad mental relativa

La inhabilitación de la persona con discapacidad mental relativa sustituye la interdicción del disipador y por eso el procedimiento se mantiene prácticamente igual con los mínimos retoques indispensables para precisar la figura (L. 1306/09, arts. 41 y 45).

Será un proceso contencioso verbal con la presencia de la persona que se pretende inhabilitar, aunque es posible la inhabilitación provisional y la adopción de medidas cautelares sobre el patrimonio, pero haciendo recaer el peso de la decisión sobre el dictamen especializado de la conducta del individuo.

La sentencia de inhabilitación se limitará a señalar cuáles actos, por su cuantía o por su complejidad, sólo puede realizar el inhábil con la asistencia de su consejero. El consejero en general no otorga garantía por la gestión, porque no administra, pero, si durante el proceso el inhabilitado decide que este haga su administración, se hará el inventario correspondiente por perito y se incorporará al proceso.

Unidad de expedientes y trámites

Al contrario de lo que sucede ordinariamente en los procesos judiciales que, una vez agotado el trámite, el expediente pasa a un archivo y toda nueva

actuación así se trate de asuntos relacionados implica abrir un nuevo expediente, las actuaciones relativas a la persona con discapacidad mental serán preferiblemente tramitadas por el mismo despacho donde se surtió la primera actuación, de modo que se tenga una referencia histórica permanente sobre el individuo y su situación.

Cualquier actuación relativa a estas personas interdictas o inhabilitadas que no pueda adelantarse ante el mismo despacho que decretó la medida será adelantada por quien corresponda con una copia del expediente, y las decisiones que adopte serán anotadas en el expediente matriz a efecto de contar con una “historia” que permita una sana valoración de la persona (L. 1306/09, art. 46).

La guarda de menores o del interdicto - curadurías

Las guardas generales son entendidas como unos cargos que desempeñan ciertas personas naturales a favor de incapaces jurídicos, cuyas funciones se resumen en tener que atender al sujeto, representarlo en sus actuaciones jurídicas y administrar sus bienes.

Con la Ley 1306 del 2009, tendrán guardador general los impúberes, los menores adultos y las personas con discapacidad mental. Quienes están sometidos a una guarda se denominan pupilos y quienes ejercen la guarda general tomarán el nombre de **curadores** (L. 1306/09, arts. 52, 53 y 54), por lo cual queda eliminado el término tutor que se daba en el régimen anterior a los guardadores de los impúberes, una distinción que no era necesaria en nuestro sistema jurídico.

Los actos que realizan impúberes y personas con discapacidad mental siguen siendo nulos absolutos, mientras que los que realice el menor adulto serán relativamente nulos, y en ambos casos se someten a las disposiciones vigentes en la materia.

En el Código Civil todas las funciones de tutor o curador se asignaban a una persona natural, bajo el supuesto de que podía cumplir cabalmente sin tener especiales cualidades, porque los negocios en esa época eran relativamente sencillos. Pero hoy en día es diferente y no puede descartarse que en algunos casos el patrimonio del pupilo tenga características especiales, sea por la complejidad de los negocios o por la cuantía y dedicación de tiempo que

impiden que un individuo corriente pueda hacer una correcta administración del patrimonio del pupilo, de modo que se dispone que la administración de esos bienes sea asignada a un especialista en administración de negocios, que será una sociedad fiduciaria.

En la nueva Ley el curador sigue siendo una persona natural, pero, al no tener una carga considerable de administración de bienes, podrá contar con el tiempo necesario para velar por el bienestar del pupilo que es el objetivo real de la norma.

De igual manera, al no darle una carga considerable de trabajo administrativo, se elimina la necesidad de varios guardadores simultáneos, que era el mecanismo de la ley derogada para enfrentar el tema de la administración muy compleja, especialmente cuando los bienes estaban ubicados en distintos lugares, pero se prestaba también para que los guardadores eludieran su responsabilidad.

Aparece un sistema de único curador en ejercicio (L. 1306/09, art. 52, inc. 2), que sustituye al pupilo en el campo jurídico y se responsabiliza de sus actuaciones como si él estuviera administrando su propio patrimonio, pero con la posibilidad de que tenga hasta tres suplentes que puedan ocupar el puesto en el evento de faltas temporales o definitivas de quien ejerce el cargo (L. 1306/09, art. 56).

El guardador principal y sus suplentes se posesionan una vez han sido designados y hayan otorgado (cada cual) su garantía en el evento de estar obligados (L. 1306/09, art. 85), de modo que puedan entrar en el ejercicio sin necesidad de cumplir nuevas formalidades, salvo el derecho de exigir que se les entreguen las cuentas en debida forma, aun cuando ello no es obstáculo para que actúen, con plena legitimidad, en todo aquello que sea necesario o conveniente para el pupilo (L. 1306/09, art. 56).

Cuando por cualquier razón no puede actuar el guardador y no hay guardadores suplentes que puedan asumir el cargo, se nombrará un curador interino que actúe para la defensa del pupilo (L. 1306/09, art. 60), sin perjuicio de que, para subsanar el problema, el juez reconstituya la “plana” de guardadores. Aun cuando se extinga el período del guardador, por vencimiento de plazo, cumplimiento de la condición o por pasar el impúber a la adolescencia, la nueva

Ley, a semejanza de los funcionarios públicos, no permite que el guardador se retire si no hay un reemplazo suficiente, pero, si existe esa necesidad, se nombrará un interino que lo sustituya.

La Ley no quiso interferir el régimen de la patria potestad de modo que los padres siguen administrando conjuntamente, de común acuerdo y por derecho propio, los bienes del peculio adventicio ordinario de sus hijos, pero la nueva Ley les puede servir de indicativo para que de requerirse se sirvan de la fiducia mercantil cuando la complejidad del peculio adventicio ordinario del hijo lo amerite y ellos tengan dificultades de ejercer como padres y como administradores de los bienes simultáneamente.

El consejero del inhabilitado

Si quisiéramos simplificar el tema, diríamos que se trata de una persona natural que tiene la función de dar su concepto o más precisamente su "*auctoritas*"²⁰ en esos particulares negocios sobre los cuales recae la inhabilitación, según lo haya establecido el juez teniendo en cuenta su cuantía o su importancia, cercano a lo que se acostumbra hacer en las sociedades mercantiles cuando determinados negocios tienen que ser sometidos a consideración de juntas o asambleas y, por eso, la consulta es obligatoria y la decisión del consultor también, ya que este requisito hace parte de la capacidad jurídica de individuo (L. 1306/09, art. 55).

El consejero no será administrador de bienes sino en aquellos casos en los que el inhabilitado lo encargue de esa función.

Los administradores

La nueva Ley denomina **administradores** a todos aquellos individuos cuya función no tenga que ver directamente con la atención de una persona natural incapaz y se limite al manejo del patrimonio en nombre de su titular.

Así, pues, será administradora esa sociedad fiduciaria debidamente designada a la que se entreguen los bienes productivos del pupilo cuando su

²⁰ La *auctoritas* del derecho romano era una especie de visto bueno de un órgano político, autoridad o padre, que servía para imprimir eficacia jurídica a ciertos actos.

valor exceda de quinientos salarios mínimos legales mensuales (L. 1306/09, art. 57). Nótese que la Ley menciona bienes productivos, de modo que aquellos derechos patrimoniales que no están llamados a producir, como la vivienda, los bienes personales de ellos o de su familia, los medios de transporte, los recursos para la educación, etc., se excluyen de la contabilización para establecer si el patrimonio debe ser administrado por una fiduciaria (L. 1306/09, art. 57).

Pero no habrá que entregar bienes a la fiduciaria en aquellos eventos en los que los parientes del pupilo, reunidos en consejo, decidan que es más conveniente que los administre el curador (L. 1306/09, art. 57, par.). Aquí tendrá que aplicarse el artículo 61 del Código Civil, en lo relativo al orden de prelación de los parientes que hacen parte del consejo.

También serán administradores: a) los **“adjuntos”**, es decir, los guardadores que se asignan especialmente para administrar bienes de un hijo de familia o un pupilo que no pueden ser administrados por padres o curadores, por disposición del testador o donante o por pérdida de la administración –los antiguos curadores adjuntos (L. 1306/09, art. 59)–; b) los **“de bienes”** que se encargan de manejar los bienes de personas que no se encuentran para hacer su propia administración –los antiguos curadores de bienes (L. 1306/09, art. 114)– y que en la nueva Ley dejan de ser simples custodios, como lo eran en el Código Civil, y pasan a ser verdaderos administradores, porque todos tendrán que manejar el patrimonio de una manera apropiada de conformidad con lo prescrito por la práctica aceptada de administración de patrimonios y bajo la supervisión del juez (L. 1306/09, arts. 115 y 116).

Solo quedan con el nombre de curadores los curadores especiales (*ad-hoc* o *ad litem*) que se señalan en las reglas ordinarias, porque por lo general no tendrán que encargarse de administrar bienes (L. 1306/09, art. 61).

Agentes oficiosos

El Código Civil tenía un régimen sobre la actuación de personas que sin tener el carácter de guardadoras actuaban “de hecho” sobre los bienes del pupilo, con reglas especiales y no pocas veces contradictorias. Ahora quien actúe sobre los bienes del pupilo sin ser el guardador es considerado como agente oficioso (L. 1306/09, art. 62) y sometido a sus reglas en materia de responsabilidad,

pero previendo que lo pueda hacer bien se le reconoce la remuneración cuando otro guardador no tenga derecho a ella como un estímulo para su correcta actuación (L. 1306/09, art. 99, par. 1).

En cuanto a los actos jurídicos que haga en nombre de la persona con discapacidad, se someterá en materia de validez a las reglas de la estipulación por el tercero, de forma que, de ser perjudiciales, el guardador podrá pedir que se dejen sin efectos, del modo que lo dispone el artículo 1506 del Código Civil.

Publicidad de la condición de interdicto o inhabilitado

La interdicción de los dementes y los disipadores debía hacerse pública para que los terceros supieran que ellos no podían administrar sus bienes y se abstuvieran de celebrar negocios con ellos o lo hicieran bajo su propio riesgo, pero esa publicación se hacía en el *Diario Oficial* (o en un periódico de amplia circulación), y a partir de ese momento se suponía, ingenuamente, que todos sabían que alguien era interdicto de administrar sus bienes.

Además esas interdicciones se inscribían en el registro del Estado Civil, pero no quedó claro cuál era el modo de dejar constancia de esa inscripción, y el Decreto Reglamentario 2158 de 1970 ordenó que se hiciera en un “Libro de Varios”, cuya eficacia como medio de publicidad deja mucho que desear.

La interdicción ahora se inscribe en el folio de nacimiento del registro del Estado Civil, en la parte reservada, de modo que solo podrá ser conocida por quienes tienen derecho a consultar tal información según la norma de registro del Estado Civil.

En materia de publicidad a los terceros, la nueva Ley crea un mecanismo de consulta ágil pero discreto, utilizando las herramientas modernas de comunicación, consistente en que, mientras el Ejecutivo no disponga algo diferente, la Superintendencia de Notariado y Registro tendrá una base de datos con la información correspondiente y cualquier persona podrá solicitar la certificación sobre si alguna persona está interdicta. La certificación se limitará a indicar su carácter y a informar sobre su representante legal (L. 1306/09, art. 47).

Para las personas que se han declarado inhábiles, se incluirá además la mención de los negocios sobre los cuales recae la inhabilitación.

La Ley creó así mismo un registro “administrativo” de discapacitados consistente en un libro que deben llevar las secretarías de salud de los municipios, en el cual tomarán nota de las personas con discapacidad que residen en su jurisdicción, algo que les va a permitir programar las acciones administrativas –salud, educación, control– de conformidad con un censo real de estas personas.²¹ También servirá a las autoridades de control para verificar la calidad de las actuaciones que se desarrollan en cada municipio con el fin de cumplir las obligaciones que les impone la Ley (L. 1306/09, art. 17, par.).

Designación de los guardadores

En estas materias se mantiene el sistema presentado en el Código Civil. En primer lugar está la guarda testamentaria (L. 1306/09, art. 63). Los padres tendrán derecho a designar el curador para su hijo con discapacidad mental permanente interdicto, lo mismo que para sus hijos menores de edad, y tendrán la libertad de hacerlo del modo que lo estimen más conveniente sin limitaciones especiales, e incluso podrán nombrar consejero para sus hijos inhabilitados cuando ellos estén ejerciendo el cargo al momento de la muerte (L. 1306/09, art. 64).

Los testadores tendrán la misma libertad de disponer la guarda fijando plazos, condiciones, sustitutos, etc. (L. 1306/09, art. 67).

El único recorte apreciable a su libertad de designar guardador por testamento es la posibilidad de designar guardadores conjuntos, toda vez que esa figura se acabó y por eso, si el testador designa varios guardadores, estos se tendrán como principal y suplentes en el orden de mención de sus nombres y, si designa muchos (más de cuatro), los que quedan al final de la lista se entenderán relevados del ejercicio de la guarda (L. 1306/09, art. 66).

De igual manera, se acaba con la figura del “consultor” (C.C., art. 482, inc. 1, derogado), cuya opinión tenía que ser escuchada (mas no seguida) por el guardador, toda vez que ahora el guardador es el directo responsable y ejerce su función como un profesional. Si requiere alguna consulta, será porque el

²¹ *Convención de las Naciones Unidas...*, op. cit., artículo 31.

juez le impone esa condición cuando le presenten los planes de actuación en las sesiones anuales.

También debe anotarse que la designación testamentaria puede ser modificada cuando el menor adulto lo solicite señalando el nombre del curador, y el juez encuentre justificada esa solicitud, con lo cual se acaba la discusión de si el derecho del menor adulto a designar el guardador se puede imponer al del padre en su testamento (L. 1306/09, art. 54).

Con esta Ley se procura solucionar el problema de la existencia de dos designaciones testamentarias contradictorias, por parte de los padres, dando prioridad a la designación que aparezca en el testamento otorgado en último lugar, a menos de que sea considerado impropio por el juez (L. 1306/09, art. 63, par.).

En materia de designaciones testamentarias, se conserva el derecho para todo el que haga una donación, legado o instituya heredero, de designar quién administre esos bienes, pero ya no serán curadores adjuntos sino administradores (L. 1306/09, art. 65).

De no existir designación testamentaria, tendrá lugar la guarda legítima, que en la nueva Ley ejercerán los cónyuges o compañeros permanentes en primer lugar y, faltando estos, los parientes consanguíneos o civiles en orden de proximidad (L. 1306/09, art. 68). No se prevé la guarda legítima por los parientes afines, en la misma tónica que tenía el Código Civil.

En ausencia de guarda legítima tendrá lugar la guarda dativa. Estos guardadores son designados por el juez (L. 1306/09, art. 89).

El juez puede designar los guardadores suplentes que se requieran sin exceder de tres.

Selección del guardador

Las reglas sobre designación de guardadores pasan a ser, en general, enunciativas, lo que hace desaparecer el derecho de los designados a reclamar su condición de guardadores y el juez adquiere la facultad de seleccionar el guardador que estime más apropiado, según el dictamen de los peritos, y queda facultado para apartarse de las designaciones establecidas en la Ley; y ni siquiera el testamento lo obliga si llega a la conclusión de que el guardador

designado por el testador no llena las expectativas en materia de protección (L. 1306/09, art. 47).

La Ley admite expresamente que el juez designe como guardadores (dativos) a “las personas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Código de la Infancia y la Adolescencia y las normas que lo complementen, modifiquen o adicionen, han cuidado del menor o persona con discapacidad u otros miembros de grupo generado por solidaridad familiar e incluso los parientes afines que estén calificados para el ejercicio de la guarda”.

El guardador que designe el juez, con audiencia de los parientes, entrará a listado de auxiliares de la justicia, según las reglas propias de esa actuación procesal.

La sociedad fiduciaria administradora será escogida por el juez directamente cuando el patrimonio no supere los mil salarios mínimos legales mensuales y de excederse se adelantará una licitación pública con la cooperación del ICBF (L. 1306/09, art. 70).

Incapacidades y excusas para el ejercicio de las guardas

Andrés Bello estableció un catálogo detallado y apropiado sobre aquellas personas que tenían alguna traba para ejercer las guardas, el cual conservó a través del tiempo su validez, salvo uno que otro caso que la modernidad dejó rezagado. Ese catálogo de inhabilidades en general se conserva en la nueva Ley (L. 1306/09, art. 73), pero se eliminaron las diversas clasificaciones que traía, capítulo I del título XXXIII del Código Civil, y se suprimieron aquellas manifiestamente obsoletas.

Señalaremos que desaparecen las incapacidades por deficiencias físicas (ciegos o mudos), siguiendo las directrices que en esta materia ha señalado la Corte Constitucional (C. Const., Sent. C-401/99); las relativas a relaciones de contenido económico entre pupilo y guardador, porque aparecen nuevas formas de control de estas situaciones y, en general, el guardador queda impedido para realizar los actos que den lugar al conflicto de intereses; las relativas a la diferencia de religiones entre guardador y pupilo para mantener la posición constitucional de no permitir que estos asuntos interfieran con el sistema jurídico a favor o en contra de determinada confesión.

Cuando el guardador al que le corresponda el ejercicio de la guarda tenga algún impedimento para ejercerla por cualquier razón (edad, incapacidad temporal, domicilio en el exterior y otras) y cese tal impedimento, podrá pedir al juez que se le asigne la guarda, siempre que tenga prioridad sobre el que la está ejerciendo, pero el juez toma la decisión y en este caso el anterior guardador “quedará como suplente y desplazará un nivel a los demás guardadores y en el caso de quedar más de tres suplentes, el suplente en exceso queda relevado automáticamente de la guarda” (L. 1306/09, art. 74).

En cambio se incluye como incapaz para el ejercicio de la guarda el padre que fue condenado a la pérdida de la administración del patrimonio de cualquiera de los hijos por culpa o dolo (L. 1306/09, art. 73, num. 8).

En materia de excusas se sigue la misma línea del Código Civil, y se permite que se excusen los empleados públicos, los impedidos por edad o por enfermedad, o los que están residenciados lejos del lugar donde deben ejercer la guarda (L. 1306/09, art. 78).

Quienes tienen una carga por ser padres o guardadores de varias personas o por exceso de responsabilidades podrán justificar ante el juez sus dificultades y este determinará si los exonera de la gestión porque encuentra riesgoso para los intereses del pupilo que asuman la guarda (L. 1306/09, art. 78, par. 1). Si un guardador ha ejercido el cargo por más de 10 años, puede pedir que se le releve y se llame a un suplente, pero quedará como suplente por si se requiere de sus servicios (L. 1306/09, art. 72, par. 2).

Obligatoriedad de servir la guarda

El cargo de guardador ha sido y seguirá siendo obligatorio (L. 1306/09, art. 71), de modo que el guardador designado deberá servirlo a menos de estar impedido o tener una excusa legítima. Con todo, teniendo en cuenta que puede ser perjudicial para el pupilo un guardador renuente, el juez puede exonerarlo, pero por supuesto imponiéndole la sanción correspondiente de hasta veinte salarios mínimos legales mensuales y, por supuesto, la pérdida del derecho de heredar al pupilo. Si es auxiliar de la justicia, se impondrán las sanciones que la Ley establece para estos funcionarios (L. 1306/09, art. 72).

Quien se encuentre incapacitado o pretenda excusarse deberá hacerlo en un plazo máximo de treinta días (el mismo que tenía el Código Civil, pero se acaba el término de la distancia), y si por la demora se ocasionan perjuicios al pupilo tendrá que responder por ellos (L. 1306/09, art. 75).

Si durante el ejercicio de la guarda sobreviene una incapacidad, deberá ponerse en conocimiento del juez para que adopte las medidas pertinentes. Se establece una norma aplicable al guardador que, por caer en demencia, realiza actos nulos, pero podrán conservar su eficacia si son favorables al pupilo (L. 1306/09, art. 77).

El que al estar sirviendo una guarda tenga una excusa podrá invocarla cuando lo estime conveniente, pero no podrá retirarse hasta que su sucesor asuma en debida forma (L. 1306/09, art. 79).

Requisitos para ejercer la guarda

El Código Civil exigía al guardador para poder desempeñar su cargo que otorgara una garantía, obtuviera un discernimiento y confeccionara un inventario de los bienes del pupilo que administraría. La nueva Ley ajusta el orden en que se cumplen estas actividades y sustituye el discernimiento por la posesión, de modo que ahora esos requisitos son, consecutivamente, el inventario, la garantía y la posesión (L. 1306/09, art. 81).

El inventario, como se mencionó en otro punto, se vuelve una etapa procesal, de forma que el juez ordena su confección a un perito auxiliar de la justicia, sometido a las reglas propias de este tipo de inventarios y bajo la responsabilidad directa de ese profesional, que recibirá su remuneración del pupilo cuando la fuerza de su patrimonio sea suficiente, o, en caso contrario, será pagado por el ICBF (C.P.C., art. 659, num. 6, redacción del artículo 42 –L. 1306/09–).

El inventario es un documento que hace parte del expediente judicial y ya no será necesario elevarlo a escritura pública, pero, como interesa a muchas personas, se dispuso en la Ley que se transcriba a archivo digital seguro, se conserve y transmita de esta manera, para que la persona que lo requiera pueda contar con él segura y ágilmente, pero cabe vislumbrar que el gobierno al reglamentar la norma disponga el establecimiento de un programa que

centralice en un servidor o “página” de la internet esta información con unas reglas sensatas de acceso a los interesados (L. 1306/09, art. 86).

Una copia del inventario se remite a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, para su conservación y para las anotaciones relacionadas con el registro inmobiliario cuando existan estos bienes (L. 1306/09, art. 87).

Una vez aprobado el inventario por el juez y con base en el valor de los bienes inventariados, se fijará la garantía. El otorgamiento de garantía para responder por los eventuales daños que se causen al pupilo se mantiene básicamente igual, pero se admiten las nuevas formas de fianza institucional como las pólizas de seguros o las garantías bancarias y las prendas sin tenencia del acreedor, que no existían en la época en que se redactó el Código (L. 1306/09, art. 82).

Se eximen de otorgar garantía prácticamente los mismos que estaban en el Código Civil, salvo lo relativo a la solvencia real del guardador frente al patrimonio del pupilo, en atención a que esa solvencia le permite tener fácil acceso a una garantía y, por eso, no se ve la necesidad de eximirlo del requisito. Quedan eximidos de otorgar garantía los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes en línea recta, así como los curadores que no administran bienes y las sociedades fiduciarias, por obvias razones (L. 1306/09, art. 84).

El juez fija el monto de la garantía pero este no será inferior al veinte por ciento del valor del patrimonio que administra el guardador, al que se le suma el veinte por ciento del valor máximo previsto para los daños morales (L. 1306/09, art. 83).

La falta de recursos con los cuales pueda otorgar contragarantías a los garantes que vayan a afianzarlo no es óbice para que el guardador pueda ejercer el cargo, a menos de que el juez decida relevarlo y nombrar otro, pero el juez podrá mantenerlo en el cargo y el gobierno asume la garantía o contragarantía por intermedio del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín) (L. 1306/09, art. 82, inc. 3).

El requisito del discernimiento, entendido como una autorización habilitante del ejercicio del cargo, se reemplaza por una posesión ante el juez que le exigirá el compromiso formal de desempeñar correctamente sus funciones como se hace en todas las posesiones de los cargos de interés público (L. 1306/09,

art. 85). Con la posesión se hace la entrega formal de los bienes al guardador y a través de este a la fiduciaria, aunque se contempla que el juez lo pueda hacer directamente cuando lo ameriten las circunstancias (L. 1306/09, art. 95).

Como el que recibe los bienes no hizo el inventario, tendrá derecho a hacer las objeciones que estime convenientes, las cuales se resolverán rápidamente a través de un incidente (L. 1306/09, art. 87).

Representación del pupilo

El pupilo (persona con discapacidad o menor) es representado por su guardador en términos básicamente iguales a los que traía el Código Civil (L. 1306/09, art. 88). El guardador que actúe en representación del pupilo deberá manifestarlo (como lo hace el padre), a efecto de hacer oponible esa representación, y, de no hacerlo, se entenderá que solamente lo obliga en lo que lo beneficie.²²

Las certificaciones de supervivencia del pupilo tienen una vigencia de tres meses si está residenciado en Colombia o de seis meses de estar en el exterior, de modo que el guardador puede actuar en representación del pupilo para cobrar pensiones y otros derechos con estas certificaciones mientras estén vigentes (L. 1306/09, art. 103, par. 3).

El consejero no representa al inhábil a menos de que este le otorgue el respectivo mandato (L. 1306/09, art. 90).

Reglas de administración

El Código Civil establecía de manera pormenorizada y ciertamente apropiada la forma de la administración de los bienes del pupilo, que por cierto era referencia obligada para la interpretación de la administración que hiciera cualquier otra persona.

En estas materias, la Ley se limita a simplificar el tema de una manera acorde con lo que esta época reclama y por eso la enunciación de actos prohibidos (L. 1306/09, art. 92), que se limitan al repudio de los actos benéficos, invertir el dinero en títulos al portador y realizar actos que interesen al guardador

²² Esta mención era quizás la única que faltaba en las reglas de administración del Código de Bello, pero se aplicaba por analogía con la patria potestad.

o sus parientes. Estos solo podrá realizarlos un guardador suplente o *ad hoc* y en cualquier caso necesitan autorización del juez, que tendrá que valorar la conveniencia de la negociación.

Los actos que requieren autorización (L. 1306/09, art. 93) son aquellos que podríamos englobar en el concepto de no ordinarios, como la enajenación gratuita de bienes del pupilo, el repudio de donaciones y herencias,²⁵ la constitución de garantías, los contratos de considerable valor que no sean del giro ordinario de los negocios.

Como obligatorios deben entenderse todos los actos de protección de la persona del pupilo y todos aquellos que la práctica administrativa recomienda como sanos, incluyendo la presentación de planes y programas, la liquidación de activos difíciles de manejar y otras reglas sobre operaciones financieras (L. 1306/09, art. 94), siempre pensando en la previsión del futuro económico del pupilo.

La trascendencia de las negociaciones se determina por su real valor objetivo o subjetivo, pero no por la calidad del bien, y por eso se desliga de la condición de mueble o inmueble, algo importante en esta época en que los muebles pueden ser tanto o más valiosos que los inmuebles, por lo que los actos que requieren autorización judicial como la enajenación onerosa o el otorgamiento de garantías a favor de terceros son aquellos que superan una cuantía dada (cincuenta S.M.L.M.).

La administración se somete a los patrones de administración de cualquier negocio, por lo que el guardador deberá conseguir la mayor utilidad al menor costo, y por eso, cuando el pupilo tenga algún activo cuya explotación demande excesivo valor o tenga un considerable nivel de riesgo, se autorizará la enajenación de ese activo para que con su producto se adquieran otros que generen una mayor rentabilidad económica o para su facilidad de manejo.

Las operaciones pasivas o activas de crédito o las transacciones de valores del mercado primario o secundario se harán todas a través del sistema

²⁵ Deja de exigirse al guardador aceptar las herencias con beneficio de inventario, porque ahora se presume de derecho que así se han aceptado y por eso no importa si el guardador olvidó hacer esa mención.

financiero, para efectos de su seguridad y respaldo, pero también para facilitar el control, y no solo se trata de la gran operación, sino también de la ordinaria, por lo que los recursos monetarios se tendrán en una cuenta de ahorros y sus transacciones tendrán ese soporte contable necesario cuando se administran bienes de terceros.

La Ley indica que además de la solvencia económica actual debe destinarse a garantizar la solvencia del futuro, de modo que los excedentes tendrán que usarse para generar los fondos suficientes para más adelante, por lo que se llevarán a seguros dotales, pago de aportes en salud y pensiones, como lo hace actualmente todo el que tenga una razonable perspectiva de vida.

Administración de bienes por la sociedad fiduciaria

Escoger a las sociedades fiduciarias como administradoras de los patrimonios de incapaces no solo se hace buscando la especialidad administrativa, sino también la solvencia económica, toda vez que se trata de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria y con un estricto régimen de conducta que permite tener confianza en que podrá responder al pupilo en caso de eventuales fallas de administración; además esta Ley les impone la creación de un fondo especial de reserva de protección de activos para épocas de crisis económicas²⁴ (L. 1306/09, art. 96).

Esto lleva a que la Ley imponga el mínimo de requisitos directos y se deja a la regulación contractual el establecimiento de las reglas puntuales a solicitud del guardador o del juez si lo estima conveniente (L. 1306/09, arts. 95 y 97).

Control de la gestión

Especial interés pone la Ley en el control periódico de la actuación del guardador tanto en lo personal como en lo económico, para evitar tener que remediar lo que podría evitarse.²⁵

²⁴ Otra norma que se eliminó como consecuencia de las inconsultas objeciones presidenciales fue la relativa a la obligación que se imponía al Fogafin de otorgar garantía para las operaciones de la fiduciaria relacionadas con la administración de bienes de personas con discapacidad.

²⁵ Esta medida es en todo concordante con la exigida por el numeral 4 del artículo 12 de la *Convención de las Naciones Unidas...*, op. cit.

Así pues, el guardador tendrá ejercicios anualizados (calendario), al término de los cuales deberá hacer el respectivo corte de cuentas y balance de gestión que presentará dentro de los tres primeros meses al juez y a los demás interesados, en audiencia pública que se realizará en el despacho del juzgado.

Esta diligencia se acompañará de las certificaciones de los médicos tratantes que darán cuenta de la situación del pupilo y de su evolución. Certificaciones que serán expedidas por la entidad de previsión a la que corresponde atender a la persona con discapacidad, y, por eso, una vez incorporadas en las actas, se tomarán como los “certificados de supervivencia” que se exigen por las entidades de seguridad social (L. 1306/09, art. 103).

Estos balances y cuentas,²⁶ que bien pueden compararse con los que rinden los administradores y gerentes de las personas jurídicas (y los contribuyentes), serán analizados y aprobados u objetados por el juez o los terceros, por lo que el guardador deberá ajustarlos si se trata de fallas en su presentación, o tendrá que responder por los daños que haya ocasionado (L. 1306/09, art. 104).

También está prevista en la Ley la rendición anticipada de cuentas para cuando reciba noticia de que el guardador no está cumpliendo con su función de manera apropiada y el juez estime que esa situación no da espera hasta el siguiente corte del ejercicio (L. 1306/09, art. 105).

Debido a que los consejeros no tienen la función principal de administrar, ellos no están obligados a rendir cuentas y se limitarán a informar anualmente sobre la forma cómo se ha operado, haciendo un recuento de los actos de importancia ocurridos en el período (L. 1306/09, art. 102, inc. 2).

Las sociedades fiduciarias se someterán en materia de control a lo que disponga el contrato, que de ordinario es un “consejo de dirección” del contrato de fiducia, en el que forzosamente participará el curador, y su actividad será supervisada por la Superintendencia Financiera dentro del campo de su propia función. Cuando los bienes fideicomitidos tengan un valor muy elevado en el

²⁶ Otra de las normas que se eliminaron, porque el acucioso funcionario de Palacio dizque encontró inconstitucional, fue la relativa al diseño de un sistema unificado de cuentas para guardadores (PUC) que debía diseñar el Ministerio de Hacienda, de modo que cada guardador escoge cómo llevar la cuenta.

consejo de dirección, se hará parte directa el Estado a través de un representante de la Superintendencia Financiera y uno del ICBF (L. 1306/09, art. 98).

El control de los demás administradores será el previsto en la Ley para los mandatarios y gestores, porque esta no consagra al respecto nada especial, pero el curador tendrá que exigir sus informes a los administradores adjuntos o fiduciarios para poder presentar el suyo al juez.

Remuneración de los guardadores

La remuneración de los guardadores curadores o consejeros será fijada por el juez y estará ligada a los frutos que produzcan los bienes del pupilo, sin exceder del diez por ciento de los frutos netos –décima–, que devengarán los curadores en la medida en la que estos se produzcan y durante el tiempo que ejerzan la guarda (L. 1306/09, art. 99). Como no existe sino un guardador, sea principal o suplente o interino, la décima será íntegra para él durante el tiempo que actúe.

El juez fija la remuneración atendiendo dos factores principales, la carga de trabajo que asume y el monto de las utilidades que producen los bienes del pupilo. Si el pupilo no tiene mayores bienes o estos no son rentables, el guardador tendrá que desempeñar su cargo de manera gratuita como ha sido desde siempre.

La sociedad fiduciaria no recibe décima sino la remuneración acordada en el contrato de fiducia, porque como a ella se le entregan los bienes productivos para que los administre y los haga reeditar, su paga será la que se acuerde según las reglas ordinarias del negocio fiduciario.

Los administradores adjuntos tendrán la remuneración que les fije el juez siguiendo la regla de ligarla al esfuerzo desplegado y a la fuerza del patrimonio del pupilo.

A los administradores de bienes les fija la remuneración de acuerdo con las reglas de los auxiliares de la justicia (L. 1306/09, art. 117), pero nada se opone a que siga la regla de los demás guardadores en atención a que tales administradores (al contrario de los antiguos curadores de bienes) están precisamente para hacer producir los bienes y si los hacen rendir pueden recibir la respectiva participación.

Un tema que tenía un manejo complejo en el régimen anterior era el de las recompensas testamentarias, que ahora simplemente se toman como una gratificación que el testador otorga al guardador como legado, y por eso se devenga íntegramente al momento de ejercer la guarda y siempre que cumpla, de no hacerlo pierde la recompensa y ese valor pasará a ser parte de los bienes del pupilo (L. 1306/09, art. 102). El monto y la calidad de la recompensa servirán al juez para determinar la remuneración del guardador.

Responsabilidad de los guardadores

En general las reglas de responsabilidad que traía el Código Civil se mantienen, es decir, que responde hasta de la culpa leve en las actuaciones que realice en perjuicio del pupilo. De igual manera, se conserva el derecho del pupilo de estimar el perjuicio bajo juramento.

Se adiciona a las reglas de responsabilidad y que dan lugar a la remoción del guardador, además de las que traía el Código, aquellas relacionadas con la mala condición personal del pupilo (L. 1306/09, art. 107).

En materia de deudas pendientes de pago entre guardador y pupilo, se aplican las reglas de la tasa de depósitos a término fijo (DTF) más unos puntos y se suprime la ordinaria que traía el Código Civil (L. 1306/09, art. 109).

La caducidad de las acciones de guardador (directa y contraria) se mantiene en cuatro años, así como la prescripción de los derechos que se tengan, contados desde el momento en el que el pupilo haya salido del pupilaje.

No se contemplan acciones contra el consejero porque en general la iniciativa de las actuaciones es del inhábil y por eso él tendría su propia culpa, pero, en el evento de que el consejero haya sido descuidado o inductor de actuaciones perjudiciales para el inhábil, se seguirán las reglas ordinarias de responsabilidad.

Terminación de la guarda

Las guardas terminan cuando se extingue la función por adquirir el pupilo capacidad de ejercicio, al llegar a la mayoría de edad o por rehabilitación decretada con el lleno de los requisitos.

La rehabilitación será decretada por el juez a solicitud de quienes podían pedir la interdicción, e incluso por el mismo paciente o inhabilitado, pero estará precedida de los exámenes médicos necesarios para cerciorarse del estado del paciente. Como la persona con discapacidad puede ser muy insistente, el juez no atenderá las peticiones que se produzcan dentro de los seis meses siguientes a la negativa de levantar la medida de interdicción o inhabilitación (L. 1306/09, arts. 30 y 38). Los parientes y otros interesados pueden participar oponiéndose justificadamente a la rehabilitación.

Se extingue en relación con determinado guardador por vencimiento de plazo o cumplimiento de la condición a que estaba sometida la guarda, porque el guardador pase a ser incapaz o muera. También cuando se excuse válidamente del ejercicio del cargo, cuando entre un guardador de mejor derecho.

El guardador será removido del cargo cuando su conducta con el pupilo sea condenable según el enunciado que hace el artículo 107 de la Ley 1306 del 2009, ya en lo personal o en lo administrativo, y mientras se produce su remisión el juez podrá tomar las medidas cautelares para proteger los bienes del pupilo. La acción para pedir la remoción era popular desde el Código Civil y así se mantiene.

En materia de deudas pendientes mutuas al término de la guarda, se conserva el régimen anterior, pero se ajusta el tema de los intereses porque se usan los índices de crédito ordinarios hoy –tasa DTF más unos puntos– (L. 1306/09, art. 109).

Administración de bienes

En estos aspectos, como se dijo, el curador de bienes pasa de ser simple custodio a ser administrador, y todo lo que hace la nueva Ley es indicar las reglas principales de su régimen en una forma que se estima adecuada (L. 1306/09, arts. 114 y 115).

En lo relacionado con la curaduría de la herencia yacente, se introduce una novedad que es el derecho del ICBF a apropiarse del valor de la liquidación del patrimonio una vez agotada esta diligencia (se elimina la consignación hasta por veinte años y su entrega al tesoro nacional). Para el evento de que aparezca un heredero con mejor derecho en el término, el Instituto constituirá

una reserva patrimonial de la cual tomará lo que haya de restituir y no estará obligada sino a la corrección monetaria (L. 1306/09, art. 116).

En materia de bienes asignados al que está por nacer, se elimina la curaduría, a efecto de que la madre que ejerce patria potestad pueda administrar los bienes de su futuro hijo, y si el padre o un tercero que dejan bienes que no se le deban a título de legítima quieren que otro los administre, se nombrará un administrador adjunto (L. 1306/09, art. 59, inc. 3).

Si la madre no puede administrar los bienes del futuro hijo por edad, capacidad o por no poder ejercer la patria potestad (por haberle sido retirada la de otros hijos o por haber intentado abortar ilegítimamente), se nombrará igualmente un curador adjunto.

Una referencia a las objeciones presidenciales y sus consecuencias sobre la Ley

La Ley fue aprobada por el Congreso en el mes de diciembre del 2008, y en los primeros días del 2009 se envió a sanción presidencial. La Presidencia de la República objetó cuatro artículos con razones que, por cierto, no eran válidas, como se desprende del informe presentado por la Comisión nombrada por el Congreso para estudiarlas.

A pesar de ello, se aceptaron las objeciones y se retiraron los artículos objetados, porque de lo contrario la Ley hubiera demorado lo suyo o podía incluso terminar archivada, lo que, si bien no tuvo mayores consecuencias en su alcance, ocasionó que algunas referencias a los artículos que fueron suprimidos quedaran simplemente insubsistentes.

Igualmente, por razón de la reenumeración que se dio al suprimir los artículos objetados, será necesario entender que las remisiones a otros artículos que permanecen cambian de número.

Consideramos que esto se puede hacer mediante un decreto reglamentario en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 45 del Código de Régimen Político y Municipal, pero, mientras tanto, estos son los errores de referencia que detectamos.

Norma que hace la remisión	Situación normativa
Artículo 14 actual. Remite al artículo 16.	El artículo 16 del texto aprobado originalmente desapareció (hacia referencia a un equipo de profesionales para el dictamen de la discapacidad) y por eso la mención debe tenerse por insubsistente.
Artículo 26 actual. Remite a los artículos 108 a 111.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse a los artículos 103 a 106.
Artículo 28 actual. Remite al artículo 16.	Al desaparecer este artículo sobre el dictamen de la discapacidad, la remisión queda insubsistente.
Artículo 46, parágrafo 2, actual. Remite al artículo 35.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al artículo 33.
Artículo 59 actual. Remite al artículo 59.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al artículo 57.
Artículo 77 actual. Remite al artículo 51.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al artículo 49.
Artículo 79 actual. Remite al artículo 76.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al artículo 74.
Artículo 84, numeral 3, actual. Menciona el “apalancamiento financiero”.	Al desaparecer el artículo 98 del texto aprobado originariamente por el Congreso, que aludía a una garantía del Fogafin, esta mención queda insubsistente.
Artículo 86, parágrafo, actual. Remite al artículo 106.	Al desaparecer el artículo 106 del texto aprobado originariamente por el Congreso, que se refería a un plazo de un año para preparar un PUC para guardadores, esta remisión queda insubsistente.
Artículo 87 actual. Remite al artículo 44.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al artículo 42.
Artículo 98 actual. Remite al inciso 2 del artículo 35.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al inciso 2 del artículo 33.
Artículo 103, parágrafo 2, actual. Remite al artículo 31.	Con el cambio de numeración, esta remisión debe entenderse al artículo 29.



El tratamiento social, legal y médico de las personas con discapacidad cognitiva, su protección legal, así como la creación y consolidación de un marco normativo pertinente, se han convertido en un tema de especial connotación a nivel nacional e internacional, siendo muestra de ello la Convención sobre Discapacidad próxima a ser Ley de la República y la Ley 1306 de 2009, objeto de análisis en esta obra.

En ese sentido, esta publicación tiene por objeto hacer una presentación académica y jurídica del contenido de la citada norma; teniendo en cuenta su importancia para el ordenamiento jurídico colombiano, pues se trata de la reforma a una parte significativa del Código Civil en cuanto al carácter de los asuntos que aborda. Adicionalmente, se hace un análisis del contenido y se brindan las herramientas necesarias para la enseñanza, por parte de los docentes dedicados a ello en los programas de derecho, así como para el entendimiento de sus alcances por parte de los estudiantes.

De otro lado, esta publicación contiene los textos del trámite legislativo de la hoy *Ley 1306*, en su paso por el Congreso de la República, hasta llegar al texto final de la norma. Ello con el ánimo de brindar al lector, a la academia y a todos los sectores de la sociedad, un medio de consulta e investigación que permita conocer los antecedentes legislativos y de formación de la iniciativa que hoy es Ley y que otorga a las personas con discapacidad un medio de defensa, garantía y protección de sus derechos.



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario · 1623

ISBN 978-958-738-062-0



9 789587 380620