

## **Implicaciones de la ley 1306 de 2009 en el derecho privado colombiano**

**Rocío Serrano Gómez<sup>1</sup>**

**Maestría en Derecho de Familia**

**Universidad Autónoma de Bucaramanga**

**2012**

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Historia de la Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho de Familia y Docencia Universitaria. Profesora Asociada de la Universidad Pontificia Bolivariana, seccional Bucaramanga. Catedrática vinculada a la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. [rserranogomez@gmail.com](mailto:rserranogomez@gmail.com)

## **Introducción**

A raíz de la firma de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, emitida por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, nuestro país promulgó las leyes 1346 de 2009 y 1306 del mismo año. La primera, integró a la legislación nacional la mencionada Convención y reguló lo relacionado con la incapacidad tanto física como mental; la segunda ley, tema central de este trabajo, se enfocó específicamente en los menores de edad emancipados y los inhabilitados por enfermedades mentales.

Según se lee en sus primeros artículos, la ley 1306 de 2009 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” (artículo 1). Esta intención legislativa modificó pilares del régimen privado colombiano como el régimen de la capacidad del ser humano, aspectos de familia y de menores y algunas normas laborales y procesales. A partir de la vigencia de la norma, esto es, el 05 de junio de 2009, jueces de familia y funcionarios del Bienestar Familiar, han tenido que acomodar su actuación a este “remezón jurídico” que promete, por lo menos en el papel, “una visión moderna de los sujetos con trastornos mentales o del comportamiento”.

La norma quiso abarcar todos los aspectos relacionados con quienes sufrían una u otra patología que impedía, o bien su normal desempeño en sociedad, o bien su completo uso de razón. En términos generales, la columna central de la norma es el respeto a la

condición humana del enfermo mental; de ahí, el especial empeño en preservar sus derechos fundamentales, entre ellos su dignidad, salud, al trabajo y en la no discriminación por la discapacidad mental. Por otro lado, al distinguirla como “población vulnerable”, el legislador encarga no solo a la familia sino al juez y a toda la sociedad de la guarda de los derechos fundamentales y patrimoniales que pudiere llegar a tener quien padezca de dichas enfermedades. Otra intención es modernizar de acuerdo al derecho comercial y financiero la reglamentación de Andrés Bello, para alcanzar, idealmente, mejores rendimientos económicos.

La siguiente referencia a la exposición de motivos de la Ley, resume en pocas líneas los objetivos de la ley:

*“Hoy se estima que la patología de la mente abarca una amplísima gama de situaciones que tienen que ver con deficiencias en la capacidad cognitiva -o retraso mental-, desde los más graves, hasta aquellos leves y desde los más permanentes e irremediables, hasta los que pueden ser paliados mediante técnicas especiales de aprendizaje y entrenamiento terapéutico; y cobija también a quienes sufren serias desviaciones de conducta (trastornos mentales graves, según la Clasificación Internacional de Enfermedades, de la OMS) que los alejan de la realidad de manera esporádica o permanente, en una cantidad de grados, según las características y la gravedad de la enajenación.*

(...)

*El presente proyecto de ley, si bien considera que todos los seres humanos con algún tipo o grado de discapacidad deben tener un trato preferente por parte del Estado y de la sociedad, tiene como fin primordial la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Al respecto es importante tener en cuenta que para efectos jurídicos, la ciencia médica ha establecido que existen niveles de discapacidad, con diferente incidencia en el ámbito del derecho.*

*En consecuencia, tanto para la ciencia jurídica como para la ciencia médica el tratamiento de las personas con algún tipo de discapacidad ha sido una constante en la historia de la humanidad.” 2*

Sin duda, en el pasado el tratamiento legal a la discapacidad era una especie de “tierra movediza”, entre otras cosas, por la falta de precisión de la causa que pudiera originar la interdicción y por la falta de control legal a “la persona” enferma. Pareciera que el Código Civil hubiera escogido un fin primordial, la protección patrimonial, dejando de lado los derechos de la personalidad de su titular. Esta situación pudo haber favorecido el rechazo y el destierro que socialmente sufría el enfermo al ingresar, muchas veces para toda la vida, en centros psiquiátricos, condenado a la soledad y a una especie de muerte civil totalmente injusta y denigrante. Según veremos adelante, el tratamiento clínico al cuerpo del incapaz es uno de los puntos centrales de la legislación, lo que se refleja en el internamiento

---

2 Exposición de motivos de la Ley 1306 de 2009. Gaceta del Congreso de la República Número 366 (año XVI) páginas 16 y 17. Citada en la sentencia T-650 de 2009. Magistrado Ponente Doctor Humberto Sierra Porto.

excepcional y el seguimiento del Juez a la permanencia del enfermo en estos centros clínicos.

En la nueva legislación, el juez de familia asume un papel activo en el cuidado del interdicto, puede decirse que es el principal defensor de los derechos del interdicto o inhábil, dentro del proceso y aún después de promulgado el decreto de interdicción. Paralelamente, se vincula al Defensor de Familia, uno de los mas atareados funcionarios de la administración pública, para que asuma el cuidado del cuidado de mayores de edad afectados por problemas mentales.

Como lo advierte su último artículo, la ley 1306 de 2009 deroga los artículos 261, 428 a 632 del Código Civil y modifica parcialmente el artículo 34 del mismo Código. Así mismo, deja sin efectos los artículos 427, 447, 649, 655, 660 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, “así como cualquier norma que le fuera contraria”. Debido al cambio significativo en la visión de la incapacidad y la administración de bienes de incapaces y a las múltiples funciones que acarrea para algunos funcionarios de la rama judicial y administrativa, este trabajo pretende interpretar las modificaciones al régimen de guardas y en general, a lo relacionado con la capacidad negocial del sujeto, que podrían ser “las normas contrarias” al sentido de la reforma.

A propósito de la numeración relacionada, nos parece que existe un error de digitación en la mención del artículo 261 del Código Civil. Este es un artículo relacionado con la autorización de los padres para que un hijo que se encuentra en un domicilio ajeno pueda recibir alimentos del dueño del hogar donde se aloja. Pensamos que el artículo que debió

escribirse fue el 291 del mismo ordenamiento ya que esta sí es una norma referida a la administración de bienes de hijos de familia, es decir, al peculio ordinario y al extraordinario, en los casos en que se excluye la administración de los padres por expresa disposición del donante o testador.

En cuanto a los artículos 428 a 632 se entienden perfectamente derogados por tratarse del régimen de tuición de incapaces redactado por Andrés Bello hasta la aparición de la ley. De contera, se afectan las mencionadas reglas del Código de Procedimiento Civil, y se reemplazan por los artículos 41, 43, 44 y 45 de la Ley 1306 de 2009. En cuanto al artículo 5 del Decreto 2272 de 1989, se adicionan competencias al juez de familia sobre los asuntos indicados en el artículo 40 de la ley 1306 de 2009, referentes a nombramiento, remoción y aprobación de cuentas del curador.

Sobra decir que hasta la expedición de la ley 1306 el régimen de guardas había estado regulado por el Código Civil y el Código de la Infancia y la Adolescencia. Creemos que otra de las propuestas de la norma es acompasar la legislación interna con los principios contemplados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) integrada a la legislación nacional mediante la ley 1346 de 2009. Es claro que a partir de ahora, el intérprete debe tener en cuenta, no solo la ley interna, sino todo el bloque de constitucionalidad al resolver y tramitar asuntos relacionados con este grupo humano.

Cabe anotar que antes de la vigencia de la Ley 1306, esto es antes del 05 de junio de 2009, se expidió por el Ministerio de Educación Nacional el Decreto 366 del 09 de febrero de 2009, que reglamentó la organización del servicio de apoyo pedagógico para la atención de

estudiantes con discapacidad y con capacidades o talentos excepcionales en el marco de la educación inclusiva. Esta normatividad, pretende que los colegios estatales reciban en sus aulas a los mencionados estudiantes sin discriminación alguna. De alguna manera, la intención es eliminar los colegios “para niños especiales” y encargar del proceso pedagógico de estas personas a los profesores de colegios regulares.

Propone el Ministerio un servicio educativo igualitario para niños ciegos, sordos, con baja visión, sordociegos, con discapacidad cognitiva (síndrome Down y otras condiciones que generen discapacidad intelectual, síndrome de Asperger y autismo), o “con talentos excepcionales” –entendemos por tales los niños llamados popularmente “superdotados”-, de manera que compartan la misma aula de clase con alumnos cien por ciento capaces. Para ello, el Decreto vincula a las entidades territoriales, las cuales deberán ofrecer las condiciones para lograr el propósito normativo. Estas condiciones son, mayormente, humanas, mediante el nombramiento de profesores de planta y de dedicación exclusiva para la población mencionada. (artículo 10).

Adicionalmente, los colegios estatales deberán contratar el “servicio de apoyo pedagógico” con organizaciones “de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación” (artículo 12). El servicio que ofrecerá el contratista será de psicología, terapia ocupacional, fonoaudiología, terapia ocupacional, sicopedagogía, entre otros.

Esperamos que tan nobles ideales sean una realidad en la precaria situación del presupuesto nacional para educación. Así mismo, confiamos en que la emisión de este Decreto haya

estado antecedida por estudios científicos que certifiquen la conveniencia de incluir en medios escolares “estandarizados” -y en cierto punto, agresivos y excluyentes para la especial situación de niños discapacitados mentales-, estudiantes que ameritarían un ambiente especial de educación.

Por último, se aclara que a lo largo del desarrollo de la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (2009-2010), se escribieron dos artículos relacionados con el tema de este trabajo que son autoría de quien escribe este trabajo final: uno de ellos previamente publicado en la Revista Científica Puente de la Universidad Pontificia Bolivariana (2010) y otro entregado a la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, en prensa al momento de entregar este trabajo. Siendo así, la intención de este escrito es “hacer el cierre” sobre el impacto de la reforma en el Código Civil colombiano y ofrecer una visión completa del nuevo régimen de incapaces.

### **1. Modificaciones de la Ley 1306 de 2009 al régimen de la capacidad humana**

La Ley 1306 de 2009 no es una reglamentación exclusiva de las Guardas. Sus efectos abarcan aspectos no sopesados aún. Como se sabe, la reforma buscó equiparar la existencia social y jurídica de los incapaces a la de los demás miembros de la sociedad y esta idea central de dignificación determinó que se ampliara su capacidad negocial a aspectos no



contemplados anteriormente. Algunos aspectos, como el tratamiento a la nulidad absoluta o relativa y el aspecto de la capacidad y el consentimiento como elementos de la validez de los negocios jurídicos, son ejemplos de lo anterior.

### **El consentimiento**

En términos generales, se entiende que una persona dio su consentimiento “cuando aceptó, permitió o autorizó la realización de una conducta o una petición específica que otra le hace y, también, tratándose de relaciones jurídicas que aceptó obligarse.” (ORTIZ MONSALVE, 2007, P.107).

Para que el contrato sea válido debe existir consentimiento de la parte que se obliga y no estar vinculada la realización del acto a un fin ilícito. En cuanto a lo primero, es apenas obvio que debe haber un consentimiento y además debe manifestarse respetando dos condiciones: que sea dado por una persona perfectamente capaz y que sea espontáneo, no producto de la violencia (fuerza), por el engaño de otro (dolo) o por error de quien lo suscribe.

En cuanto a lo segundo, no estar vinculada la realización a un fin ilícito, se entiende que la capacidad y la causa conforman el aspecto interno del acto jurídico: la causa es el nexo entre la manifestación de voluntad y la naturaleza íntima de la relación jurídica ( DÍAZ RAMÍREZ, 2007).

Independientemente de la causa, el consentimiento es un requisito de validez según el artículo 1502 que exige como condición para que exista obligación que el sujeto “consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”.

Según Ortiz Monsalve (2007), se exige además la existencia de “dos o mas declaraciones de voluntad, que sean comunicadas, tengan una finalidad común y que sean concordantes o se integren recíprocamente” (p. 109). De acuerdo a lo anterior, es necesario que la persona que emita la declaración de voluntad sepa de qué se trata la obligación que está suscribiendo y que desee vincularse con otra persona.

En conclusión: la voluntad es elemento esencial del consentimiento y también lo es del negocio jurídico. La voluntad es una manifestación de la autonomía del ser humano, por tanto, un acto jurídico afectado por influencias externas (error, fuerza o dolo) no surte efectos.

### **Elementos que influyen negativamente en el consentimiento**

El consentimiento humano puede estar afectado por el error sea de hecho o de derecho, el dolo contractual y la fuerza o violencia ocasionada sobre el contratante.

El **error** impide la formación del consentimiento, este no se forma adecuadamente porque las circunstancias externas no encajan con lo querido por el sujeto (artículos 1510 y 1511 del Código Civil). Puede existir error en la especie de contrato, “como cuando una parte entiende empréstito y la otra donación”, así como error en la sustancia o calidad esencial del objeto, como si una parte entiende deber una cadena de oro de 14 quilates, siendo en realidad de 18 quilates; en este caso el contrato, aunque existe está viciado porque ante el error no hay consentimiento, y por lo tanto puede anularse.

Igualmente, puede existir error en la persona. Para que pueda declararse este error “debe ser excusable” y genera en quien lo causó la obligación de indemnizar a la otra parte.

En cuanto al segundo elemento, **el dolo contractual**, se presenta por el aprovechamiento que una parte hace de otra, usando maniobras, artificios o reticencias para inducirlo a contratar. La sanción de nulidad en este caso incluirá para el culpable la pérdida de los efectos del contrato. Según ORTÍZ MONSALVE (2007) Es necesario que el dolo provenga del otro contratante, porque si lo genera un tercero no origina nulidad sino acción de perjuicios contra quienes lo fraguaron o se aprovecharon de él (artículo 1515 Código Civil).

Por último, la **violencia** impide que el contratante exprese su voluntad porque teme a las consecuencias de una amenaza o intimidación, o un acto físico que le impide expresarse según su deseo. Hay una inconsistencia entre lo declarado y lo querido.

### **La capacidad**

En términos generales, la capacidad es un atributo de la personalidad y un requisito de validez de los contratos. Atributo de la personalidad, considerado por PARRA BENÍTEZ (2008) el mas importante, porque “es el contenido de la personalidad”, lo que le permite ser titular de derechos, de tener obligaciones, sin lo cual “de nada le serviría ser persona” (p. 211). Esta “aptitud para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial”, como la llamó BONECASSE (2005, p. 162), es lo que legalmente se llama capacidad de goce.

Al mismo tiempo, se entiende la capacidad como requisito de validez de los contratos porque no basta con ser titular de los mismos para negociarlos: se exige, para la validez del

negocio jurídico que quien ostenta el derecho tenga la madurez, la racionalidad suficiente para comprender los efectos jurídicos de su actuación. <sup>3</sup>

De lo anterior se desprende que todos los seres humanos puedan ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de goce), pero no todos pueden hacer disponer libremente de ellos (capacidad de ejercicio). La ley se ha encargado de definir expresamente los periodos de la vida en que se es titular de una y otra capacidad. Para Josserrand (2008) la capacidad de goce es mas importante que la de ejercicio porque la contiene; En efecto: todas las personas desde que nacen hasta que mueren son sujetos de derechos, titulares de los mismos, nadie puede ejercer sus derechos si no es titular de los mismos. La capacidad de goce la tenemos todos desde el nacimiento hasta la muerte. De esta manera las incapacidades de goce son, al decir de Josserrand, “bastante raras” y solo aparecerían por expresa sanción legal, de esas que se daban en tiempos remotos: la pena de prisión perpetua o la muerte civil, cuyo efecto era inhabilitar al sujeto para ser titular de derechos; igualmente, algunas disposiciones legales pueden impedir el goce del derecho a una persona: como aquella que actualmente impide a los menores de edad votar y postularse para ciertos cargos públicos o como la que en el pasado impedía que la mujer casada no pudiera ser titular de patria potestad sobre sus hijos.

Lo que no es excepcional es que un sujeto vea privada su capacidad *para ejercer libremente sus derechos*. Esto sucede, por mandato legal, durante una época de la vida en

---

<sup>3</sup> El artículo 1502 del Código Civil dispone que “para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz”, añade además que “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra”

la que se considera que no existe suficiente madurez emocional para comprender los efectos jurídicos de la celebración de actos jurídicos, lo que sucede en la minoría de edad. En este período de existencia del ser humano, se gradúa la incapacidad de ejercicio en absoluta o relativa según la distancia con la mayoría de edad, que como se sabe es el límite para presumir legalmente el arribo a la lucidez mental absoluta. (artículo 1504 del Código Civil).

Hasta aquí, se ha dicho que el individuo menor de dieciocho años disfruta de capacidad de goce pero en cuanto a su capacidad de ejercicio la tendrá en mayor o menor grado según se acerque a los 18 años. De todas maneras: si es incapaz tendrá que actuar representado por otros, sus padres en la mayoría de los casos, o sus guardadores de tratarse de un menor de edad emancipado <sup>4</sup> La capacidad de goce, se insiste, perdura toda la vida, nunca puede ser suprimida, la tendrá la persona por el solo hecho de serlo, y como tal no se ejerce por intermedio de otros ni puede ser desvirtuada porque no es una presunción sino un hecho cierto.

No sucede lo mismo con la capacidad que se adquiere con la mayoría de edad. La presunción de capacidad de ejercicio puede desvirtuarse por los medios legales cuando la capacidad de raciocinio se afecta y así se demuestra en proceso judicial de interdicción. <sup>5</sup> Por lo anterior, el sujeto deja de ser capaz para convertirse en un incapaz.

## **La incapacidad**

---

<sup>4</sup> Artículos 63, 291 y 1505 del Código Civil.

<sup>5</sup> Artículos 1504 y 553 del Código Civil. Ley 1306 de 2009.

Según la doctrina, **la incapacidad** es la negación que hace el derecho a ciertas personas de la facultad de realizar actos jurídicos por sí mismos (OSPINA FERNANDEZ, 1987). De acuerdo a lo anterior, consiste en una inidoneidad que se presenta frente a la capacidad de ejercicio exclusivamente, que implica “limitar las facultades del sujeto que carece de condiciones físicas, síquicas o legales para realizar actos jurídicos” (LEÓN ROBAYO, 2007, p. 85).

Siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción, se acepta únicamente para los casos establecidos en la ley, sin que pueda haber incapacidad sin texto legal que la establezca y como sugiere el artículo 1123 del Código Civil francés -citado por Josserand (2008, p. 105)-, según el cual, “no se presumen y son de derecho estricto y de interpretación estricta también”.

Al ser la incapacidad una situación excepcional provocada por situaciones ajenas al sujeto, no es una sanción sino de una medida de protección legal que se aplica a quienes sufren de las mencionadas limitaciones, para evitarles eventuales daños en su patrimonio. Es una protección negativa que busca preservar la integridad económica del titular impidiéndole celebrar algunos o incluso todos los negocios jurídicos.

Los efectos de la medida de protección impedirán que el sujeto ejerza autónomamente sus derechos subjetivos sin privarlo de la titularidad. Según la especial situación que afecte la razón, la capacidad para administrar competentemente el patrimonio, o la mera facultad para interactuar normalmente en sociedad, la incapacidad será absoluta o relativa.

### **Incapacidad general**

Según Ospina Fernández (1987), esta clase de incapacidad afecta a los seres humanos que, por carecer del discernimiento o de la experiencia necesaria, están naturalmente inhabilitados para celebrar actos jurídicos. El artículo 1504 del Código Civil dice que padecen esta situación “las personas con discapacidad mental, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender”, con la advertencia de que sus actos “no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

Aunque no los menciona, se entiende que los infantes se incluyen en este rango de incapacidad con los impúberes. Los discapacitados mentales, son los mayores de edad cuya presunción de capacidad ha sido desvirtuada por la sentencia de interdicción, o los menores de edad que desde la pubertad han sido declarados interdictos bajo la medida de la patria potestad prorrogada que contempla por el artículo 26 de la Ley 1306 de 2009. Veamos una a una las diferentes situaciones de incapacidad absoluta que contempla el Código Civil.

En cuanto al **incapaz absoluto por “demencia**, recordemos que con anterioridad a la ley 1306 de 2009, no existía una clara definición legal ni doctrinal de la enfermedad mental. Vagamente se le catalogaba como “un trastorno de la razón”, un “deterioro progresivo e irreversible de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta” (LEÓN ROBAYO, 2007, p. 88); o “cualquier trastorno serio en la organización mental”, siendo los límites entre salud y enfermedad estados intermedios, “fronterizos, premorbosos” que conforman un “dilatado campo de anomalías o anormalidades síquicas o neuróticas.” (GÓMEZ, 2001, p. 15).

Algunos autores, como Ignacio Alhippio Gómez (2001), no han dudado en calificar como rasgos distintivos de la discapacidad mental la irracionalidad, gravedad, permanencia y, en cierto sentido la “inutilidad” del enfermo mental. Esta visión negativa de las

enfermedades mentales era consecuente con la época en que se escribieron los textos legales. Sin considerar los avances legales, el “trastorno general y persistente de las funciones síquicas”, suponía que el enfermo no se adaptara “a las normas del medio ambiente” y que no sacara provecho para si ni para la sociedad” (GÓMEZ, 2001, p. 15).

La dura calificación doctrinal del enfermo mental era consecuencia del tratamiento legal. Sin definir los límites de esta situación humana, Andrés Bello detectó, con palabras que hoy se consideran contrarias a la dignidad humana <sup>6</sup>, la existencia de imbéciles, idiotas y mentecatos. Esto hizo que algunos autores dedicaran líneas de sus textos tratando de definir los linderos de estas calificaciones propias del siglo XIX. Los “idiotas”, dijeron, eran personas “con desarrollo mental incompleto”, por insuficiencias mentales graves congénitas, o desarrolladas en la infancia, cuyo desarrollo “corresponde a una edad inferior a tres años”. La idiotez se manifestaba con la falta de inteligencia, falta de capacidad para satisfacer necesidades fisiológicas, deficiente o nula escolaridad, falta total de atención, carencia de voluntad y de juicio, afectividad rudimentaria lo mismo que el lenguaje, e inclusive “estigmas de degeneración”.

El “Imbécil” fue considerado como aquel sujeto que presenta un desarrollo cognitivo de un niño entre los tres y siete años. Y según lo anterior, sus signos reveladores serían falta de atención, memoria incierta, falta de juicio o iniciativa, es decir, se definía como el anterior pero un poco mas desarrollado en su razón, sin llegar a considerarse un ser “normal”. <sup>7</sup>

Mejor que limitar con palabras la incapacidad mental es ampliar su rango, que es la opción que asumió la Ley 1306 de 2009 donde existe el concepto general de “discapacidad mental” y se entiende que la tiene cualquier persona natural que padezca “limitaciones

---

<sup>6</sup> Sentencia C-478 de 2003

<sup>7</sup> Las definiciones de imbecilidad e idiotismo son de Gómez (2001, p. 16).



psíquicas o de comportamiento” que le impidan “comprender el alcance de sus actos” o que le lleven a asumir “riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio”.<sup>8</sup>

El artículo 17 de la Ley 1306 define a la discapacidad mental como una “afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”. Con la claridad que caracteriza su pluma, el profesor Medina Pabón (2010), enuncia casos concretos de incapacidad mental absoluta, entre los que refiere a patologías de la psiquis como neurosis y psicosis (fobias, ansiedades, esquizofrenias, paranoias y otras), que anteriormente podían encasillarse en lo que el Código Civil llamaba “locura furiosa”. Así mismo, considera que los estados emotivos extremos de ira, dolor o euforia que alejan al sujeto de la realidad pueden derivar en la discapacidad mental absoluta siempre que la afectación sea grave o severa, así como las enfermedades que en los mismos términos afectan la conducta del sujeto por ingestión voluntaria o accidental de sustancias alucinógenas y las enfermedades que al final de la vida afectan la razón del sujeto, como son la trombosis, el Alzheimer, entre otras.

Otro sujeto incapaz es el **menor de edad**. Se presume de derecho por el legislador que solo hasta los dieciocho años se alcanza la facultad de conocer los efectos jurídicos de los actos. (artículos 1503 y 1504 del Código Civil) y que, por debajo de esa edad, la persona experimenta un mayor o menor grado de incapacidad.

Los **Infantes**, por ejemplo, son incapaces absolutos porque a su tierna edad (entre los 0 y los 7 años) no han alcanzado discernimiento alguno, por tanto, su falta de comprensión es general y completa y concierne a todos sus actos. Se dice del *infans* lo mismo que del demente: que son sujetos incapaces de emitir una voluntad. La ley afirma que los actos de los infantes e impúberes son absolutamente nulos (artículo 1741.2 Código Civil), pero la

---

<sup>8</sup> Artículo 2 Ley 1306 de 2009

doctrina nacional e internacional propone otra clase de efecto aparte de la nulidad absoluta. Valencia Zea (1997) afirma que los infantes se encuentran totalmente desprovistos de discernimiento y que por lo tanto no pueden emitir ninguna clase de voluntad jurídica, siendo sus actos “inexistentes”; por su parte la doctrina francesa coincide con la legislación colombiana, y los califica como actos absolutamente nulos <sup>9</sup>. En palabras de los Mazeaud (1969): “el consentimiento existe, pero se presume que no se ha dado con consentimiento de causa” (p. 264).

Inexistentes o absolutamente nulos, lo cierto es que el legislador muestra un total desinterés por los actos de quienes se encuentran en tan temprana edad. En la infancia el ser humano experimenta una inteligencia tan poco desarrollada, que la ley debe prohibirle toda intervención en el comercio jurídico.. Se dice también que la capacidad propiamente dicha solo comienza al cumplir siete años, de manera que el infante para el derecho es un ser humano absolutamente desprovisto de razón. (VALENCIA ZEA, 1997).

Similar es la posición de Josserand (2008), quien afirma que los infantes experimentan una incapacidad tan completa y tan profunda que les impide manifestar su voluntad jurídica de manera total, ya que no puede realizar ningún acto con efectos en derecho; no puede

---

<sup>9</sup> Para los hermanos Mazeaud (1969) los negocios de los incapaces están viciados con nulidad relativa porque solo interesa a ellos sus efectos, mientras que la incapacidad de goce, en los casos especiales y excepcionales en que se presenta, pueden estar viciados de nulidad absoluta o relativa, según se basen sobre consideraciones de interés general o de interés privado. Para el Código Civil colombiano los actos de los absolutamente incapaces, entre quienes están los infantes y los impúberes, están afectados por nulidad absoluta, y “no producen aún obligaciones naturales y no admiten caución” (artículo 1504 C.C)

obligarse, ni contratar, ni siquiera cometer actos ilícitos ya que le faltan tanto la capacidad comercial como la delictual.

Ascendiendo por la escalera de la capacidad humana encontramos a los que aún no tienen facultad reproductiva ni pleno uso de razón: **los impúberes.**, quienes experimentan un periodo de absoluta incapacidad que determina que sus negocios jurídicos sean absolutamente nulos <sup>10</sup>.

Hasta el año de 2005 se consideraba por ley que las niñas arribaban a la pubertad más pronto que los niños, debido a la concepción de que en ellos, su proceso de maduración física y mental era más lento que en las niñas. Por eso se les protegía durante dos años más indicando que si llegaban a celebrar algún negocio jurídico antes de los catorce años se consideraría absolutamente nulo; para las niñas en cambio esta protección solo duraba hasta los doce años, edad en la que entraban en la pubertad y como tales, podían celebrar válidamente y sin representación los negocios que expresamente les permite la ley a los púberes. Por justificadas razones de igualdad, el comienzo de la pubertad se equiparó para unos y otros en los catorce años, según la sentencia C-534 del 24 de mayo de 2005.

Actualmente, se entiende por el artículo 53 de la ley 1306 de 2009 que el límite a partir del cual se considera a alguien púber, se redujo a **doce años** para ambos sexos. Lo anterior, según el profesor Medina Pabón (2010), porque la ley 1306 equipara el término niño o niña con el de impúber, sujetos entre los 0 y los 12 años, y el de adolescente, que va de los 12 a los 18 años, con el púber; asimilación que hizo la ley 1306 del artículo 3 del código de la Infancia y la Adolescencia. Se aclara, eso sí, que para el matrimonio del menor de edad, se mantiene la edad de los catorce años para su validez, por las razones expuestas en la sentencia C-507 de 2005.

---

<sup>10</sup> Artículo 1504 C.C.

Especial atención merece otro de los catalogados como incapaces absolutos en nuestro código civil: **el sordomudo que no puede darse a entender por ningún medio**. El artículo 1504 lo catalogaba como un incapaz absoluto, junto con los infantes, los impúberes y los dementes. Sin embargo, su situación no es provocada por una enfermedad mental sino problema un problema físico que, en los casos mas agudos, produce un total aislamiento del sujeto. En el siglo XIX, tal incomunicación pudo haber implicado su desvinculación de la vida económica, el abandono y la soledad, así como la idea generalizada de que eran seres totalmente incapaces.

Afortunadamente, los adelantos científicos, tecnológicos y pedagógicos permiten su completa incorporación y participación en sociedad. Por esta razón, la Corte Constitucional considera que solo puede declararse su interdicción si logra probarse en el proceso mediante el certificado médico que dicha limitación afectaba su autodeterminación y si no puede darse a entender por un lenguaje de signos. Proceder de otra forma sería contrario a la dignidad humana 11.

Por razones como las establecidas por la Corte Constitucional, la nueva ley 1306 de 2009 no clasifica expresamente al sordomudo como un incapaz absoluto. Sin embargo, la amplia determinación del objeto de la ley y de su definición de la incapacidad mental podría llevar a los estrados judiciales a los familiares de un sordomudo que no pueda desempeñarse competentemente en sociedad -porque, por ejemplo, no puede darse a entender por el lenguaje de signos-, , como una medida de protección para su persona o

---

11 Sentencias C-983 de 2002 y T-855 de 2006.

bienes. Creemos que dependiendo del grado de discapacidad del sordomudo el juez podría declararlo incapaz absoluto o relativo. 12

Por otro lado, encontramos a los **menores adultos o púberes**, a quienes la ley reconoce capacidad para la realización de ciertos actos sin representación alguna. Según lo explican Colin y Capitant (2002), este voto de confianza en el púber se debe a que son actos personalísimos que no suponen riesgo patrimonial para él. Estos actos jurídicos son matrimonio, capitulaciones matrimoniales, testamento, reconocimiento de hijo extramatrimonial, entregar un hijo suyo en adopción 13; adicionalmente, administrar por

---

12 Artículo 1 de la Ley 1306 de 2009: “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 sociedad”. Por otro lado el artículo 2 de la misma norma dispone que una persona tiene discapacidad mental “cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permita comprender el alcance de sus actos (...)”.

13 Esta facultad estaba prevista en el artículo 94 del Código del Menor y fue ratificada mediante sentencia C-562 de 1995. La demanda fue interpuesta por un ciudadano bajo la consideración de que los púberes estaban bajo patria potestad y que su condición de incapaces no les permitía asumir una posición libre y espontánea en el momento de entregar un hijo en adopción. La Corte consideró que siendo el consentimiento del menor adulto un acto que se daba ante el defensor de familia, se aseguraba que la decisión del padre fuera consiente, libre y responsable. Otro argumento que se consideró fue que, si bien los padres menores adultos no “ejercen” patria potestad sobre sus hijos, la ley no les impide la

si mismo su peculio profesional y realizar diversas categorías de actos que por su naturaleza no son susceptibles de acarrearle consecuencias perjudiciales, entre ellos los actos de conservación de su patrimonio, como inscribir una hipoteca a su favor o interrumpir una prescripción, abrir cuentas de ahorros, intervenir sin representación en litigios relacionados con el ejercicio de su profesión u oficio, adelantar actos de administración –que no disposición-, siempre que sean lesivos de su patrimonio y actuar válidamente como mandatario de otro. (COLIN Y CAPITANT, 2002).

Recientes fallos jurisprudenciales han ampliado la capacidad del púber a decisiones relativas a su cuerpo y su integridad. Actualmente se entiende que puede autorizar libre y personalmente las intervenciones médicas que tengan impacto en su identidad o en sus derechos fundamentales <sup>14</sup> y en el caso de las niñas menores de 14 años, solicitar personalmente a una EPS la práctica del aborto una vez verificadas las especiales circunstancias que autorizan este procedimiento, según la sentencia C-355 de 2006, citada en la sentencia T-388 del 28 de mayo de 2009.

En el rango de la incapacidad relativa se ubicaba el “interdicto por disipación” de Bello, hoy llamado por la ley 1306 de 2009 “inhábil negocial” o sujeto con “incapacidad mental

---

capacidad para un acto civil como el previsto en el inciso segundo del artículo 94 del antiguo código del Menor.

<sup>14</sup> Al respecto, la sentencia T-477 de 1995 precisó que existían dos clases de intervenciones quirúrgicas: las comunes y corrientes en las que no había urgencia y aquellas en las que se previa vulneración de la identidad o dignidad del sujeto, como el cambio de sexo. En estos casos, solo el menor de edad podía dar su consentimiento personalmente, no sus padres.

relativa” 15 cuyo régimen negocial se amplió favorablemente en el nuevo régimen de incapaces, según se verá a continuación.

### **Consideraciones finales entorno a la reforma a la capacidad humana**

Aparte de brindarle protección y equiparlo al menor de edad para efectos de todas las garantías concedidas en la Ley de Infancia y Adolescencia, el propósito legal fue darle mayor libertad, autonomía y reconocimiento a quien padece trastornos mentales. De la mano con las buenas intenciones, se desarrolló un nuevo régimen de capacidad negocial y administración de bienes de incapaces muy dinámico pero de consecuencias no sopesadas aún.

La reforma modificó el régimen de capacidad humana en sus grados de absoluta y relativa. En cuanto a esta última, recordemos que se limitaba a la disipación. En la Ley 1306 de 2009, cualquier “deficiencia de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial” (artículo 32) produce incapacidad mental relativa. Una vez emitida la sentencia judicial, la persona sobre quien recae la medida -antes “interdicto”- se llamará “inhábil negocial” y la “inhabilitación” afectará la capacidad del sujeto para realizar, exclusivamente, los asuntos restringidos en la sentencia, para los restantes será completamente capaz (artículo 15.2).

---

15 En su texto *Las personas en el Derecho Civil*, edición del año 2010, Martha Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez, consideran que La Ley 1306 de 2009 no ordena reemplazar la expresión “disipador”, como si lo hace con la palabra “demente”, razón por la cual se puede seguir empleando sin contravenir la ley.

Lo anterior quiere decir que cuando realice negocios que estén relacionados en la sentencia deberá actuar asistido por una persona que no es su representante sino que actúa como “consejero”, quien, como su nombre lo indica, *aconsejará* al inhábil para que sus negocios sean válidos y convenientes. Y, cuando celebre negocios no enlistados en la sentencia podrá actuar libremente y sin asesoría alguna.

En lo demás, estamos frente a un sujeto totalmente autónomo y capaz: diferente al interdicto por disipación de antaño. Inclusive, respecto a sus gastos personales administrará libremente una suma que no exceda el cincuenta por ciento de sus “ingresos reales netos”, lo que puede ser significativo en ciertos casos. Imaginamos que, con la mira de la protección que guía toda la norma, los parientes podrían pedir al juez de familia que reduzca este porcentaje. (artículos 34 y 35 de la Ley 1306 de 2009).

Ahora bien, en cuanto al **incapaz mental absoluto**, la sentencia de interdicción tiene efectos mas graves porque después que se expida los actos serán “absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido”. Esta previsión del artículo 48 de la ley 1306 es similar a la que traía el artículo 553 del código civil, pero mas adelante la ley 1306 presenta unas excepciones donde radica el verdadero cambio al régimen de capacidad negocial de estas personas.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> A excepción de Guillermo Montoya y Martha Elena Montoya (2010, p. 287) , quienes consideran que la las excepciones de los artículos 13, 49, 50 y 51 de la Ley 1306 de 2009 *solo se aplican para discapacitados mentales no interdictos*, la interpretación que se le ha dado a estas normas es de ser verdaderas excepciones al artículo 48 de la ley 1306 de 2009, que declara la nulidad absoluta de todos los actos que se celebren con posteridad al decreto



En efecto, el inciso tercero del artículo 49 dice que “no habrá rescisión de los contratos bilaterales onerosos celebrados por personas con discapacidad mental absoluta, que les sean útiles, pero el representante legal o la misma persona una vez rehabilitada, tendrán derecho a que se fije justa contraprestación. Esta acción no pasa a terceros y prescribe en diez (10) años”.

De lo anterior, es claro que del principio general de la nulidad absoluta del artículo 48, podrán excepcionarse aquellos que se hagan después de la interdicción, siempre que sean útiles, entendemos beneficiosos, al incapaz absoluto. Siendo así, se abre una luz que no aparecía en el antiguo artículo 553 del código civil, que condenaba a la nulidad absoluta todos los actos que celebrara el “interdicto por demencia” con posterioridad a la sentencia. La razón por la que hoy se consideren válidos es, según el profesor Lafont Pianetta (2010), porque en ello se presume el consentimiento de su representante legal, quien necesariamente tendrá que actuar en el negocio como representante del interdicto. Aparte de los negocios jurídicos bilaterales onerosos y favorables para el discapacitado mental interdicto, podría considerarse la prestación alimentaria necesaria (artículo 49 inciso 2 de la Ley 1306), sin perjuicio del deber de compensación de los alimentos –según aclara el mismo doctrinante-, o de la contraprestación correspondiente, teniendo en cuenta que esta acción no pasa a tercero y prescribe en diez (10) años, según el artículo 49 de la ley.

Por otro lado, el discapacitado mental absoluto podrá ejercer **el derecho al trabajo** y ganar un salario digno, según la ley (artículo 13). El juez de familia, dentro de las múltiples nuevas competencias que le concede la ley 1306, tendrá la de resolver los

---

de interdicción. En este sentido, Lafont Pianetta (2010, p.p. 68 y 69) y Medina Pabón (2010, p. 683).

conflictos que surjan de esta relación laboral (artículo 51). Obvio es concluir que en dicho proceso el trabajador incapaz mental absoluto concurrirá representado por su curador y que dentro del proceso se exigirá la presencia del Ministerio Público, como sucede en los juicios donde intervienen menores de edad.

Como vemos, en este aspecto, la ley 1306 de 2009 modifica la ley laboral colombiana sustantiva y procesal. Aparte de lo dicho, la misma ley en el artículo 13 garantiza la estabilidad laboral y el ingreso a la fuerza de trabajo mediante “procesos de selección, formación profesional, permanencia y promoción que garanticen la igualdad de condiciones”, situaciones favorables que podrían reclamarse mediante tutela o acciones populares, según lo anuncia la norma. Un asunto novedoso es que el artículo 13 de la ley se dice que el empleo será “libremente elegido y aceptado” por el discapacitado mental, es decir, la declaración de voluntad ya no se hace por medio representante sino directamente por el interdicto. Guillermo Montoya Pérez y Martha Elena Montoya (2010) se muestran en desacuerdo, y opinan que en este caso debió hacerse referencia a la voluntad del representante. Nosotros pensamos que la norma es clara y que la capacidad para suscribir el contrato laboral es plena.

Como punto especial que reforma el régimen de alimentos para mayores (artículo 422 C.C.) ya no podrá alegarse la falta de necesidad en el alimentario cuando el que demanda es un discapacitado mental absoluto que devengue ingresos derivados de su trabajo (artículo 13 PAR, Ley 1306 de 2009).

En aras a respetar su dignidad personal no ofrece mayor dificultad el que se reconozca su derecho al trabajo y a un salario. Lo que si inquieta, por sus consecuencias, es el ejercicio del derecho a tener una familia contemplado en el artículo 50 de la ley. La inquietud radica en los efectos de esta facultad sobretodo sobre terceros incapaces, hijos.

Quienes adolecen de discapacidad mental absoluta, es decir, quienes según el artículo 17 de la ley 1306 “sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”, pueden celebrar “todo acto relacionado con el Derecho de familia”, siempre que se tramiten ante Juez de Familia y éste lo escuche en un intervalo lúcido (artículo 50).

Desde la total ignorancia de los temas médicos, parece difícil que la lucidez se presente e una manera intermitente o repentina en una persona tan gravemente afectada. Lamentablemente, en casos tan severos no es posible recuperar, así sea por momentos, la lucidez. Y si así fuera: ¿cuánto debe durar esta lucidez? Todo el proceso judicial? Solo en la audiencia donde sea oído el incapaz? De todas maneras: el acto jurídico traería efectos duraderos y vinculantes a terceros, probablemente menores de edad. Nos preguntamos: Podríamos hablar de relaciones familiares seguras y confiables, o mejor: podría asegurarse el interés superior del niño una vez haya terminado el “intervalo lúcido”?

Mas allá de la suspicacia, después de la reforma legal del año 2009, si el juez lo autoriza estando el interesado en un intervalo de lucidez, éste sujeto sometido a interdicción podría celebrar negocios de familia válidos, otrora absolutamente nulos para un incapaz, tales como: matrimonio, adoptar un hijo o darlo en adopción, patria potestad, custodia, alimentos, sociedad conyugal, filiación, reconocimiento de hijo extramatrimonial y matrimonial, testamento, entre otros.

Con lo anterior, hay que concluir que la ley 1306 de 2009 derogó el artículo 140.3 del código civil, ya que a partir de junio de 2009 los matrimonios de interdictos por discapacidad mental absoluta que se celebren ante el juez en un momento comprobado de lucidez serán válidos. Aunque solo serán válidos los matrimonios de incapaces absolutos

ante juez de familia ya que el notario o el sacerdote no podrían celebrarlos válidamente, dado que no pueden calificar el estado mental del contrayente.

Otro asunto relacionado con el derecho de familia es la adopción. En este punto se modifican los artículos del Código de la Infancia y la Adolescencia que exigen idoneidad mental en el adoptante y en quien ofrece un hijo en adopción. Anteriormente se entendía que faltaba la capacidad para dar en adopción por expresa disposición del inciso tercero del referido artículo 66: “a efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica”. La misma razón aplica al decir que se reformaron los requisitos para adoptar del artículo 68 que expresamente exigía “idoneidad física y mental” en el adoptante.

Aunque se valora la intención de la ley al darle al incapacitado mental absoluto la oportunidad de tener una familia, es preocupante la estabilidad emocional del menor. Seguramente, impedir la adopción al padre incapaz tenía que ver con el ideal jurídico de proteger al menor por sobre todas consideración. Por eso, el artículo 61 del Código de Infancia y Adolescencia contempla la adopción como “una medida de protección por excelencia”, de manera irrevocable y sustituta de la relación paterno filial. Pensemos: ¿podría mantenerse ese ideal con las modificaciones de la ley 1306 de 2009?

El artículo 63 siguiente dice que es un requisito de la adopción **el consentimiento** de “ambos padres”, es clara la reforma a este artículo porque a partir de la nueva ley se admite que solo uno de ellos tenga capacidad de ejercicio. La adopción así realizada haría surgir todos los derechos y obligaciones que se desprenden del parentesco civil obviamente ejercidas por el único padre capaz.

En cuanto a la capacidad para heredar, también existen modificaciones en el régimen del código civil. Efectivamente: el párrafo del artículo 25 de la ley 1306 de 2009 cambia el artículo 1027 del código civil que sancionaba con la indignidad a los ascendientes y descendientes llamados a suceder abintestato cuando no habían solicitado el nombramiento del guardador. En la norma actual se amplía el grupo de los posibles sancionados a “los parientes que sin causa justificada no provoquen la interdicción y que por esta razón causen perjuicios a la persona o al patrimonio del discapacitado mental absoluto”.

## **2. Aportes doctrinales a la interpretación de la Ley 1306 de 2009**

La importancia de la reforma en el régimen de la capacidad negocial del sujeto determinó que los principales doctrinantes de derecho civil personas y familia editaran nuevos títulos de sus obras. Sin embargo, estas publicaciones solo aparecen hasta el año 2010 y son, a decir verdad, bastante escasas las que actualmente incluyen expresa alusión a los efectos de la Ley 1306 en el derecho privado colombiano.

El primero en publicar sobre la reforma fue Pedro Lafont Pianetta (2010) y lo tuvo que hacer como un cuadernillo adicional a la edición que hizo la editorial Doctrina y Ley de su texto “Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional”. En dicha “Addenda”, el autor hace un juicioso análisis sobre cada uno de los capítulos de la ley comparando su contenido con el régimen de guardas de Andrés Bello. Aspectos como la naturaleza de la tuición de incapaces en ambos ordenamientos, las clases de guarda, los requisitos para

asumir el cargo, los sujetos activos (hoy en día solo curadores) y pasivos (en todo caso “pupilos”), así como las sanciones para la administración irresponsable, son su principal punto de análisis.

Aparte de comparar lo actual con lo anterior, el autor se refiere especialmente a las modificaciones al régimen negocial de los bienes de incapaces, especialmente en lo que tiene que ver con fiduciarias y condiciones para solicitar el permiso judicial. En general, su análisis es un repaso acompasado de las dos legislaciones. En cuanto al régimen contractual, apunta que la Ley 1306 modifica el artículo 553 del Código Civil al permitir validez a los actos jurídicos que él considera excepciones a la incapacidad absoluta con que se castiga a los negocios del declarado interdicto por demencia; los califica como “actos excepcionalmente válidos”, matrimonio y otros relacionados con el derecho de familia y aquellos que resultan favorables para los intereses del incapaz (artículos 15.1, 48.1, 49.3 y 50). Sin embargo, no profundiza en el análisis a los efectos del reconocimiento de validez de dichos actos.

Más profundo nos parece el análisis del profesor Juan Enrique Medina Pabón (2010) en su libro “Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas”, sobretodo porque alcanza a incluir en una segunda edición, completa y sin addendas, todo el impacto de la reforma en varios asuntos de la existencia humana, como la capacidad, el domicilio legal, las guardas, la administración de bienes de incapaces menores de edad emancipados y mayores de edad interdictos, entre otras. Con la claridad que lo caracteriza, el profesor Medina Pabón ilustra la ley con ejemplos concretos y asume posición personal respecto a varios aspectos, por ejemplo, su consideración sobre situaciones puntuales de enfermedad mental absoluta y relativa, algo no muy fácil de determinar, teniendo en cuenta el amplio

espectro de patologías de este tipo. Al igual que el profesor Lafont Pianetta, el maestro de la Universidad del Rosario compara ambos regímenes y aporta su visión personal sobre la pertinencia o no de la reforma. Esto es evidente en el capítulo dedicado a las Guardas. En cuanto al régimen negocial, el autor coincide con el profesor Lafont al considerar que si existe una reforma al artículo 553 del código civil en cuanto a considerar que los negocios jurídicos que analizaremos en este trabajo (artículos 48.1, 49.3, y 50 de la Ley 1306) son una verdadera excepción a la incapacidad que sobrevive después de la sentencia de interdicción.

En desacuerdo con esta opinión se presentan los doctores Guillermo Montoya Pérez y Martha Elena Montoya Osorio (2010). Para ellos no hay excepción alguna y los negocios relacionados con matrimonio, adopción y contratos bilaterales onerosos posteriores al decreto de interdicción siguen siendo nulos absolutamente ya que los artículos referenciados no son una excepción al artículo 553 del código civil. Estos actos, dicen ellos, solo serán válidos si son realizados por incapaces no interdictos. Aparte de esta clara posición personal, que aporta mucho al debate sobre la nueva ley, el texto de los profesores Montoya es un libro de clase, dirigido como los anteriores, a estudiosos del derecho y por lo tanto, relacionado con todos los temas de derecho civil personas. Como el anterior escritor, tuvieron la suerte de enfrentar el proceso de edición después de publicada la ley, de manera que toda la reforma se explica en cada uno de los capítulos del libro, especialmente en el capítulo “de las incapacidades y de la representación de los incapaces”. El texto es especialmente útil porque asume posiciones personales claras frente a la reforma y porque está escrito de manera didáctica con cuadros y gráficas claras y útiles.

Completando el cuadro de los principales doctrinantes nacionales del derecho civil personas, encontramos al Doctor Jorge Parra Benítez. En su libro “Derecho Civil General y de las Personas” (2010), se incluye la reforma en cada uno de los aspectos que modificó el régimen de la personalidad humana. Como es natural, el mayor énfasis se hace en el Título Segundo “la representación de los incapaces”, enfocando su análisis al efecto de la ley 1306 sobre incapaces menores de edad emancipados o con patria potestad prorrogada y en los mayores de edad afectados por demencia o inhabilidad negocial. Como los anteriores, el profesor Parra Benítez hace un paralelo entre el código de Andrés Bello y la nueva norma, siendo especialmente útil un cuadro que trae en el capítulo segundo “de la representación legal de incapaces emancipados”, que resume por acto, norma del código civil y situación cada una de los negocios jurídicos que exigían en el pasado autorización judicial para comercialización de bienes de incapaces. Lamentablemente no existe otro paralelo que complementaria, de la misma manera, sucinta y gráfica la situación actual después de la reforma. Sin embargo, el autor es claro al explicar cada uno de los puntos relacionados con la derogatoria de los artículos 428 a 632 del código civil. Explica, por ejemplo, las clases de guardas, las diligencias y requisitos para su ejercicio, y en general, todo lo relacionado con la tuición de incapaces. No asume una posición personal en cuanto al particular asunto que hemos venido resaltando en este estado del arte, como es los especiales negocios que pudieron haber modificado el régimen de la capacidad humana después del decreto de interdicción.

### **3. El régimen de guardas**



Las guardas o “tutición de incapaces” es una de las instituciones mas antiguas del derecho privado. En las Institutas del jurista Gayo (siglo II d.C.) se planteó una división entre los sujetos que solo dependían de ellos mismos o “sui juris”: los capaces y los incapaces. Eran causas de incapacidad en el derecho romano: a) la falta de edad, dándose tutor a los impúberos y a curador a los menores de veinticinco años; b) el sexo, las mujeres, quienes permanecieron en tutela perpetua en el derecho antiguo; c) la alteración de las facultades intelectuales, solventada mediante la asignación de un curador y d) la prodigalidad, que daba origen a la curatela. Estas dos últimas incapacidades también podían alcanzar a los “alieni juris”, pero no teniendo patrimonio que resguardar, se asignaba al padre de familia como su protector natural. (PETIT, 2005).

La tutela ya había sido referenciada en las XII tablas, donde se permitía al jefe de familia escoger un heredero y escoger mediante testamento un tutor para su hijo. Casualmente, el origen de la guarda (testamentaria, legítima o dativa) también procede de esta reglamentación, lo mismo que las funciones que desarrollaba el tutor o curador. De acuerdo a lo anterior, a lo largo de los siglos se ha mantenido el interés del Estado por proteger la persona y el patrimonio de quienes no pueden representarse a si mismos.

El chileno Luis Claro Solar, citado por Eduardo García Sarmiento (1999) define las guardas de las siguiente manera :

“Son la misión impuesta por la ley o deferida en virtud de sus disposiciones por la voluntad del hombre a una persona para proteger a los menores que no se hallan bajo potestad o bajo

potestad marital ya los mayores interdictos, para administrar sus bienes y representarlos en los actos civiles que les concierne.” (p. 636).

Encontramos en este enunciado todos los requisitos de la guarda: en primer lugar, el sujeto sobre quien recae la tuición es siempre un incapaz, menor de edad emancipado o sometido a patria potestad prorrogada o mayor de edad interdicto; en segundo término contempla el origen de la guarda catalogándola además como una “misión”, en consideración a la naturaleza del cargo, de forzosa aceptación. Por otro lado, se ha considerado siempre que las guardas son un sustituto de la patria potestad y que, generalmente, no se otorgan a “hijos de familia”, es decir, a quien está bajo la potestad parental.

Siendo una institución que protege al incapaz, un sujeto digno de especial protección legal, está regulada por normas de orden público, cogentes o de obligatorio cumplimiento. Ignorar la reglamentación de guardas tanto en la designación como en el ejercicio de la misma originaría nulidad procesal o contractual y harían incurrir al guardador en culpa que, dicho sea de paso, va hasta la culpa leve según lo establecido por el artículo 107 de la Ley 1306 de 2009.

### **Patria potestad y guardas**

Según se ha dicho, la tuición es un reemplazo de la patria potestad de manera que operando la una no cabe la otra. Tanto el padre de familia como el curador hacen las mismas cosas: administran el patrimonio del incapaz y lo representan judicial y extrajudicialmente.

Sin embargo, podrían enunciarse sutiles diferencias entre ambas figuras. Por ejemplo, que la patria potestad tiene por origen exclusivo el parentesco consanguíneo de primer grado mientras que la tuición no implica necesariamente vínculos de sangre. Por otro lado, la guarda debe siempre discernirse, es decir, debe ser autorizada por un juez de familia y depende de ciertos requisitos procesales previos y posteriores a la designación; la patria potestad no. Siendo un vínculo de familia se ejerce automáticamente como una consecuencia del parentesco, sin requisitos o formalidades como sería el inventario de bienes o la prestación de garantías para solventar eventuales perjuicios causados por la administración descuidada. La guarda puede renunciarse y hasta excusarse cuando el designado encuentra una causal legal, mientras que la patria potestad es irrenunciable e indelegable.

A pesar de sus coincidencias y diferencias, las normas de guardas respecto a la administración y negociación de bienes de incapaces, han venido usándose por analogía cuando se encuentra un vacío legal en patria potestad. Abordaremos el tema mas adelante cuando nos ocupemos de la reforma a los requisitos de negociación de bienes de incapaces.

#### **4. Principales modificaciones a la reglamentación de las guardas según la ley 1306 de 2009.**

En la reforma se mantiene el sentido de la institución ya que se considera una medida de protección por excelencia, regulada por normas de orden público, ejercida por familiares e

inclusive por terceros, originada en tres vías: testamentaria, legal y judicial; ejercida para el cuidado de la persona y los bienes de un incapaz por parte de un sujeto capaz y responsable.

Las guardas, tanto hoy como en el pasado, sustituyen la patria potestad así que, en términos generales, “se repelen”. Igualmente, la tuición debe discernirse mediante sentencia y es de obligatorio cumplimiento, salvo la existencia de una excusa o inhabilidad legal.

Se mantiene el celo del legislador al exigir cuentas y responsabilidad al administrador de bienes de incapaces, lo que se evidencia en la presentación de inventario de bienes del pupilo y ofrecimiento de garantías por parte del encargado de ejercer la guarda.

Debido a lo anterior, se sostiene la intención legal de que la misión sea ejercida, en lo posible, por un solo curador, dejando la pluralidad de guardas a casos excepcionales.

**En cuanto a los sujetos que intervienen.** La denominación de “guardador” y “pupilo” se recogió del Derecho Romano. El guardador es el sujeto capaz y el pupilo sobre quien se ejerce el cuidado. Según sea la edad de este último, el guardador recibía el nombre de “tutor”, “curador”. En la Ley 1306 se elimina la categoría de “tutor” y se añade un nuevo sujeto, el “administrador fiduciario”, del cual se hablará mas adelante.

Es interesante apuntar que la nueva ley amplía el sentido de la protección a incapaces prevista en los derogados artículos 428 y 436 del código civil, al considerar a los parientes, a toda la sociedad y al Estado como garantes de los derechos de esta población “especialmente protegida” (artículos 5, 6, 14 de la Ley 1306 de 2009). Esto es tan cierto, que los artículos 14 y 111 establecen que el interés del incapaz es defendible por medio de

acciones populares y tutela. Entonces, si bien es cierto que solo habrá “curador” después de discernida la guarda, desde antes de iniciado el proceso judicial todos los ciudadanos, y especialmente los padres, el cónyuge o compañero permanente y demás familiares consanguíneos y hasta civiles son encargados de la protección del sujeto con discapacidad. Este es el sentido del artículo 6 de la Ley 1306 que se relaciona estrechamente con la consideración de ser población de especial protección.

Mientras el sujeto mayor de edad no sea sometido a proceso judicial para desvirtuar la presunción de capacidad que sobre él recae (artículo 1503 y 1504 del Código Civil), se considerará plenamente capaz. Después de la sentencia de interdicción o inhabilitación sus actos serán considerados absoluta o relativamente nulos. En esta condición, el sujeto incapaz, el pupilo, adquiere la calidad de “persona con discapacidad mental” y según el grado de afectación mental o de comportamiento se conocerá como “discapacitado mental absoluto” o “discapacitado mental relativo” o “inhabilitado”. Esta nomenclatura es totalmente novedosa. Anteriormente, el enfermo mental se conocía por nombres despectivos y denigrantes hoy considerados inconstitucionales por la sentencia

La Ley 1306 amplió además la consideración de incapaz, al incluir dentro de este concepto los comportamientos sociales o los problemas de aprendizaje como causal de incapacidad absoluta o relativa. Sobre la graduación de la incapacidad, hablaremos mas adelante.

**En cuanto a la nomenclatura para identificar al guardador**, también varió, como se observa a continuación:

Cuando el pupilo es un emancipado infante, impúber o púber el guardador se llamará “curador”. Teniendo en cuenta que si se trata de un impúber este curador ejercerá guarda personal, además de la especial sobre el patrimonio. En el caso de los mayores de 12 años no sometidos a patria potestad, podrán objetar la voluntad del testador y oponerse al nombramiento que en dicho instrumento se haga del guardador testamentario. Respecto al cuidado personal del púber, ésta se someterá a lo dispuesto en el Código de la Infancia y Adolescencia –como sucede en la curaduría sobre el impúber e infante-, pero como consecuencia del reconocimiento a la autonomía del adolescente, la Ley 1306 excluye de la representación al curador “en aquellos actos para los cuales el menor adulto tiene plena capacidad”, haciendo referencia a la capacidad relativa y a los actos que en virtud del código civil pueden realizar estos jóvenes. (Ley 1306 de 2009, artículos 53 y 54).

En el evento en que el pupilo sea un discapacitado mental relativo, “inhabilitado” o “inmaduro negocial”, mayor de edad o menor de edad emancipado, quien ejerce la administración se llamará “consejero”.

Si la guarda ha tenido origen en un contrato de donación o en un testamento, quien ejerza se considera un “curador adjunto”, si el beneficiario se encuentra bajo patria potestad, o si ya tiene curador (artículo 59 de la Ley 1306). Este curador adjunto es, a la vez, “curador especial” dado que solo administra el patrimonio donado o legado.

En cuanto al “interino”, ejercerá mientras la guarda definitiva se asigna. En este sentido, no desaparece la figura ni se altera su objetivo.

No sucede lo mismo con el “oficioso”, categoría creada por la nueva ley seguramente con la finalidad de que sea cualquier persona de la sociedad quien, en últimas, asuma el

cuidado del incapaz. La persona que sin estar especialmente llamada por ley o por testamento asuma la guarda, actúa de oficio pero con idéntica responsabilidad de cualquier designado (Ley 1306, artículo 62).

En el pasado se hablaba de la “curaduría de vientres”, una categoría que desaparece bajo la nueva ley ya que el artículo 59 la cataloga como “adjunta”, y opera cuando por donación o testamento se deja un patrimonio al que está por nacer con la condición de que no lo administre la madre. Igualmente, cuando se designe administrador de bienes dejados al nasciturus cuando la madre se encuentre inhabilitada o sancionada para ejercer patria potestad, o, anotación muy particular del mismo artículo de la Ley 1306, “por haber atentado contra la vida del ser o seres que se encuentran en su vientre”.

Para terminar el cambio de denominaciones respecto a los titulares de la guarda, se conocerá como “administrador”, al curador de los bienes del ausente o de la herencia yacente. Este será legítimo o dativo y sus honorarios, según el artículo 115 serán los de cualquier auxiliar de la justicia y no del 10% como correspondería a una guardia cualquiera. En ambos casos, este administrador podría ser una fiduciaria si el patrimonio excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **La fiduciaria como administradora de bienes de incapaces**

Otra novedad de la ley 1306 (artículos 57 y 58) fue incluir a una persona jurídica, mas exactamente una sociedad anónima perteneciente al sector financiero, como administradora de bienes de incapaces. Como es propio de la fiducia regulada por el Código de Comercio, artículos 1226 a 1244, se crea un patrimonio autónomo que implica traspaso de la propiedad del titular (en este caso el incapaz) a la fiduciaria (artículo 95.2).

El acceso de las fiduciarias a la administración de bienes de incapaces depende del monto del patrimonio: solo cuando el valor de los “bienes productivos” de la persona con discapacidad mental absoluta o menor de edad, supere los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El nombramiento de la fiduciaria es facultativo del Juez, entendemos que también podría haber sugerencia previa de los parientes, pero si el monto de los bienes supera los mil (1.000) SMLMV, corresponderá su designación al juez previa licitación pública que se surtirá en las instalaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Como puede observarse, el objetivo de la ley lo constituye los bienes de incapaces absolutos de gran valor y que ameritan ser administrados llamados “productivos”, -es decir, los que dan frutos y su naturaleza merece ser conservada, según lo sugiere el parágrafo primero del artículo 59-. Solo excepcionalmente se ejercerá administración fiduciaria sobre bienes de incapaces relativos, o inhabilitados, cuando expresamente se solicite por el incapaz o por su consejero (artículo 57.2).

Por otro lado, el mismo artículo 57 de la Ley 1306 contempla la posibilidad de excluir a la fiduciaria del manejo de bienes de incapaces absolutos, siempre y cuando los familiares soliciten al juez que en vez de la persona jurídica opere una natural: el curador. Sin necesidad de solicitarlo, no se entienden incluidos en la administración fiduciaria la vivienda del pupilo y su menaje doméstico.

Cuando no se imponga porque no alcanza el tope de los 500 SMLMV, o cuando lo supere pero con aprobación judicial se autorice, la administración de los bienes del incapaz absoluto o menor de edad, será ejercida por una persona natural, un curador.



**Administradores adjuntos.** Por principio general, la administración de bienes de incapaces se ejerce por una sola persona. Siendo un asunto tan delicado, el ideal jurídico es que el patrimonio del incapaz sea administrado por un solo guardador o por los padres del menor de edad o mayor de edad bajo patria potestad prorrogada. Solo en casos especialmente previstos por la ley, se admite que un curador “adjunto” opere junto al que ya existe, o junto al padre de familia quien actúa en ejercicio de la patria potestad.

Pues bien, esta situación está prevista en el artículo 59 de la Ley 1306 cuando los padres no puedan ejercer la administración de los bienes del hijo porque fueron sancionados por mala administración (artículo 291 código civil), o porque el donante o testador, quien designa al hijo nacido, o a quien está por nacer, un patrimonio bajo la expresa condición de que ese éste no sea administrado por los padres. Solo que, si lo donado o legado excede los 500 SMLMV, o si siendo menos, el Juez de Familia estima necesario por tratarse de una administración complicada, debe designarse un administrador fiduciario, así se haya estipulado en el testamento o donación una persona natural como curador. (artículo 59 PAR 2).

Contrario sensu, el testador o donatario podrá nombrar un curador natural y se respetará su designación si la masa de bienes no excede el monto mencionado, así después en el ejercicio de la misión, dicha cuantía se alcance o exceda.

En ambos casos, el administrador (fiducia o persona humana) se denominará “adjunto, porque opera junto al curador que ya existía y que vino a administrar los bienes del hijo emancipado por las causales del artículo 315 del Código Civil, o que se encuentra bajo curatela por la mala administración del padre, tal como lo prevé el artículo 291 del mismo

código. Así mismo, puede llamarse adjunto porque por expresa disposición del donante o testador ese patrimonio legado o donado, tuvo que ser administrado por un curador que no es el padre (artículo 299 del código civil).

Paralelamente, podría darse la administración adjunta en una fiduciaria cuando por acto entre vivos o por causa de muerte se deja algo a quien está por nacer, que no se le deba a título de legítima, con la condición de que no los administre la madre, quien por derecho propio podría hacerlo como titular de la patria potestad. Igual cosa sucedería si no existe la precisa indicación en el testamento o la donación, pero la madre se encuentra excluida por haber cualquier inhabilidad de las que expresamente habla el artículo 73 de la ley 1306 para ejercer guardas, o ha sido previamente sancionada con la pérdida de la patria potestad (artículo 315 del Código Civil), o ha sido sancionada por mala administración (artículo 299 del Código Civil), o cuando, por disposición expresa de la Ley 1306, artículo 59, párrafo primero, la madre “ha atentado contra la vida del ser o seres que se encuentran en su vientre”.

La fiduciaria es, como cualquier institución del sistema financiero, vigilada por la Superintendencia Financiera. Adicionalmente, existe un control personal, ejercido por los familiares del incapaz, quienes ejercerán una especie de auditoría o control permanente sobre sus actos (artículo 95). De acuerdo a lo anterior, la compañía tendrá idéntica responsabilidad que cualquier guardador (hasta por la culpa leve). Igualmente, deberá cumplir con los requisitos de posesión frente al juez de familia, elaboración de inventario y rendición de cuentas anuales, de las que habla el artículo 103 de la ley. Igualmente, recurrirá al juez para pedir licencia cada vez que necesite negociar bienes puestos bajo su cuidado, según el artículo 93. Por expresa disposición legal, no está obligada a prestar

caución como el resto de los guardadores, debido a que existe un “Fondo de reserva de protección de activos fideicomitidos de pupilos”, que respalda la actuación de estas compañías. El “colchón” financiero de este fondo se conformará por el 20% de la remuneración que recogen las adscritas en cada administración.

Según la Ley 1306 de 2009, las obligaciones de las partes, estarán contenidas en el “contrato de fideicomiso de bienes de pupilos”, que se suscribirá, previa autorización del Juez, por el curador del pupilo o el mismo inhábil con el consentimiento de su consejero, o en últimas firmado por el mismo Juez si el curador se demora en hacerlo. El hecho de que se diga que el curador será quien firme el contrato (artículo 95.2), nos hace pensar que la fiducia siempre operará como curador adjunto, y que la presencia la guarda fiduciaria no excluye necesariamente la presencia de un curador de carne y hueso.

Este contrato se elevará a escritura pública y se registrará en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes para que se surta la tradición a favor de la fiduciaria (artículo 95.2). La relación comercial que surge a raíz de la guarda estará vigente mientras no se den las causales de terminación del artículo 111 de la Ley, o cualquiera de las condiciones resolutorias como la muerte del pupilo o su rehabilitación declarada por el Juez. Al acaecer la muerte, los bienes fideicomitidos entran en la sucesión del incapaz.

En dicho contrato se establecerán los honorarios que cobre la compañía que, según la norma son los de cualquier guardador, es decir, el diez por ciento sobre los frutos del patrimonio administrado. En todo caso, la décima no incluye los gastos de gestión de la fiduciaria, lo que indica que son honorarios “libres” y adicionales a los gastos financieros que puedan pactarse en el contrato (artículo 99).

## 5. La negociación de bienes de incapaces

La nueva ley de incapaces derogó los artículos 428 a 632 del Código Civil, es decir, modificó todo el régimen de negociación de bienes de incapaces emancipados y no emancipados. Desde este punto de vista, tanto curadores (naturales o fiduciarios) como padres de familia que ejerzan patria potestad, deben seguir los requisitos de administración y negociación de bienes de incapaces de la Ley 1306 de 2009.

En ejercicio de sus funciones, el representante del incapaz puede celebrar dos clases de negocios jurídicos: de administración y de disposición. Los **actos de administración o conservación** son aquellos que se hacen en provecho del patrimonio del incapaz y que tienen por objeto evitar que sufra pérdida inminente. Ejemplo de actos de administración son el suscribir contratos de arrendamiento, cobrar los cánones, venta de cosechas de una finca, contratación de abogados para interponer acciones reales en defensa de los bienes del pupilo, vinculación de empleados que trabajen en industria o bienes productivos del incapaz, cancelación de impuestos, apertura de cuentas bancarias, suscribir contratos de leasing financiero, pago de deudas, entre otros.

En contraste, los **negocios de disposición** se entienden, según BETTI (1943), como todo acto jurídico que acarrea disminución del patrimonio, y en este sentido, origina pérdida, limitación o disposición de derechos patrimoniales. En últimas, como dice el autor italiano, significan disminución patrimonial que consiste “en la pérdida o limitación de un derecho

subjetivo por parte del disponente” (p.213), lo que acarrea normalmente la ventaja de otro sujeto. Ejemplos de esta clase de actos serían la venta o donación de un derecho real sobre muebles e inmuebles, o la concesión de cualquier derecho real como servidumbre activa, usufructo, hipoteca o prenda, ya que estos implican, en últimas, la traslación del dominio mediante la subasta pública en caso de no cumplirse la obligación; así mismo, la celebración de fiducia inmobiliaria, ya que esta implica la traslación de la propiedad al fiduciario, entre otros.

Pues bien, en términos generales, los negocios de administración son libres, no requieren de permiso o licencia judicial. Antes de la Ley 1306 de 2009, se exigía este requisito para la administración de bienes inmuebles por largo tiempo, según fuera rural o urbano (artículo 496 del Código Civil). Con la expresa derogación del artículo mencionado, entendemos que hoy día no se requiere licencia para arrendar bienes muebles o inmuebles del pupilo o del hijo de familia. Opinión contraria es la de Montoya y Montoya (2010) quienes opinan que a pesar de que la norma que habla sobre arrendamiento de inmuebles fue derogada, debe mantenerse vigente “como regla de administración para los padres y en consecuencia estos están sujetos a la misma limitación” (p. 297). , en referencia a la licencia judicial cuando el contrato de arrendamiento excede los cinco o los ocho años, en tratándose de bienes urbanos o rurales. Compartimos plenamente la opinión expresada porque ceder la tenencia de un bien inmueble por extensos periodos de tiempo, sin que exista control del juez sobre el valor e incremento de los cánones, por ejemplo, podría afectar el patrimonio del incapaz.

En cuanto a los **actos de disposición**, tanto el Código Civil como la Ley 1306 exigen la licencia judicial para su realización, pero la norma del año 2009 se ajusta a los requisitos

actuales del comercio procurando hacer mas ágil la negociación, partiendo de la base de que los muebles e los inmuebles son igualmente valiosos, no como se consideraba en el siglo XIX cuando el bien raíz era el bien por excelencia, siendo por lo tanto su negociación un tanto mas dificultosa.

En sus artículos 93 y 94 la nueva ley de incapaces diferencia entre actos que exigen autorización y los que no la requieren. En general, resaltamos que los actos de disposición o enajenación de bienes o derechos de contenido patrimonial, así como las operaciones de crédito, otorgamiento de garantías reales o fianzas, la constitución de derechos reales principales o accesorias sobre bienes del pupilo, que no corresponda al giro ordinario de sus negocios, cuya cuantía sea inferior a los cincuenta (50) SMLMV serán de libre ejecución, es decir, sin necesidad de pedir la licencia judicial. Igualmente, siguiendo los parámetros del artículo 94, literal c), podrá invertir libremente en operaciones financieras como abrir certificados de depósito y papeles del Estado, siempre y cuando no supere el 10% del total de los activos del pupilo.

Ahora bien, si lo que se desea es comprar un establecimiento de comercio en el giro ordinario de los negocios del incapaz, el literal b del artículo 94 exige permiso judicial, previa presentación de un estudio de factibilidad.

En cuanto a las **donaciones de bienes del incapaz**, el curador deberá obtener la autorización judicial de aquellos actos, sobre muebles o inmuebles, si se afecta el patrimonio del pupilo. De esta manera se modifica lo anteriormente establecido en el Código Civil respecto a la absoluta imposibilidad de donar bienes raíces. Nos parece que la donación siempre afecta el patrimonio, y por lo tanto, pensamos que salvo normales

actos de caridad o de regalos “de poca monta”, debería siempre recurrirse al juez antes de donar muebles valiosos. En cuanto a bienes raíces, no hay duda de que su donación siempre exige la autorización judicial.

Por otro lado, la ley 1306 permite aceptar libremente herencias presumiéndose el beneficio de inventario. En cuanto al repudio de actos gratuitos a favor del pupilo, debe pedirse permiso al juez.

Una novedosa exigencia de la ley es que si se han de imponer obligaciones alimentarias al pupilo, a favor de familiares o allegados, se exige el permiso judicial y “en ningún caso se destinarán bienes del pupilo a atender necesidades suntuarias de los beneficiarios” (artículo 92, literal f), lo que modifica el artículo 411 y 424 del Código Civil sobre alimentos congruos. El citado artículo 92 de la Ley 1306, también aporta luces sobre las donaciones de bienes del pupilo, actualmente permitidas sin permiso judicial cuando no afecten negativamente el patrimonio del incapaz: de ninguna manera se entenderán “libres” si son suntuarias. Si el legislador se cuida en lo poco, que son cuotas alimentarias, debe entenderse que también lo hace en lo mucho: actos de mera liberalidad que pueden poner en verdadero riesgo la integridad patrimonial de sus protegidos.

En cuanto a las actividades de administración, el artículo 94 de la Ley 1306 presenta un curador moderno, regido por el derecho comercial, cuya meta principal es obtener ganancias para el pupilo. El guardador tiene amplias facultades como liquidar activos improductivos o de excesiva complejidad en la administración para reinvertir en operaciones financieras ordinarias, colocar dineros ociosos y excedentes en la banca y en papeles del Estado de renta fija, siempre que dichas inversiones no supere el diez por ciento

(10%) del total de los activos del pupilo, porque en ese caso deberá solicitar permiso al juez.

Por otro lado, si bien puede solicitar créditos libremente, el curador no podrá pagar a los acreedores del pupilo un interés que supere el DTF más de tres (3) puntos, pero tampoco pactará menos del DTF como interés por las sumas prestadas.

Nos parece que esta apertura, en manos de administradores competentes y comprometidos con los intereses de su representado podría dar buenos resultados, pero en nuestro criterio es una amplia puerta que podría aprovecharse para ejecutar actos arriesgados y hasta nefastos para los intereses del incapaz. Actualmente, el control sobre los actos de administración es posterior, mediante informes y programas “anuales” de administración. Imaginamos que dichos informes deberán ser analizados no solo por el Juez de familia sino por un contador o experto perito, para ejercer de esta manera un eficaz control y las debidas correcciones a cualquier negocio inconveniente o descuidado.

## **6. Aspectos procesales**

Aparte de derogar las normas civiles sobre guardas, la nueva ley dejó sin efectos los artículos 427, 47, 649, 655, 659 y 660 del Código de Procedimiento Civil. Conservando la idea de todas las guardas deben ser discernidas, la nueva reglamentación presenta algunas modificaciones en el proceso que designa al curador. Sobre el particular, el artículo 41 de la ley enuncia que la designación y remoción de guardadores, consejeros o administradores



se hará por un proceso de jurisdicción voluntaria, siguiendo el trámite del proceso verbal. Por su parte, el artículo 659 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley, presenta los requisitos para la presentación de la demanda y la manera como se desarrolla el proceso.

Primero que todo, la demanda puede ser presentada por cualquier persona de la comunidad que en interés del incapaz desee promover el proceso, o incluso de oficio por el juez. Como requisito procesal, debe acompañarse de un certificado expedido por médico psiquiatra o por neurólogo sobre el estado del presunto interdicto. En el auto admisorio, se ordenará citar a quienes se crean con derecho en el ejercicio de la guarda y se ordenará de nuevo, a pesar de que el anterior fue presentado bajo la gravedad del juramento, otro dictamen médico donde se consigne una descripción de la etiología, el diagnóstico y su tratamiento. De este experticio se dará traslado al demandante quien podrá objetarlo, y en caso de hacerlo empezará un periodo de práctica de pruebas, vencido el cual se dictará la sentencia donde se proveerá el guardador testamentario, legítimo o dativo a que haya lugar.

Igualmente, la sentencia ordenará la confección del **inventario y avalúo** de los bienes del incapaz mental absoluto por parte de un auxiliar de la justicia, y no por el guardador como mencionaba el Código Civil, quien deberá cumplir con lo ordenado en un término que no podrá exceder de sesenta días (anteriormente eran noventa días). El perito contable designado por el Juzgado deberá presentar el inventario en archivo digital, haciendo uso de una programación que impida la modificación. De esta manera, se reemplaza la escritura pública que había considerado Andrés Bello para estos eventos. Obviamente, el guardador, quien como dijimos no tiene parte activa en la elaboración del inventario, podrá objetarlo en un término que no exceda los cinco días (artículo 87).

Recibido y aprobado el inventario, el Juez fijará **la garantía** que debe prestar el nombrado guardador. Respecto al régimen anterior, notamos que en su afán por modernizar la administración de bienes de incapaces, la Ley 1306 en su artículo 82 concede preferencia a la póliza de seguros o bancaria sobre las tradicionales y exclusivas garantías reales de hipoteca y prenda, contempladas anteriormente en el Código Civil. Tratándose de un guardador de escasos recursos económicos, la nueva ley aclara que el juez puede relevarlo de su cargo, pero de estimar conveniente su nombramiento podrá admitirlo y en este caso sería avalado por el Fondo de Garantías Financieras, garantizando de esta forma el pago de perjuicios materiales y/ morales.

Conservando la tradicional confianza en los cónyuges, ascendientes y descendientes del pupilo, se les excluye del deber de presentar garantía, lo mismo que al interino y a las fiduciarias. Respecto de estas últimas, la tranquilidad que puede sentir el Juez para no exigirles respaldo, puede proveer del hecho de que la misma ley creó el “Fondo de reserva de protección de activos fideicomitidos”, que es suficiente colchón financiero en estos casos. (artículo 84)

Una vez otorgada la garantía, se procederá a “discernir el cargo”, es decir, a dar posesión al guardador y a los suplentes, de existir éstos. Paralelamente, se les entregarán los bienes inventariados delante del Juez o un comisionado suyo y del perito que inventarió los bienes; si el guardador encuentra alguna disparidad entre lo relacionado y lo efectivamente entregado, podrá objetar dentro de los cinco días siguientes a la diligencia (artículo 87).

Por último, para dar publicidad a terceros, la interdicción provisional o definitiva deberá inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil de la persona amparada con la medida de protección.

Aparte de las primicias relacionadas, destacamos que la Ley 1306 exige, tanto al guardador **como al padre de familia que ejerce patria potestad prorrogada**, la presentación de cuentas de administración.

### **Conclusiones**

Si bien la Ley 1306 de 2009 apareció como una norma que pretendió acompañar la institución de las guardas con los Tratados Internacionales que protegen los derechos de los enfermos mentales y modernizar la administración de sus bienes patrimoniales, sus efectos modifican aspectos del régimen negocial del Código Civil de Andrés Bello, tales como la capacidad y consentimiento del sujeto y su relación con la sanción de nulidad del negocio jurídico.

Por otro lado, la intención de respetar derechos fundamentales como el trabajo y la familia, reformó la legislación laboral y las causales de nulidad del matrimonio permitiendo la celebración del matrimonio y de actos colaterales como la adopción del hijo que si bien dan

la oportunidad al incapaz absoluto de conformar una familia podrían afectar el interés superior del niño. Adicionalmente, el condicionamiento de estos actos a la aparición de un “intervalo lúcido” pone en tela de juicio la aplicación de la reforma en quienes padecen graves enfermedades mentales.

En cuanto a la reforma al régimen de guardas en particular, la Ley 1306 modificó la nomenclatura de los sujetos que en ella intervienen, eliminando la tutoría y variando la denominación de la incapacidad en absoluta y en relativa, esta última también llamada “inhabilidad”, o “inmadurez negocial”. A propósito de esta clase de incapacidad, la ley es generosa ampliando las causas que pueden ocasionarla a algo mas que la mera prodigalidad y en cuanto a la notoria libertad negocial de estos sujetos, al punto de equiparlo en muchos aspectos al plenamente capaz.

Si bien se mantuvo el ideal de la guarda singular, se aceptan, como en el pasado, curadurías adjuntas. La novedosa aparición de las fiduciarias como administradoras de bienes de incapaces integra la legislación civil a la comercial, modernizando de buena manera la negociación de bienes de incapaces.

Estos adelantos no descuidan la responsabilidad del guardador, quien continúa, como en el Código de Bello, respondiendo hasta por la culpa leve. Sin embargo, el nuevo régimen de negociación de bienes propuesto por la Ley 1306 le permite mas autonomía y creatividad, lo que podría favorecer el incremento patrimonial del titular cuando la guarda sea ejercida por personas competentes y leales a los intereses de su representado, de no ser así, la liberalidad en actos de administración y ausencia de controles previos a la ejecución de algunos de ellos, podría afectar negativamente el manejo de bienes de incapaces.

Aparte de lo anterior, ya era hora de que la legislación interna adoptara los principios Constitucionales y los Tratados Internacionales que exigen, no solo el cuidado material de los bienes, sino, sobretodo, el respeto a los derechos fundamentales de quienes no comprenden los efectos jurídicos de sus actos.

## REFERENCIAS

BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

BONNECASE, Julien. Las personas en el derecho civil. Traducción de Enrique Figueroa Alfonso. Leyer. Bogotá, 2005.

COLIN, Ambroise y CAPITANT Henry. Derecho Civil. Volumen I, Editorial Jurídica universitaria. México, 2002.

DIAZ RAMÍREZ, Enrique. Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez-nulidad, inexistencia e ineficacia. EN: Los contratos en el Derecho Privado. Legis-Universidad del Rosario. Bogotá- 2007.

GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Elementos de derecho de familia. Ediciones Facultad de Derecho. Bogotá, 1999.

JOSSERAND, Louis. Las personas. Leyer. Traducción de Santiago Cunchillos. Bogotá, 2008

LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Familia. Derecho marital-Filial-Funcional. Addenda. Reforma de la Ley 1306 de 2009. Guarda Familiar. Librería Ediciones del Profesional Ltda.. Bogotá. 2010.

MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de derecho civil. Parte Segunda. Vol. 1. Ediciones jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1969. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. Segunda edición. Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Bogotá. 2010.

MONTOYA OSORIO, Martha Elena y MONTOYA PÉREZ, Guillermo. Las personas en el derecho civil. 3ª ed. Bogotá: Leyer, 2010.

ORTÍZ MONSALVE, Alvaro. EN: Los Contratos en el Derecho Privado. Legis-Universidad del Rosario. Bogotá, 2007.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General de los actos o negocios jurídicos. Tercera Edición. Temis. Bogotá. 1987.

PARRA BENÍTEZ, Jorge. Derecho civil general y de las personas. Leyer. Bogotá. 2008.

PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho civil general y de las personas. 2ª ed. Bogotá: Leyer, 2010.

PETIT, Eugene. Derecho Romano. Porrúa. México. 2005.

LEON ROBAYO, Edgar Iván. La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico. EN: Los contratos en el Derecho Privado. Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

GOMEZ, Ignacio Alhippio. Elementos de derecho civil. General y personas. Tomo I. Doctrina y ley. Bogotá. 2001.

SERRANO GÓMEZ, Rocío. Puente. Revista científica. Universidad Pontificia olivariana. Seccional Bucaramanga. Volumen 4, número 1. Mayo 2010

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte general y personas. Decimacuarta edición. Tomo I. Temis. Bogotá. 1997.

Sentencia T 477 de 1995

Sentencia C 562 de 1995

Sentencia C 983 de 2002

Sentencia C 507 de 2005

Sentencia C 534 de 2005

Sentencia C 355 de 2006

Sentencia T 855 de 2006

Sentencia T 388 de 2009

Ley 1306 de 2009

Código Civil Colombiano

30. Código de la Infancia y la Adolescencia