

**IMPACTOS DE LA LEY 1996 DE 2019 EN EL ÁMBITO FINANCIERO Y EN EL
RÉGIMEN DE CAPACIDAD**

Mónica Marcela Grajales Grajales¹
Andrea Ramirez Cardona

Trabajo de grado como requisito parcial para optar al título de abogado

Directora
Lina Marcela Estrada Jaramillo

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Facultad de Derecho
Medellín
2020

¹ Egresadas de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: monica.grajales@upb.edu.co – andrea.ramirez@upb.edu.co

Sumario. Introducción. 1. Ley 1996 de 2019. 1.1 Fundamento de la expedición de la Ley 1996 de 2019. 1.2 Modelo de la Ley 1996 de 2019. 1.3 Aplicación de la Ley en el tiempo. 1.4 Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2 Ley 1996 en el ámbito patrimonial. 3 Soluciones financieras. 3.1 Contexto. 3.2 Soluciones bancarias. 3.3 Conclusiones

Resumen

La capacidad del ser humano es considerada como uno de los pilares fundamentales de todas las ramas del derecho, pues mediante ésta los sujetos actúan, toman decisiones, negocian y se obligan, teniendo como consecuencia que, la mayoría de los actos celebrados y ejecutados por las personas estén sujetos a generar efectos jurídicos. En Colombia, la capacidad se encuentra regulada en el título II “De los actos y de las declaraciones de voluntad” del Código Civil; doctrinal y jurisprudencialmente dicha figura está compuesta por dos elementos denominados capacidad de goce y capacidad de ejercicio, pues dependiendo del acto que se quiera celebrar, las personas deben contar con alguna de ellas o con ambas.

En el presente escrito, nos sumergiremos en el régimen de capacidad que se ha implementado a lo largo de la historia, centrando la atención en el cambio ocasionado por la Ley 1996 de 2019 y los impactos que generó específicamente en el sector financiero, sin dejar de lado que ésta impactó todas las esferas del derecho en las que participan personas que cuentan con algún tipo de discapacidad. Así mismo, se expondrá una postura que soporta la finalidad que tiene la nueva Ley, analizando alternativas patrimoniales y financieras que permitan que aquellas personas con alguna discapacidad tengan mayor autonomía y protección, sin que su voluntad y derechos sean vulnerados ante la ausencia del conocido proceso llamado interdicción.

Abstract: The capacity of the human being is considered as one of the fundamental pillars of all branches of law, since through it people act, make decisions, negotiate and commit themselves, with the consequence that most of the acts celebrated and executed

by the people are subject to generate legal effects. In Colombia, the capacity is regulated in title II of the chapter "Of the acts and declarations of will" of the Civil Code; Doctrinally and jurisprudentially, this figure is made up of two elements called enjoy and the legal capacity, because depending on the act you want to execute, people must have either or both of them.

In this writing, we will immerse ourselves in the capacity regime that has been implemented throughout history, focusing attention on the change caused by the 1996 Law of 2019 and the impacts that it specifically generated in the financial sector, without leaving aside that it impacted all the law plots in which people with some type of disability participate. Likewise, a position that supports the purpose of the new Law will be exposed, analyzing patrimonial and financial alternatives that allow those persons with disabilities to have greater autonomy and protection, without their will and rights being violated in the absence of the known process called interdiction.

Palabras clave: Persona, Discapacidad, Capacidad legal, Accesibilidad, Interdicción, Apoyos, Directivas anticipadas, Acto Jurídico.

Keywords: Person, Disability, Legal capacity, Accessibility, Interdiction, Supports, anticipated directives, Legal act.

Introducción

A lo largo de la historia, la capacidad se ha concebido como un atributo de la personalidad, el cual permite que a través de uno de sus elementos llamado capacidad de ejercicio, la persona ejerza sus derechos y obligaciones de manera autónoma, sin que nadie intervenga o actúe en su nombre. No obstante, antes de que se expidiera la Ley 1996 de 2019, se consideraba que no todas las personas estaban habilitadas para ejercer con plena independencia su capacidad de ejercicio, por lo que se ha tenido que recorrer un largo camino en el que se ha intentado resolver cuáles son los mejores mecanismos para proteger a aquellas personas que son consideradas incapaces.

Este camino ha atravesado por varias fases, inicialmente las personas con discapacidad no se consideraban aptas para ejercer de manera plena su capacidad y se les calificó como sujetos que carecían de derechos; luego y hasta hace poco, fueron concebidos como sujetos de derechos que necesitaban depender de otra persona para actuar en el mundo jurídico y requerían que alguien los representara. Mediante tal concepción se produjo un modelo asistencialista, en el cual alguien más decidía el destino de aquella persona considerada incapaz.

El artículo 1503 del Código Civil colombiano plantea que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. Con base en este artículo, aquellas personas que la ley declaraba incapaces debían someterse a un proceso de jurisdicción voluntaria llamado interdicción, el cual estaba consagrado en el artículo 586 del Código General del Proceso. Dicho proceso podía surgir de dos formas, ya sea mediante una demanda de interdicción o cuando el juez actuaba de oficio e iniciaba el proceso, una vez iniciado se ordenaba un dictamen médico neurológico o psiquiátrico del posible interdicto para poder evaluar la situación y en caso de que se realizara la declaración de interdicción, se nombraba un guardador que posteriormente debía posesionarse para actuar en nombre de la persona y proceder a la inscripción del estado de interdicción en la Oficina de Registro del Estado Civil. Es así como la persona dejaba de ser considerada capaz y pasaba a ser considerada como un interdicto, por lo tanto, si se realizaba actos sin intermediación de su guardador estos serían nulos.

Hoy, la Ley 1996 de 2019, en consonancia con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, transformaron considerablemente las visiones que se habían acogido por largo tiempo en temas relativos a la discapacidad, puesto que ahora se entiende que todas las personas mayores de edad pueden ejercer su capacidad plenamente, sin que ello conlleve a desconocer la posibilidad de requerir de ciertos apoyos para la comprensión de los actos que pretendan contraer o para ejercer la manifestación de la voluntad.

La Convención de los Derechos Personas con Discapacidad de la ONU tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”, y tiene como principio fundamental “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”, principio que estaba siendo desconocido con el modelo asistencialista, ya que, en este se le anulaba por completo la autonomía a la persona que padecía de alguna discapacidad, situación que no sucede con la Ley 1996 de 2019, pues desarrolla bajo la luz de la CDPC un régimen de capacidad aplicable a las personas con discapacidad mayores de edad.

Para el desarrollo de esta propuesta de trabajo, en primer lugar, se identificará y comparará la Ley 1996 de 2019 respecto al antiguo régimen de capacidad que estaba estipulado en Colombia analizando su fundamento jurídico nacional e internacionalmente, luego se explicará cómo es el modelo de la nueva ley y cómo será la aplicación de las nuevas disposiciones en el tiempo, teniendo como principal fuente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. En segundo lugar, se expondrán soluciones financieras y bancarias ante el cambio legislativo, pasando por diferentes figuras jurídicas que ayudan a conservar el patrimonio de aquellas personas que se encuentren con algún tipo de discapacidad y buscando soluciones que incentiven el reconocimiento de los derechos de todos los seres humanos independientemente de cuál sea su condición física o intelectual. Como conclusión, se manifestará la realidad social y jurídica que han tenido que vivir las personas discapacitadas durante muchos años y como la comunidad, las familias, el Estado, las organizaciones privadas entre otras, son los encargados de promover, incentivar, educar e involucrar al país con el único propósito de tener una sociedad incluyente física (locativa) e ideológicamente.

Por último, es importante resaltar que, desde el punto de vista metodológico, se realizó un proceso de investigación cualitativa, a través de un enfoque hermenéutica, realizando

un análisis de textos, sentencias, que sirvieron de fundamentación para la realización del artículo.

CAPÍTULO I

Ley 1996 de 2019

El 26 de agosto de 2019 el Congreso de la República de Colombia expidió una ley que trajo como resultado una drástica modificación al régimen de capacidad. Muchos reaccionaron con escepticismo y oposición al cambio, pues la manera en la que se venían tratando los temas relacionados con discapacidad fueron transformados, las personas mayores de dieciocho años que antes eran catalogadas como “discapacitadas” ahora son plenamente capaces conforme a lo dispuesto en la Convención de los Derechos humanos de las Personas con discapacidad:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1).

En Colombia, la capacidad de las personas se compone de dos elementos: primero, encontramos la capacidad de goce, facultad que se tiene de ser sujeto de derechos y obligaciones, ésta acompaña al ser humano por el simple hecho de serlo; por otra parte, está la capacidad de ejercicio, la cual se materializa en la facultad para ejercer esos derechos y obligaciones de manera personal, siendo ésta la que más interesa, pues antes de la Ley 1996 de 2019, ciertos sectores de la población estaban excluidos y no gozaban de ésta capacidad. Dicha exclusión normativa se evidencia en el artículo 1504 del Código Civil Colombiano, el cual dividía la discapacidad absoluta así:

- Discapacitados mentales absolutos: en este grupo se consagraba un mecanismo de protección llamado “interdicción”, el cual tenía como fin declarar judicialmente la incapacidad de la persona para celebrar actos jurídicos.
- Además de la interdicción, existía algo llamado “inhabilitación”, que según Suárez (2014) son “medidas que dicta un juez para proteger a personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y por ende pongan en serio riesgo su patrimonio” (Pg. 226). En este caso no se sustituye la voluntad, pero si se constituye una limitación.
- Impúberes (menores de 14 años).
- Sordomudos que no pueden darse a entender por ningún medio.

1.1 Fundamento de la expedición de la Ley 1996 de 2019

Aproximadamente hace 8 años se ratificó en Colombia la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, dada la ratificación, el país se situó en una posición vinculante ante dicha Carta, obligándose a cumplir con lo establecido en ella por ser un Estado parte de la Convención. La obligación se resume en adoptar las leyes, los mecanismos y los instrumentos que sean necesarios para garantizarle el goce pleno de la capacidad legal, a la persona mayor de dieciocho años con discapacidad. Así mismo, Colombia se obliga a adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de la dignidad y el trato equitativo de todas las personas.

De acuerdo con lo anterior, parece ser que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad nace para darle una luz de esperanza a las personas que, por diferentes circunstancias, padecen de alguna discapacidad y que han sido castigadas, minimizadas e ignoradas a lo largo de los años por su condición, desencadenando la supresión de voluntad.

Las personas en condición de discapacidad padecían de rechazo y aislamiento por parte de la sociedad, pues según el concepto manejado en la época, no eran personas

normales y debían ser excluidas. La concepción de la población era muy radical, y esto se puede evidenciar en el siguiente texto:

Los nacidos con discapacidad física, sensorial o mental, tales como sordera, ceguera, parálisis o cuadriplejía, eran confinados en encierros y exhibidos los fines de semana en zoológicos o espectáculos circenses para diversión, también se manipulaba la conciencia social para que las familias rectificaran sus pecados cometidos, por considerar que estos «fenómenos» o «monstruos» eran una señal de castigo enviada por Dios (Valencia, 2014, pp. 8)

Además, se llegaron a plantear teorías extremistas, tales como la siguiente:

La tesis de la población excedente -desarrollada por el utilitarismo liberal y el darwinismo social del siglo XIX, consideraba que en las sociedades donde la supervivencia económica era precaria, cualquier persona considerada débil o deficiente (niños/as con discapacidad congénita, personas adultas con discapacidad adquirida, enfermos/as, ancianos/as) sería eliminada (Valencia, 2014, pp. 8)

Es por planteamientos como el anterior que surge la necesidad y premura de actuar ante vulneraciones tan aberrantes, pues el hecho de que existan personas que tengan una condición diferente, no puede ser un presupuesto para impedir el efectivo ejercicio de sus derechos, por el contrario, el Estado debe proporcionar las herramientas necesarias y propiciar entornos incluyentes.

Con el paso de los años este concepto fue cambiando y su concepción extremista se fue aplacando, y así se dio una paulatina integración de las personas en situación de discapacidad a la sociedad. Para ello, se adoptó un modelo asistencialista, aquél que habíamos conocido y que regía hasta hace muy poco.

1.2 Modelo Ley 1996 de 2019

La Corte Constitucional mediante la sentencia STC 11864-2019, expone la diversidad regulatoria sobre las personas con discapacidad, doctrinariamente se han distinguido tres modelos:

I. Modelo de la Prescendencia: en este modelo, la sociedad considera a las personas con discapacidad como improductivas, que no aportan al desarrollo de ésta y que, por el contrario, deben ser sujetos de asistencia. Por lo que, las personas son internadas en instituciones para que les brinden la ayuda necesaria.

II. Modelo Rehabilitador: en este modelo, se señala que estas personas necesitan curación, ya que son consideradas como enfermas. Se busca la rehabilitación física, psíquica y sensorial.

III. Modelo Social: en este modelo, no se considera al sujeto como discapacitado, sino como una persona que puede servir a la sociedad, a la que se le deben respetar sus diferencias, garantizando siempre sus derechos fundamentales.

Es importante conocer los modelos anteriores, ya que, con la expedición de la mencionada Ley se optó por un sistema mixto (modelo social y rehabilitador), estableciendo como finalidad “la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad”, aclarando que “el ejercicio de las guardas y consejerías y de los sistemas de administración patrimonial tendrán como objetivo principal la rehabilitación y el bienestar del afectado” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 11864 de 2019).

Anteriormente se manejaba un sistema asistencialista en el que se diferenciaba entre el discapacitado mental absoluto y el relativo. Los primeros se les nombraba un curador y era necesario realizar un proceso de interdicción, a los segundos se les asignaba un guardador. La ley 1996 de 2019 trae un modelo social-rehabilitador, el cual constituye un importante avance legislativo al optar por el sistema de presunción general de capacidad.

Además de conocer y entender las disposiciones normativas, también se debe tener claridad sobre su aplicación, pues es posible que se presenten dudas o confusiones al respecto, además, a lo largo de los años hemos evidenciado que la aplicación de la ley se basa en la interpretación que se haga sobre el caso concreto, ya que una norma no

siempre puede ser blanca o negra, a veces puede ser gris. Todo esto es trabajo de los jueces, los cuales deben hacer una interpretación de la ley con base a un caso concreto.

1.3 Aplicación de la ley en el tiempo

La sentencia STC 11864-2019, es una de las más enriquecedoras hasta el momento, ésta explica concretamente como regirá la reciente normatividad en el tiempo. Por lo anterior, es importante mencionar cómo será su aplicación, pues todo lo que ella contempla debe aplicarse de forma inmediata, excepto aquellas disposiciones que tengan un término establecido. Por ejemplo, se establece que el capítulo V, comienza a regir 24 meses después de la promulgación la ley.

Respecto de aquellas personas que se encontraban bajo una medida de interdicción o inhabilitación antes de la promulgación de la ley, se les debe reconocer la capacidad plena. En caso de que la persona se encuentre bajo incapacidad absoluta de comunicarse y expresar sus preferencias, se le debe llevar a cabo un proceso provisorio.

Dispone la Ley 1996, que partir del 26 de agosto de 2019 no puede nombrarse a ninguna persona como interdicta o incapacitada, solo pueden tener este estado aquellas personas que por mandato de una sentencia anterior que hizo tránsito a cosa juzgada, fueron declarados en interdicción o se les nombro un consejero.

La Corte por medio de la sentencia STC 11864-2019, explica cómo la nueva ley diversifica su aplicación entre:

1. Procesos nuevos: dejó expresamente prohibido la iniciación de nuevos trámites de interdicción.

2. Procesos concluidos: para estos casos consagró dos posibilidades:

- a. La declaración misma de interdicción o inhabilitación se mantendrá, salvo que se inicie un trámite de rehabilitación, el cual conserva vigencia hasta el año 2021.

Sin embargo, entre el año 2021 y el 2024 debe realizarse la revisión oficiosa o a solicitud de parte de los procesos concluidos, para que, las personas que se hallen bajo interdicción o inhabilitación, requieran una adjudicación judicial de apoyos donde se le sustituyan las medidas impuestas con anterioridad, por apoyos, o si así se determina, se entienda habilitado el referido reconocimiento de capacidad legal.

b. Los actos de ejecución de las determinaciones judiciales previas, bajo el efecto ultractivo de la ley 1306 de 2009, en donde se entiende que el juzgador ordinario conserva las facultades para resolver todo lo relacionado a los recursos que se promuevan contra las decisiones de la ejecución.

3. Procesos en curso: ordenó la suspensión inmediata de los procesos hasta el 26 de agosto de 2021, no obstante, dicha suspensión podrá levantarse por el juez en casos de urgencia, para decretar medidas cautelares, nominadas o innominadas, y cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad.

1.4 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Para lograr el mayor avance que ha existido sobre este tema, es importante conocer la labor que desempeña la Organización de las Naciones Unidas, ya que, ha abordado la problemática desde un enfoque respetuoso de los derechos humanos.

Para ello, ha creado instrumentos como las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993. Más recientemente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que fue adoptada en diciembre de 2006.

Este fue el primer tratado internacional en la historia que obtuvo la firma de 81 países el mismo día de su apertura. La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008, luego de que Ecuador se convirtiera en el 20° país a ratificar este histórico instrumento internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. (Naciones Unidas, 2011).

El artículo primero de la Convención consagra cuál es su propósito, y así mismo, plantea un objetivo común para los Estados Parte de la Convención teniendo como meta la protección, el aseguramiento y la promoción de los derechos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad.

Es así como la nueva ley debe interpretarse de conformidad a la Convención, incluyendo los principios básicos que ella trae:

- A. El respeto a la dignidad, el cual es inherente a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones.
- B. No discriminación.
- C. Participación e inclusión en la sociedad.
- D. Respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad.
- E. Accesibilidad.
- F. Igualdad de entre hombre y mujer
- G. Respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar la identidad.

Es por determinación de la Convención, que se le impone a los Estados el obligatorio reconocimiento de la igualdad en las condiciones jurídicas a las personas con discapacidad. En este sentido, es necesario tomar las medidas necesarias para brindarles un apoyo en el desarrollo de esas condiciones a las personas con discapacidad.(Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1 y 5).

CAPITULO II

Ley 1996 en el ámbito patrimonial

Desde que se implementó la Ley 1996 en el 2019 uno de los sectores que más se ha visto impactado, puesto que se generaron constantes dudas y miedos ha sido el financiero. A partir de la expedición de la Ley se ha notado la preocupación y marcada oposición de

muchos sectores de la economía ante la disposición de presumir la plena capacidad de aquellos ciudadanos que contaran con algún tipo de limitación física o cognitiva.

Anteriormente se pensaba que la protección ideal para las personas que tuvieran alguna dificultad en su capacidad era limitar el ejercicio de sus derechos hasta el punto de no dejarlos tomar decisiones sobre éstos, en cuanto, se consideraba que en caso de que se les diera tal libertad se estarían afectando a ellos mismos y a su entorno. Parte de ese desacuerdo se basa en el desconocimiento y el miedo, pues, durante muchos años la única figura que se ha implementado para salvaguardar los intereses de personas discapacitadas ha sido la interdicción, sin embargo, hay un marcado desconocimiento de alternativas jurídicas que sean diferentes a la limitación de la capacidad de las personas, dado que muchos piensan que es una medida de protección pero en realidad se convierte en la violación a su derecho de decisión, el cual corresponde a cada uno por el solo hecho de ser personas.

Resulta importante dar a conocer algunas alternativas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano con la finalidad de que todas aquellas personas mayores de edad que antes se encontraban en situación de discapacidad, hoy puedan ejercer sus derechos sin la necesidad de que el Estado o la sociedad sustituyan su voluntad.

La implementación de las alternativas que se presentarán a continuación va a depender de una serie de factores que se analizan de acuerdo a las condiciones de cada individuo, tales como la necesidad de apoyos, capacidad económica, tipo de bien a proteger, entre otros. En la actualidad se encuentran aproximadamente siete figuras jurídicas para la protección y administración del patrimonio de las personas con discapacidad:

1. Fiducia mercantil: Mediante este contrato se traslada una serie de bienes a un patrimonio autónomo para que la entidad fiduciaria realice labores de administración, inversión, recaudo o garantía, conforme a una finalidad específica que se ha determinado previamente.

Cuando se vaya a celebrar un contrato de fiducia mercantil es importante que sea accesible para la persona en condición de discapacidad ya sea porque necesite un

intérprete u otra medida de accesibilidad. Además, debe estar presente la persona que represente a la entidad pues ella tiene el deber de informar sobre los riesgos e implicaciones del contrato.

Las ventajas de celebrar un contrato de fiducia mercantil son las siguientes:

- La persona en situación de discapacidad es quien decide qué hacer con los bienes de la fiducia y sus rendimientos.
- Se está protegiendo el patrimonio de la persona porque al ser un patrimonio autónomo los acreedores del fideicomitente no pueden perseguir los bienes que están en el patrimonio a menos de que las deudas se hayan constituido antes de la fiducia.
- Los bienes no pueden ser utilizados para una finalidad diferente a la encomendada.

Lo anterior se evidencia con claridad en el ordenamiento jurídico colombiano dentro de la ley 1306 de 2009 donde su artículo 95 prescribe lo siguiente:

ARTÍCULO 95. ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. Los bienes de pupilos que deban ser entregados en administración fiduciaria constituirán un patrimonio autónomo sometido a las reglas del derecho comercial sobre fiducia mercantil.

- 2. Constitución de usufructo:** Según el Artículo 823 del Código Civil, el usufructo es un derecho real consistente en la facultad de gozar de una cosa ajena con la obligación de conservar tanto su forma como su sustancia y de restituirla a su propietario si la cosa no es fungible, o devolver igual cantidad y calidad de ese mismo género o de cancelar su precio, en caso de ser ella aun bien fungible.

Mediante esta figura se le puede conceder a la persona con discapacidad el usufructo de un bien que pertenece a otra persona, pudiendo recibir ganancias de este bien y generando ingresos para su patrimonio, pero hay que tener cuidado a la hora de constituir el usufructo, ya que, como describe S. Morales:

Nos parece otra forma de protección a la persona discapacitada siempre que está viva, puesto que no será el propietario del bien estando limitada su disposición, o bien por un plazo que se constituyó en el momento de crear el usufructo para la persona con discapacidad, en este último caso entendemos que podría mermar la necesidad de la persona con discapacidad, pudiéndose darse el caso que solamente éste tiene este bien con derecho al uso y disfrute, por lo que debería concienciar el Notario a la persona que crea el usufructo a favor de la persona con discapacidad (Morales, 2012, pp. 390).

- 3. Constitución de patrimonio de familia inembargable:** su finalidad es dar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo, salvaguardando lo necesario para la supervivencia en condiciones de dignidad, en caso de un eventual riesgo o situaciones críticas en caso de crisis económicas, por lo que el bien no puede ser retirado del dominio de su propietario. (Decreto 2817 de 2006, artículo 1)

El bien queda fuera del comercio, no se puede vender o donar. Con esta medida se logra proteger el bien de los acreedores, no siendo susceptible de embargo o secuestro. (Asdown, Nodo Comunitario, PAISS, 2019, pp. 45).

- 4. Partición del patrimonio en vida:** mediante esta figura se puede transferir el patrimonio en vida ya sea totalmente o en parte. Es importante saber que se deben respetar las asignaciones forzosas y los gananciales al momento de realizar este proceso.

La partición del patrimonio en vida va a generar un incremento tributario en el patrimonio del beneficiario y el pago de impuestos se hará de la misma manera a como si esos bienes se hubieran adquirido por medio de una sucesión, es decir, como una ganancia ocasional. Esta opción cuenta con múltiples ventajas para la persona en situación de discapacidad, ya que, puede comenzar a conocer el manejo y administración de un bien, siempre asistida por la persona que está haciendo la partición en vida.

La partición en vida es regulada mediante el Código General del Proceso que describe en su artículo 487 párrafo primero:

La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de estos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero.(Ley 1564 de 2012, artículo 487)

- 5. Mandato con rendición de cuentas especial:** es una figura que funciona a través de un documento llamado poder, el cual, le permite a una persona mandante o poderdante designar a otra como su representante, llamado apoderado o mandatario para que actúe en su nombre. Es muy importante que se especifique de manera explícita y determinada los actos que se están encomendando al apoderado con la finalidad de que no se extralimite en su labor. (Ley 84 de 1873, artículo 2142 y 2156)

El mandatario se hace responsable por los perjuicios que ocasione la persona con discapacidad y que fueron cometidos por su falta de diligencia. (Asdown, Nodo Comunitario, PAISS, 2019, pp. 57).

El contrato de mandato puede ser gratuito u oneroso, cuando es oneroso, la culpa se agrava para el apoderado o mandatario pues se está remunerando y tiene que tener mayor grado de diligencia y cuidado. Mediante el mandato, se garantiza que la persona con discapacidad este pendiente y a cargo de los asuntos que le interesan, sin que se le vulnere su derecho a tomar decisiones por si mismo.

- 6. Conformación de una sociedad por acciones simplificada:** Es una forma de sociedad que puede estar constituida por una sola persona o por varias. En esta figura la persona en situación de discapacidad podría vincularse como accionista, con el propósito de que sus bienes sean incluidos dentro de los aportes que la sociedad, gestionados a través del representante legal. No solo puede ser accionista, también puede ser parte del cuerpo administrativo apoyando el funcionamiento de la sociedad.

En caso de que la persona en situación de discapacidad decida conformar la sociedad para él solo, es posible que cuente con una red de apoyo que lo asista en temas de administración y lo asesore en la toma de decisiones. (Ley 1258 de 2008)

7. Directivas anticipadas: son herramientas mediante las cuales las personas pueden expresar su voluntad y preferencia sobre un tema en específico, con la intención de que sean escuchadas y tomadas en cuenta en el momento eventual en que la persona no pueda expresarlas por sí misma. Estas directivas se presentan en función de aspectos fundamentales de la vida en los cuales hay que tomar decisiones importantes.

En la Ley 1996 de 2019 se habla reiteradamente de las directivas anticipadas como una manera adecuada de proteger a las personas en situación de discapacidad y a quienes la rodean, sin embargo, esta figura ya existía hace varios años en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque únicamente regulaba situaciones relacionadas con la salud dándoles el nombre de documentos de voluntad anticipada (DVA). (Ley 1996 de 2019, Capítulo 4).

Como lo ha dicho el Ministerio de Salud y la Corte Constitucional, las personas mayores de edad y los adolescentes entre los catorce (14) y dieciocho (18) años de edad pueden realizar declaraciones anticipadas manifestando sus decisiones respecto del cuidado futuro de su salud e integridad física, previendo la posibilidad de no poder tomarlas posteriormente. Esto significa que pueden decidir, por ejemplo, si quieren o no que les realicen determinados tratamientos médicos o se les suministren medicamentos específicos. Lo anterior como ejemplo de una cita que realizó Asdown, Nodo Comunitario y PAISS del Ministerio de Salud sobre la Resolución 2665 de 2018 y la Sentencia C-233 de 2014. (Citado en: “El ejercicio de la capacidad jurídica” Asdown, Nodo Comunitario, PAISS, 2019, pp. 59).

Para dar un contexto del caso puntual motivo de análisis, las directivas pueden servir para conocer cuál es la voluntad de la persona en situación de discapacidad y por ejemplo,

que ésta mediante una red de apoyos que la asista pueda materializar la toma de decisiones conforme a su propia voluntad y preferencias.

Cuando se habla de directivas anticipadas, será importante y de gran ayuda conocer a fondo cómo es la regulación de los DVA, en cuanto puede servir de base en el proceso que se va a llevar a cabo con los casos de los mayores de edad que estuvieran catalogados como “discapacitados mentales absolutos”.

CAPITULO III

SOLUCIONES FINANCIERAS

3.1 Contexto

Si bien las herramientas antes mencionadas se centran en el patrimonio y la protección de este, también hay algunas enfocadas en asuntos bancarios, pues antes de que se diera el cambio legislativo todos los actos que hacía una persona declarada interdicta se llevaban a cabo a través de su curador, el cual, era la persona apta y destinada para actuar en nombre de ella.

Previa entrada en vigencia de la Ley 1996 de 2019, las entidades bancarias sentían mayor seguridad cuando se enfrentaban a casos que vincularan personas con alguna discapacidad física o mental puesto que alguien más actuaba en representación de ellos.

Algunas entidades consideraban y de hecho aún consideran que estas personas no son aptas para tomar decisiones, mucho menos financieras, y conciben que hay un riesgo colosal de que aquellas decisiones tomadas por ellos mismos pueden ser equivocadas contribuyendo a una afectación del cliente o de la entidad.

Es cierto que los cambios no son sencillos de asimilar e implementar porque requieren de una serie de reestructuras que conllevan a crear nuevos procesos, no solo físicos, -entiéndase por físicos las modificaciones de las locaciones bancarias - sino también documentales y procedimentales, es decir, se requiere hacer un cambio en los reglamentos de los productos financieros, en su uso y procedimiento de manejo, pues lo

que antes estaba prohibido o limitado ahora está permitido y tiene un tratamiento diferente.

Con la finalidad de entender mejor la situación planteada en el párrafo anterior, se pone como ejemplo el producto de apertura de crédito en una entidad financiera, antes no se permitía que una persona que tuviera alguna condición de discapacidad física o mental sacara un crédito bancario, puesto que solo podía realizarse a través de quien fuera su representante legal, sin embargo, este proceso no le permitía a el discapacitado enterarse o incluso, estar de acuerdo con adquirir un producto financiero, quedando a merced de lo que quisieran realizar con sus recursos. Cuando se estaba en presencia de dichos casos siempre se debía presumir la buena fe de los actos, pero no había claridad de la voluntad real de la persona en cuyo nombre se estaba celebrando el acto jurídico (apertura de crédito) o si realmente tenía conocimiento de las obligaciones que estaba adquiriendo.

3.2 Soluciones bancarias

Hoy, mediante el acompañamiento de los asesores financieros es posible determinar cuál es la necesidad de los clientes y brindarles diferentes alternativas que se adecuen a sus necesidades, buscando que sirvan para que la persona haga uso de su dinero sin que este sea manejado por otro; algunas de ellas sugeridas en el año 2019 por Asdown Colombia, Nodo Comunitario de Salud Mental y PAIIS, redactores de la cartilla llamada *“El ejercicio de la capacidad jurídica”*:

- A. Certificado de depósito a término: Es un título valor emitido por un banco que representa dinero. Se puede hacer a nombre de una persona natural o jurídica y puede estar sometido a una tasa fija o variable (varía de acuerdo a la tasa del mercado financiero) según lo pactado con el cliente. Mediante este título se deposita una cantidad de dinero sujeta a un plazo específico y la entidad bancaria se encarga de custodiar el recurso procurando que genere rendimiento, el cual, suele ser más alto que otros productos bancarios. El CDT además de ser una forma de ahorro es una forma de pago por lo que representa un doble uso. (Decreto Ley 410 de 1971, Artículo 757)

Se debe tener en cuenta que el documento original que respalda el CDT debe presentarse al momento de acceder al pago, pues en caso de perderse se tendría que iniciar un proceso judicial de reposición y cancelación del título valor, lo cual genera mayores costos y tiempo. Sin embargo, es una muy buena opción para una persona que quiera ahorrar y tener fondos en el futuro, logrando asegurar cierto monto de dinero que le puede ayudar en su vida económica.

- B. Fondos de inversión colectiva: Alternativa de inversión ofrecida por sociedades comisionistas en la bolsa de valores, sociedades fiduciarias y sociedad administrativas de inversión. Esta figura tiene como objetivo reunir el dinero de varias personas naturales o jurídicas para invertirlos en diferentes instrumentos financieros que no podrían ser adquiridos por una sola persona dado su alto costo. (Decreto 1242 de 2013, Artículo 3.1.1.1.1)

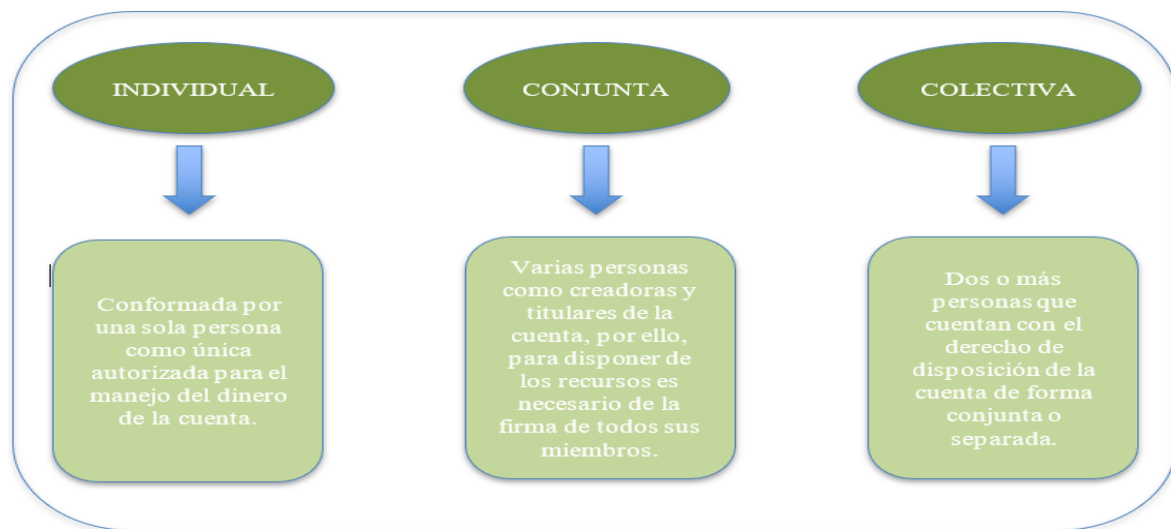
Este mecanismo no tiene límite de tiempo y produce rentabilidad, pero no cuenta con la particularidad del CDT de ser usado como forma de pago. Es importante tener cuidado si se acude a esta herramienta, pues dada la facilidad que hay de mover el dinero del fondo a la cuenta de ahorro, es posible que el dinero no se vea reflejado; además, estos fondos son una opción de rentabilidad a largo plazo, por lo que, si se requiere liquidez en poco tiempo, no sería una buena opción.

- C. Cuenta débito con tarjeta amparada: Se solita una tarjeta débito para que un tercero haga uso de ella, es decir, una persona es titular de una cuenta de ahorros, pero decide ceder su uso para que el tercero disponga del dinero que se encuentra depositado. En este caso la persona que se encuentre en situación de discapacidad puede ser quien seda el uso o por el contrario a quien le cedan el uso.

Mediante la tarjeta amparada se está dando alcance financiero a la persona en situación de discapacidad, además, comienza a tener responsabilidades importantes en el manejo del dinero para que comience a incursionar en el mundo bancario.

D. Cuenta de ahorros: Se trata de un depósito bancario en el cual las personas tienen la posibilidad de depositar su dinero estimulándose el ejercicio del ahorro. Es posible disponer de este dinero en cualquier momento sin necesidad de algún tipo de plazo o condición. Decreto Ley 410 de 1971, Artículo 1396)

Las cuentas de ahorros pueden tener varias modalidades, las cuales son:



Fuente: Diseño propio con referencia de Asdown, Nodo Comunitario, PAISS, 2019)

Es así como la cuenta de ahorros podría estar conformada únicamente por la persona con discapacidad o por el contrario que este constituida por varias personas, dentro de las cuales, se encuentre su red de apoyo con la finalidad de que se ayuden entre sí para la administración del dinero y toma de decisiones. Este producto financiero es uno de los que más libertad le está brindando a la persona discapacitada, pues es autónoma con su cuenta, en caso de que sea individual, creando responsabilidad y visibilidad en el aspecto bancario. Adicionalmente, es una forma de acercarse al mundo crediticio, tener un historial y facilitar otro tipo de negocios. (Asdown, Nodo Comunitario, PAISS, 2019, pp. 71).

3.3 Conclusiones

Por largo tiempo las personas con discapacidad fueron ignoradas y sus opiniones poco tomadas en cuenta a la hora de implementar políticas, leyes y servicios que estuvieran encaminados a potencializar su bienestar. La integración social en donde todos fueran tratados como iguales con los mismos derechos y oportunidades no se vislumbraba, pues era la comunidad la encargada de establecer barreras que no facilitaban el desarrollo personal de aquellas personas que tuvieran una condición distintita a lo que el ser humano cree “normal”. Sin embargo, “la discapacidad es parte de la condición humana pues casi todos los individuos a lo largo de su vida tendrán alguna deficiencia temporal o permanente y a medida que llega la vejez experimentará cada vez más dificultades de funcionamiento”. (OMS, 2011, pp. 295) Las discapacidades siempre han existido y van a seguir existiendo, por ello no le corresponde al discapacitado adaptarse al mundo sino el mundo ser adaptando para que todos los seres humanos que lo habitan puedan sentirse parte de él, buscando entender la relación entre la manera en que funcionan las personas con sus particularidades y cómo participan en la sociedad. (Centro Nacional de Defectos Congénitos, 2017).

“Las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer el control de sus vidas, por consiguiente, se les debe consultar acerca de cuestiones que les atañe directamente sea en relación con la salud, educación o vida en comunidad” (OMS, 2011, pp.300). A pesar de que Colombia hace varios años firmó la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, no había regulado el tema ni tampoco respetado lo pactado en dicha carta fundamental, pues el país mantuvo por mucho tiempo el concepto de incapaz absoluto y relativo en lo que respecta a los mayores de 18 años sabiendo que el objetivo de dicho pacto tenía como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1). Aunque la Convención data del año 2006 es solo hasta el año 2019 que Colombia centra sus esfuerzos en regular el ejercicio de todas las personas discapacitadas y en cumplir la convención a la cual se

adhirió, esfuerzo que es valorado a pesar de todo el camino que hace falta recorrer, pues solo a través de la experiencia, la jurisprudencia y los casos particulares a los que se enfrenta el sistema judicial en su cotidianidad se ira construyendo un precedente que proporcione parámetros claros.

La autonomía económica es otra cuestión importante que no era consultada con una persona que fuera declarada interdicta, con la legislación anterior a la Ley 1996 de 2019 siempre se buscó ignorar la opinión del discapacitado y sustituirla por la voluntad de su representante, situación que oprimía y evitaba que el interdicto pudiera integrarse y vincularse con su vida económica y social. En el capítulo II y III del presente artículo, es posible observar que existen muchas herramientas que protegen el patrimonio de las personas y que, si son vistas desde el caso particular de una persona con alguna condición de discapacidad, se puede evidenciar que propende a crear responsabilidades, integración social y fomentar el desarrollo personal. Sin embargo, se carecía de visión al concluir que el único mecanismo de amparo viable llamado interdicción era la solución a la problemática, cuando, en el ordenamiento jurídico colombiano existen diferentes opciones valiosas que ayudan a la incorporación que siempre debieron tener las personas discapacitadas.

En muchas ocasiones cuando los conceptos ya están dados, no se buscan otras iniciativas que permitan mejorar situaciones particulares y transformarlas, pues el ser humano se siente conforme con lo ya establecido, sin embargo, a través de la información e investigación es posible replantear ideales que se creían buenos y entender que pueden ser mejores. Este es el caso de la discapacidad, un tema que no es sencillo de abordar dadas las dificultades a las que se enfrentan, complejidades que en su mayoría pueden ser atribuidas a la sociedad y no a quienes tienen la discapacidad, en consecuencia, es adecuado mejorar la manera en que el ciudadano entiende la discapacidad, enfrentar las visiones negativas y representar de manera justa la capacidad.

El gobierno, las instituciones especializada, los medios de comunicación, los colegios, las familias, la sociedad y por supuesto las mismas personas con alguna alteración cognitiva

o física, son los encargados de promover, incentivar, educar e involucrar al país con el único propósito de tener una sociedad incluyente física (locativa) e ideológicamente.

REFERENCIAS

Asdown, Nodo Comunitario, PAISS (2019), “El ejercicio de la capacidad jurídica” recuperado de: http://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf.

Centro Nacional de Defectos Congénitos y Discapacidades del Desarrollo de los CD(2017) “Inclusión de personas con discapacidades”, recuperado de: <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/disabilityandhealth/disability-inclusion.html>
Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad, artículo 1 (2019).

Morales, S. (2012). “El concepto de discapacitado y su protección patrimonial” (Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, Valencia, España)

Organización Mundial de la Salud (2011), Informe mundial sobre la discapacidad, Recuperado de <https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/ESTADISTICAS/Informe%20mundial.pdf>

Organización Mundial de la Salud, (2011). Recuperado de: <https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>

Suárez Franco, Roberto (2014) Derecho de Familia, tomo II, Pg. 226-227, Editorial Temis, Bogotá.

Valencia, A. (2014) Breve historia de las personas con discapacidad: de la opresión a la lucha por sus derechos. Recuperado de: <https://rebellion.org/docs/192745.pdf>.

Ministerio de Salud, Resolución 2665 (2018), recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%202665%20de%202018.pdf

Corte Constitucional. (2014). Bogotá D.C. Sentencia C – 233. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos

Corte Suprema de Justicia (2019), Bogotá. Sentencia STC 11864. Magistrado Ponente:Aroldo Wilson Quiroz.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1996. (2019). Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

Colombia. Presidencia de la República . Decreto Ley 410. (1971). Por el cual se expide el Código de Comercio

Colombia. Presidencia de la República . Decreto Ley 410. (1971). Por el cual se expide el Código de Comercio

Colombia. Presidencia de la República. Decreto Ley 2817. (2006). Por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 962 de 2005, y se señalan los derechos notariales correspondientes.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1564. (2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Ley 84. (1873). Código Civil Colombiano

Colombia. Congreso de la República. Ley 1258. (2008). Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1306. (2009). Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.