



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Ref.: Exp.: 05001 31 03 013 2020 00154 01

Magistrado Ponente: JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Proceso: Declarativo responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Demandantes: EDISON ESTIVEN AGUDELO y otros.

Demandados: FUNDACIÓN CEMENTERIO SAN PEDRO

Extracto: 1. Tanto la responsabilidad civil contractual como la aquiliana, pueden generar perjuicios de índole moral, los cuales han de ser resarcidos, siempre que se superen los presupuestos axiológicos pertinentes.  
2. Superado el sistema de tarifa legal, y establecido el régimen de libertad probatoria, las partes pueden hacer uso de lo mismo para lograr el efecto jurídico perseguido.  
3. El rito funerario constituye un derecho, que cuando se cercena puede causar perjuicios de orden moral que es factible que sean resarcidos.  
Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Con fundamento en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se procede a resolver por escrito el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia calendada el veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

LUZ MILA DE LAS MISERICORDIAS GÓMEZ DÍAZ, EDISON ESTIVEN AGUDELO VÉLEZ y LILIANA PATRICIA VÉLEZ incoaron demanda en contra de la FUNDACIÓN CEMENTERIO SAN PEDRO, con las siguientes pretensiones:

1. Declarar responsable civil y extracontractualmente a la FUNDACIÓN CEMENTERIO SAN PEDRO, por los daños ocasionados a EDISON ESTIVEN AGUDELO VÉLEZ y LILIANA PATRICIA VÉLEZ, y contractualmente en relación a LUZ MILA DE LAS MISERICORDIAS GÓMEZ DÍAZ, por la exhumación irregular y pérdida de las cenizas contenidas en el cofre con indicativo S17-4184, restos que correspondían al hijo, nieto y bisnieto de los demandantes, respectivamente.
2. Como consecuencia, se condene a la demandada al pago de perjuicios morales para cada uno de los demandantes en el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (S.M.L.M.V.) los cuales deberán ser indexados a momento del pago.
3. Que se reconozca en favor de los accionantes intereses bancarios.
4. Se condene a la demandada a costas y agencias en derecho.

La *causa petendi* se basó en que el día 30 de septiembre de 2016, en la ciudad de Medellín, al momento de su nacimiento falleció el feto que hubiera sido procreado por MÓNICA MARÍA MONTOYA BUSTAMANTE y EDISON ESTIVEN AGUDELO VÉLEZ, que fuera a su vez nieto de LILIANA PATRICIA VÉLEZ y bisnieto de LUZ MILA DE LAS MISERICORDIAS GÓMEZ DÍAZ, lo que se prueba con el Certificado de Defunción para efectos de Registro Civil 71415681-7 de fecha 1º de octubre de 2016.

Que el día 8 de octubre de 2016 de acuerdo a la factura 177842, las cenizas de la criatura fueron objeto de *“inhumación cenizas en cenizario nivel 4-2018”*, ubicado en la FUNDACIÓN CEMENTERIO SAN PEDRO *“El Sagrado Reposo”*, bajo la identificación S17-4184, cenizario de propiedad de LUZ MILA DE LAS MISERICORDIAS GÓMEZ DÍAZ, quien lo adquirió por contrato de compraventa celebrado con la demandada el 9 de enero de 2004.

Que el día 17 de enero de 2019 la señora GÓMEZ DÍAZ, se percató que tales cenizas no se encontraban en el cenizario, situación que puso en conocimiento del personal del cementerio, y el 28 de marzo de ese año elevó petición a la demandada requiriendo información sobre su paradero así como la explicación de la correspondiente exhumación, a lo que en respuesta del 9 de abril siguiente le admitieron que se realizó una exhumación irregular y que desconocían el destino de los restos.

Que frente a la señora GÓMEZ DÍAZ se configuró incumplimiento contractual a los deberes de guarda, custodia y protección; mientras que en relación a los otros demandantes se configuró responsabilidad extracontractual, pues a raíz la pérdida de las cenizas se generó un detrimento inmaterial por cuanto de ello devino en congoja, zozobra y tristeza (fls. 2 y ss. Archivo 06.Memorial subsana).

#### DE LA CONTRADICCIÓN:

La demandada contestó indicando que tanto el fallecimiento del primogénito como el depósito de tales cenizas, se tienen por ciertos, pues que así se desprende tanto del Certificado de Defunción y la factura del servicio exequial prestado el día 8 de octubre de 2016.

Que es falso que la señora GÓMEZ DIAZ el 17 de enero de 2019 se haya presentado a las instalaciones de la entidad demandada para reportar el extravío de las cenizas, pues quien lo hizo fue la señora VÉLEZ, quien en la fecha en cuestión se acercó a su centro de servicios para informar que el cofre que contenía los restos de su nieto no se encontraba allí.

Que una vez enterados de dicha situación, dos empleados de la demandada se dirigieron al lugar advertido para corroborar lo allí acontecido, donde se evidenció que efectivamente en el cinerario S17-4184, solo se encontraba el cofre contentivo de las cenizas de una persona adulta.

Que la señora VÉLEZ manifestó que como los progenitores del mortinato (óbito) habían terminado su relación, era posible que la madre de este, MÓNICA MARÍA MONTOYA BUSTAMANTE hubiere retirado las cenizas, por lo que la accionada se contactó con ella quien el 2 de febrero de 2019 compareció al cementerio, y negó haber retirado las cenizas en mención, añadiendo que al interior de dicho cofre había depositado una cadena de oro, sin que de tal situación se hubiere enterado con anterioridad a la demandada.

Que a la señora GÓMEZ DIAZ se le contestó que por situaciones ajenas a la demandada, como el hecho de que se hubiesen violentado los sistemas y protocolos de seguridad del cementerio, fue que se produjo la sustracción del mentado cofre.

Que si bien la accionada ostentaba el deber de custodia y cuidado del cenizario S17-4184, el hecho que al interior del cofre se depositara un objeto de oro devino en la desnaturalización del contrato, conforme los parámetros instituidos por el Ministerio de la Protección Social a través de la Resolución 5194 de 2010.

Recalcó que no conocía sobre la existencia de un objeto de oro dentro del cofre, y que tampoco era su obligación custodiar tal cosa, de donde dicho acto constituye un riesgo creado por la parte actora. Además, que de acuerdo a sus erogaciones fiscales, se demuestra que los gastos asumidos para efectos de vigilancia y custodia del centro mortuario son elevados, ello con el propósito de evitar situaciones como la aludida en el presente pleito, sumado a que tiene establecido el debido protocolo de inhumación y exhumación de cadáveres.

Sobre el daño moral, que este no se configura por cuanto la muerte fue *“intrauterina”*, y pese a que dicho suceso genera dolor en los padres y familiares, el haberse obstaculizado una convivencia y la ausencia de un vínculo que surgiese por el hecho de compartir en vida, ello cercena la constitución de un vínculo afectivo que diere cabida al reconocimiento de tal congoja o aflicción; entonces, que tales dolencias emocionales surgieron fue con la muerte mas no por el extravío de las cenizas.

Por lo anterior se opuso a la totalidad de las pretensiones, y propuso los medios exceptivos los que a continuación se compendian:

1. *“DEBIDA DILIGENCIA”*: Argumentando que siempre actuó dentro de las obligaciones de cuidado exigibles del contrato de compraventa celebrado con la señora GOMEZ DIAZ, cancelando el servicio de vigilancia, cuya empresa certifica que nunca se han presentado situaciones como las del presente pleito.
2. *“CAUSA EXTRAÑA NO CONTROLABLE”*: Diciendo que a partir de la introducción en el cenizario de un elemento diferente al objeto del contrato, como lo fue una cadena de oro metida por MARÍA MONTOYA BUSTAMANTE, desnaturalizó la relación contractual, por lo que hasta ese punto no se extiende el deber de custodia, dado que este solo se circunscribe al cuidado y protección de los restos.

3. *“RIESGO CREADO”*: Indicando que el acto de introducir un objeto de valor dentro del cinerario, transformó en atractivo para la conducta de hurto un objeto que antes no lo era, y que dicha situación creó un riesgo que era imprevisible para la entidad demandada.
4. *“HECHO DE UN TERCERO”*: Afirmando que como consecuencia del depósito sin autorización de un objeto de valor en el cinerario, produjo que el cofre contentivo de las cenizas constituyera un *“atractivo”* para su sustracción parte de la familia, quienes conocían la situación.
5. *“AUSENCIA DE CULPA PROBADA”*: Sosteniendo que ha cumplido con las obligaciones de cuidado y custodia derivadas del contrato de compraventa, tan así que las otras cenizas depositadas en el cinerario S17-4184 aún se encuentren en el lugar.
6. *“PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA”*: Que el extravío del cofre con las cenizas se vincula a la joya de oro, situación que engendró un hecho irresistible e imprevisible para la demandada.
7. *“TASACIÓN EXCESIVA DEL PERJUICIO”*: Arguyendo que las sumas pretendidas son desmesuradas, por cuanto no hay un vínculo afectivo entre los demandantes y el mortuato, pues no hubo un lapso de tiempo que permitiera construir dicha relación. Así mismo, que unas cenizas atendiendo a un parámetro material, no tienen valor comercial mediante el cual se pueda tasar en el mercado.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Frente a la pretensión contractual, después de enunciar sus presupuestos axiológicos, dice que frente a las obligaciones de resultado, el obligado a resarcir perjuicios solo se exonera demostrando causa extraña, culpa exclusiva de la víctima, de un tercero, o fuerza mayor o caso fortuito.

Que quedó acreditada la pérdida de las cenizas, suceso del que se tuvo conocimiento el día 17 de enero de 2019, habiéndose probado la existencia del contrato celebrado entre GÓMEZ DIAZ y la demandada, pacto que se tituló "*compraventa*", pero de acuerdo a su cláusula 7ª se trata de depósito, en este caso, de cofres de cenizas de restos humanos.

Resaltó que de acuerdo a las manifestaciones elevadas por la señora GÓMEZ DIAZ, fue la señora VÉLEZ quien la enteró del extravío de las cenizas del óbito, y que aquella nunca autorizó la extracción de estas.

Que de las declaraciones vertidas por el Director del cementerio, del registro informático no se hallaron otros movimientos previamente autorizados diferentes al "*depósito*" ocurrido el día 15 de mayo de 2005 de las cenizas de WILMAR AGUDELO, y las del óbito el 8 de octubre de 2016; sin que se presentara extracción a través de violencia, y que no se tiene certeza de la fecha en la que se sustrajeron tales restos.

Que el protocolo para depositar las cenizas va acompañado de un pago previo, que la apertura se hace por medio de un empleado del cementerio en compañía de la familia, acto que queda registrado en un "*software*", y que en respuesta dada a la pregunta de quiénes pueden acceder a dicho cinerario, respondió que con una llave fabricada cualquier persona.

Que de acuerdo a la Resolución 5194 de 2010 emitida por el Ministerio de la Protección Social, la prestación de servicios sepulcrales es un depósito o inhumación de restos óseos, cenizas o partes de una persona, y que así quedó explicado en el acuerdo fechado el día 9 de enero de 2004.

Que de la literalidad del convenio no se extrae su esencia, concluyendo que lo realmente convenido fue el depósito de las cenizas, por lo que el análisis estriba en la responsabilidad civil derivada del convenio perfeccionado con la entrega del cofre, donde la carga indemnizatoria surge para la demandada a título de culpa presunta por cuanto se trataba de obligación de resultado, y que tal depósito fue oneroso, donde dentro de los dineros pagados para la inhumación comprende, entre otros, los gastos de mantenimiento, vigilancia y servicios públicos.

Que los artículos 2236, 2240, 2248, 2251, 2252 y 2253 del C.C. ponen dos obligaciones en cabeza del depositario; una, la guarda y custodia de la cosa encomendada; y, dos, la de restituirla al momento de extinción del vínculo, deberes huérfanos ante la pérdida de la cosa, pues no se pueden cumplir.

Por ello, ante obligaciones de resultado, están dadas las cosas para endilgar la responsabilidad resarcitoria en cabeza del accionado, al demostrarse la existencia de: contrato válido; cumplimiento del actor en lo que le corresponde; e, incumplimiento del demandado por perder las cenizas.

El hecho y la culpa se presumen, que en este caso la culpa es grave que equivale al dolo, por lo que de acuerdo al artículo 1616 del C.C. se permite el resarcimiento de todo tipo de perjuicios, sin que para el demandado pudiera pasar desapercibido la extracción sin violencia del cofre con cenizas, siendo los parientes quienes advirtieron tal situación, coligiéndose la negligencia del cementerio el cual solo explicó que en muchos años no había ocurrido un evento de estos.

Que la pérdida de las cenizas trascendió a la esfera del perjuicio moral, lo que es directamente imputable al demandado que se obligó a custodiar y vigilar las cenizas, aunado que de las declaraciones de los actores y testigos concuerdan en la congoja o tristeza de los primeros, pues la pérdida de las



cenizas se asemejaba a revivir el dolor sufrido al momento de la muerte fetal, máxime cuando dicho extravío deja en la incertidumbre el reposo de unos restos que para los demandantes tienen carácter sagrado, por lo que lo pertinente es indemnizar conforme a los parámetros jurisprudenciales.

Que tal pérdida infracciona el artículo 19 Superior, por cuanto cierra la posibilidad de visitar los restos de un ser querido, cohíbe la práctica de la libertad de culto, situación que es análoga a la digna sepultura, y de los testimonios recogidos se tiene que doña LILIANA PATRICIA VÉLEZ luego asistir al culto religioso, se dirigía al Cementerio a visitar a su nieto fallecido, y que esa posibilidad ha sido cercenada por la pérdida de las cenizas.

Sobre los medios exceptivos, ninguno desvirtúa los hechos probados al interior del plenario, como es la pérdida del cinerario, y pese a haberse insertado una joya en el cofre, esta no fue ingresada por los actores ni con su aquiescencia, y que tal hecho no era público por lo que no puede colegirse el atractivo para ladrones, por lo que el hecho fue la culpa de la demandada, donde incluso el testimonio de MÓNICA MONTOYA a pesar que reiteró el hecho que ingresó una cadena de oro al interior del cofre, ello es irrelevante en contraste con la pérdida de las cenizas.

Que la causa extraña requiere irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad, por lo que correspondía a la demandada demostrar diligencia y custodia de la cosa, sin que los costos de vigilancia y que no hubiera ocurrido una situación similar, no los relevaba del cumplir sus deberes contractuales.

Que sí bien de las experticias se logra extraer que el dolor psíquico para los demandantes surgió a raíz de la muerte del menor (sic), este se robusteció con la pérdida de las cenizas, y contrario a lo expuesto por el médico citado por la demandada quien indicó que el avalúo psicológico era insuficiente y que los actores actuaron de mala fe, tal afirmación es inadmisibles ya que si los actores no fueron a acompañamiento psicológico, se dio por su exigua

economía, dificultades d el sistema de salud, y que en la sociedad aún existe “*tabú*” en cuanto al acompañamiento psicológico.

Que en la confrontación del dicho de los dos expertos, se tiene que el de la demandada se mostró contradictorio al no corroborar su afirmación sobre que los actores mintieron, y su concepto fue especulativo, por lo que lo descartó.

Así, desestimó las excepciones de mérito, declarando civilmente responsable a la demandada condenándola a cancelar por concepto de perjuicios morales en favor de: AGUDELO 10 S.M.L.M.V.; VÉLEZ, 5 S.M.L.M.V.; y para GÓMEZ 2 S.M.L.M.V.. También condenó en costas.

Tal decisión fue apelada por ambas partes.

DE LA APELACIÓN:

**De la parte demandante:**

Como único reparo señaló que el valor reconocido no logra compensar el daño moral sufrido, lo que sustentó con que la aflicción padecida por los demandantes se acrecienta por haber confiado a la demandada el resguardo de los restos de un familiar y que esta desconozca su paradero, por lo que el menoscabo no se compensa con esa cifra exigua, ya que nunca podrán volver a realizar el acto de culto religioso al ser querido fallecido. Entonces, una compensación tan baja no subsana la tristeza padecida.

Que de las obligaciones contractuales se desprenden consecuencias legales, pues del artículo 2236 y siguientes del C. C., al no cumplirse con las

cargas de cuidado, ni restitución de la cosa, también se conculca el derecho contemplado en el artículo 19 Superior sobre libertad de cultos.

Que de acuerdo al artículo 1604 del C.C., a la demandada le correspondía demostrar la diligencia y cuidado por cuanto era la obligada a la vigilancia y custodia del cofre, y que no dio una respuesta clara o precisa durante el pleito acerca del paradero de las cenizas. Entonces, estructurada la responsabilidad contractual, la pérdida configura una culpa grave asimilable al dolo, pues no son unas meras cenizas sino que son los vestigios del ser querido de los actores para sobrellevar su duelo.

Que la demandada no enervó la responsabilidad demandada, y ni siquiera interpuso la respectiva denuncia penal, tampoco adelantó otro tipo de acciones legales, requerimiento alguno a la empresa de vigilancia, o proceso disciplinario en contra de los empleados del Cementerio, menos acreditó la irresistibilidad o imprevisibilidad, y fue reacia a brindar solución a los actores, por lo que estos se vieron obligados a acudir a la jurisdicción.

Que el monto indemnizatorio no debe ser un reconocimiento apresurado, sino que ha de ajustarse a una reparación integral, entendiendo que la afectación psicológica no tiene una tasación precisa, por cuanto la pérdida de las cenizas perdurará dejando a los aquí demandantes en un estado constante de zozobra e incertidumbre.

**De la parte demandada:**

Como reparos presentó los siguientes:

1. Que la esencia contractual se ha mantenido de su parte.

2. Que hubo causa extraña no controlable, con ocasión de la inclusión de una cadena de oro.
3. Que la existencia de un riesgo creado imprevisible, quedó acreditada por el testimonio de la madre del mortinato.
4. Que el hecho de un tercero, se configura cuando sin aviso previo la madre añadió al interior del cofre un objeto que se torna valioso para sus parientes, propiciando con ello una situación de riesgo.
5. Que no se probó la culpa, coligiéndose que la accionada cumplió con las obligaciones propias del contrato de compraventa del cenizario S17-4184.
6. Que respecto a la cosa debida, la pérdida de las cenizas no se dio con ocasión a una conducta descuidada de su parte.
7. Que los perjuicios morales no están llamados a prosperar, por cuanto el menor nació muerto.
8. Que se le restó importancia a las historias clínicas aportadas por los demandantes, quienes solo se hicieron valorar de un profesional en psiquiatría, lo que evidencia un interés meramente económico.
9. Que se restó valor a las declaraciones de la madre del mortinato.
10. Que se obviaron los dichos del administrador del cementerio.
11. Que se ignoró la certificación emitida por la empresa de vigilancia que da cuenta de la profusa inversión en materia de cuidado y custodia, así como que no ha tenido antecedentes de tales sucesos.
12. Que el Despacho no acogió en debida forma el dictamen pericial.
13. Que el reconocimiento económico no es válido.

Como sustentación sostuvo que la demandada ha actuado conforme lo establecen las obligaciones contractuales, con el debido cuidado y vigilancia, y que el ingreso de una cadena de oro desnaturalizó la esencia del contrato, por cuanto su obligación era custodiar las cenizas, pero al incluirse dentro del cofre un objeto distinto a estas, es a partir de allí que transformó los restos en algo atractivo para ser hurtado.

Que estuvo acorde con las obligaciones dimanadas del contrato de compraventa del cenizario, máxime cuando además de las cenizas del óbito, aún se encuentran allí otras depositadas, insistiendo que la demandada no propició dicha pérdida, sino el que se colocara la cadena de oro trastocó su responsabilidad y tornó el asunto en irresistible e imprevisible.

Que siempre estuvo presta a encontrar solución al problema, tanto así que parte del cementerio se citó a la madre del menor, quien se acercó al centro de servicios el día 2 de febrero de 2019.

Que los perjuicios tasados son desbordados como quiera que se trató de un mortinato, situación que impidió que este compartiera vivencias o experiencias con los demandantes para así acreditar un vínculo afectivo, y que estos solo tenían una expectativa, por lo que no puede acreditarse las aflicciones rogadas.

Que las declaraciones de la madre del óbito en cuanto a la inclusión dentro del cofre sin previo aviso o autorización del Cementerio, de un objeto diferente a las cenizas, que de haberse tenido conocimiento habría restringido la inhumación.

Que las declaraciones del administrador fueron desestimadas de forma indebida, por cuanto aquel detalló la trazabilidad y seguimiento que se hizo luego del enteramiento del extravío del cofre, demostrando con ello un actuar diligente, y que la génesis del hecho fue la inclusión de la cadena de oro, ya que las meras cenizas no tienen valor comercial.

Que el desconocimiento del dictamen y su sustentación rendida por el perito aportado por la demandada, el cual rebatió el allegado por los actores, señalando que se basó en “*auto-test*” y que estos lo respondieron con conocimiento de causa para un proceso en el que tendrían interés

económico, por lo que podrían manipular tal experticia, y ello se soporta en la carencia de valoraciones psiquiátricas de las historias clínicas.

Que quedó demostrado que la aflicción de los demandantes se dio con ocasión de la expectativa del nacimiento del menor, pero que esto no sucedió, lo que se sustenta en la valoración psiquiátrica realizada de manera particular, y que no se puede eludir que los vínculos afectivos del fallecido con los demandantes no lograron concretarse.

Así las cosas, no concurriendo causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se resolverá la alzada, previas las siguientes;

## CONSIDERACIONES

### INTROITO:

Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno; así mismo, examinada la actuación procesal en ambas instancias, no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por lo que están presentes las condiciones necesarias para proferir sentencia de segunda instancia.

Considerando que ambas partes apelaron, la Sala resolverá sin límites tal como nos lo faculta el inciso 2º del artículo 328 procesal; aunque por cuestiones metodológicas, primero resolveremos los reparos presentados por la demandada, pues los mismos cuestionan la responsabilidad propiamente dicha, y solo superado lo anterior, ahí sí nos pronunciaremos frente a las inconformidades de la parte actora, pues la misma basó la alzada en la cuantificación de los perjuicios consecencialmente reconocidos.

Por lo anterior, los problemas jurídicos a resolver se presentan en los siguientes términos:

1. ¿Es factible que un mismo hecho (en este caso pérdida de cenizas), genere responsabilidades tanto del orden contractual como extracontractual?
2. ¿Puede considerarse a la demandada como cumplidora de sus deberes contractuales?
3. ¿Está probado en relación a la demandada algún eximente de responsabilidad, tal como es culpa de un tercero?
4. ¿Debió probarse en las presentes la culpa de la accionada?
5. ¿Procede el reconocimiento de perjuicios morales ante la pérdida de las cenizas de un óbito fetal?
6. ¿La parte actora probó los perjuicios morales?

De superarse lo anterior surgiría el interrogante; ¿se cuantificaron adecuadamente los perjuicios morales demandados?

#### DE LA SENTENCIA FUNDACIONAL Y LA DOCTRINA:

En el tema que nos ocupa, hace ya casi un siglo (21 de julio de 1922), la Corte Suprema de Justicia en el famoso caso Villaveces<sup>1</sup>, en el que tal

---

<sup>1</sup> Magistrado ponente, doctor TANCREDO NANNETTI.

ciudadano reclamaba al entonces Municipio de Bogotá por, entre otras, la pérdida de los restos de su cónyuge, doña Emilia, la alta Corporación en un lenguaje muy sencillo, indicó:

“Los artículos 2341 y 2356 del Código Civil dicen:

" 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

"2356. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”

“Este último artículo extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente. En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance, e interpretado, por tanto, erróneamente.

“Esta interpretación de las disposiciones acotadas del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos; y si en muchos casos es difícil determinar el *quantvm* de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. “En el caso que se estudia se impone la sanción civil.

“La sentencia debe pues ser casada también en cuanto absolvió al Municipio de Bogotá del pago de los perjuicios morales causados al actor por los agentes de aquél.”

Tan clara posición, marcó en ese momento un derrotero para entrar al reconocimiento de perjuicios morales, ya no solo por los daños patrimoniales como se exigía hasta esa época, sino, también por los extrapatrimoniales, que según la Corte, se extendió a todo daño. Muestra de ello y en desarrollo



legislativo, es el artículo 1006 del Estatuto de los Comerciantes, norma que reza:

*“Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.*

*“En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.”* Subrayado intencional.

Por eso, doctrinantes de épocas recientes, han indicado:

“Felizmente, el legislador colombiano ha venido consagrando en forma expresa la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en materia contractual, condenando así, de manera indirecta, la doctrina que los negaba. En efecto, el artículo 1006 del Código de Comercio, establece que los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de transporte de pasajeros da lugar a la indemnización, no solo de los perjuicios materiales, sino también de los morales que aparecieron demostrados...”<sup>2</sup>

“En punto de la responsabilidad extracontractual por el hecho ilícito, es axioma en la doctrina que el agente del hecho debe indemnizar tanto los perjuicios materiales como los morales que le haya irrogado a la víctima. Pero en materia de responsabilidad contractual, esto es, la que abarca todo el campo del incumplimiento de las obligaciones de contenido económico, una larga tradición doctrinaria negaba la indemnización de los perjuicios morales, con el argumento superficial de que no se ve cómo el incumplimiento de tales obligaciones patrimoniales pueda lesionar moralmente al acreedor. Hasta se ha llegado a hacer de esta cuestión uno de los criterios claves para distinguir dichas especies de responsabilidad. Así, por ejemplo, si una persona da muerte a un padre de familia, no se vacila en afirmar que aquella debe indemnizar a los hijos de este, no solo por los perjuicios materiales que ellos experimentan al perder el apoyo económico que dicho padre les prestara, sino también el daño moral, v.gr., el dolo sufrido por la falta del ser querido. Por el contrario, si el comisionado para trasladar los restos mortales de los padres del comitente de un cementerio a otro, o si el depositario de los únicos retratos existentes de aquellos los deja perder culposamente, o si el cirujano le ocasiona al paciente una desfiguración facial, al excluirse la indemnización por tan evidentes lesiones morales, so pretexto de tratarse de hechos de responsabilidad contractual, en el primer caso el comisionado infiel quedaría impune, porque los huesos de los padres no tienen cotización comercial; en el segundo, descartado el valor afectivo de los retratos, la indemnización se reduciría al precio en el mercado de unos cuadros de las calidades materiales que se lograran establecer en el proceso; y en el tercero, si la desfiguración no repercute en la capacidad económica del paciente, su sola depresión moral sería intrascendente. Dícese también, en pro de la tesis que pretende excluir la indemnización de los perjuicios morales del campo contractual, que la estimación de estos, las más de las veces, es muy difícil y hasta imposible. Pero la doctrina moderna ha reaccionado con la precitada tesis, por carecer ella de todo fundamento racional. Como lo demuestran los ejemplos

---

<sup>2</sup> TAMAYO JARAMILLO, J. De la responsabilidad civil. Vol. IV. Bogotá, Temis. 1999. pág. 157

anteriormente propuestos, la equidad reclama con igual vigor la indemnización del perjuicio moral en el campo extracontractual y en el contractual...”<sup>3</sup>

## DE LA ESTIMACION DEL DUELO:

El duelo no es extraño a la tradición antropológica de occidente, pues está presente desde los albores de la cultura. Así, en el poema Homérico “*La Iliada*”, el poderle hacer las ceremonias funerarias a HÉCTOR es lo que llega a justificar una tregua parcial en tan cruenta guerra.

La cultura a la muerte y los ritos que se desprenden de ella, es inescindible al ser humano, y si bien ciertamente hay diversas formas de vivir los duelos y hacer el rito, lo relevante es poder hacerlo, tal como lo seguimos exponiendo.

En relación a lo anterior, el duelo y los ritos funerarios, la doctrina constitucional patria, siguiendo su línea jurisprudencial, ha indicado:

“El traslado, la exhumación e inhumación de cadáveres. Importancia del rito funerario por parte de los familiares, como manifestación del derecho a la libertad de cultos.

“10. Desde una mirada antropológica, la muerte y su ritualización son aspectos fundamentales para los individuos y las sociedades. La idea del paso de una vida a la otra condensa los valores y las explicaciones que sobre el nacimiento, la existencia y la transmutación, tiene cada grupo social. Por tanto, las ceremonias de muerte cumplen funciones de vital importancia para las elaboraciones del duelo y permiten que los individuos asuman otra etapa de la vida, frente a las personas que ya no están.

“Se pregunta el antropólogo Carlos Rodríguez, “*¿Cómo puede el individuo y el grupo asumir el vacío y el horror de la nada?*”, y responde: “*solamente ritualizando dentro de su propio marco cosmológico, su propia concepción de la muerte y de la vida, para separar la muerte de la vida y recolocar psicológica y socialmente a los deudos y al resto del grupo en la nueva situación*”.

“11. Esta idea de la “*recolocación*” y la relación entre los vivos y sus deberes con sus muertos, ha sido especialmente abordada en algunos casos resueltos por la

---

<sup>3</sup> OSPINA, G. (2005). Régimen general de las obligaciones. Bogotá D.C.: Temis. pág. 122

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se ha analizado la estrecha relación entre el respeto a la dignidad de los parientes vivos y la debida realización de los ritos fúnebres a sus muertos.

“Casos como Aloeboetoe y otros (1991), Bámaca Velásquez (2000-2002), Bulacio (2003), “Niños de la Calle” o Villagrán Morales y otros (1999-2001), Hermanos Gómez Paquiyauri (2004), Masacre Plan de Sánchez (2004) y Comunidad Moiwana (2005), entre otros, dan cuenta de la necesidad muy humana de efectuar los rituales de muerte, las ceremonias religiosas o cultos fúnebres de los seres queridos, en especial cuando estos han desaparecido inesperadamente y sus restos mortales, inhumados sin respeto ni consideración.

“12. En especial se recuerdan los votos razonados del juez Antonio Augusto Cançado Trindade en los casos Comunidad Moiwana contra Surinam, y Bacamá Velásquez contra Guatemala, que traen importantes reflexiones sobre el tema. En el caso Comunidad Moiwana contra Surinam se explica por ejemplo, cómo se entienden los deberes de los vivos hacia sus muertos (párrafos 47 a 53), en el voto razonado, así:

““VII. *Deberes de los Vivos hacia Sus Muertos.*

*47. Como ya señalé anteriormente, no es posible considerar el fenómeno de la vida sin tener en cuenta lo mismo respecto de la muerte, la vida y la muerte han sido consideradas pari passu en la historia del pensamiento humano.*

*(...)*

*“49. De hecho, las distintas creencias religiosas brindan una especial importancia a la conducta de los vivos respecto de sus muertos. La fe Bahá’í, por ejemplo, sostiene la posibilidad de que aún la condición de “aquellos que han muerto en pecado y descreídos pueden volver cambiados” mediante las “oraciones y súplicas” por sus almas de aquellas personas que siguen con vida.*

*(...)*

*“51. Se puede mencionar otros ejemplos relacionados con este tema. En la región de la Araucanía en Chile, por ejemplo, la comunidad mapuche también le atribuye una importancia especial a los ritos fúnebres; para sus miembros, la ceremonia de la sepultura es una “expresión de solidaridad de la comunidad”. Desde el punto de vista mapuche, “la comunicación con los muertos es cultural, lógica, forma parte de la cosmovisión y religión mapuche”*

*“52. A su vez, los mayas, aztecas y los incas creían en la vida post mortem. Para los aztecas, la muerte formaba parte de la vida (ciclo de regeneración); para los incas, la muerte no era más que el pase de esta vida a la otra vida. En la cultura maya, azteca e inca, “vivir es morir y morir es vivir”; la vida post mortem no está condicionada por las actitudes personales; es un ciclo continuo. En las distintas culturas, el paso del tiempo es visto como aquello que refleja la solidaridad entre las generaciones humanas que, como las estaciones, se suceden entre ellas en el tiempo. (...)”*

“13. Así mismo, la Corte Interamericana resaltó que la muerte de un individuo trae consecuencias que afectan directamente la vida de sus sobrevivientes, no sólo de carácter jurídico, sino de toda índole, incluida la “moral” o “espiritual”. Por ello, el respeto por los restos mortales y la realización de las ceremonias fúnebres acorde con las creencias religiosas del fallecido, encuentra respaldo no sólo en los derechos humanos, sino también “en la espiritualidad de todas las culturas y religiones”.

...

16. Así, por ejemplo, en la sentencia T-162 de 1994 se revisó un caso en el que una familia que habían enterrado a su padre, se vio sorprendida por la decisión de un

hijo extramatrimonial de trasladar los restos del difunto a otro cementerio. Ante esos hechos, la Corte resolvió dos interrogantes “*el primero, ¿quién tiene derecho a exhumar un cadáver?, y, el segundo, ¿quién tiene derecho a inhumarlo?*”.

La Corte precisó que tienen prioridad en la disposición del cadáver el o la cónyuge o compañero(a) permanente, los hijos, los padres, los hermanos, los abuelos o los nietos del fallecido. Sin embargo, aclaró que esa potestad que tienen los familiares, debe estar regida por el respeto al cuerpo inerte y, en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión. Así mismo, estableció que sólo frente a estas personas se configura el derecho a la libertad de cultos y de conciencia en relación con la sepultura del cuerpo.

“Así mismo, en ese fallo, se efectuó una reflexión sobre el valor simbólico del cadáver y la significación del entierro católico. Frente a esto se explicó que al vincularse la muerte con profundas elaboraciones simbólicas y religiosas, el culto o rito mortuario adquiere total trascendencia para que las personas puedan efectuar más fácilmente el duelo y reelaborar sus relaciones psíquicas con el difunto.

“17. En la sentencia T-462 de 1998, igualmente, esta Corte analizó un asunto en el que una señora solicitaba el traslado del cadáver de su esposo a un cementerio católico, pues éste había sido enterrado como NN, después de haber desaparecido. Las autoridades de salud pública impedían la exhumación y el traslado correspondiente, porque el difunto no llevaba más de 4 años de inhumado, tal y como lo exigía la norma sanitaria.

“Allí se explicó que la pretensión de una persona de venerar la tumba de un ser querido se encuentra protegida constitucionalmente por el artículo 19 Superior. De manera que el sepulcro, concebido como una práctica simbólica y depositaria de valores religiosos, adquiere una connotación jurídica.

“Por tanto, después de reiterar su jurisprudencia, esta Corporación declaró vulnerado el derecho fundamental al culto, ya que se le había impedido a la actora realizar la ceremonia de muerte de su compañero y otorgarle un lugar digno donde pudiera rendirle honor y efectuar su duelo.

“18. El más reciente pronunciamiento constitucional sobre el derecho a la libertad de cultos en este aspecto específico relacionado con la sepultura de cadáveres, conforme a los ritos y elaboraciones religiosas de los familiares o del difunto, es la sentencia T-165 de 2013.

“En esa ocasión una mujer reclamaba el traslado a su municipio de origen, de dos fetos sin vida que le extrajeron de su vientre en un Hospital de Bucaramanga. Para ella se hacía indispensable realizar el entierro conforme a los ritos cristianos previstos para el efecto. Para esta Corte, tal petición fue un ejercicio válido de la libertad de cultos y de conciencia y adquirió un matiz trascendental, por lo que, protegió los derechos de la señora y ordenó el traslado de los cuerpos de los no nacidos a su lugar de origen.

“19. De lo expuesto hasta ahora resulta claro que el culto en las distintas religiones del mundo, es un elemento inescindible de la creencia, razón por la cual se protege constitucionalmente su libre manifestación. Por ello, esta Corte, a través de los casos citados, fijó algunas reglas jurisprudenciales en torno a su salvaguarda, que pueden sintetizarse así:

“a) Los familiares cercanos son los únicos que tienen el derecho a la disposición del cadáver de un ser querido. Esa disposición se debe ejercer con respeto por el cuerpo inerte, y en ningún caso, tal titularidad se asemeja a la propiedad o la posesión.

“b) Todo acto que impida injustificadamente el ejercicio de un culto religioso, vulnera los derechos fundamentales a la libertad de cultos y de conciencia.

“c) La incapacidad económica de los familiares para asumir los costos del traslado, exhumación y/o inhumación de cadáveres, no puede ser un obstáculo para el ejercicio de los ritos fúnebres. Tales rubros deben ser cubiertos por los entes municipales, en virtud del Decreto 1333 de 1986, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.

“20. En conclusión, para esta Corte es claro que permitir la manifestación de las ceremonias o ritos de muerte, a través del derecho de los familiares a trasladar, exhumar o inhumar el cadáver de un ser querido, hace parte esencial del respeto y protección del derecho a la libertad de culto.”. Citas y cursivas dentro del texto. Sentencia T-741/14

De lo anterior queda claro que la desaparición de los restos bien sea de personas u óbitos fetales, pueden producir perjuicios extrapatrimoniales en los deudos, que si están debidamente establecidos, emerge su reconocimiento, lo que de cara a su cuantificación, pese a lo difícil del ejercicio, nos vemos cobijados por el *arbitrio iudicis*<sup>4</sup>, sin que haya cabida al capricho o arbitrariedad.

---

<sup>4</sup> De tal concepto, la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en Sentencia del 11 de mayo del 2017 (radicación 11001-02-03-000-2017-00405-00), sostuvo:

*“Es que, cabe reiterar, para los primeros el juzgador debe hacer un estudio ponderado de su valor, acorde con las circunstancias de cada caso y la jurisprudencia sobre la materia, en aras de determinar en forma razonable, a su prudente arbitrio (arbitrium iudicis), una suma o prestación económica que compense la afectación que pudo haber sufrido la persona que reclama el resarcimiento, por el detrimento correspondiente.*

*“Criterio de la Corte que descansa en la concepción jurídica del daño moral, que no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la siquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria, frente a lo cual lo único que puede hacerse es otorgar al afectado una prestación de valor económico, tan sólo para compensarle el dolor - pasado, presente o futuro-, es decir, que pueda mitigarle en cierta medida el sufrimiento.*

*“De ahí que sea razonable estimar, por un lado, que en cada caso el juez realice una valoración concreta de la congoja del afectado, con la debida objetividad, y le otorgue una prestación económica equitativa, y por otro lado, que no parece apropiado que las partes puedan estimar el valor económico de su propio sufrimiento, ya que eso iría en contravía de la naturaleza especial del perjuicio inmaterial o espiritual, que escapa al ámbito de lo pecuniario. Por esas razones, esta Corporación ha considerado que labor semejante compete al juez, aunque dentro de unos topes o límites, cuando cabe la condena por ese aspecto.”*

## DE LA SOLUCION DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:

### **Precisión preliminar:**

En los términos del artículo 90 del C.C.<sup>5</sup>, las cenizas que desaparecieron del cementerio a cargo del demandado, hecho que no es motivo de debate, no corresponden a una persona como tal, insistimos, en términos jurídicos, pues del inciso 2º de tal disposición debe entenderse que no ha “*existido jamás*” como persona natural (artículo 73 ibídem); sin embargo no puede dejar de considerarse, como dice la norma, una criatura que es sujeto de protección legal (artículos 20.14, 82.10 y 111.1 Ley 1098 de 2006).

También es marco para decidir en las presentes, la Resolución número 5194 de 2010 dimanada del Ministerio de la Protección Social, “*Por la cual se reglamenta la prestación de los servicios de cementerios, inhumación, exhumación y cremación de cadáveres*”, e igualmente, el pacto contractual enunciado en la demanda.

### **Del cumplimiento contractual del demandado:**

Dice la pasiva en el primer reparo, que ha honrado sus compromisos contractuales, lo cual también esboza en el 5º reparo cuando afirma que no se probó su culpa, y que cumplió con las obligaciones propias del contrato

---

<sup>5</sup> Dice así la norma: “*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre... La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.*”

de compraventa del cinerario, lo que itera en la 6ª inconformidad, según la cual no hubo una conducta descuidada de su parte.

También se ata argumentativamente a lo anterior, los reparos 10º y 11, sobre que se obviaron los dichos del administrador del cementerio, en el sentido que expuso sobre los protocolos y medidas de seguridad que tienen previstos, así como que se ignoró la certificación de la empresa de vigilancia, según la cual la demandada hace ingentes gastos en cuidado y custodia, y que no ha tenido antecedentes de pérdidas de restos.

Pues bien, para despejar lo anterior ha de tenerse en cuenta el pacto arrimado con la acción, contrato sustento de las pretensiones contractuales, el que en la parte de deberes del demandado, su tercer compromiso – cláusula 7ª-, es; *“Asumir el mantenimiento del bien vendido, que incluye: aseo, vigilancia, suministro de servicios públicos, impuestos y contribuciones...”* -resaltado intencional- (ver folio 29 archivo 03 anexos, Expediente Digital, en adelante E.D.)

En esos términos, y acudiendo a las reglas de interpretación de los contratos (artículo 1622 C.C.), lo atrás transcrito equivale a que el demandado se obligó, entre otros, a prestar objetivamente el servicio de vigilancia y seguridad, y es que ello también lo contempla la Resolución 5194 de 2010.

Si las cenizas se perdieron de las instalaciones del cementerio San Pedro, cuestión que acepta la demandada, independientemente de quien las haya tomado o hurtado, el demandado faltó a su deber contractual, por lo que la actora está legitimada para pedir indemnización de perjuicios en los términos del artículo 1602 del C.C..

Refuerza la anterior idea la Resolución número 5194 de 2010, en cuanto a que los cementerios tienen deberes como es el de vigilancia, según se desprende del numeral 5º del artículo 36 de tal acto administrativo.

**De la culpa de un tercero:**

Indica el recurrente demandado, que la pérdida de las cenizas de marras, se debió a que en la correspondiente urna, fue agregada por parte de la madre de la criatura fallecida, una cadena de oro; siendo ese elemento el que dio pie a la señalada sustracción. En esto fincó los reparos 2º, 3º, 4º y 9º, todos estos refieren a que fue la inserción del mencionado adminículo, lo que motivó la pérdida.

Pues bien, independientemente que doña MÓNICA MARÍA MONTOYA BUSTAMANTE testimonialmente hubiera aceptado que introdujo la cadena de oro, decir que se tiene en cuenta, recordemos que en el contrato se dejó en claro que la inhumación siempre debe realizarla un empleado de la Fundación accionada (folio 26 archivo 03 anexos E.D.); entonces, los dependientes de esta debieron tener cuidado de que no se introdujera elemento alguno de parte de un tercero a tal pacto, por lo que la Sala despacha negativamente tales argumentos de la alzada.

Se insiste, si en la inhumación estaba presente y era ejecutada por un empleado del cementerio, cualquier operación de ese tipo contó con la anuencia de la demandada. Es el cementerio el profesional en la materia, por lo que no puede proyectar su responsabilidad en los dolientes.

**De los perjuicios morales:**

Este intitulado está contenido en los numerales 7º, 8º, 12 y 13 de los reparos, cuestionándose, en su orden, que: i) no proceden los perjuicios morales pues



el menor (sic) nació muerto; ii) que de las “*historias clínicas*” de los demandantes, quienes solo fueron valorados por un psiquiatra, lo que devela su interés meramente económico; y, iii) indebida valoración del dictamen pericial.

Siendo así, se deja en claro que no se cuestionó si de la relación contractual puede generarse el reconocimiento de perjuicios morales; sin embargo, para la Sala en una situación como la que nos ocupa y de acuerdo a la jurisprudencia marco de esta decisión, tal súplica es procedente, precisamente, por las características del caso.

El hecho que la criatura no hubiera logrado nacer con vida (extrauterina), para nada es determinante en la resolución de este caso, pues el factor de imputación es la pérdida de las cenizas, de lo que se ha dicho doctrinalmente, va de la mano con el duelo mismo y las prácticas religiosas que de ello se desprende.

Si ello es así, el daño moral imputable al demandado en el entendido que dejó perder las cenizas bajo su cuidado, debe ser indemnizado, pues claramente en este caso confluyen los presupuestos axiológicos contractuales<sup>6</sup> y extracontractuales<sup>7</sup>, los que no han sido discutidos, sino, solamente el daño.

Entonces, en cuanto a la prueba de los perjuicios morales, no puede circunscribirse exclusivamente a las experticias psiquiátricas, ya que conforme el artículo 176 del C. G. del P., en nuestro sistema jurídico rige el principio de libertad probatoria.

---

<sup>6</sup> Los requisitos axiológicos en esos eventos son: a) existencia del contrato válidamente celebrado; b) el incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, imputable al deudor por dolo o culpa; c) la configuración de un daño o perjuicio; d) existencia de un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido; y, e) que se trate de una conducta antijurídica.

<sup>7</sup> Estos se tienen como: dolo o culpa del llamado a responder; daño o perjuicio sufrido por la víctima; y, relación de causalidad entre aquéllos y éste.

De tal manera, comenzando por las declaraciones vertidas en el plenario, comenzando por la del actor AGUDELO, la pérdida de las cenizas trajo sensaciones similares a la muerte fetal, lo que es iterado por la codemandante VÉLEZ, quien hasta tenía la rutina de visitar las cenizas; lo que también fue expuesto por la tercera codemandante, la señora GÓMEZ.

No obstante, como no es dable fabricarse la propia prueba<sup>8</sup>, debe considerarse que los testimonios arrimados expusieron coherentemente que los demandantes resultaron afectados por la pérdida de las cenizas, con llantos, desconsuelo, precisando que el dolor de doña LUZ MILA fue de menor intensidad. En ese punto la actual pareja del demandante, MANUELA BETANCUR, expuso frente al mismo tal situación de desasosiego, aunque manifestó su desconocimiento respecto a las otras demandantes.

La otra testigo, SANDRA MILENA VÉLEZ RUIZ, hermana de una demandante -LILIANA- y tía del otro, dijo que la pérdida de las cenizas aumentó el dolor por la malograda criatura.

Ahora, si bien es cierto que los dictámenes aportados en principio son contradictorios entre sí, hoy día no es necesario recaudar otra pericia como sucedió en el legendario caso VILLAVECES, precisamente por lo estatuido en el artículo 176 procesal civil en cuanto a la libertad probatoria, máxime que las pruebas se aprecian en conjunto y no hay tarifa legal.

Entonces, de tales experticias se tiene en común que la pérdida de las cenizas exacerbó en los actores enfermedades previas (ansiedad y depresión), precisamente porque el duelo queda inconcluso; entonces, la

---

<sup>8</sup> Ver, entre otras decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia SC 4791 del 7 de diciembre de 2020, SC del 25 de marzo de 2009 radicado 2002-00079, y SC del 10 de noviembre de 1999 radicado 5279.

tesis que solo se pretende un provecho económico, desdice la teoría del duelo, luto y religiosidad que aquí se ha esbozado.

La ausencia de tratamientos psiquiátricos o psicológicos, no desdican del dolor que se ha padecido y aquí se ha explicado, máxime que no se puede presumir la mala fe en los demandantes, como pretende hacer la experticia allegada en réplica, pues admitir tal tesis violentaría el artículo 83 constitucional. Es importante que la pericia proceda para verificar puntos que ameriten estudios científicos, técnicos o artísticos (artículo 226 C. G. del P.), no para hacer valoraciones de la conducta de las partes; ello corresponde a la autoridad judicial.

Por todo lo anterior se colige que el dolor que en últimas funda el deber de indemnización, fue claramente establecido, y que riñe con las reglas de la experiencia que una situación como la que nos ocupa, pase inadvertida para las personas que la padecen, pese a lo subjetivo que sea la pesadumbre.

### **De la cuantificación del perjuicio en ejercicio del *arbitrio iudicis*:**

No puede confundirse el que los demandantes en sus declaraciones se duelen de que el futuro bebé era deseado ni de las angustias que sufrieron cuando se produjo el correspondiente aborto, con lo que hoy es la *causa petendi*, la que no es otra que la pérdida de las cenizas, como que tampoco aquí se está juzgando a quién o quienes tuvieron presunta responsabilidad de cara al malogrado embarazo.

Lo que sí podemos decir, es que en los actores se presume angustia por la pérdida de las cenizas de la criatura, cenizas que técnicamente son “*Partículas que resultan del proceso de combustión*”, tal como las define la

Resolución 5194 de 2010, por lo que el dolor causado con el aborto, en sí mismo, no se le puede achacar a los demandados.

En esos términos, lo que se perdió, y lo afirma la Sala con el mayor respeto, no fue un cadáver, como tampoco un ser humano, sino, de acuerdo a la normatividad que rige la materia, se trató de unas partículas, pero resulta que esos elementos eran relevantes o importantes para el duelo, rituales y ejercicio religioso de los demandantes, de donde conforme la prueba recaudada, el daño se causó, por lo que debe ser resarcido.

En ese sentido, y con tales precisiones, la valoración que hizo el *a quo* no se torna antojadiza o irracional, sino, que demuestra una ponderación adecuada de acuerdo a las circunstancias, razón por la cual lo decidido en tal sentido está llamado a la confirmación.

Finalmente, en cuanto a costas en segunda instancia, no habrá lugar a las mismas dado que ninguno de los recursos presentados prosperó, ello en aplicación de los numerales 1º y 5º del artículo 365 del C. G. del P..

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

## RESUELVE

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia calendada el veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

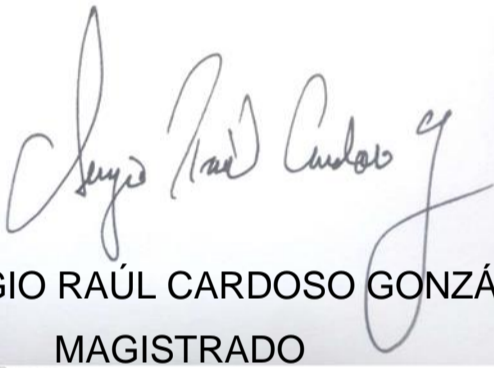
**SEGUNDO:** Sin CONDENA en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme lo decidido, vuelva el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

Esta decisión se notifica por estados.



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS  
MAGISTRADO



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ  
MAGISTRADO



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ  
MAGISTRADO