

Señor.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA.**

**SALA CIVIL Y FAMILIA.**

**M.P. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA.**

E. S. D.

REF: VERBAL RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL de LUZ MARY FLOR MENESES Y OTROS contra PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S Y RECORDAR PREVISION EXEQUIAL TOTAL

RAD: 44.184 (08-001-31-53-013-2021-00315-01).

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN.**

JULIAN HERNANDEZ LLANOS, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado judicial de los demandantes dentro del proceso de la referencia, de manera atenta, encontrándome dentro del término legal, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto en contra la totalidad de la sentencia proferida por parte del JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA en audiencia del 7 de julio de 2020, de conformidad con lo establecido el artículo 322 del C.G.P. y en base lo siguientes.

**SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA AUSENCIA DE DOLO.**

El primero yerro que me permito resaltar es la afirmación que hace el despacho sin tener las pruebas necesarias sobre la voluntad inequívoca de la cónyuge sobre la decisión de adelantar la cremación con la firma del formato de consentimiento informado que los demandados suministraron a LUZ MARY FLOR MENESES al momento de recoger el cadáver en las instalaciones del hospital.

Esta tesis que expresa el despacho en su decisión no la encuentro ajustada a lo debatido y demostrado dentro del proceso, pues nace de una errada interpretación de los interrogatorios rendidos por los demandantes y la omisión de algunas pruebas como lo son el interrogatorio rendido por el demandado y las pruebas documentales aportadas al plenarios, llevando al despacho acervar el conocimiento de LUZ MARY FLOR MENESES sobre el procedimiento de cremación de los cadáveres al momento de suscribir el formato, situación totalmente ajena a la realidad como se ve en lo expresado a continuación.

El despacho no tiene en cuenta las afirmaciones hechas por los demandantes en donde sostuvieron al unísono que **LUZ MARY FLOR MENESES desconocía que significaba la palabra cremación al momento de los hechos**, que solo pudo enterarse de

ello cuando se encuentra con sus familiares afuera del HOSPITAL GENERAL DEL NORTE posterior a haber sido recogidos los restos de su esposo fallecido.

Tampoco puede obviarse la situación de pesadumbre, tristeza y desconsolación por la que estaba atravesando mi representada al momento de suscribir el documento, imposibilitándole un actuar consciente y normal, es precisamente en ese aspecto que considero que el juez de conocimiento no interpretó bien las declaraciones de las partes, pues de su tesis se desprende el total desapego de las circunstancias materiales, temporales y emocionales acontecidas previas al momento del contacto con los demandados, limitándose únicamente analizar la firma del documento.

LUZ MARY FLOR MENES el día 18 de abril de 2020 espero desde las 10:00 A.M., momento en que ocurre el deceso de EDGARDO JOSE DACONTE CERVANTES (Q.E.P.D), hasta las 10:00 P.M para poder tener contacto con el cadáver de su ser querido, es decir un periodo superior a doce (12) horas, momentos en los cuales le toco convivir con el intenso dolor natural que produce la pérdida de un ser querido y la espera de la entrega de los restos.

En el lapso de espera mi representada recibió en varias oportunidades manifestaciones verbales por parte de funcionarios de la institución clínica donde le aseguraban que le iban a entregar el cadáver en pocas horas, situación que como ya es de conocimiento nunca se consumó.

Esas afirmaciones ocasionaron que LUZ MARY FLOR MENESES comprendiera y se esperanzara con la recepción de los restos mortales del que fuera su compañero en vida, generando así el falso entendimiento que le sería entregado el cadáver cuando suscribió el formato de consentimiento informado para la cremación.

El hecho de que tanto la esposa como el hijo del difunto sintieran dolor al ver a su ser querido embalado en una bolsa plástica y siendo depositado en el carro fúnebre, nos permite deducir la falta de comprensión del procedimiento que iba adelantarse sobre los restos.

Por otro lado, frente a la mención que el a quo hace al hecho de que haya sido reconocido por parte de mi representada que empleados de los demandados hayan dado lectura al consentimiento informado eso no indica que LUZ MARY FLOR MENESES sea consciente del contenido del formato y las consecuencias que eso genera, incluso del contenido literal del formato no se desprende el significado de la palabra cremación, por lo que mal hace el despacho al considerar que la lectura que realizaron unos empleados de la

demandada surte el efecto informador requerido para este tipo de procedimiento, y que permite que las decisiones sean tomadas de manera consiente.

Otro aspecto que omite el despacho que prueba el total desconocimiento sobre la situación aquí tratada, es lo dicho en el interrogatorio, sobre que en el pueblo de origen de mi representada no existe la cremación, solo conocen la inhumación de los cadáveres. (minuto 17:09 de la audiencia adelantada)

Es claro entonces el desconocimiento e ignorancia que tenía la esposa supérstite al momento de autorizar la cremación del cadáver, tal y como se puede dilucidar de las declaraciones rendidas por mis representados, siendo contraria a esto lo afirmado por el a quo, siendo esto el primer aspecto de inconformidad.

Ahora bien, otro asunto que merece tratamiento en la importancia que el a quo da a la supuesta ausencia de comunicación o trámite ante los demandados con el fin de revocar la autorización de la cremación, frente a lo cual mencionar que no da por probado sin estarlo que los demandantes realizaron gestiones con el fin de impedir se adelantara ese procedimiento, sin embargo, las misma no fueron fructíferas, actuaciones como acercarse hasta la clínica con el fin de lograr impedir ese procedimiento, las comunicaciones telefónicas sostenidas con los empleados de los demandados, en donde afirmaban que la decisión de la cremación dependía de lo expresado en la historia clínica, son prueba de la intención de detener el procedimiento de cremación y su desaprobación por parte de la familia demandante.

Por otro lado, el despacho no tiene en cuenta lo afirmado por parte del representante legal del demandado en su interrogatorio, en donde mencionó que el cadáver fue cremado el 19 de abril en horas de la madrugada (2:22:56 de la audiencia), es decir pocas horas después de su recogida en la clínica, por lo que cualquier gestión que realizara la familia delante los demandados sería infructuosa, hecho que incluso es reconocido por el representante legal del demandado manifiesta que si ya estaba cremado no habría nada que hacer, porque ya era un hecho consumado (2:20:05 de la audiencia).

Mal hace el despacho en imponer la carga a la familia del difunto de realizar una reclamación o manifestación sobre el desacuerdo a la cremación, siendo que PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S y RECORDAR PREVISION EXEQUIAL TOTAL S.A.S. los que deben actuar diligentemente, además el hecho dañoso se configura con la falta al deber de información.

Se encuentra probado en el plenario que EDGARDO JOSE DACONTE CERVANTES (Q.E.P.D) falleció el día sábado 18 de abril de 2020 a las 10:00 A.M en la

CLINICA GENERAL DEL NORTE, que los restos mortales fueron sacados de la clínica a las 10:00 P.M por parte de trabajadores de los demandados con destino al horno crematorio, y que la incineración fue adelantada en la madrugada del día domingo 19 de abril de 2020.

Como se desprende de lo anterior y teniendo en cuenta la condición de festivo de los días que ocurrieron los hechos, la familia demandante no tuvo la oportunidad de manifestar el retracto a la autorización, entiendo en ese momento que la única forma de no llevar a cabo ese procedimiento era dirigirse a la clínica para encontrarse con LUZ MARY FLOR MENESES y los funcionarios de los demandados.

Otro motivo de inconformidad de la sentencia, se encuentra relacionado con un error probatorio que comete el a quo, pues manifiesta que no se logró probar el actuar negligente por parte de los demandados, así como tampoco la falta de conocimiento por parte de la familia del difunto del procedimiento de cremación, pues desconoce las reglas carga probatoria y no omite totalmente las declaraciones rendidas por CARLOS JULIO MONTERO MUÑOZ como representante legal de los demandados.

La carga probatoria en materia de consentimiento informado y el deber de información recae sobre el prestador del servicio, es decir **PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S y RECORDAR PREVISION EXEQUIAL TOTAL SAS** es quien debía probar en el proceso que si cumplió con esa obligación al momento de recibir la firma del consentimiento informado de **LUZ MARY FLOR MENESES**, pues por disposición legal ellos son quienes tiene el deber de cumplir con el deber de suministrar información precisa, clara, amplia, suficiente y en un lenguaje entendible a los familiares de las personas fallecidas.

En ese sentido en el protocolo de Ministerio de Salud sobre el manejo de los cadáveres encontramos lo siguiente **“La comunicación del riesgo en defunciones por COVID-19 deberá ser informada a todos los actores que intervienen en la gestión del cadáver y a sus familiares, de manera responsable y oportuna, observando siempre el respeto a la dignidad humana, garantizando que existan canales de comunicación entre IPS-Funeraria-Cementerio, IPS y Familiares, IPS y Secretarías de Salud.”**

Como vemos los demandados no cumplieron con esta disposición, pues de lo desprendido en los interrogatorios de partes nunca hubo una comunicación por parte de los prestadores de servicios funerarios sobre los protocolos establecidos durante la pandemia, antes, durante y posterior a los hechos del litigio.

Era PARQUES Y FUNERARIAS S.A.S y RECORDAR PREVISION EXEQUIAL TOTAL S.A.S quienes al ser su objeto social la prestación de servicios funerarios y la expedición de pólizas de servicios exequiales los que tenían la posición de probar el cumplimiento de un actuar negligente, respetando las normas y los protocolos establecidos, **pues es de ellos el deber de información y no de los demandados el deber de estar informado.**

Contrario a lo expuesto en la sentencia los demandados no lograron probar su actuar diligente a la hora de obtener el consentimiento informado, pues se observa que incluso el representante legal no tiene claro ni los protocolos que establecieron y aportaron en la contestación de la demanda.

Lo cierto es que del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de los demandados se puede deducir el incumplimiento por parte de la empresa de su deber de información, no siendo claras que medidas tomaron para capacitar el personal sobre las medidas que se habían tomado durante la pandemia para la prestación del servicio

También hay que tener en cuenta y tal y como fue expuesto en el interrogatorio de parte al demandado y se puede observar en las pruebas documentales aportadas en la contestación de la demanda, el documento suscrito por parte de mi representada es diferente al formato que la empresa había establecido dentro de su protocolo de bioseguridad adoptado dentro de esa organización, situación que sirve de sustento para probar la negligencia con la que actuó el representando al momento de obtener el consentimiento informando.

El a quo tampoco tuvo presente el poco tiempo que existe entre la publicación de los protocolos y la muerte de EDGARDO JOSE DACONTE CERVANTES, y sin que los demandados aportan si quiera prueba sumaria de las supuestas capacitaciones realizadas al personal para la prestación de los servicios en tiempo de pandemia.

Frente al protocolo expedido por el MINISTERIO DE SALUD en el que respalda su actuación los demandados, vale la pena traer a presente una sentencia reciente del honorable Tribunal Constitucional con radicación T-318 de 2021, en donde la Corte califica a este documento de inconstitucional por considerar irrespetuoso de los derechos de libertad de culto y conciencia.

*De entrada, cabe resaltar que, en lo que tiene que ver con la disposición de cadáveres de miembros de comunidades indígenas contiene una contradicción, pues dispone que se deberán respetar sus rituales fúnebres de conformidad con sus usos y costumbres, pero limitados al acompañamiento*

*espiritual de manera simbólica. Esta contradicción desconoce precisamente que según los usos y costumbres de las comunidades indígenas la tenencia del cadáver de un difunto dentro de su territorio es esencial para practicar los ritos funerarios. Por lo tanto, es violatoria de los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la libertad de cultos de las comunidades indígenas y, en consecuencia, inconstitucional.<sup>1</sup>*

Recordando además en esa oportunidad la Corte Constitucional la importancia del tratamiento de cadáver.

*“De los precedentes jurisprudenciales expuestos se extraen las siguientes reglas: (i) la pretensión de los allegados al difunto de venerar su tumba una vez fallecido goza de protección constitucional, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución, que consagra el derecho a la libertad de cultos; (ii) el cadáver representa un símbolo en muchas culturas, por lo que los rituales funerarios adquieren un papel trascendental para asumir el duelo y en tal sentido, debe garantizarse la protección a la realización de sus ritos fúnebres; (iii) los familiares más cercanos del difunto son quienes gozan del derecho a decidir sobre la disposición del cadáver de su ser querido, (iv) el ejercicio de los derechos a la libertad de cultos y de conciencias implica garantizar la libre manifestación de las diferentes creencias o convicciones y se materializa en que los ciudadanos tienen derecho a recibir sepultura conforme al culto, ritos y preceptos del difunto o de sus familiares; (v) la falta de capacidad económica para asumir los costos de disposición del cadáver de su familiar fallecido no puede ser un impedimento para practicar los respectivos ritos funerarios; (vi) la restricción legal a la exhumación anticipada de cadáveres no es absoluta y admite excepciones, que la misma ley prevé, y (vii) las autoridades municipales están obligadas a efectuar las contrataciones necesarias asociadas a la inhumación, exhumación y traslado de cadáveres, incluso estando restringida la actividad contractual en periodos preelectorales.”*

Ahora, retomando la actuación que adelantaron los demandados, es de resaltar lo expresado por CARLOS JULIO MONTERO MUÑOZ quien afirmó que secretaria de salud

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional Sentencia T 318- -21 Del 17 de septiembre de 2021 M.P. CRISTINA PRADO SCHLESINGER.

le hubiese dicho que tenía que cremar sino lo hacían ellos hacían un documento administrativo donde autorizan la cremación aún sin el consentimiento del familiar, aún sin el consentimiento lo pueden hacer porque está estipulado en la norma( 2:21:55), situación que contradice el supuesto respeto de los deseos familiares frente a la disposición final de los cadáveres como predica la empresa.

Como vemos de todo lo anterior es claro la configuración de la culpa en el presente caso, pues la actuación que adelantaron los demandados fue negligente, al omitir el deber de informar a los familiares sobre el procedimiento que iban adelantar y las razones por las cuales fue adelantando, limitándose a ejecutar un protocolo de acuerdo a su interpretación desconociendo el derecho constitucional de libertad de culto y religiosa, y por ende transgrediendo la Constitución Política pese a ser la norma superior.

Es así que solicito al ad quem revoque en su totalidad la decisión adoptada por el JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA el día 7 de julio de 2022, declarando no probadas las excepciones propuestas y condenado a los demandados de acuerdo a lo solicitado en la demanda.

Del señor Juez, atentamente,



JULIAN HERNANDEZ LLANOS.  
C.C. NO. 1.144.072.785.  
T.P. NO. 333.109 DEL C. S DE LA J.