



Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
Sala Tercera de Decisión Civil – Familia
M.P. Dr. Juan Carlos Cerón Díaz
E. S. D.

REF.: Expediente No.: 2020-00050 (44.376)
Proceso: Verbal
Demandante: Seguros Generales Suramericana S.A.
Demandado: Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA
Asunto: Recurso de reposición

JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado especial de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA (en adelante “AVIANCA”), por medio del presente escrito me permito interponer **recurso de reposición** en contra del auto del 17 de julio de 2023, por medio del cual el H. Tribunal, de manera contraria a derecho, resolvió declarar desierto el recurso de apelación que mi representada interpuso en contra de la sentencia del 22 de septiembre de 2022 que profirió el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla en el proceso de la referencia.

I. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

En los términos del artículo 318 del Código General del Proceso (en adelante, “CGP”), el recurso de reposición es procedente para controvertir la decisión del 17 de julio de 2023. Ello es así porque, en los términos del artículo 321 del CGP, el referido auto no es apelable y, por ello, no es susceptible de súplica.

A su turno, el auto del 17 de julio de 2023 fue notificado por estado el 19 de julio de 2023. Por ello, el término para interponer el presente recurso vence el 25 de julio de 2023.

II. FUNDAMENTOS

El auto del 17 de julio de 2023 es contrario a derecho y debe ser revocado por el H. Tribunal por las razones que paso a explicar a continuación:

1. Precisión inicial: contexto del caso y normas procesales generales que resultan contrarias al auto atacado

Sea lo primero advertir que la aplicación de las normas que el H. Tribunal ha efectuado en este caso no podría resultar más lesiva a los derechos procesales de mi representada y únicamente se traduce en la observancia de una especie de rito o ceremonia no prevista en la ley. El auto atacado es huérfano de un análisis del caso en concreto, de las normas aplicables al mismo y de toda la jurisprudencia existente sobre la materia. Ello a

pesar de tratarse, nada más y nada menos, de la garantía constitucional a la doble instancia.

La actuación del Tribunal implica el incumplimiento de lo previsto en el artículo 11 del CGP, según el cual *"[a]l interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias."*

En este caso el Tribunal actuó en contravía de todo lo previsto en estas normas: enfocado en un rito desconocido, optó por ignorar el propósito de la ley procesal. Con ello y sin ningún análisis, sepultó el derecho fundamental al debido proceso de AVIANCA al dejarla sin la garantía a la doble instancia. Ello violando el citado artículo 11 del CGP.

Efectuada esta necesaria precisión, es conveniente señalar que este caso tiene un contexto especial. El juez *a quo*, a manera de excepción,¹ profirió sentencia de primera instancia por escrito. El proceso, por consiguiente, pasó a ser escritural a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive. Y de allí en adelante, de acuerdo con las modificaciones que, en materia de apelación de sentencias fueron introducidas por el Decreto Legislativo 806 de 2020, el proceso debe adelantarse por escrito.

Así, de acuerdo con las referidas reformas que la Ley 2213 de 2022 dejó como permanentes, el recurso de apelación contra sentencias pasó a ser íntegramente escrito. Como contexto de ello, el Decreto Legislativo 806 de 2020 señaló:

*"Que los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones, notificaciones, audiencias y diligencias, y permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, **evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias.***

(...)

Que se regula la segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la

¹ El inciso tercero del numeral quinto del artículo 373 del CGP dispone lo siguiente: **"Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral,** el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En este evento, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que en ningún caso, pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121." (Se destaca)

*audiencia para la sustentación del recurso, **y por el contrario la sustentación**, su traslado y sentencia **se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos.** (...)” (Se destaca)*

Así pues, en un trámite íntegramente escritural y amparado en la abundante y reiterada jurisprudencia vigente para el momento en el que el recurso de reposición fue interpuesto, concentré tres actos procesales en un mismo archivo “.PDF” que fue aportado al expediente el 27 de septiembre de 2022, a saber: i) el acto por medio del cual interpusé el recurso de apelación, ii) el acto por medio del cual sustenté el recurso de apelación y, iii) el acto por medio del cual expresé los reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia.

El Tribunal no tenía que hacer esfuerzo interpretativo alguno para concluir que esta afirmación es cierta. En efecto, el archivo “.PDF” aportado el 29 de septiembre de 2022 al expediente, afirma:

*“Con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del numeral primero del artículo 322 del Código General del Proceso, el recurso **lo interpongo y sustento** en los siguientes términos:*

(...)

***Resulta forzoso que el ad quem revoque** en su integridad la sentencia de primera instancia. Los argumentos que presento a continuación bastarán para que el H. Tribunal acceda a esta solicitud y, en su lugar, niegue las pretensiones formuladas por la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (en adelante “SURA”).*

(...)

Conforme con lo expuesto, respetuosamente solicito:

(...)

***Al ad quem, que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia** proferida por el 22 de septiembre de 2022 y que, en su lugar, niegue las pretensiones formuladas por SURA.”*
(Se destaca)

Visto ello, es entonces inexplicable que el Tribunal, apegado a una formalidad que la ley no prevé, deje a mi representada sin la garantía constitucional a la doble instancia. Al parecer, el Tribunal echa de menos que AVIANCA haya dejado de presentar dos archivos “.PDF” por separado o alguna otra solemnidad o rito desconocido, ni siquiera mencionado en la providencia que cuestiono. De estos dos archivos “.PDF” o de ese rito o ceremonia pende la garantía constitucional a la doble instancia de AVIANCA.

2. El recurso de apelación sí fue sustentado oportunamente

Dentro del contexto descrito en precedencia, según el cual este proceso se ha adelantado por escrito a partir de la emisión de la sentencia de primera instancia, es incuestionable el hecho de que AVIANCA sí sustentó oportunamente el recurso de apelación.

En efecto, el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 dispone lo siguiente:

*"Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, **el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes**. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso."*(Se destaca)

A la pregunta de hasta cuándo puede el apelante sustentar el recurso de apelación se responde de la siguiente manera: a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que haya quedado ejecutoriado el auto por medio del cual – para el caso – se admitió el recurso de apelación. El hecho de que el legislador haya utilizado expresamente el lenguaje "**a más tardar...**" es inequívoco respecto de que la sustentación podía presentarse con anterioridad.

De este modo, ¿acaso la ley dispone que la sustentación sólo pueda presentarse dentro de ese término de 5 días hábiles so pena de que se declare desierto el recurso de apelación? Es evidente que no. Y, de hecho, el artículo 322 del CGP es coherente con ello al disponer que "[e]l juez de segunda instancia declarara (sic) desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado." Ni esta norma ni el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 disponen – como erradamente lo lee el Tribunal – que el recurso de apelación se declarará desierto cuando no haya sido sustentado única y exclusivamente dentro de los 5 días siguientes a cuando quedó ejecutoriado el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación.

Idéntica postura acogió la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el 28 de julio de 2022, ignorada por el Tribunal, y que, además, es más reciente que todas aquellas que motivan el auto aquí atacado. Allí la Corte, reiterando su interpretación de los artículos 359 y 360 del Código de Procedimiento Civil que planteaban una situación como la que aquí se debate, concluyó lo siguiente:²

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de julio de 2022 (STC9751-2022). Exp. 2022-02309.

*"Con ello, sin duda, se retomó la sustentación de la alzada por escrito, de la que trataba el precepto 352 del derogado Código de Procedimiento Civil, el cual, en lo que aquí interesa, en casi los mismos términos del mentado artículo 14 del aludido Decreto 806, enseñaba que «[e]l apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, **a más tardar** dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto» (se resaltó).*

(...)

*Teniendo ello de presente, conveniente es recordar que la sustentación por escrito de la apelación, efectuada de forma anticipada ante el juzgador a-quo, como ocurrió en el caso auscultado, fue una temática zanjada de manera pacífica por esta Corte en favor de lo sustancial sobre las formas en vigencia del Código de Procedimiento Civil, dando por sentado que la interpretación más benigna para el ordenamiento jurídico, respecto a la expresión que tal motivación de la censura debía exteriorizarse, «a más tardar», antes de fenecer el traslado de segunda instancia para tal propósito, **correspondía a aquella que aceptaba que podía darse en cualquier tiempo después de proferida la sentencia de primer grado y con antelación al referido límite, es decir, entendía válidas y vinculantes todas las atestaciones efectuadas con dicho fin antes de finalizar el mentado traslado, incluso con anticipación a su inicio.***

(...)

*En ese orden, de lo evidenciado claramente se desprende que el soporte para, en vigencia del Código General del Proceso, declarar desierta la apelación cuando la parte recurrente deja de asistir ante el ad-quem a sustentarla, tiene fundamento exclusivo en el sistema oral que gobierna tal estatuto, **sin que, por obvios motivos, tal razonamiento tenga cabida cuando en el rito respectivo prevalece lo escritural.**" (Se destaca)*

Así, para el caso en concreto, el término para sustentar el recurso de apelación vencía el 2 de febrero de 2023. AVIANCA presentó la sustentación del recurso de apelación el 29 de septiembre de 2022, esto es, oportunamente. Siendo ello así y resultando indiscutible que el escrito que contiene la sustentación del recurso sí obra en el expediente, llama la atención que el Tribunal haya decidido, simplemente, ignorarlo por completo. ¿Acaso existe alguna norma que le obligue al Tribunal a no leer el escrito? Evidentemente no existe tal norma.

Es errada entonces la conclusión a la que llegó el Tribunal en el sentido de que *"...dado que en el presente asunto el recurrente no sustentó oportunamente el recurso en esta instancia, corresponde declararlo desierto..."*. Esta afirmación es falsa y contraria a derecho, por lo que la providencia que la contiene **debe** ser revocada.

3. La ley no prevé solemnidades o ritos especiales para la sustentación del recurso como, al parecer, lo interpreta el H. Tribunal

El Tribunal parte de la premisa de que AVIANCA estaba obligada a sustentar el recurso "...en esta instancia...". En un incuestionable ambiente de expediente virtual, todo parece indicar que lo que quería el Tribunal era que AVIANCA, quizás, i) dividiera en dos el archivo ".PDF" presentado el 29 de septiembre de 2022, ii) volviera a presentar el mismo archivo ".PDF" presentado inicialmente el 29 de septiembre de 2022 pero, quizás, en la dirección de correo electrónico del Tribunal, iii) que enviara un correo electrónico al Tribunal señalando que reiteraba los argumentos expuestos en el ".PDF" presentado el 29 de septiembre de 2022 o iv) eventualmente que se presentara personalmente un memorial en físico en la Secretaría del Tribunal o alguna otra ceremonia, de momento, desconocida.

Examinando el contenido de los artículos 103 a 109, 322 y 327 del CGP y 12 de la Ley 2213 de 2022 es evidente que no existe solemnidad o rito alguno para sustentar el recurso de apelación. A su turno, no existe prohibición respecto a si una parte puede o no, a través de un mismo archivo ".PDF", acumular varios actos procesales como ocurrió con el documento que presenté el 29 de septiembre de 2022 en este proceso.

Así que si el Tribunal consideraba que existía un vacío respecto de los ritos o formalidades que exige la sustentación del recurso de apelación "...en esta instancia...", le correspondía dar aplicación al artículo 12 del CGP, que afirma:

*"Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, **el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales** y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial."* (Se destaca)

El Tribunal, en caso de que hubiere obrado conforme a derecho, no tenía alternativa distinta a preservar el derecho constitucional a la doble instancia de mi representada, que justamente, como lo ha dicho la Corte Constitucional, "...es una garantía contra la arbitrariedad y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la superación de equivocaciones en que pueda incurrir una autoridad pública."³ A su turno y respecto de la relevancia de esta garantía, esa misma Corte reiteró que la "...exclusión de la doble instancia ha de ser excepcional..."⁴

En suma, el Tribunal no tenía razón alguna para concluir que mi representada no sustentó el recurso de apelación. Esto es así porque la ley no prevé solemnidad, rito o ceremonia alguna para dicha sustentación

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-406/21.

⁴ Ibídem. Reiteración de lo considerado en sentencia C-103/05.

y cuando no existen ni regulación expresa ni por analogía, corresponde al juzgador llenar tal vacío con los principios constitucionales. Este vacío jamás puede conducir a sepultar el derecho a la doble instancia en un Estado de derecho.

4. La jurisprudencia que debe aplicar el H. Tribunal al caso de mi representada es aquella vigente al momento en el que AVIANCA interpuso el recurso de apelación

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para el 29 de septiembre de 2022, esto es, para la fecha en que interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, afirmaba lo siguiente (sentencia del 23 de marzo de 2022):⁵

*"Cabe destacar entonces que, para esta Sala, la sanción consistente en declarar desierto un recurso de apelación por la ausencia de sustentación ante el juez de segunda instancia es exclusiva del sistema de oralidad impuesto por el Código General del Proceso (...) «en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, **si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación**, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada» (STC5498-2021 del 12 de mayo del 2021)."* (Se destaca)

Esta misma postura fue plasmada en las sentencias de las siguientes fechas:

- 19 de julio de 2022:⁶

*"Cabe destacar entonces que, para esta Sala, la sanción consistente en declarar desierto un recurso de apelación por la ausencia de sustentación ante el juez de segunda instancia es exclusiva del sistema de oralidad impuesto por el Código General del Proceso. Sin embargo, «en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, **si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación**, de lo contrario, si los reproches realizados apenas son enunciativos, desde luego, el juez deberá ordenar el agotamiento de esa formalidad, conforme lo previsto en la normatividad señalada» (STC5498-2021 del 12 de mayo del 2021)."* (Se destaca)

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de marzo de 2022. Exp. 2022-00741.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de julio de 2022 (STC9226-2022). Exp. 2022-02076.

- 28 de julio de 2022 (ya citada en precedencia):⁷

"En ese orden, de lo evidenciado claramente se desprende que el soporte para, en vigencia del Código General del Proceso, declarar desierta la apelación cuando la parte recurrente deja de asistir ante el ad-quem a sustentarla, tiene fundamento exclusivo en el sistema oral que gobierna tal estatuto, sin que, por obvios motivos, tal razonamiento tenga cabida cuando en el rito respectivo prevalece lo escritural."

- 18 de enero de 2023:⁸

"De ahí, que pueda predicarse que, si bien existe un escenario propicio para tal ejercicio de justificación, su presentación anticipada, bajo las circunstancias legislativas aplicables al caso concreto, podrá ser de recibo siempre que se ofrezcan los elementos necesarios para que el superior resuelva de fondo la impugnación (STC16123-2021, STC9175-202, STC999-2022), comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos se cumplió con el acto procesal aludido y el juzgador de segundo grado, en últimas, ya conoció de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver, sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto y tampoco causó «dilación en los trámites»; así mismo, no se sorprende a la contraparte o se vulneran sus derechos, ni se acortan los términos; lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto (STC5790- 2021)."

- 8 de marzo de 2023:⁹

*"Teniendo ello de presente, conveniente es recordar que la sustentación por escrito de la apelación, efectuada de forma anticipada ante el juzgador a-quo, como ocurrió en el caso auscultado, fue una temática zanjada de manera pacífica por esta Corte en favor de lo sustancial sobre las formas en vigencia del Código de Procedimiento Civil, **dando por sentado que la interpretación más benigna para el ordenamiento jurídico, respecto a la expresión que tal motivación de la censura debía exteriorizarse, «a más tardar», antes de fenecer el traslado de segunda instancia para tal propósito, correspondía a aquella que aceptaba que***

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de julio de 2022 (STC9751-2022). Exp. 2022-02309.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de enero de 2023 (STC042-2023). Exp. 2022-04243.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 2023 (STC2215-2023). Exp. 2022-00635.

podía darse en cualquier tiempo después de proferida la sentencia de primer grado y con antelación al referido límite, es decir, entendía válidas y vinculantes todas las atestaciones efectuadas con dicho fin antes de finalizar el mentado traslado, incluso con anticipación a su inicio.
(Se destaca)

- 9 de marzo de 2023:¹⁰

"En razón de lo esbozado, resulta imperioso abordar el debate en torno a la factibilidad de declarar la deserción de la apelación de sentencias cuando el recurso se hubiere sustentado por escrito, antes de la oportunidad señalada en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, puesto que, finalmente, lo que se pretende dilucidar es si el recurrente cumplió con la carga argumentativa que se le impone, no obstante que lo hubiese hecho, como ya se indicó, de manera anticipada al término reglado en el referido precepto.

(...)

*Significa, lo anterior, que aunque se discrepe de la pretemporaneidad en la sustentación del recurso, es decir, que se allegue previo a la oportunidad que señala el canon 12 de la citada ley, **no se puede desconocer que ese escrito cumple con la carga de sustentar la apelación, por lo tanto, resulta desproporcionado que se imponga como sanción la deserción del mismo, lo cual, ineludiblemente, conduce a la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que concluyó la primera instancia.***
(Se destaca)

- 13 de marzo de 2023:¹¹

"En el presente caso, el Tribunal declaró la deserción de la apelación que propuso el accionante, sin detenerse a examinar que se había cumplido con la carga de sustentar, aun cuando se realizó con anterioridad a los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió el recurso, y por esa vía, truncó su derecho constitucional a que se revisara la cuestión decidida. (...)"

Como bien puede observarlo el Tribunal, el análisis efectuado en este recurso es exactamente el mismo que ha venido efectuando la Corte desde, al menos, el 23 de marzo de 2022 y que estaba vigente para el 29 de septiembre de ese mismo año. Así como la ley aplicable al trámite de un recurso es aquella que se encontraba vigente para el momento en el que se interpuso el recurso, la misma regla tiene que aplicar para la

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de marzo de 2023 (STC2212-2023). Exp. 2023-00787.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de marzo de 2023 (STC2098-2023). Exp. 2023-0878.

jurisprudencia que interpreta la ley procesal. Sobre la aplicación de la ley procesal el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 afirma:

*"Sin embargo, **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones." (Se destaca)*

El Tribunal está obligado, por consiguiente, a darle aplicación a la postura uniforme que, sobre el asunto debatido en este acto procesal, ya tenía decantada la Corte Suprema de Justicia para el momento en el que mi representada interpuso y sustentó el recurso de apelación. Ello debería llevar a que el Tribunal revoque íntegramente el auto atacado.

5. El recurso debida y oportunamente presentado por AVIANCA surtió de manera integral el debido proceso para la contradicción y defensa de la parte demandante

En adición a todo lo anterior, es claro que, desde la perspectiva sustancial, tampoco existe ningún impedimento legal o fáctico que impida al Tribunal resolver de fondo el recurso interpuesto por AVIANCA.

En efecto, y teniendo en cuenta que AVIANCA válidamente presentó el recurso por escrito, formuló los reparos en contra de la sentencia de primera instancia y sustentó de manera detallada y suficiente el mismo dirigiendo sus solicitudes al propio Tribunal, y que todo ello fue conocido desde el pasado 27 de septiembre de 2022 por la parte demandante, es evidente que se ha garantizado en todo momento el derecho al debido proceso y a la contradicción y defensa que le asiste a dicha parte.

Así consta en el expediente del proceso, el cual, por expresa disposición del artículo 324 del CGP, está en manos del Tribunal desde que fue remitido por el juzgado de primera instancia. Justamente, en el expediente podrá constatar el Tribunal que AVIANCA remitió una copia de su escrito directamente a la parte demandante, así:

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A V. AVIANCA / 2020-00050 - Recurso de apelación



José Ignacio García Arboleda

To: ccto01ba

Cc: notificaciones@leyesyrriesgo.com

! If there are problems with how this message is displayed, click here to view it in a web browser.



Incluso, es tan claro que la parte demandante tuvo conocimiento de todos y cada uno de los argumentos de la sustentación del recurso, que mediante memorial del pasado 3 de febrero de 2023, radicado justamente ante este Tribunal, la parte actora manifestó lo siguiente:

*"GILMA NATALIA LUJAN JARAMILLO, en mi calidad de Apoderada de la parte demandante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., **me permito presentar algunas consideraciones para que sean tenidas en cuenta al momento de fallar el recurso de apelación** interpuesto por la parte demandada:*

(...)

*Ahora bien, **en lo que corresponde al fondo del asunto**, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.(...)"(Se destaca)*

De esta manera, no cabe duda de que la parte actora tuvo pleno conocimiento de los argumentos que componían la sustentación del recurso, e incluso era plenamente consciente de que los mismos habían sido puestos de presente en el memorial radicado el 27 de septiembre de 2022 por parte de AVIANCA.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que mediante el auto del 19 de enero de 2023 el Tribunal ordenó "*correr traslado a las partes por el término de la ley*" en lo relacionado con el recurso de apelación, no cabe duda de que ese traslado se efectuó satisfactoriamente, al punto de haber permitido a la parte actora emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, haciendo referencia expresa a los argumentos de la sustentación presentados por AVIANCA.

III. ANEXOS

Si bien es incuestionable el hecho de que estos documentos ya obran en el expediente, me permito aportar, una vez más, el correo electrónico del 29 de septiembre de 2022, por medio del cual allegué el documento ".PDF" contentivo de la sustentación del recurso de apelación.

IV. SOLICITUD

Con fundamento en las razones expuestas, ruego al H. Tribunal que i) revoque íntegramente el auto del 17 de julio de 2023 y que, en consecuencia ii) continúe con el trámite del recurso de apelación que oportunamente interpuso mi representada.

Del H. Tribunal, con toda atención,



JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA

C.C. N° 80.074.068 de Bogotá.

T.P. N° 170.127 del C. S. de la J.

Nicolás Mallarino Rubiano

From: José Ignacio García Arboleda
Sent: martes, 27 de septiembre de 2022 9:08 a. m.
To: ccto01ba
Cc: notificaciones@leyesyriesgo.com
Subject: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A V. AVIANCA / 2020-00050 - Recurso de apelación
Attachments: 20220625-AVIANCA-Apelación.pdf

Señor
JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA
E. S. D.

REF.: **Expediente No.:** 2020-00050
 Proceso: Verbal
 Demandante: Seguros Generales Suramericana S. A.
 Demandado: Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA
 Asunto: Recurso de apelación

JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA, en mi calidad de apoderado especial de **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA**, demandada en el proceso de la referencia, me permito allegar el memorial allí indicado.

Del Señor Juez, con toda atención,

José Ignacio García Arboleda
C.C. No. 80.074.068
T.P. No. 170.127
jjgarcia@garciarboleda.co

José Ignacio García Arboleda
jjgarcia@garciarboleda.co



Tel: +57 6017441335 ext. 1310 | Móvil: +57 3154358864
Dirección: carrera 12 No. 96 – 81 Of. 403 | 110221
Bogotá D.C. | Colombia
<http://www.garciarboleda.co> | @Garciarboleda

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Sala Tercera de Decisión Civil

MAGISTRADO: JUAN CARLOS CERON DIAZ

E. S. D.

Ref. Radicación: 080013153010-2021-00036-01

Proceso: Verbal-Responsabilidad Civil

Demandantes: Carlos Guzman – Claudia Roldan

Demandados: Alfonso Yepes Rubiano

Llamada En Garantía: Mapfre Seguros Generales De Colombia S.A.

Asunto: Sustentación Recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2022.

JOSÉ DE LOS SANTOS CHACÍN LÓPEZ, actuando como apoderado judicial la sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en atención al traslado que se me concede en segunda instancia me permito presentar sustentación del RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia proferida por el A-quo de fecha 17 de agosto de 2022, por la que se condena a los demandados a reconocer y pagar a los demandantes perjuicios morales.

Formulados como se encuentran los agravios o reparos concretos presentados ante el juez de primera instancia y que sirven de fundamento a la sustentación interpongo el recurso de apelacion con el objeto de que el Tribunal superior revoque la decisión recurrida.

I. Explicación lógica y demostración de los motivos para considerar desacertada la decisión del juzgador de primera instancia:

Los errores, omisiones y deficiencias que se le adjudican a la sentencia en la valoración probatoria, alejada de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, nos conducen a refutar los argumentos del A-quo, basados en las razones fácticas que expongo a continuación.

Veamos:

Observa éste apoderado del Doctor ALFONSO YEPES RUBIANO, que el fundamento de la sentencia del Juez de primera instancia, para endilgar la responsabilidad civil a los demandados radica en que dio por demostrado sin estarlo la falta de consentimiento informado para la realización del procedimiento de Turbinectomía.

1. El consentimiento informado no solo se prueba por escrito, por lo que es un **yerro del A-quo, en no dar por cierto encontrándose probado el consentimiento informado** brindado por el señor Carlos Guzman Romero para la variación del procedimiento.

- 1.1. La primera pregunta que debió absolver el juez A-quo, es si el demandante sabía y se le diagnosticó que padecía de hipertrofia de cornetes, como está probado que si sabía de su hipertrofia de cornetes, luego entonces, hubiese podido comprender ¿por qué razón si el propio demandante reconoce en su interrogatorio de parte haber sido informado y que leyó el documento de consentimiento, y además así lo afirma en la contestación el Dr. Alfonso Yepes y al absolver el interrogatorio de parte, cuando afirma que en la valoración inicial se le explico tanto la técnica de la Turbinoplastia como la de la Turbinectomía? **no hay motivo para no creerle al médico, no solo por cuanto la información no es exclusivamente escrita, puede también es principalmente verbal**, sino por que como se ha dicho en este escrito y está probado en el proceso por quienes realizan este procedimiento a diario, que está permitida la variación de la técnica para desobstruir la nariz y que el medico ya tiene autorizada la variación por cuanto insistimos, la Turbinectomía es una extensión de la Turbinoplastia.
- 1.2. ¿por qué Soslaya el juzgador de instancia la prueba documental contentiva del consentimiento informado suscrita por el demandante? Estando probado que **expresamente autoriza** al Dr. ALFONSO YEPES RUBIANO **a modificar o variar la técnica**, y como en este caso lo considero en el intraoperatorio a pasar de la Turbinoplastia a la Turbinectomía. Basta con revisar la declaración de parte del demandante para reconocer que a pesar de haber suscrito el consentimiento informado se atreve a señalar que a el solo se le hablo de una corrección del tabique e incluso desconoce que el Dr. Yepes le hubiese hablado de Turbinoplastia. Conducta del demandante constituya de indicio en su contra. Sin embargo, el A-quo, no valoro adecuadamente la mencionada declaración.
- 1.3. ¿por qué el A-quo, sin fundamento alguno señala que el consentimiento firmado por el Abogado Carlos Guzman, es un consentimiento general y amplio como erróneamente indica? Yerra el A-quo al desconocer que como explicaron los **testigos médicos** se trata de una mayor intervención de la hipertrofia de cornetes y además **estaba indicado por la ciencia médica y la patología** en beneficio del paciente. Prueba de ello es que hoy no tiene ninguna de las molestias que en su momento lo motivaron a presentar la demanda tal como lo corroboro y está probado en el proceso el medico otorrino Dr. Ballestas. Claramente el A-quo, no valora objetivamente las pruebas de testigos médicos y del perito que reconocen y confirman que el tratamiento implementado fue el que se le brindo al paciente.
2. **La historia clínica de un paciente está conformada por varios documentos entre ellos la nota quirúrgica. Yerra el A-quo, al negar el valor jurídico que tiene dentro de la historia clínica la “nota quirúrgica”.**
- 2.1. ¿por qué el A-quo desconoce cómo está conformada o que documentos integran la historia Clínica de un paciente? Con el pronunciamiento del que se duele el juez de instancia, al señalar de que en ninguna parte distinta a la nota quirúrgica se hace mención al procedimiento de la Turbinectomía, pasa por alto que no se puede valorar la historia clínica sin reconocer como está compuesta, y que **la nota quirúrgica hace parte integral de la misma tal como lo establece la Resolución 1995 de 1999** proferida por el Ministerio de Salud.
- 2.2. En consecuencia, ¿qué valor le da el A-quo a los conceptos técnicos unívocos de todos los médicos otorrinos que declararon en el proceso? Yerra el A-quo al soslayar flagrantemente lo expresado por voces técnico científicas autorizadas obrante al proceso, No puede reprochársele al médico ALFONSO YEPES como si fueran procedimientos marcadamente disimiles, cuando los médicos que declararon en el proceso dijeron al unísono que *encontrándose en el intraoperatorio es cuando el medico puede ver hasta donde es*

necesario llegar con la Turbinoplastia y pasar a la Turbinectomía incluso que tanto puede retirar del cornete.

2.3. ¿por qué yerra el juez de primera instancia sin razón jurídica y apartándose de las reglas de la experiencia, sin valorar en toda su dimensión y amplitud los testimonios obrante al proceso, cuando todos los otorrinos al unísono expresaron ante su despacho que la turbinoplastia y turbinectomía son procedimientos similares en riesgos y secuelas?, por lo que claramente esta restándole valor al dicho de los galenos y dándole a sus declaraciones una interpretación que no corresponde. No tiene explicación sustentada en la ley que el juzgador de instancia interprete erróneamente a los médicos otorrinos, ellos explicaron en este proceso que **en ambos procedimientos se hacen cortes a los cornetes en una la turbinectomía mas que en la otra, y se va cortando hasta donde sea necesario** y como todos incluido el médico ALFONSO YEPES RUBIANO lo expreso van viendo hasta donde se hace necesaria la resección para que el paciente pueda respirar de la mejor manera posible.

3. **El valor probatorio de los testimonios de médicos especialistas. Testigos llamados a brindar la claridad sobre el procedimiento de desobstrucción nasal.**

3.1. **Puede el juez pasar por alto sus afirmaciones? Yerra el A-quo, al desconocer el concepto de hipertrofia de cornetes, explicado por los testigos médicos y el perito dentro del proceso.**

Claramente dijeron los médicos y el perito, que la hipertrofia de cornetes produce obstrucción y que esa hipertrofia impide una buena respiración, por lo que no se explica el error del juez, que desconoce lo explicado por los testimonios de los médicos aportados al proceso, cuando claramente señalan que la mejor manera de enfrentar la hipertrofia de cornetes es con la turbinectomía.

4. **No es necesaria la descripción detallada de las razones del cambio de procedimiento o técnica utilizada para desopturar o liberar la obstrucción nasal cuando ha sido explicado previamente a la intervención.**

4.1. **Yerra el A-quo, al desconocer las razones explicadas a través de la patología de “hipertrofia de cornetes” que llevaron al médico a pasar de la técnica de la turbinoplastia a la turbinectomía, Contrario a lo que erradamente concluyo el juez no hay mucho que explicar y así se entiende de los amplios y suficientes detalles o razones explicadas por los testigos médicos que rindieron su testimonio en este proceso, dependiendo lo que iba encontrando el médico iba liberando la obstrucción cortando el cornete para el bien del paciente.**

5. La ciencia médica no se maneja a criterio personal del fallador.

5.1. **Yerra el A-quo, al interpretar equivocadamente los testimonios de los médicos especialistas y el perito, al indicar que por no consignarse en la descripción quirúrgica en detalle el motivo de la variación de la técnica no habían razones para ello.**

Se equivoca el juzgador, las razones estaban dadas desde el diagnóstico de la hipertrofia de cornetes, y aunque en la nota quirúrgica no se describa en detalle el paso a paso que llevo a la resección del cornete que dicho sea de paso estaba autorizada y no quiere decir que no estaba indicada. Falso racioncinio del juzgador.

6. Los médicos especialista conocen y explican los procedimientos y técnicas para el tratamiento de obstrucción nasal y sin fundamento jurídico científico alguno no se puede ignorar sus razonamientos.
- 6.1. **Yerra el A-quo, al interpretar equivocadamente las explicaciones brindadas por el perito y los testigos médicos sobre la naturaleza de los procedimientos de turbinoplastia y turbinectomia**, al considerar que tenía que existir un hallazgo especial para pasar de una turbinoplastia hacia una turbinectomia. falso raciocinio del juzgador.
¿Sabía o no el demandante antes de la intervención que padecía hipertrofia de cornetes?
Lo que interpreto el juez de primera instancia no corresponde con lo que explicaron los médicos especialistas en otorrinolaringología. **No se necesitaba un hallazgo especial, como se extraña y se duele el juzgador, la hipertrofia de cornetes estaba diagnosticada** y la liberación y desobstrucción nasal requirió hasta donde el medico considero prudente solo en los cornetes inferiores como lo hizo.
7. **El concepto u opinión del medico especialista es determinante en la valoración probatoria en un caso de responsabilidad medica.**
- 7.1. **Yerra el A-quo, al tergiversar las declaraciones de los testimonios de Antonio Ballestas, Eparquio Gonzalez y Benjamin Herrera**, cuando son ellos quienes explican tajantemente que para variar la técnica en el intraoperatorio con el consentimiento informado basta con considerar que al encontrarse en el intraoperatorio con que la turbinoplastia no sería suficiente.
8. **La valoración del testimonio del medico y la veracidad de su dicho**
- 8.1. **Yerra el A-quo, al concluir en su valoración que al demandante no se le hablo de turbinectomia.**

Errada valoración de las pruebas tal como lo expreso al contestar la demanda y así lo dijo el medico doctor ALFONSO YEPES RUBIANO y lo expreso al absolver el interrogatorio, luego del diagnostico y de las consultas previas, explico la necesidad de realizar la intervención para desobstruir la nariz y lograr una mejor respiración.
¿Si el medico le explico al paciente en las consultas iniciales las razones de la obstrucción nasal y le dijo que tenía una hipertrofia de cornetes le explico que debía hacer para liberarlo de ese problema, como es posible que el demandante diga y el juez le de valor a ello que no le explicaron el procedimiento, llamese turbinoplastia o turbinectomia?
9. **No le es permitido al juez de instancia tergiversar las pruebas o su contenido.**
- 9.1. **Yerra el A-quo, por una mala interpretación al no comprender las explicaciones de los peritos respecto de la técnica de turbinoplastia a la de turbinectomia, y tergiversarlas**, desconociendo que la turbinectomia es la extensión de la turbinoplastia, en otras palabras un paso adelante en la desobstrucción nasal según lo explicaron los médicos especialistas en otorrinolaringología en sus distintas declaraciones.
10. El A-quo, no puede cercenar el contenido de una prueba de varios testimonios conclusivos y de las calidades que arroja su especialidad.
- 10.1. **Yerra el A-quo, al desconocer el iter de la desobstrucción nasal por hipertrofia de cornetes** explicado por los médicos especialistas que rindieron su testimonio en el proceso.

al señalar el juez que el consentimiento fue otorgado expresamente conforme a su tenor literal para el procedimiento de maxiloetmoidectomia + turbinoplastia bilateral, como si ambos procedimientos fueran ajenos uno del otro. olvidando ademas que ese mismo documento incorporaba la autorización para variar o modificar la técnica como finalmente ocurrió.

11. Ante un raciocinio incongruente la conclusion es errada.

- 11.1. **Yerra el A-quo, por falaz e incongruente raciocinio**, pues reconoce escribe el señor juez: “ *notese que la variación al procedimiento inicialmente proyectado si esta autorizado, pero bajo el condicionado que durante la intervención se encuentren aspectos de la enfermedad que exijan o aconsejen modificar el procedimiento y ademas que se advierta a los familiares del paciente en tanto que en ausencia de estos pueda el cirujano tomar la decisión por si mismo.*”.

Claro entonces para el juzgado que estaba autorizado para variar el procedimiento inicialmente proyectado, pero toda la argumentación de la decisión dice que no se justifico en ninguna manera la necesidad de variarlo. Cuando lo cierto es que el juez reconoció y escribe **en sus propias palabras** que “*el medico durante la intervención al verificar mayores insumos o elementos sobre la patología del paciente, se determino variar de técnica para lograr el principal objetivo que era el de respirar mejor.*”.

Este yerro muestra la evidente incongruencia del despacho entre lo que esta probado dentro del proceso y los argumentos sobre los cuales sostiene la tesis sobre la cual sustenta la condena.

12. El objeto de la intervención del paciente era la desobstrucción nasal y no la técnica utilizada.

- 12.1. **Yerra el A-quo, al interpretar erróneamente las técnicas de turbinoplastia y turbinectomia explicadas por los médicos que declararon en el proceso**, se extraña el juez por considerar ausente en la historia clínica del paciente la palabra turbinectomia, cuando ya los médicos explicaron que es una variación y alternativa con la que cuenta el cirujano para liberar la obstruccion nasal padecida y ademas el medico la explico al paciente previa a la intervención asi pretenda desconocerlo.

13. La relevancia del interrogatorio de parte y su valoracion adecuada. El consentimiento informado en razon de la persona que lo otorga.

- 13.1. **Yerra el A-quo, al indicar que había una negación indefinida al señalarse por el demandante que no se le informo antes o después de la extracción de cornetes**,

La conclusion a la que llega el juez se origina en falta de valoracion de una prueba relevante. Para lo cual debiera el superior valorar los interrogatorios para verificar que lo que aquí sostenemos. Lo cierto es que el demandado si informo los procedimientos y las variables para liberar la nariz de la obstruccion. Lo cierto, es que basta con revisar las pruebas en conjunto y particularmente el interrogatorio del propio demandante que junto con el consentimiento informado suscrito por el señor **CARLOS GUZMAN ROMERO** queda desvirtuada la negación indefinida, y mas bien queda probada la afirmación definida. Vea el A-quen, que en este caso particular, se equivoca el A-quo, en la apreciación de que la circunstancia de la informacion de la variación del procedimiento quedo en el campo de la negación indefinida, por cuanto el demandante al absolver su interrogatorio, *se le pregunto: “le pusieron a firmar un*

consentimiento informado? Respondio: Si claro. Allí se dice que dentro del consentimiento esta autorizado el cambio de procedimiento ¿, respondio que si. pero seguido dice que no se le informo el cambio del procedimiento”...

Acto seguido el suscrito preguntó: “.. **la consulta fue comprendida y comprensible para ud?, lo que le dijo eso era**”, continuo preguntando “..**Hizo las preguntas para conocer directamente del medico y estas fueron atendidas y respondidas para resolver sus dudas e inquietudes? Dice que dentro de ese escenario normal , nunca me hablo que para resolver el tema de mis ronquidos tenia que extraerme los cornetes, se enfatizo en la desviación del tabique y que corrigiendo el tabique ya ese problema seria asunto arreglado pero nunca le hablo de la extracción de los cornetes.** Se le continua preguntando **Usted luego de leer el consentimiento , tuvo alguna negativa u objeción respecto al consentimiento?, dentro de esa relación de confianza basado en esa consulta de diganostico y de preparación previa del procedimiento, era solo la firma del consentimiento. El demandante no es ningún ignorante.** Es un profesional del derecho con plenas capacidades cognitivas y volitivas.

Lo anterior, evidencia que el demandante sospechosamente desconocio incluso que el medico le hubiese explicado la técnica de la turbinoplastia, muy a pesar de que el medico dijo habersela informado asi como le informo de la turbinectomia, pero mas grave aun que reconoce que la consulta fue comprendida , no tuvo ninguna negativa u objeción respecto al consentimiento, es decir, no pregunto según el ni siquiera por el procedimiento de la turbinoplastia, lo cual es claramente falaz.

Por lo aquí expresado, **la contradicción en que incurre el demandante no fue advertida por el juez** que de haber hecho una adecuada valoracion de la declaración hubiese percatado que si existio informacion de los procedimientos, ¿por que por ejemplo si se le explico la turbinoplastia se limita a decir que ahí esta anotada pero que lo que a el se le hablo fue de desviación de tabique?

Olvido el juez que **la negación indefinida depende de su posibilidad practica** y en este caso es claro que si el paciente no recuerda que se le informo de la turbinoplastia mas facil comprender que no quizo conocer lo que se le estaba informando, por aquello de la confianza que dice tenia en el medico.

14. **Yerra el A-quo, al condenar a pagar perjuicios morales al señor CARLOS GUZMAN ROMERO , que en su cuantia desborda el propio arbitrius judice,** tomando supuestamente como referente *los topes máximos fijados por la jurisprudencia civil para los casos mas graves* sin embargo, el juez otorga un valor que mas bien casi alcanza lo que la Corte Suprema tiene establecido para los casos de muerte. claramente no guarda proporcionalidad entre lo dicho por el juez y la cantidad a la que condena.

15. **No es admisible condenar a pagar por un perjuicio que no se probó.**

- 15.1. **Yerra el A-quo, al condenar a pagar perjuicio morales a la señora CLAUDIA ROLDAN VELASQUEZ**

SIN PRUEBA ALGUNA, y peor aun, fundamentándose el juzgado en que *es una victima de rebote sobre la angustia y el padecimiento producido a partir de la intervención de turbinectomia*, siendo que ese perjuicio no existio por cuanto cuando bajo la premisa del propio juzgador y el propio paciente, dijeron que el señor GUZMAN no supo de la clase de procedimiento realizado sino tiempo después de la intervencion, luego carece de todo sustrato jurídico

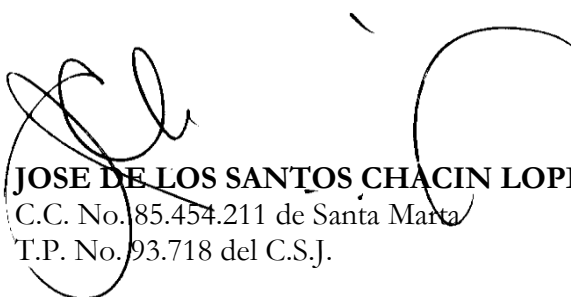
reconocer un perjuicio que no existió para la fecha que indica el juzgador. Tengase en cuenta adicionalmente en su declaración la demandante no expuso en ningún momento haberse visto afectada por el cambio de procedimiento sino por las incomodidades que le producían las secreciones de su esposo, y demás, consecuencias propias de ambos procedimientos, pero eso es un hecho distinto, razón suficiente para descartar la indemnización que de forma ligera le otorga el juez de instancia a la demandante.

Expuestos así los anteriores argumentos que destacan los yerros del A-quo, dejamos por sustentado el recurso de apelación interpuesto, esgrimiendo adicionalmente a partir de los mismos que existió **una insuficiente, inconsistente, y equivocada valoración probatoria** que afecta los intereses de mi representado, al desconocer que contrario a lo interpretado por el juzgado, y con base en los documentos, testimonios, interrogatorios y prueba pericial aportada, se puede perfectamente comprender que si hubo consentimiento informado, el señor CARLOS GUZMAN sabía que padecía de hipertrofia de cornetes por que así le fue diagnosticado y que el médico estuvo autorizado para realizar el procedimiento y la técnica realizada, que inició con una turbinoplastia y se percató que no le era suficiente para liberar la obstrucción nasal y que pasó a realizar la turbinectomía y que con eso se logró liberar y mejorar la ventilación y la consecuente respiración del paciente.

Que **los testimonios médicos y los documentos no fueron correctamente interpretados por el juzgador** lo que condujo a que hiciera una errada valoración de sus declaraciones, y no entendiera como bien lo explicaron que la turbinoplastia es una fase inicial para desobstruir seguida de la turbinectomía, que solo durante el intraoperatorio puede percatarse el médico hasta donde avanzar y que solo el cirujano puede determinar de acuerdo al estado de hipertrofia de los cornetes cuando pasar de una a otra.

Por todo lo anterior, solicito se el Honorable Tribunal Superior revoque la sentencia, se realicen las correcciones por los yerros plasmados en la misma que son objeto de apelación mediante éste escrito y se declaren las excepciones planteadas, toda vez, que no le asiste razón jurídica para condenar a los demandados, particularmente al Dr. ALFONSO YEPES RUBIANO.

Del Señor Juez, respetuosamente,



JOSE DE LOS SANTOS CHACIN LOPEZ
C.C. No. 85.454.211 de Santa Marta
T.P. No. 93.718 del C.S.J.



Señor
JUEZ PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA
E. S. D.

REF.: Expediente No.: 2020-00050
Proceso: Verbal
Demandante: Seguros Generales Suramericana S.A.
Demandado: Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA
Asunto: Recurso de apelación

JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en calidad de apoderado especial de AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA (en adelante “AVIANCA”), por medio del presente escrito me permito interponer **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el juzgador al que me dirijo el pasado 22 de septiembre de 2022. Con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del numeral primero del artículo 322 del Código General del Proceso, el recurso lo interpongo y sustento en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

Habiéndose proferido la sentencia recurrida por escrito, el término para presentar este recurso es de 3 días hábiles siguientes a su notificación. Teniendo en cuenta que la sentencia fue notificada por estado el 22 de septiembre de 2022, el término para interponer el recurso vence el 27 de septiembre de 2022.

II. ARGUMENTOS DEL RECURSO

Resulta forzoso que el *ad quem* revoque en su integridad la sentencia de primera instancia. Los argumentos que presento a continuación bastarán para que el H. Tribunal acceda a esta solicitud y, en su lugar, niegue las pretensiones formuladas por la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (en adelante “SURA”).

En síntesis, los gravísimos yerros del juzgador de primera instancia se presentaron en dos ámbitos, a saber: i) al considerar acreditados todos los elementos de la acción subrogatoria, sin haber lugar a ello; y ii) al considerar que mi representada era civilmente responsable del supuesto daño ocasionado a la sociedad INTERCOLOR S.A.S. con ocasión del transporte aéreo internacional de carga entre Medellín y Santiago de Chile.

1. SURA jamás acreditó todos los presupuestos que resultaban necesarios para ejercer la acción subrogatoria a la que se refiere el artículo 1096 del Código de Comercio

El juzgador *a quo*, a pesar de enunciar los cuatro requisitos que debe acreditar un asegurador para efectos de la procedencia de la acción

subrogatoria, nunca procedió a estudiarlos ni siquiera de manera superficial. La sentencia afirmó:

"2.4.- Ahora, sobre el alcance y ejercicio de la acción de subrogación prevista en el artículo 1096 del Código de Comercio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia² de antaño ha decantado que el solo pago de la indemnización por la aseguradora no da lugar al nacimiento de dicho derecho pues surge necesario la comprobación de los siguientes requisitos: a) La existencia de un contrato de seguro; b) el pago válido en virtud a ese convenio; c) que el daño ocasionado por el tercero sea de los amparados por la póliza y d) que acaecido el siniestro nazca para la compañía aseguradora una acción contra el responsable.

Pues bien, el primer presupuesto de la acción subrogatoria está debidamente demostrado, pues no hay duda de la existencia del contrato de seguro, situación no cuestionada por las partes y los documentos habidos en el expediente da cuenta de la póliza de seguro No. 0113853-1 de transporte automático, expedida el 13 de diciembre de 2017; como tomador y asegurado Intercolor S.A.S, y como aseguradora Suramericana S.A; con cobertura, entre otras, de transporte de mercancías básico trayecto interior o exterior.

De la misma manera, hay prueba de la reclamación realizada por Intercolor S.A. por el acaecimiento de uno de los riesgos amparados en la póliza referido "a la avería de la mercancía" durante el trayecto aéreo Medellín – Santiago de Chile; asimismo, el pago de la indemnización en cuantía de \$135.697.865, tal como se advierte de la certificación expedida por Bancolombia indicativa de que la aseguradora abonó exitosamente a la cuenta de Intercolor la suma señalada."

Por más increíble que ello suene, para el juzgador de primera instancia bastó apenas que la compañía de seguros demandante hubiese acreditado que hizo un pago y que existía un contrato de seguro para considerar que se cumplían todos los presupuestos de la acción subrogatoria. A ese juzgador nada le importó si i) se trataba de un pago válido a la luz del contrato de seguro y ii) si el asegurador había indemnizado un daño con fundamento en un riesgo cubierto por el referido contrato de seguro.

- a. SURA no aportó la póliza de seguro en que cimentaba la supuesta acción subrogatoria por lo que resultaba imposible concluir que el pago efectuado correspondía a la realización de un riesgo amparado por el contrato

Como bien podrá observarlo el H. Tribunal, SURA apenas acreditó en este proceso que existía un contrato de seguro entre dicha compañía y la sociedad INTERCOLOR S.A.S. Para ello, como puede observarse en los folios 24, 25, 26 y 27 del PDF "01 demanda.pdf", apenas se

valió de i) la carátula de la póliza y ii) de unos certificados de seguro que enuncian los títulos de las posibles coberturas.

El juzgador de primera instancia ignoró que, como bien lo dispone el artículo 1047 del Código de Comercio, la póliza *"...debe expresar además de las condiciones generales del contrato: (...) 9) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo; [y] 11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes."*

Fue así como SURA jamás acreditó entonces que pagó a su asegurado INTERCOLOR S.A.S. la indemnización de un siniestro que correspondiese a la ocurrencia de un riesgo que estuviese cubierto bajo el contrato de seguro instrumentado en la mencionada póliza, pues las coberturas presuntamente contratadas por INTERCOLOR S.A.S. tampoco fueron acreditadas por ningún medio de prueba idóneo. Y a pesar de que mi representada le puso de presente al *a quo* este argumento de forma oportuna, éste ni siquiera procedió a analizarlo.

La validez del pago, entendida como el pago de un siniestro efectivamente cubierto, como lo reconoció el mismo juzgador de primera instancia y como lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia, es un presupuesto esencial para la procedencia de la acción subrogatoria. Ha dicho la Corte:¹

*"La citada disposición (artículo 1096 C. de Co.) permite establecer, que para el buen suceso de la acción subrogatoria, **se debe acreditar que en virtud de un contrato de seguro, al haberse producido el siniestro, el asegurador efectuó válidamente el pago de la indemnización,** de tal manera que por mandato legal se subroga en los derechos del afectado patrimonialmente con el riesgo amparado..."* (Se destaca)

Justamente sobre este punto, el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO expresa lo siguiente:²

*"El hecho de que el contrato sea válido no implica que necesariamente todo pago que se efectúe en relación con que aquel sea eficaz, **pues bien puede suceder que este se realice para indemnizar una eventualidad que no estaba amparada por el seguro contratado...** en fin, puede que exista una liberalidad del asegurador para indemnizar sin estar obligado, casos en los cuales el pago no es válido porque con respecto a él no existía la obligación de hacerlo..."* (Se destaca)

SURA, al amparo de lo previsto en el artículo 167 del CGP, tenía la carga de probar que pagó un siniestro que en efecto estaba amparado

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de enero 2015. Exp. 0475.

² Hernán Fabio López Blanco. (2014). Comentarios Al Contrato de Seguro (Séptima). Dupré Editores. Pág 473.

por el contrato de seguro que celebró. Sin embargo, en el presente caso, SURA jamás cumplió con dicha carga.

Por el contrario, como tuve la oportunidad de explicarlo en el alegato de conclusión, es evidente que SURA pagó un siniestro que no le correspondía. Paso entonces a explicar este punto con mayor detalle a continuación.

- b. SURA efectuó un pago a INTERCOLOR S.A.S. por un supuesto riesgo que a esta última no le correspondía asumir

De resultar cierto que la carga fue dañada con ocasión del transporte aéreo entre Medellín y Santiago de Chile, lo cierto es que la sociedad remitente no era a quien le correspondía asumir el riesgo de avería o pérdida de la mercancía.

No es objeto de discusión que entre INTERCOLOR S.A.S. y CODELPA CHILE S.A. se celebró un contrato de compraventa de mercaderías. De ello da fe, entre otras, el documento obrante a folio 15 del PDF "01 demanda.pdf" por medio del cual INTERCOLOR S.A.S. emitió la correspondiente factura de venta en razón de una orden de compra. Allí también consta que la sociedad vendedora, INTERCOLOR S.A.S., está domiciliada en La Estrella, Antioquia, Colombia y que CODELPA CHILE S.A. lo está en Santiago de Chile, Chile. También es útil el testimonio de Diana Cecilia Quintero Vélez, quien manifestó que CODELPA CHILE S.A. había encargado unas cartas de colores que se llaman abanicos y que la responsabilidad de su empleador frente al respectivo contrato llegaba hasta la entrega de la mercancía en el aeropuerto José María Córdova de Rionegro.

Bajo los anteriores supuestos resulta aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³ (en adelante, la "Convención de Viena"). Sobre el particular, el artículo primero de este tratado internacional afirma:

"Artículo 1.

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes;⁴ o

³ Incorporada al ordenamiento jurídico de Colombia a través de la Ley 518 de 1999.

⁴ Como podrá confirmarlo el H. Tribunal, tanto Chile como Colombia son parte de esta Convención. El listado de Estados parte de la misma está disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status Además, tal y como puede observarse a folio 50 del PDF "01 demanda.pdf", la señora Diana Quintero, en correo electrónico del 3 de mayo de 2018, afirmó: "(...) La mercancía está respaldada con nuestra factura No. I-0595 por valor total de US 64.113,40 con término de negociación CIP Santiago (copias adjuntas)." La inclusión del Incoterm CIP es un indicativo de la existencia de una compraventa internacional de mercaderías y, a su turno, ratifica que el vendedor asume todos los riesgos hasta el momento en el que entrega las mercaderías al transportista.

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante. (...)”

Siendo aplicable la Convención de Viena a la compraventa que celebraron INTERCOLOR S.A.S. y CODELPA CHILE S.A., resulta necesario delimitar en qué momento el vendedor, esto es, INTERCOLOR S.A.S., transfirió el riesgo de pérdida o avería al comprador, esto es, a CODELPA CHILE S.A. Sobre este punto, el numeral primero del artículo 67 de la referida Convención dispone:

*"1. Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, **el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa.** Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.”* (Se destaca)

De hecho, como bien lo indica la letra a) del artículo 31 de la Convención y salvo pacto en contrario, la obligación del vendedor de entregar la cosa se entiende cumplida una vez pone a disposición del primer transportista las mercaderías. Afirma la norma:⁵

*"Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, **su obligación de entrega consistirá:***

*a) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, **en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador.** (...)”* (Se destaca)

⁵ Sobre el particular, es menester poner de presente que la jurisprudencia extranjera ha desarrollado el asunto de la transmisión del riesgo cuando se trata de una compraventa internacional que implica el transporte de las mercaderías. La Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York, decidió el 26 de marzo de 2002 sobre el caso St. Paul Guardian Insurance Co. & Travelers Insurance Co. vs. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH en el que una empresa alemana le vendió un sistema móvil de imagen por resonancia magnética a una empresa de Estados Unidos, en donde se debía efectuar la entrega. En dicha providencia se estableció que: *"El vendedor es responsable del costo del transporte y del seguro que permita hacer llegar las mercaderías a su destino, pero el riesgo de pérdida o daño de dichas mercaderías se transfieren del vendedor al comprador una vez se haya entregado las mercaderías al transportista"* (al tratarse de una providencia en un idioma extranjero, nos permitimos hacer una traducción libre de este acápite del documento): *"The seller is responsible for paying the cost, freight and insurance coverage necessary to bring the goods to the named port of destination, but the risk of loss or damage to the goods passes from the seller to the buyer upon delivery to the port of shipment"* (pág. 3).

Sobre este tema, el profesor JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA comenta lo siguiente:⁶

*"Finalmente, **si las mercaderías implican el transporte, el vendedor cumple su obligación al ponerlas a disposición del primer portador, esto es, el primer transportador.**"*(Se destaca)

Tal y como se acredita mediante los PDF denominados "10Prueba 1.pdf" y "10Prueba 1.1.pdf", no existe discusión sobre el hecho de que INTERCOLOR S.A.S. entregó a AVIANCA las mercaderías "CARTAS COLOR FANDERCK" que debían, a su turno, ser entregadas al destinatario CODELPA CHILE S.A. En ese momento en el que INTERCOLOR S.A.S. entregó las mercaderías a AVIANCA, el vendedor cumplió con su obligación de entrega de cara al contrato de compraventa de mercaderías celebrado entre INTERCOLOR S.A.S. y CODELPA CHILE S.A. Y, por consiguiente, en ese momento el riesgo de avería o pérdida de la mercancía fue transmitido a CODELPA CHILE S.A., como bien lo dispone el artículo 67 de la Convención de Viena.

Inclusive, el informe de ajuste elaborado por HUDSON S.A.S. afirma lo siguiente:

"El riesgo de pérdida o daño de la mercancía se transfiere al comprador en el mismo momento de la entrega de la mercancía al transportista del país de origen."

Resulta entonces pertinente explicar la relevancia de lo anterior respecto del seguro de transporte. Para ello, en primera medida, vale la pena mencionar que sobre esta clase de seguro la Corte Suprema de Justicia ha considerado lo siguiente:⁷

*"Efectivamente, en desarrollo de las disposiciones -genéricas y específicas- que reglamentan el elemento esencial conocido mediante las locuciones 'interés asegurable' (arts 1045; 1083; 1124 y 1137 del C. de Co.), se tiene establecido que éste, grosso modo, **es una relación -relatio- de carácter económico que liga -o vincula- a una persona con una cosa**, con una universalidad, consigo misma, etc, in potentia amenazadas.*

(...)

...el propietario de la mercancía, que por ser titular del derecho de dominio (vinculación 'ex re'), indiscutiblemente está legitimado para contratar un seguro que le permita reclamar de su asegurador, según las circunstancias, la indemnización

⁶ Juan Pablo Cárdenas Mejía (2021). *Contratos Notas de Clase*. Legis Editores. Pág. 432.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2002. Exp. 4799. Creo conveniente aclarar que esta providencia explica que la contratación de un seguro de transporte podría incorporar también la cobertura de responsabilidad civil del transportador. Esto, sin embargo, resulta impertinente para el presente caso.

derivada de la pérdida o deterioro de las mismas, lato sensu, opción de suyo frecuente en la praxis (seguro de transporte, stricto sensu, o en estado de acentuada pureza).”(Se destaca)

Expuesto esto, resulta forzoso plantear el siguiente interrogante: una vez INTERCOLOR S.A.S. entrega las mercaderías a AVIANCA para su transporte aéreo, ¿asumía aquella sociedad algún riesgo en relación con las cosas objeto de transporte? La respuesta es negativa. No lo asumía, porque ya lo había transferido al comprador, esto es a CODELPA CHILE S.A., en los términos previstos en la Convención de Viena.

Así las cosas, es evidente que SURA no tenía obligación indemnizatoria alguna frente a su asegurado, bajo la cobertura de seguro de transporte.⁸ Asumir lo contrario, como lo hicieron SURA y el juzgador *a quo*, va en contravía del principio indemnizatorio del seguro, al que se refiere el artículo 1088 del Código de Comercio.

Visto lo anterior y a título de conclusión, SURA no pagó a INTERCOLOR S.A.S. una indemnización a la que hubiere estado obligada en los términos del contrato de seguro que celebró con INTERCOLOR S.A.S. Este pago, que quizás fue a título de cortesía comercial,⁹ no da lugar a que el asegurador pueda ejercer la acción subrogatoria. Vale la pena señalar que, conforme con lo previsto en el artículo 1055 del Código de Comercio, “[e]l dolo, la culpa grave **y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario** son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.” (Se destaca)

Así pues, si INTERCOLOR S.A.S. decidió tener una cortesía comercial con su cliente CODELPA CHILE S.A. y, a su turno, SURA con su cliente INTERCOLOR S.A.S., ello está al margen del principio indemnizatorio y, por consiguiente, SURA no puede ejercer la acción subrogatoria. A pesar de ello, el juzgador de primera instancia accedió equivocadamente a las pretensiones formuladas por SURA.

2. AVIANCA no es responsable del supuesto daño causado a la carga remitida por INTERCOLOR S.A.S.

El juzgador de primera instancia concluyó que AVIANCA sí era responsable del daño supuestamente causado a la carga que remitió INTERCOLOR S.A.S. La tesis del *a quo* consistió en concluir que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 del Convenio de Montreal de 1999, el transportista aéreo únicamente puede exonerarse de responsabilidad si

⁸ Situación muy diferente habría sido aquella en la cual el destinatario CODELPA CHILE S.A. fuese un asegurado. Allí sí, en los términos del artículo 1118 del Código de Comercio, a CODELPA CHILE S.A. le correspondían los riesgos relacionados con el transporte de las mercaderías y por consiguiente su asegurador habría estado obligado a asumir la indemnización derivada de la pérdida de las mismas.

⁹

prueba que el daño derivó de i) la naturaleza de la carga, ii) el embalaje defectuoso de la carga, iii) un acto de guerra o iv) un acto de autoridad pública. Como AVIANCA no acreditó evento alguno de estos en el proceso, es automáticamente responsable.

Este superficial análisis pasó por alto siquiera el mínimo estudio de dos argumentos que le fueron planteados por AVIANCA al juzgador: i) en primer lugar, la ausencia de un aviso de protesta oportuno enviado por el destinatario al transportista; y ii) la existencia de un recibo de carga conforme, emitido por el destinatario. Pasaré entonces a explicar cada uno de estos argumentos para efectos de que el *ad quem* evidencie los muy graves yerros en que incurrió la sentencia de primera instancia.

a. Ausencia de aviso de protesta oportuno enviado por el destinatario al transportista

Como le fue puesto de presente en múltiples oportunidades al juzgador de primera instancia, el numeral segundo del artículo 31 del Convenio de Montreal de 1999 impone una obligación al destinatario de la carga. Esta consiste en que, en caso de avería, el destinatario debe dar aviso de protesta al transportista, a más tardar, dentro de un plazo de 14 días una vez recibida la carga. La norma afirma:

"2. En caso de avería, el destinatario deberá presentar al transportista una protesta inmediatamente después de haber sido notada dicha avería y, a más tardar, dentro de un plazo de siete días para el equipaje facturado y de catorce días para la carga, a partir de la fecha de su recibo. En caso de retraso, la protesta deberá hacerla a más tardar dentro de veintidós días, a partir de la fecha en que el equipaje o la carga hayan sido puestos a su disposición."

Ese mismo artículo 31, en sus numerales tercero y cuarto, dispone que el aviso de protesta debe hacerse por escrito y señala cuál es la consecuencia jurídica en caso de que el aviso no sea remitido por el destinatario al transportista dentro del plazo de 14 días una vez recibida la carga. La norma dispone:

"3. Toda protesta deberá hacerse por escrito y darse o expedirse dentro de los plazos mencionados.

*4. A falta de protesta dentro de los plazos establecidos, **todas las acciones contra el transportista serán inadmisibles**, salvo en el caso de fraude de su parte."*(Se destaca)

Aterrizando lo anterior en el caso en concreto, cierto es que SURA jamás logró probar que CODELPA CHILE S.A., quien era el destinatario de las mercaderías, presentó ante AVIANCA aviso de protesta oportuno. Es más, ni siquiera logró probar que CODELPA CHILE S.A. hubiese presentado algún aviso de protesta ante AVIANCA. A pesar de que esta situación le fue puesta de presente al *a quo* en múltiples

ocasiones, la sentencia es huérfana de cualquier consideración sobre este argumento.

Es evidente entonces que AVIANCA debió haber sido exonerada de responsabilidad, mediante la observancia de la regla prevista en el numeral cuarto del artículo 31 del Convenio de Montreal.

- b. No existe prueba de que AVIANCA entregó la carga húmeda, como equivocadamente lo asumió el juzgador de primera instancia

El juez asumió que AVIANCA, en efecto, entregó la carga mojada al destinatario CODELPA CHILE S.A. Extrañamente, el juzgador concluyó que en el destino, al recibirse la carga, se habían efectuado unas anotaciones de aplastamiento y humedad. Afirmó la sentencia:

*"A más, el recibo de conformidad de la mercancía por parte de la demandada, que no realizó anotación alguna relacionada con la presencia de cierta disconformidad en el embalaje de la carga, situación que apuntala el recibimiento de conformidad y en buen estado de las 67 cajas hasta el embarque en el aeródromo, **contrario al arribo de destino en el que se hacen las anotaciones de aplastamiento y humedad**; ello, sumado a las atestaciones de Diana Cecilia Quintero Vélez y Gloria María López Gil, **quienes relataron lo acaecido con las cajas húmedas luego de la verificación del mal estado por el destinatario**; el proceso de embalaje rutinario para la mercancía; la trazabilidad de la operación de la mercancía; la notificación del agente de carga AMF a Avianca en fecha 07 de mayo de 2018; y, la imputación del daño ocurrido a la mercancía en cabeza de la transportadora."*

(...)

*La relación de causalidad entre el daño reclamado y el incumplimiento contractual quedó establecida **en el mal estado o averías en las que llegó la mercancía a Santiago de Chile, representada 67 cajas húmedas y/o aplastadas contentivas** "200 cartas de colores "fandek construcción SIPA/soquina" derivadas de la manipulación, almacenaje o bodegaje durante el transporte aéreo, esto es, bajo la custodia y conservación de la mercancía." (Se destaca)*

En relación con el estado de la mercancía en el destino, únicamente existen dos pruebas en el proceso: i) en primer lugar, el documento denominado "PAPELETA RECEPCIÓN DE MERCADERÍAS" emitido por DEPOCARGO y que obra a folio 18 del PDF "01 demanda.pdf"; y, ii) en segundo lugar, el documento de transporte obrante en el PDF denominado "10Prueba 1.pdf".

- En cuanto al primero de estos documentos, emitido el 29 de abril de 2018, este señala:

que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo.”(Se destaca)

Surge entonces la necesidad de plantear el siguiente interrogante: ¿existe acaso prueba de que las mercaderías remitidas por INTERCOLOR S.A.S. se humedecieron¹¹ durante el transporte aéreo? La respuesta a este interrogante es contundente: **no existe tal prueba.**

De hecho, como se afirma en el documento obrante a folio 29 del PDF “01 demanda.pdf”, “[e]l día 3 de mayo, el cliente reporta vía e-mail que las cajas han llegado mojadas y con un alto grado de deterioro que comprometen el producto final.”

Para el jueves 3 de mayo de 2018 la carga ya había sido retirada conforme por el destinatario. Este retiro ocurrió el lunes 30 de abril de 2018, es decir, 3 días antes de haberse detectado la supuesta humedad en las cajas.

Lo cierto es que el hecho de que el 30 de abril de 2018 la carga hubiese sido retirada a conformidad por el destinatario implica una presunción de que AVIANCA entregó la carga en buen estado. Así lo dispone el numeral primero del artículo 31 del Convenio de Montreal de 1999, que afirma:

*“1. El recibo del equipaje facturado **o la carga sin protesta por parte del destinatario constituirá presunción, salvo prueba en contrario, de que los mismos han sido entregados en buen estado** y de conformidad con el documento de transporte o la constancia conservada por los otros medios mencionados en el párrafo 2 del artículo 3o. y en el párrafo 2 del artículo 4o.”*(Se destaca)

Correspondía entonces a SURA probar que AVIANCA, el 30 de abril de 2018, entregó las mercaderías húmedas. De ello no hay prueba, pues la supuesta humedad apenas fue evidenciada el jueves 3 de mayo de 2018.

La única supuesta prueba de que la humedad de las cajas se produjo durante el transporte aéreo es el informe de ajuste elaborado por HUDSON S.A.S., que da fe de que el 7 de mayo de 2018 las cajas fueron inspeccionadas y se hallaban húmedas.

Este informe – que para el juzgador *a quo* resultó importantísimo y de gran convicción – fue enfático en señalar lo siguiente:

“Causa del siniestro:

¹¹ Como se indica en el documento obrante a folio 29 del PDF “01 demanda.pdf”, la humedad fue la supuesta causa eficiente del daño de las mercaderías: *“El día 3 de mayo, el cliente reporta vía e-mail que las cajas han llegado mojadas y con un alto grado de deterioro que comprometen el producto final.”*

*La mercancía de exportación en cajas, llegó totalmente húmeda, aplastada y averiada, estos daños se atribuyen a la manipulación y bodegaje durante el transporte aéreo, ya que ellos recibieron sin ninguna observación y entregaron en mal estado. **Y aunque se desconoce exactamente lo sucedido**, fue en dicho trayecto que sucedieron los hechos y bajo la responsabilidad de la aerolínea, evento catalogado como una Avería Particular.”(Se destaca)*

En síntesis, como el ajustador no pudo encontrar la causa del supuesto siniestro, optó por asumir que la misma gravitaba alrededor del transporte aéreo. Pero como bien lo señala el mismo ajustador, su conclusión es una mera hipótesis, derivada de no haber podido determinar exactamente lo sucedido.

Así entonces, ¿acaso no pudo haberse humedecido la carga el 1, 2 o 3 de mayo, cuando la misma ya había sido entregada por AVIANCA? ¿Es entonces contundente la prueba que permite desvirtuar la presunción de que AVIANCA entregó las mercaderías en buen estado? La respuesta a este último interrogante es negativa.

Por estas razones, erró el *a quo* al haber concluido que mi representada dañó las mercaderías que remitió INTERCOLOR S.A.S. a CODELPA CHILE S.A.

III. SOLICITUD

Conforme con lo expuesto, respetuosamente solicito:

1. Al juzgador *a quo*, que conceda el recurso de apelación para ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.
2. Al *ad quem*, que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el 22 de septiembre de 2022 y que, en su lugar, niegue las pretensiones formuladas por SURA.

Del Señor Juez, con toda atención,



JOSÉ IGNACIO GARCÍA ARBOLEDA

C.C. N° 80.074.068 de Bogotá.

T.P. N° 170.127 del C. S. de la J.

Señores Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Sala Tercera de Decisión Civil

MAGISTRADO: JUAN CARLOS CERON DIAZ

E. S. D.

Ref. Radicación: 080013153010-2021-00036-01

Proceso: Verbal-Responsabilidad Civil

Demandantes: Carlos Guzman – Claudia Roldan

Demandados: Alfonso Yepes Rubiano

Llamada En Garantía: Mapfre Seguros Generales De Colombia S.A.

Asunto: Sustentación Recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2022.

JOSÉ DE LOS SANTOS CHACÍN LÓPEZ,
actuando como apoderado judicial la sociedad **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en atención al traslado que se me concede en segunda instancia me permito presentar sustentación del RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia proferida por el A-quo de fecha 17 de agosto de 2022, por la que se condena a los demandados a reconocer y pagar a los demandantes perjuicios morales.

Formulados como se encuentran los agravios o reparos concretos presentados ante el juez de primera instancia y que sirven de fundamento a la sustentación interpongo el recurso de apelacion con el objeto de que el Tribunal superior revoque la decisión recurrida.

I. Explicación lógica y demostración de los motivos para considerar desacertada la decisión del juzgador de primera instancia:

Los errores, omisiones y deficiencias que se le adjudican a la sentencia en la valoración probatoria, alejada de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, nos conducen a refutar los argumentos del A-quo, basados en las razones fácticas que expongo a continuación.

Veamos:

Observa éste apoderado del Doctor ALFONSO YEPES RUBIANO, que el fundamento de la sentencia del Juez de primera instancia, para endilgar la responsabilidad civil a los demandados radica en que dio por demostrado sin estarlo la falta de consentimiento informado para la realización del procedimiento de Turbinectomía.

1. El consentimiento informado no solo se prueba por escrito, por lo que es un **yerro del A-quo, en no dar por cierto encontrándose probado el consentimiento informado** brindado por el señor Carlos Guzman Romero para la variación del procedimiento.

- 1.1. La primera pregunta que debió absolver el juez A-quo, es si el demandante sabía y se le diagnosticó que padecía de hipertrofia de cornetes, como está probado que si sabía de su hipertrofia de cornetes, luego entonces, hubiese podido comprender ¿por qué razón si el propio demandante reconoce en su interrogatorio de parte haber sido informado y que leyó el documento de consentimiento, y además así lo afirma en la contestación el Dr. Alfonso Yepes y al absolver el interrogatorio de parte, cuando afirma que en la valoración inicial se le explico tanto la técnica de la Turbinoplastia como la de la Turbinectomía? **no hay motivo para no creerle al médico, no solo por cuanto la información no es exclusivamente escrita, puede también es principalmente verbal**, sino por que como se ha dicho en este escrito y está probado en el proceso por quienes realizan este procedimiento a diario, que está permitida la variación de la técnica para desobstruir la nariz y que el medico ya tiene autorizada la variación por cuanto insistimos, la Turbinectomía es una extensión de la Turbinoplastia.
- 1.2. ¿por qué Soslaya el juzgador de instancia la prueba documental contentiva del consentimiento informado suscrita por el demandante? Estando probado que **expresamente autoriza** al Dr. ALFONSO YEPES RUBIANO **a modificar o variar la técnica**, y como en este caso lo considero en el intraoperatorio a pasar de la Turbinoplastia a la Turbinectomía. Basta con revisar la declaración de parte del demandante para reconocer que a pesar de haber suscrito el consentimiento informado se atreve a señalar que a el solo se le hablo de una corrección del tabique e incluso desconoce que el Dr. Yepes le hubiese hablado de Turbinoplastia. Conducta del demandante constituya de indicio en su contra. Sin embargo, el A-quo, no valoro adecuadamente la mencionada declaración.
- 1.3. ¿por qué el A-quo, sin fundamento alguno señala que el consentimiento firmado por el Abogado Carlos Guzman, es un consentimiento general y amplio como erróneamente indica? Yerra el A-quo al desconocer que como explicaron los **testigos médicos** se trata de una mayor intervención de la hipertrofia de cornetes y además **estaba indicado por la ciencia médica y la patología** en beneficio del paciente. Prueba de ello es que hoy no tiene ninguna de las molestias que en su momento lo motivaron a presentar la demanda tal como lo corroboro y está probado en el proceso el medico otorrino Dr. Ballestas. Claramente el A-quo, no valora objetivamente las pruebas de testigos médicos y del perito que reconocen y confirman que el tratamiento implementado fue el que se le brindo al paciente.
2. **La historia clínica de un paciente está conformada por varios documentos entre ellos la nota quirúrgica. Yerra el A-quo, al negar el valor jurídico que tiene dentro de la historia clínica la “nota quirúrgica”.**
- 2.1. ¿por qué el A-quo desconoce cómo está conformada o que documentos integran la historia Clínica de un paciente? Con el pronunciamiento del que se duele el juez de instancia, al señalar de que en ninguna parte distinta a la nota quirúrgica se hace mención al procedimiento de la Turbinectomía, pasa por alto que no se puede valorar la historia clínica sin reconocer como está compuesta, y que **la nota quirúrgica hace parte integral de la misma tal como lo establece la Resolución 1995 de 1999** proferida por el Ministerio de Salud.
- 2.2. En consecuencia, ¿qué valor le da el A-quo a los conceptos técnicos unívocos de todos los médicos otorrinos que declararon en el proceso? Yerra el A-quo al soslayar flagrantemente lo expresado por voces técnico científicas autorizadas obrante al proceso, No puede reprochársele al médico ALFONSO YEPES como si fueran procedimientos marcadamente disimiles, cuando los médicos que declararon en el proceso dijeron al unísono que *encontrándose en el intraoperatorio es cuando el medico puede ver hasta donde es*

necesario llegar con la Turbinoplastia y pasar a la Turbinectomía incluso que tanto puede retirar del cornete.

2.3. ¿por qué yerra el juez de primera instancia sin razón jurídica y apartándose de las reglas de la experiencia, sin valorar en toda su dimensión y amplitud los testimonios obrante al proceso, cuando todos los otorrinos al unísono expresaron ante su despacho que la turbinoplastia y turbinectomía son procedimientos similares en riesgos y secuelas?, por lo que claramente esta restándole valor al dicho de los galenos y dándole a sus declaraciones una interpretación que no corresponde. No tiene explicación sustentada en la ley que el juzgador de instancia interprete erróneamente a los médicos otorrinos, ellos explicaron en este proceso que **en ambos procedimientos se hacen cortes a los cornetes en una la turbinectomía mas que en la otra, y se va cortando hasta donde sea necesario** y como todos incluido el médico ALFONSO YEPES RUBIANO lo expreso van viendo hasta donde se hace necesaria la resección para que el paciente pueda respirar de la mejor manera posible.

3. **El valor probatorio de los testimonios de médicos especialistas. Testigos llamados a brindar la claridad sobre el procedimiento de desobstrucción nasal.**

3.1. **Puede el juez pasar por alto sus afirmaciones? Yerra el A-quo, al desconocer el concepto de hipertrofia de cornetes, explicado por los testigos médicos y el perito dentro del proceso.**

Claramente dijeron los médicos y el perito, que la hipertrofia de cornetes produce obstrucción y que esa hipertrofia impide una buena respiración, por lo que no se explica el error del juez, que desconoce lo explicado por los testimonios de los médicos aportados al proceso, cuando claramente señalan que la mejor manera de enfrentar la hipertrofia de cornetes es con la turbinectomía.

4. **No es necesaria la descripción detallada de las razones del cambio de procedimiento o técnica utilizada para desopturar o liberar la obstrucción nasal cuando ha sido explicado previamente a la intervención.**

4.1. **Yerra el A-quo, al desconocer las razones explicadas a través de la patología de “hipertrofia de cornetes” que llevaron al médico a pasar de la técnica de la turbinoplastia a la turbinectomía, Contrario a lo que erradamente concluyo el juez no hay mucho que explicar y así se entiende de los amplios y suficientes detalles o razones explicadas por los testigos médicos que rindieron su testimonio en este proceso, dependiendo lo que iba encontrando el médico iba liberando la obstrucción cortando el cornete para el bien del paciente.**

5. La ciencia médica no se maneja a criterio personal del fallador.

5.1. **Yerra el A-quo, al interpretar equivocadamente los testimonios de los médicos especialistas y el perito, al indicar que por no consignarse en la descripción quirúrgica en detalle el motivo de la variación de la técnica no habían razones para ello.**

Se equivoca el juzgador, las razones estaban dadas desde el diagnóstico de la hipertrofia de cornetes, y aunque en la nota quirúrgica no se describa en detalle el paso a paso que llevo a la resección del cornete que dicho sea de paso estaba autorizada y no quiere decir que no estaba indicada. Falso racioncinio del juzgador.

6. Los médicos especialista conocen y explican los procedimientos y técnicas para el tratamiento de obstrucción nasal y sin fundamento jurídico científico alguno no se puede ignorar sus razonamientos.
- 6.1. **Yerra el A-quo, al interpretar equivocadamente las explicaciones brindadas por el perito y los testigos médicos sobre la naturaleza de los procedimientos de turbinoplastia y turbinectomia**, al considerar que tenía que existir un hallazgo especial para pasar de una turbinoplastia hacia una turbinectomia. falso raciocinio del juzgador.
¿Sabía o no el demandante antes de la intervención que padecía hipertrofia de cornetes?
Lo que interpreto el juez de primera instancia no corresponde con lo que explicaron los médicos especialistas en otorrinolaringología. **No se necesitaba un hallazgo especial, como se extraña y se duele el juzgador, la hipertrofia de cornetes estaba diagnosticada** y la liberación y desobstrucción nasal requirió hasta donde el medico considero prudente solo en los cornetes inferiores como lo hizo.
7. **El concepto u opinión del medico especialista es determinante en la valoración probatoria en un caso de responsabilidad medica.**
- 7.1. **Yerra el A-quo, al tergiversar las declaraciones de los testimonios de Antonio Ballestas, Eparquio Gonzalez y Benjamin Herrera**, cuando son ellos quienes explican tajantemente que para variar la técnica en el intraoperatorio con el consentimiento informado basta con considerar que al encontrarse en el intraoperatorio con que la turbinoplastia no sería suficiente.
8. **La valoración del testimonio del medico y la veracidad de su dicho**
- 8.1. **Yerra el A-quo, al concluir en su valoración que al demandante no se le hablo de turbinectomia.**

Errada valoración de las pruebas tal como lo expreso al contestar la demanda y así lo dijo el medico doctor ALFONSO YEPES RUBIANO y lo expreso al absolver el interrogatorio, luego del diagnostico y de las consultas previas, explico la necesidad de realizar la intervención para desobstruir la nariz y lograr una mejor respiración.
¿Si el medico le explico al paciente en las consultas iniciales las razones de la obstrucción nasal y le dijo que tenía una hipertrofia de cornetes le explico que debía hacer para liberarlo de ese problema, como es posible que el demandante diga y el juez le de valor a ello que no le explicaron el procedimiento, llamese turbinoplastia o turbinectomia?
9. **No le es permitido al juez de instancia tergiversar las pruebas o su contenido.**
- 9.1. **Yerra el A-quo, por una mala interpretación al no comprender las explicaciones de los peritos respecto de la técnica de turbinoplastia a la de turbinectomia, y tergiversarlas**, desconociendo que la turbinectomia es la extensión de la turbinoplastia, en otras palabras un paso adelante en la desobstrucción nasal según lo explicaron los médicos especialistas en otorrinolaringología en sus distintas declaraciones.
10. El A-quo, no puede cercenar el contenido de una prueba de varios testimonios conclusivos y de las calidades que arroja su especialidad.
- 10.1. **Yerra el A-quo, al desconocer el iter de la desobstrucción nasal por hipertrofia de cornetes** explicado por los médicos especialistas que rindieron su testimonio en el proceso.

al señalar el juez que el consentimiento fue otorgado expresamente conforme a su tenor literal para el procedimiento de maxiloetmoidectomia + turbinoplastia bilateral, como si ambos procedimientos fueran ajenos uno del otro. olvidando ademas que ese mismo documento incorporaba la autorización para variar o modificar la técnica como finalmente ocurrió.

11. Ante un raciocinio incongruente la conclusion es errada.

- 11.1. **Yerra el A-quo, por falaz e incongruente raciocinio**, pues reconoce escribe el señor juez: “ *notese que la variación al procedimiento inicialmente proyectado si esta autorizado, pero bajo el condicionado que durante la intervención se encuentren aspectos de la enfermedad que exijan o aconsejen modificar el procedimiento y ademas que se advierta a los familiares del paciente en tanto que en ausencia de estos pueda el cirujano tomar la decisión por si mismo.*”.

Claro entonces para el juzgado que estaba autorizado para variar el procedimiento inicialmente proyectado, pero toda la argumentación de la decisión dice que no se justifico en ninguna manera la necesidad de variarlo. Cuando lo cierto es que el juez reconoció y escribe **en sus propias palabras** que “*el medico durante la intervención al verificar mayores insumos o elementos sobre la patología del paciente, se determino variar de técnica para lograr el principal objetivo que era el de respirar mejor.*”.

Este yerro muestra la evidente incongruencia del despacho entre lo que esta probado dentro del proceso y los argumentos sobre los cuales sostiene la tesis sobre la cual sustenta la condena.

12. El objeto de la intervención del paciente era la desobstrucción nasal y no la técnica utilizada.

- 12.1. **Yerra el A-quo, al interpretar erróneamente las técnicas de turbinoplastia y turbinectomia explicadas por los médicos que declararon en el proceso**, se extraña el juez por considerar ausente en la historia clínica del paciente la palabra turbinectomia, cuando ya los médicos explicaron que es una variación y alternativa con la que cuenta el cirujano para liberar la obstruccion nasal padecida y ademas el medico la explico al paciente previa a la intervención asi pretenda desconocerlo.

13. La relevancia del interrogatorio de parte y su valoracion adecuada. El consentimiento informado en razon de la persona que lo otorga.

- 13.1. **Yerra el A-quo, al indicar que había una negación indefinida al señalarse por el demandante que no se le informo antes o después de la extracción de cornetes**,

La conclusion a la que llega el juez se origina en falta de valoracion de una prueba relevante. Para lo cual debiera el superior valorar los interrogatorios para verificar que lo que aquí sostenemos. Lo cierto es que el demandado si informo los procedimientos y las variables para liberar la nariz de la obstruccion. Lo cierto, es que basta con revisar las pruebas en conjunto y particularmente el interrogatorio del propio demandante que junto con el consentimiento informado suscrito por el señor **CARLOS GUZMAN ROMERO** queda desvirtuada la negación indefinida, y mas bien queda probada la afirmación definida. Vea el A-quen, que en este caso particular, se equivoca el A-quo, en la apreciación de que la circunstancia de la informacion de la variación del procedimiento quedo en el campo de la negación indefinida, por cuanto el demandante al absolver su interrogatorio, *se le pregunto: “le pusieron a firmar un*

consentimiento informado? Respondio: Si claro. Allí se dice que dentro del consentimiento esta autorizado el cambio de procedimiento ¿, respondio que si. pero seguido dice que no se le informo el cambio del procedimiento”...

Acto seguido el suscrito preguntó: “.. **la consulta fue comprendida y comprensible para ud?, lo que le dijo eso era”**., continuo preguntando “..**Hizo las preguntas para conocer directamente del medico y estas fueron atendidas y respondidas para resolver sus dudas e inquietudes? Dice que dentro de ese escenario normal , nunca me hablo que para resolver el tema de mis ronquidos tenia que extraerme los cornetes, se enfatizo en la desviación del tabique y que corrigiendo el tabique ya ese problema seria asunto arreglado pero nunca le hablo de la extracción de los cornetes.** Se le continua preguntando **Usted luego de leer el consentimiento , tuvo alguna negativa u objeción respecto al consentimiento?, dentro de esa relación de confianza basado en esa consulta de diganostico y de preparación previa del procedimiento, era solo la firma del consentimiento. El demandante no es ningún ignorante.** Es un profesional del derecho con plenas capacidades cognitivas y volitivas.

Lo anterior, evidencia que el demandante sospechosamente desconocio incluso que el medico le hubiese explicado la técnica de la turbinoplastia, muy a pesar de que el medico dijo habersela informado asi como le informo de la turbinectomia, pero mas grave aun que reconoce que la consulta fue comprendida , no tuvo ninguna negativa u objeción respecto al consentimiento, es decir, no pregunto según el ni siquiera por el procedimiento de la turbinoplastia, lo cual es claramente falaz.

Por lo aquí expresado, **la contradicción en que incurre el demandante no fue advertida por el juez** que de haber hecho una adecuada valoracion de la declaración hubiese percatado que si existio informacion de los procedimientos, ¿por que por ejemplo si se le explico la turbinoplastia se limita a decir que ahí esta anotada pero que lo que a el se le hablo fue de desviación de tabique?

Olvido el juez que **la negación indefinida depende de su posibilidad practica** y en este caso es claro que si el paciente no recuerda que se le informo de la turbinoplastia mas facil comprender que no quizo conocer lo que se le estaba informando, por aquello de la confianza que dice tenia en el medico.

14. **Yerra el A-quo, al condenar a pagar perjuicios morales al señor CARLOS GUZMAN ROMERO , que en su cuantia desborda el propio arbitrius judice,** tomando supuestamente como referente *los topes máximos fijados por la jurisprudencia civil para los casos mas graves* sin embargo, el juez otorga un valor que mas bien casi alcanza lo que la Corte Suprema tiene establecido para los casos de muerte. claramente no guarda proporcionalidad entre lo dicho por el juez y la cantidad a la que condena.

15. **No es admisible condenar a pagar por un perjuicio que no se probó.**

- 15.1. **Yerra el A-quo, al condenar a pagar perjuicio morales a la señora CLAUDIA ROLDAN VELASQUEZ**

SIN PRUEBA ALGUNA, y peor aun, fundamentándose el juzgado en que *es una victima de rebote sobre la angustia y el padecimiento producido a partir de la intervención de turbinectomia*, siendo que ese perjuicio no existio por cuanto cuando bajo la premisa del propio juzgador y el propio paciente, dijeron que el señor GUZMAN no supo de la clase de procedimiento realizado sino tiempo después de la intervencion, luego carece de todo sustrato jurídico

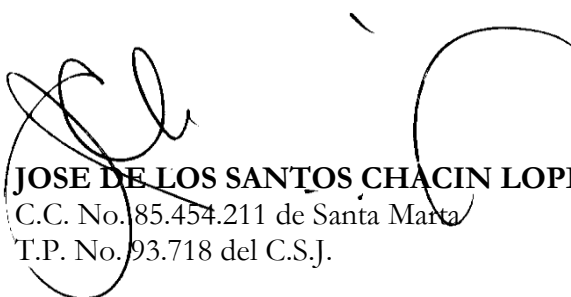
reconocer un perjuicio que no existió para la fecha que indica el juzgador. Tengase en cuenta adicionalmente en su declaración la demandante no expuso en ningún momento haberse visto afectada por el cambio de procedimiento sino por las incomodidades que le producían las secreciones de su esposo, y demás, consecuencias propias de ambos procedimientos, pero eso es un hecho distinto, razón suficiente para descartar la indemnización que de forma ligera le otorga el juez de instancia a la demandante.

Expuestos así los anteriores argumentos que destacan los yerros del A-quo, dejamos por sustentado el recurso de apelación interpuesto, esgrimiendo adicionalmente a partir de los mismos que existió **una insuficiente, inconsistente, y equivocada valoración probatoria** que afecta los intereses de mi representado, al desconocer que contrario a lo interpretado por el juzgado, y con base en los documentos, testimonios, interrogatorios y prueba pericial aportada, se puede perfectamente comprender que si hubo consentimiento informado, el señor CARLOS GUZMAN sabía que padecía de hipertrofia de cornetes por que así le fue diagnosticado y que el médico estuvo autorizado para realizar el procedimiento y la técnica realizada, que inició con una turbinoplastia y se percató que no le era suficiente para liberar la obstrucción nasal y que paso a realizar la turbinectomía y que con eso se logró liberar y mejorar la ventilación y la consecuente respiración del paciente.

Que **los testimonios médicos y los documentos no fueron correctamente interpretados por el juzgador** lo que condujo a que hiciera una errada valoración de sus declaraciones, y no entendiera como bien lo explicaron que la turbinoplastia es una fase inicial para desobstruir seguida de la turbinectomía, que solo durante el intraoperatorio puede percatarse el médico hasta donde avanzar y que solo el cirujano puede determinar de acuerdo al estado de hipertrofia de los cornetes cuando pasar de una a otra.

Por todo lo anterior, solicito se el Honorable Tribunal Superior revoque la sentencia, se realicen las correcciones por los yerros plasmados en la misma que son objeto de apelación mediante éste escrito y se declaren las excepciones planteadas, toda vez, que no le asiste razón jurídica para condenar a los demandados, particularmente al Dr. ALFONSO YEPES RUBIANO.

Del Señor Juez, respetuosamente,



JOSE DE LOS SANTOS CHACIN LOPEZ
C.C. No. 85.454.211 de Santa Marta
T.P. No. 93.718 del C.S.J.