

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA
PEREIRA - RISARALDA

AC-0094-2023

Tipo de proceso : Verbal – Responsabilidad médica
Demandantes : CEJP, SLLG, JEJL, KAJL, CEP, LALC y MMGO
Demandados : Cosmitet Ltda. Corporación de Servicios Médicos
Internacionales Them y Cia Ltda y otros
Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, R.
Radicación : 66001-31-03-001-**2020-00141-01**
Temas : Pruebas: Admisibilidad - Pertinencia - Conducencia
Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

VEINTICUATRO (24) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La alzada del mandatario judicial de la codemandada CMS Colombia Ltda. - Corporación Médica Salud para los Colombianos contra la providencia fechada el 05-07-2023, denegatoria de una prueba (Expediente recibido de reparto el 01-08-2023).

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Desestimó la práctica de dos pericias: espermograma y testosterona en sangre porque los hechos de la demanda ninguna alusión hace a la infertilidad o vida sexual de JEJL, entonces, son pruebas innecesarias; más adelante las calificó de inconducentes (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.71 y enlace en el mismo pdf, tiempo 03:45:45 a 03:46:26 y 03:47:41 a 03:47:55).

3. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

Debe revocarse la decisión para ordenar el espermograma y la testosterona en sangre. En efecto, la demanda suplicó daño a la vida de relación y “*este se supedita a la capacidad reproductiva de JEJL*”; además, fue referido en la peritación aportada por la parte actora, en la pregunta No.12, cuando se mencionó la afectación de su capacidad reproductiva. La experticia de urología allegada con la contestación de la demanda, indica que para establecer ese factor son procedentes aquellos exámenes. Así las cosas, la prueba es conducente, pertinente y útil (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.71 y enlace en el mismo pdf, tiempo 03:53:30 a 03:57:31).

4. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR

4.1. LA COMPETENCIA. La potestad jurídica para resolver esta disputa radica en esta Colegiatura por el factor funcional [Arts.31º-1º y 35, CGP], al ser superiora jerárquica del despacho emisor del auto recurrido.

4.2. LOS REQUISITOS DE VIABILIDAD DEL RECURSO. Llamados también de trámite¹, o condiciones para recurrir², según la ciencia procesal patria³⁻⁴. Habilitan estudiar de fondo de la cuestión reprochada.

Esos requisitos son una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y garantizan su resolución. Anota el maestro López B.: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo.*”⁵.

¹ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en la segunda instancia. Memorias del XXIX Congreso de derecho Procesal, 2018, ICDP, p.307 ss.

² ESCOBAR V. Edgar G. Los recursos en el Código General del Proceso. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2015, p.37.

³ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.781.

⁴ PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276.

⁵ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.781.

Explica el profesor Rojas G. en su obra: “(...) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició.”⁶. En el mismo sentido los profesores Sanabria Santos (2021)⁷ y Parra Benítez (2021)⁸.

Tales presupuestos son concurrentes, ausente uno se frustra el examen de la impugnación. La misma CSJ enseña: “(...) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y, en caso, contrario lo declarará inadmisibile (...)”⁹. Y en decisión más próxima (2017)¹⁰ recordó: “(...) Por supuesto que, era facultad del superior realizar el análisis preliminar para la «admisión» de la alzada, y conforme a la regla cuarta del canon 325 del C.G.P. (...)”.

Esos supuestos son **(i)** legitimación, **(ii)** oportunidad, **(iii)** procedencia y **(iv)** cargas procesales (Sustentación, expedición de copias, etc.); los tres primeros implican inadmisibilidad y el cuarto deserción, de esta forma comprende la literatura procesal nacional¹¹⁻¹².

En este caso están cumplidos, en efecto: **(i)** La providencia atacada afecta los intereses de la codemandada al negar la prueba pedida (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.32, folio 33); **(ii)** El recurso fue tempestivo, se interpuso en la misma audiencia, acorde con el artículo 322-3º, CGP (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.71 y enlace en el mismo pdf, tiempo 03:53:30); **(iii)** Hay procedencia [Arts.321-3º, CGP]; y, **(iv)** Se atendió carga de la sustentación, conforme prescribe el artículo 322-3º, ib.

⁶ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁷ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.664.

⁸ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.395.

⁹ CSJ. Sala Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Ospina B.

¹⁰ CSJ. STC-12737-2017.

¹¹ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.776.

¹² ROJAS G., Miguel E. Código General del Proceso comentado, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.511.

(Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.71 y enlace en el mismo pdf, tiempo 03:53:30 a 03:57:31).

4.3. **EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER.** ¿Debe revocarse el auto adiado 05-07-2023 que denegó la práctica de espermograma y testosterona en sangre; o, debe mantenerse o acaso ¿modificarse?

4.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

4.4.1. **Los límites al decidir en la alzada.** El objeto del recurso define los temas, patente aplicación del modelo dispositivo [Arts. 320 y 328, CGP]; se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹³, novedad del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁴. Discrepa el profesor Bejarano G.¹⁵, al entender que contraviene la tutela judicial efectiva; de igual parecer Quintero G.¹⁶, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, en todo caso minoritarias. Es el alcance consistente de esta Colegiatura¹⁷, que prohíja la CSJ¹⁸, y más reciente¹⁹ (2019-2021-2022), en casación, ha reiterado la tesis de la apelación restrictiva.

4.4.2. **La decisión del caso concreto.** Se revocará el proveído cuestionado porque se infundado el razonamiento para abstenerse de ordenar las probanzas peticionadas.

¹³ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

¹⁴ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹⁵ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁶ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

¹⁷ TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 16-02-2021, MP: Grisales H., No.2013-00138-01; (ii) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01; y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

¹⁸ CSJ. STC-9587-2017.

¹⁹ CSJ. SC-2351-2019; SC-3148-2021 y SC-1303-2022.

De entrada, se anuncia el disenso para fundar la negativa en la inconducencia, pues ninguna falta de idoneidad jurídica hay; la cuestión se al relaciona con la pertinencia o relevancia del medio de prueba.

Para lograr la convicción sobre los hechos alegados por las partes, nuestro ordenamiento procesal, prescribe el principio de la libertad probatoria, sin embargo, no es absoluto (Algunos entienden que no es principio)²⁰, tal como señalara la CSJ²¹ en vigencia del CPC [Art.175], criterio aun aplicable dada la similitud con la actual norma [Art.165]:

Así se estableció en el artículo 175, salvo contadas y taxativas excepciones, al consagrar la libertad tanto de medios probatorios como de formación del convencimiento del juez. Con base en tal postulado ha sostenido la Corte que:

[L]a legislación no establece cortapisa alguna, en principio, a los medios que el juez tenga a su alcance para forjar la convicción; muy al contrario, es amplía la gama de posibilidades probatorias respecto de hechos jurídicos no sometidos a tarifa, conforme da fe la propia normatividad al consagrar, extensivamente, no solo los que ella enuncia sino «cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez» (C. de P. Civil, art. 175) (Sublínea propia de esta Sala).

Ahora, ese postulado por ser relativo, debe ir en consonancia con la pertinencia, la utilidad, la licitud y la conducencia (Criterios intrínsecos), que son requisitos generales para la admisión de una prueba [Arts.168, 169 y 170, CGP], e integran el “juicio de admisibilidad probatoria”²², en conjunto con ingredientes extrínsecos (Oportunidad, legitimación, formalidad y competencia), permiten el decreto o incorporación de un medio probatorio; así planteó hace tiempo el maestro Hernando Devis E.²³, en postura seguida en la actualidad por los doctores Sanabria V. y Yáñez M.; en similar sentido la profesora

²⁰ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, Bogotá DC, Dupre editores, 2017, p.39.

²¹ CSJ. SC-2758-2018.

²² SANABRIA V., Ronald de J. y YÁÑEZ M., Diego A. Juicio de admisibilidad probatoria en el CGP, En: Constitución y probática judicial, Carlos A. Colmenares U. (Coordinador), Bogotá DC, Universidad Libre y Grupo editorial Ibáñez, 2018, p.131-198.

²³ DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, 5ª edición, Temis, 1981, Bogotá DC, p.319 ss.

Castellanos A. (2021)²⁴. La anterior sistematización teórica es precedente de esta Sala²⁵.

El tamiz que connota el referido “juicio”, es desarrollo del debido proceso probatorio²⁶, principio y garantía de rango constitucional, ineludible soporte basilar en todo procedimiento judicial. Ilustrativo el concepto del procesalista Rojas G.²⁷, sobre la implicación del examen de admisibilidad:

Que una prueba sea jurídicamente admisible en el escenario de cierto litigio significa que es susceptible de someterse a discusión y ser considerada por versar sobre alguno de los hechos relevantes, que es intrínseca y jurídicamente, idónea para demostrarlo, que contiene elementos que contribuyen a su constatación, y que está descartada la ilicitud de su empleo en el específico contexto. Desde esta perspectiva es inadmisibile la prueba si el uso pretendido se muestra ilegítimo, si versa sobre hechos ajenos al asunto concreto, o suficientemente esclarecidos, o si carece de aptitud legal material o jurídica para demostrar el hecho sobre el cual recae.”.

La **conducencia**, es la **aptitud o idoneidad jurídica**, es decir, la ley establece que medio sirve para probar determinado hecho. Señala el profesor Azula C.²⁸ “(...) La conducencia es cuestión de derecho que el juez examina al pronunciarse sobre la procedencia del medio probatorio solicitado y si no se cumple lo rechaza in limine (...)”, en el mismo sentido López B.²⁹ y Castellanos A. (2021)³⁰; en tanto que, la **pertinencia** en nuestro sistema (También conocida como relevancia jurídica³¹) **consiste en que haya relación lógica y jurídica entre el medio de prueba y el hecho a probar.**

²⁴ CASTELLANOS A., Anamaría. Admisión, rechazo y decreto de pruebas, En: Derecho probatorio: desafíos y perspectivas, Toscano L. Fredy y otros (Editores), Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2021, p.26 ss.

²⁵ TSP, Civil-Familia. (i) AR-0002-2021; (ii) Sentencia del 20-09-2019; MS: Grisales H., No.2015-01465-01; y, Autos: (i) AC-0055-2022; (ii) AF-0003-2022; y, (iii) 20-05-2019, No.2016-00369-01 todos del MS: Grisales H.

²⁶ PELÁEZ H., Ramón. El derecho a la prueba: efectos procesales de su constitucionalización, En: Constitución y probática judicial, Carlos A. Colmenares U. (Coordinador), Bogotá DC, Universidad Libre y Grupo editorial Ibáñez, 2018, p.199-264.

²⁷ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles ESAJU, 2015, Bogotá, p.231.

²⁸ AZULA C., Jaime. Manual de derecho probatorio, tomo VI, pruebas judiciales, Temis, Bogotá DC, 2018, segunda reimpresión de la 4ª edición, p.72.

²⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit. p.108.

³⁰ CASTELLANOS A., Anamaría. Ob. cit. p.32.

³¹ TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos, Milano, Italia, 4ª edición, editorial Trotta SA, 2011, p.96 ss.

De allí que se anticipara la discrepancia en fundar la negativa afincados en la inconducencia cuando se trata de pertinencia o relevancia, esto es, la correlación del hecho a probar con el tema de prueba, su ausencia generaría INADMISIBILIDAD con estribo en resultar extraño al objeto de demostración en cada proceso en particular.

Aquí, si bien la demanda no alegó la infertilidad o la afectación de la vida sexual de JEJL, sí planteó como pretensión daño a la vida de relación (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.025, folio 9) que, según su contenido conceptual, puede vincularse a la imposibilidad procreativa y, por tanto, causar afectación de su esfera relacional y emocional. Válido evocar la noción de aquella modalidad de perjuicio, con palabras de la CSJ (2021)³²:

... el daño a la vida de relación o perjuicio de agrado es otra variedad de daño extrapatrimonial. Sobre el particular, son abundantes los pronunciamientos de la jurisprudencia mayor³³. Se recibe, como la imposibilidad del ejercicio regular de actividades ordinarias de recreo, sosiego o regocijo. Es, pues, la privación “de los placeres que la víctima podía esperar de una vida normal”.³⁴ De manera concreta, el daño se presenta como la “carencia de las ventajas o disfrutes de una vida ordinaria o normal.”³⁵ Esto es, sobre la vida de la víctima se impone “una disminución de los placeres y parabienes, por la dificultad o imposibilidad de entregarse a plurales actividades de gozo.”³⁶ En una palabra, “es la mutilación de los placeres de la existencia.”³⁷ Sublínea de esta Sala.

En parecer de esta Magistratura la acreditación de todos los hechos configurativos de las repercusiones negativas en la integridad psico-física de la víctima, son circunstancias que encajan en el menoscabo prenombrado, entonces, son tema de prueba cuando quiera que se pretenda una indemnización.

³² CSJ. SC-4124-2021.

³³ CSJ SSC del 18 de sept. de 2009, 9 de dic. de 2013, 28 de abril de 2014, 5 de agosto de 2014, 6 de mayo de 2016, 15 de junio de 2016, 17 de nov. de 2016, 28 de junio de 2017, 12 de dic. de 2017, dos fallos de 19 de dic. de 2017, 7 de dic. de 2018, 19 de dic. de 2018, 7 de marzo de 2019, 12 de nov. de 2019.

³⁴ Carbonnier, Jean. Droit Civil. Thémis. París, 1985, pág. 366.

³⁵ Viney, Genviève y Jourdain, Patrice. Les effets de la responsabilité. LGDJ. París, 2001, pág. 260.

³⁶ Viney. Genviève. Traité de Droit Civil. Les Obligations. La Responsabilité. LGDJ, París, 1982, pág. 325.

³⁷ Rochfeld, Judith. Les grandes notions du droit privé. Puf. París, 2011, pág. 512

Adicionalmente, nótese que fueron temas considerados, por la parte actora, al formular la experticia cuando en la pregunta No.12 se cuestionó la influencia del diagnóstico (Torsión del cordón espermático o testicular) en la fertilidad del paciente (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.008, folio 23) y, en ese sentido, conceptúo el perito (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.008, folio 92).

Sin embargo, esa respuesta pareciera genérica, ya que para definir las secuelas en JEJL se requiere de la realización de esos análisis (Espermograma completo y perfil hormonal con testosterona total, hormona FSH y LH en sangre), según explicó el urólogo consultado por la recurrente y que, también, rindió dictamen para el proceso (Ibidem, pdf No.035, folios 3 y 4).

En esas condiciones, para esta Sala si hay correspondencia entre el hecho o hechos que se pretende demostrar y el tema de prueba en este proceso; dicho con más concreción: las secuelas sobre la fertilidad de JEJL, hay pertinencia y, por tanto, se ordenará su realización en los laboratorios de Idime o López Correa de esta ciudad, que absolverá los cuestionamientos descritos en el acápite “Cuarto: Prueba Pericial” de la contestación de la demanda de CMS Colombia Ltda- Corporación Médica Salud para los Colombianos (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.032, folio 33).

Los costos que genere su realización estarán a cargo de esa codemandada, conforme las tarifas que tenga establecido el respectivo laboratorio. Será presentado, con estricto allanamiento a los requisitos del artículo 226, CGP, y en un plazo máximo de diez (10) días, a partir de la notificación del auto que ordene estar a lo dispuesto a esta decisión.

No sobra acotar que la falta de consentimiento para su realización por parte de JEJL, como indicara su apoderado judicial (Ibidem, pdf No.71 y enlace en el mismo pdf, tiempo 03:59:02 a 04:01:54) es un factor que ninguna incidencia tiene en su decreto; cuestión distinta es que los efectos de esa conducta puedan acarrear consecuencias adversas, pues como demandante es quien soporta esa carga probatoria, en favor de sus pretensiones reparatorias.

5. LAS DECISIONES FINALES

Como consecuencia del discernimiento anterior se: **(i)** Revocará la decisión apelada y, en su lugar, se decretarán las pruebas; **(ii)** Abstendrá de condenar en costas, en esta instancia, en razón al triunfo de la impugnación [Art.365-1º, CGP]; **(iii)** Advertirá la irrecurribilidad de este proveído [Art. 35, CGP]; y, **(iv)** Dispondrá la devolución del expediente al juzgado de conocimiento.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA UNITARIA DE DECISIÓN,

RESUELVE,

1. REVOCAR parcialmente el auto fechado 05-07-2023 del Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, que negó el espermograma y examen hormonal de testosterona total a JEJL.
2. ORDENAR, en consecuencia, se practiquen en los laboratorios de Idime o López Correa de esta ciudad, para absolver los cuestionamientos señalados en el acápite “Cuarto: Prueba Pericial” de la contestación de la demanda de CMS Colombia Ltda- Corporación Médica Salud para los Colombianos” (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Principal, pdf No.032, folio 33).

Los costos de las peritaciones son de cargo de esa codemandada, conforme las tarifas que tenga establecido el respectivo laboratorio. Será presentado, con sujeción a las exigencias del artículo 226, CGP, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que ordene estar a lo dispuesto a esta decisión.

3. NO CONDENAR en costas, en esta instancia y ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.

4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

DGH/ DGD/2023

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

25-08-2023

CÉSAR A. GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:
Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: a42fb949c960b9e7ca1a8d3e7c55424546b7af9f44c9089b597b40febe157cad

Documento generado en 24/08/2023 08:59:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>