

**DE LA INTERPRETACIÓN A LA TRANSFORMACIÓN: MEDIDAS
CAUTELARES INNOMINADAS EN FUNCIÓN DEL INTERES GENERAL
EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS
DEFECTUOSOS***

*Michelle Jhoann Stephan Jiménez Rocha***
Universidad Libre, Bogotá D.C.

RESUMEN

Este artículo de investigación a través de la aplicación del método sintético pretende analizar la posibilidad que tiene el demandante de solicitar medidas cautelares innominadas y anticipatorias en los procesos de responsabilidad civil por productos defectuosos para la protección de intereses colectivos tales como el derecho a la salud y a la seguridad; en efecto resulta necesario establecer primero un aspecto teórico en donde se puedan aislar los elementos de las medidas cautelares innominadas y de los productos defectuosos, para así concluir en una fase procesal, la cual contendrá distintas disposiciones que demostraran la necesidad de la práctica de una prueba científica no concluyente ya sea de oficio o allegada por las partes, para poder ofrecerle al juez una certeza suficiente sobre el riesgo latente en el colectivo de los consumidores y este proceda a decretar las medidas que vea proporcionales y necesarias al caso en concreto, por último se plantea la realización de una audiencia la cual el juez la podrá decretar de manera discrecional cuando el acervo probatorio no sea suficiente para el estudio de las pretensiones cautelares, en aras de la protección al principio de precaución.

Palabras claves: intereses colectivos, medidas cautelares innominadas y anticipatorias, prueba científica, principio de precaución.

ABSTRACT

This article from research through the application of the synthetic method analyzes the possibility that the plaintiff has requested measures precautionary innominadas and anticipatory processes of civil liability for defective products for the protection of

* Artículo presentado para el Concurso Internacional para estudiantes de Derecho, Cartagena - 2014.

** Estudiante de derecho de la Universidad Libre sede Bogotá, en proceso de grado. Auxiliar de investigación del semillero “*Texto y Discursos de Resistencia al Modelo Neoliberal y Su Influencia en América Latina 1990-2000*”. Ponente invitada al Seminario Adolfo Mina Balanta.

collective interests such as the right to health and safety; in effect it is necessary to first establish an aspect theorist where you can isolate elements of the measures precautionary innominate and defective products, thus concluding in a procedural phase, which will contain various provisions that demonstrate the need for the practice of not conclusive scientific proof either ex officio or Larraín by parties, to give the judge one certainty sufficient latent in the collective consumer and this risk proceed to enact measures to see necessary and proportionate to the specific case, finally arises the realization of a hearing which the judge may impose it in a discretionary manner when the probative acquis is not sufficient for the study of the claims injunctive relief, for the sake of the protection of the precautionary principle.

Keywords: interest groups, innominate precautionary measures and anticipatory, scientific proof, precautionary principle.

INTRODUCCIÓN

La medidas cautelares innominadas tuvieron su auge en el año de 1940, en el artículo 700 del código de procedimiento civil de Italia, con el fin “de obtener providencias de carácter preventivo-cautelar, dejando en cada caso al juez, no solo el valorar las razones de su oportunidad y urgencia, sino también, el reformar su contenido, como anticipo de lo que podrá después ser el posible o probable contenido de una providencia de fondo.”¹

La incorporación de las medidas cautelares innominadas en Colombia surgieron a través de la ley 1564 de 2012 (Código General de Proceso), en su artículo 590, numeral C, implementando los principios del periculum in mora, fumus boni iuris y periculum in damni, como requisitos para que el juez atendiendo a su razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, pueda decretar la medida solicitada.

Ante las dinámicas sociales de este siglo se vio pertinente abarcar el estudio de los productos defectuosos en razón de la afectación al colectivo de los consumidores; considerando como primer objetivo de este artículo el demostrar la necesidad de las medidas cautelares innominadas y anticipatorias en los procesos de responsabilidad civil por productos defectuosos.

Basándose en la anterior propuesta se puede considerar el replanteamiento de algunas actuaciones judiciales y la aplicación de principios que sustenten la legalidad y constitucionalidad del decreto de este tipo de pretensiones cautelares. El Código General del Proceso pone a disposición del juez un principio que va a ser vital en el desarrollo de esta propuesta y es la tutela judicial efectiva, la cual de manera imperativa obliga al juez a fallar siempre en razón de los derechos e intereses que le corresponden a cada individuo.

¹ REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957. p. 284, Numero 201. El origen del artículo 700 constituye una innovación entre las más importantes del CPC DE 1942

De acuerdo con lo anterior, ha de considerarse, que la responsabilidad civil por productos defectuosos tiene como fin el perseguir una indemnización para la víctima tanto por daños patrimoniales como por daños morales, sin embargo como vamos a ver en varios ejemplos, muchas veces el daño al afectar a una persona en particular, con el paso del tiempo puede afectar a una universalidad indeterminada, por ende, nos preguntamos, ¿Cabría la posibilidad, de que el demandante en un proceso de responsabilidad civil por productos defectuosos solicite una medida cautelar innominada en razón del interés colectivo de esa universalidad indeterminada con fundamento en que si el producto sigue en circulación podría lacerar sus derechos fundamentales?

Para darle respuesta a lo anterior es necesario definir el principio de precaución, “en pocas palabras, es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras antes de contar con una prueba científica completa de un riesgo; es decir, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa.”²

Para poner en práctica el principio de precaución dentro del proceso de responsabilidad civil por producto defectuoso, el juez “se puede encontrar en una situación en la que debe tomar una decisión acerca de determinado producto del que se sospecha, con cierto fundamento que involucra un riesgo para la comunidad”³ el cual lo deberá sustentar el demandante con las pruebas que allegue al presentar la demanda, “aunque no exista una prueba definitiva y contundente de tal riesgo, y en estos casos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, una adecuada apreciación de las circunstancias para lograr un equilibrio entre el temor irracional por productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública”⁴; bajo estas aclaraciones se puede concluir que si el juez aplica este principio a las medidas cautelares innominadas de interés general, estaría actuando en derecho al tener fundamento constitucional y como consecuencia la respuesta al planteamiento anterior sería que el demandante está en la libertad de poder formular este tipo de pretensiones cautelares.

El último planteamiento que va a tratar en este artículo se refiere a la posibilidad de la prueba científica concluyente de oficio, sustentado de forma jurisprudencial y legal a través de los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, los cuales reflejan el importante cambio legislativo que surgió en razón del sistema facultativo en donde se decía que el juez podía decretar prueba de oficio, al sistema imperativo en donde se dice que el juez deberá decretar pruebas de oficio, rompiendo el paradigma de que el

2 Organización Mundial del Comercio, Modulo de Capacitacion sobre el acuerdo MSF, Capitulo 8, revisado el 30 de mayo de 2014, en la siguiente dirección “http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm”

³ ARCILA SALAZAR, Op. Cit., p. 38

⁴ Ibid., p. 38

juez no puede intervenir directamente en el proceso y que este instrumento solo conlleva a una parcialidad la cual evidencia una grave violación al debido proceso.

En este mismo sentido a manera de conclusión nos permitimos afirmar que las características de las actuaciones del juez civil en el estudio probatorio para el decreto de las medidas cautelares innominadas deben basarse en el activismo jurídico, el principio de inmediación y la discrecionalidad jurídica, para poder encontrar la materialización de la verdad y la justicia, sin sustituir el papel probatorio principal que le incurren a las partes.

Uno de los principales intereses en realizar esta investigación es el de poder realizar un aporte al derecho procesal sobre responsabilidad civil por producto defectuoso, ya que en la teoría y en la práctica esta situación debería tener características especiales, como sucede en la responsabilidad médica, y aunque el estatuto del consumidor, pretende garantizar los derechos del consumidor, mediante varios mecanismos judiciales, este artículo concluye que al existir más de uno con finalidades distintas se está desconociendo el principio de eficiencia procesal y el de acceso de las personas al ejercicio de la justicia.

1. PROBLEMAS JURIDICOS

¿Las medidas cautelares innominadas del artículo 590 numeral C, del Código General del Proceso pueden llegar a ser de interés general en el proceso de responsabilidad civil por productos defectuosos?

2. LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La estrategia metodológica se delimitará de la siguiente forma:

2.1 El enfoque

Se aplica un enfoque jurídico.

2.2 Los métodos

El desarrollo de los distintos problemas jurídicos se analizarán desde el método sintético.

3. ASPECTOS TEÓRICOS

Es oportuno empezar con un análisis conceptual de cada valor contenido en los distintos problemas jurídicos planteados, para así llegar a la formación del esquema procedimental de las medidas cautelares innominadas de interés general, concluyendo con el desarrollo de casos hipotéticos.

3.1 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA ESENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La corte constitucional en varios fallos, ha establecido que las medidas cautelares innominadas si atienden a los principios de la carta política, bajo la configuración que el legislador ha adoptado para la formación de esta institución procesal, el presente análisis tiene por objeto, establecer la posición y los presupuestos constitucionales de las medidas cautelares innominadas.

La corte constitucional ha señalado la finalidad de las medidas cautelares como “aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”⁵.

El sustento constitucional que le ha dado la corte en la sentencia C-379-2004 a las medidas cautelares, es “el principio de eficacia de la administración de justicia”⁶, ya que “son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que”⁷ “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, ... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”⁸

Es así que mediante la teoría de la argumentación jurídica la corte considera que las medidas cautelares proporcionan una tensión entre, el efectivo acceso a la administración de justicia mediante mecanismos cautelares, y la posible violación al debido proceso, sin embargo aquí se pondere el efectivo acceso a la administración de justicia a través de exigencias que se le hacen al juez al momento de decretarse la medida cautelar, tales como que este actué bajo el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad, C-379, del año 2004, Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-497.

⁶ Ibid, p.1.

⁷ Ibid.,p.1

⁸ Ibid.,p 1

Ahora bien, la corte ha definido las exigencias que se le deben dar al juez en su sentencia C-145 de 2009, sustentando que “La medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y también por la conducencia e idoneidad de los medios para la consecución de los objetivos definidos por el legislador de excepción”⁹.

La tutela jurisdiccional efectiva de las medidas cautelares como se ha dicho antes se basa en el artículo 229 de la Constitución política el cual dice “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado”¹⁰, además la carta política en su artículo 228 establece que “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”¹¹

En razón de lo anterior la corte también ha establecido los límites que tiene el legislador a la hora de determinar este tipo de mecanismos cautelares, como se afirmó en la sentencia C- 835/2013 estableciendo que “la actividad del legislador se ajusta a la carta política si atiende: (i) principios y fines del Estado como la justicia y la igualdad; (ii) la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos el debido proceso; (iii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad al establecer las normas respectivas y (iv) la realización material de los derechos y del principio de supremacía del derecho sustancial sobre las formas”, sirviendo resultado un modelo de prevención a decisiones autoritaria que puede llegar a tener el legislador.¹²

Se puede concluir, entonces que el derecho al acceso a la administración de justicia y la igualdad de partes, son el fundamento constitucional que tienen los mecanismo cautelares, dándole al ente legislador unos límites para que este no desborde su función pública, y al juez unos principios y parámetros de los cuales se debe aferrar al momento de decretar la medida cautelar, conviene entonces advertir que lo anterior, servirá para como referente, para poder darle el sustento constitucional al periculum in mora, al fumus boni iuris, y al periculum in damni, en las medidas cautelares innominadas para los procesos de responsabilidad civil contractual y extracontractual por productos defectuosos.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia de Constitucionalidad, C-145, del año 2009, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente RE-137.

¹⁰ Colombia (1997), Constitución Política, Bogotá. Legis

¹¹ Ibidem.

¹² Colombia, Corte Constitucional, sala plena constitucional, Sentencia de constitucionalidad, C 835-2013, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626

3.2 DEFINICIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS¹³

La promulgación de los derechos fundamentales en la Constitución Política tiene carácter abstracto, por ende no asumen como referente a ninguna persona determinada, con el fin de que su aplicación sirva en cualquier caso concreto. En el siglo XX se habló por primera vez sobre los derechos de masas, los cuales tienen como característica principal un daño colectivo a una universalidad indeterminada.

En el derecho de consumo las necesidades e intereses tienen carácter colectivo, sin importar si el perjuicio recae sobre solo un afectado, ya que como consecuencia inmediata se le está causando el mismo perjuicio a cualquier persona que adquiera el mismo producto o servicio; En efecto si el individuo determinado acude ante cualquier mecanismo para la protección de sus derechos, tal decisión es aplicable para cualquier otro afectado que tenga las mismas condiciones fácticas y jurídicas.

Cuando aparece un nuevo interés colectivo o difuso y dentro del ordenamiento jurídico no está previsto, el Estado está en la obligación de crear mecanismos y vías procesales partiendo de las exigencias que predica cada caso en concreto con base en los fines estatales, para poder garantizarle al afectado la materialización de sus derechos.

3.2.1 PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y DE LA SEGURIDAD

3.2.1.1 Deber general de seguridad¹⁴

En la realización de los productos el fabricante debe prever que no basta con una protección ordinaria de la salud y la seguridad del consumidor, sino que este debe procurar siempre usar los procedimientos en donde el nivel de protección sea el más elevado.

Los bienes que circulan en el mercado se diseñan con fin de uso o de servicio, por lo tanto no se podrá entender que el bien causa un perjuicio si el consumidor le da un uso anormal.

3.2.1.2 Derecho a la salud

El derecho a la salud es inalienable, y el Estado tiene la obligación de crear mecanismos, para permitirle a la persona su libre desarrollo, sin embargo en muchas

¹³ ALFREDO, Osvaldo, *protección procesal del usuario y consumidor*, Edición primera, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni editores, 2005, pp. 34, 35, 36

¹⁴ Larrosa Miguel, *derecho de consumo*, Edición primera, Tomo I, Madrid, Editorial El derecho y Quantor, S.L. 2011, p.67

ocasiones la consistencia entre el texto legal y la realidad presenta dificultades en su configuración.¹⁵

En la Constitución Política de Colombia el derecho a la salud y a la seguridad están inmersos en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, obtenidos la calidad de principios generales, los cuales suponen que si el juez los inaplica o les da una mala aplicación, podrán ser tutelables; La salud es un principio fundamental que constituye una obligación por parte del Estado de proteger al ser humano y su integridad psicológica y física; de acuerdo con la Constitución Política el estado no debe solo proteger y asistir al enfermo que padece la afección, sino también el crear mecanismos que protejan al individuo cuando terceros le causen daño en su salud o integridad.

El daño, es un elemento de carácter universal que se puede presentar en múltiples situaciones, menoscabando intereses y derechos en donde el Estado se obliga a repararlos de la siguiente manera, restableciendo las cosas a su estado anterior y previniendo que no vuelvan a suceder, o indemnizando patrimonialmente a la víctima. Sobre este elemento trascendental de la responsabilidad civil por productos defectuosos, Para MANUEL SARMIENTO el daño es “el presupuesto de existencia de la responsabilidad, el objeto de la indemnización no puede definirse como todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos, definición ésta que nos lleva a clasificar el daño en dos grandes categorías: daño material y daño moral, la primera de éstas contempla a su vez el daño material de carácter extrapatrimonial, o daño a la persona y el daño material de tipo patrimonial, o daño al patrimonio.”¹⁶

Conforme a lo anterior, la consecuencia del daño a la salud es la de reparar o indemnizar siempre y cuando se compruebe de manera científica que se ha lesionado la integridad del individuo a causa de un tercero; conforme a lo anterior frente a la responsabilidad por productos defectuosos, el productor o vendedor tendrán esa obligación de indemnizar cuando sus productos afecten los derechos fundamentales del consumidor, en ese sentido la Corte Constitucional afirmó que “*los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro.*”¹⁷

¹⁵ ABELLAN Luis, CLEMENTE Mario, FERNANDEZ Jose, et al, *derecho de consumo*, segunda edición, Tomo I, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 87, 88, 89

¹⁶ Sarmiento Garcial, Manuel, estudios de la responsabilidad civil editorial universidad externado de Colombia, Bogotá, p. 86.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 1140, 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2830

Cabe concluir que la responsabilidad civil por productos defectuosos es de carácter objetiva por ende si el demandante prueba que el producto causa perjuicios en su salud el productor o vendedor incurren en la obligación de reparar sin necesidad de determinar si fue a causa del diseño del producto, sin embargo existen situaciones en donde necesariamente se debe probar que tipo de sustancia es la que está causando el daño en la salud mediante una prueba científica, no cabe duda entonces que bajo este supuesto es donde se pueden solicitar las medidas cautelares innominadas de interés general.

3.3 CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRODUCTO DEFECTUOSO

El concepto de producto defectuoso a efectos de la ley significa:

Art. 5, Inciso 17 “Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho.”¹⁸ Respecto al precepto anterior se deben distinguir “producto peligroso y producto inseguro. Mientras el primero lo es en razón al fin al que está destinado o por su composición que puede generar daños para la salud o seguridad de las personas, no por ellos tienen que ser tildado de inseguro siempre que se adecue a las normas previstas para su puesta en circulación en el mercado.”, entonces es apropiado afirmar que el sujeto responsable por los defectos de fabricación y de diseño de los productos defectuosos será el fabricante.

4. ASPECTOS PROCESALES

4.1 FORMA DE SOLUCITUD

En el artículo 590 numeral C no se dice nada respecto a la forma en que se ha de solicitar la medida cautelar, aunque en principio se sabe que estas se solicitarán de manera escrita junto con la demanda.

Es importante resaltar que la responsabilidad por productos defectuosos no se enmarca solo de manera contractual, sino también extracontractual, como lo afirma la corte constitucional “La responsabilidad del productor y del distribuidor surge ex constitutione y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atingentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquiriente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios” C 1141 /2000; en la presentación de la demanda, el demandante deberá demostrar de manera probatoria el *fumus bonis*, el *periculum in mora* y sobre todo el *periculum in damni* de la siguiente forma:

¹⁸ Colombia, Congreso de la república, ley estatutaria, numero

“incumbe a la víctima probar el perjuicio que padeció, el carácter defectuoso del producto y la relación de causalidad entre éste y aquél (...) Para comprobar el defecto de seguridad que afecta al producto, no debe la víctima incursionar en el examen del proceso de fabricación para demostrar que el defecto se debe a un diseño desacertado o a una indebida fabricación, sino que se debe limitar a probar que este no ofrecía la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho. (...) corresponde a la víctima, así mismo probar que el daño le fue causado precisamente por el carácter defectuoso. (...) la carga que le incumbe –a la víctima- se atenúa en cuanto le es dado al juzgador presumir, Que el producto ha sido puesto en circulación por el fabricante o productor,

- b) Que el defecto existía en el momento en que se introdujo al mercado, y
- c) Que fue el fabricante quien lo elaboró para venderlo.”

El principio de precaución, se dará si cumple los siguientes requisitos

Que el producto contenga alguna sustancia o componente que afecte la salud o salubridad de la universalidad indeterminada de consumidores a la que se es dirigido.

Que habiendo más casos de índole internacional o nacional en donde se haya probado el daño a algún consumidor por el mismo producto o sustancia, este siga en circulación.

4.1.1 Legitimación por activa

El Estatuto del Consumidor, expresa que la legitimación por activa individual esta en cabeza de los consumidores, según el artículo 3, Inciso 1.5 “**Artículo 3°. Derechos y deberes de los consumidores y usuarios.** Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

1. Derechos:

1.5. Derecho a la reclamación: Reclamar directamente ante el productor, proveedor o prestador y obtener reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, así como tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas para el mismo propósito, en los términos de la presente ley. Las reclamaciones podrán efectuarse personalmente o mediante representante o apoderado.”¹⁹

Aunque esta enunciación puede resultar obvia, el aforismo de esta ley responde a los principios constitucionales emanados por la carta política para la protección de los derechos del consumidor, “salvaguardando de forma expresa la acción individual y eliminando cualquier tipo de discusión sobre la ausencia de legitimación de los consumidores individuales”²⁰ en los distintos mecanismos propuesto por el estatuto.

4.1.2 Legitimación por pasiva

¹⁹ Colombia, Congreso de la república, ley estatutaria, numero 1480 DE 2011

²⁰ Ibidem

Es preciso advertir que la ley designa en posición de demandado más de un sujeto, según el “**Artículo 2°**. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.”²¹

Basándose en el anterior precepto podemos determinar que tanto productor como proveedor podrán responder de manera individual o solidariamente, sin embargo es preciso definir cada uno de los sujetos:

4.1.6. Contenido de la medida cautelar innominada y anticipatoria para la protección de los intereses colectivos en los procesos de responsabilidad por productos defectuosos²²:

Este tipo de mecanismo se iniciara por parte del demandante como en cualquier otro tipo de proceso civil, en concordancia con el principio dispositivo procesal en donde las partes se apropian de las acciones y de sus pretensiones.

Respecto al contenido es claro que el artículo no dice nada, sin embargo acogiéndonos al contenido de las medidas cautelares de los procesos ejecutivos, se deberá presentar de la siguiente forma:

Dirigirla ante el juez competente

Fijar quienes son las partes en el mecanismo cautelar (con exactitud quien la solicita y frente a quien se dirige esta), Es importante que exista identidad de partes entre el proceso y la solicitud cautelar, ya que de no ser así el juez la denegará.

Según lo anterior es evidente que el productor será la parte pasiva en la solicitud de estas medidas cautelares, tiendo este “la obligación (...) cuando en desarrollo de tal actividad atentan contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios” ²³c-973/02.

Dentro del escrito se deberán motivar los hechos que surgieron para la solicitud cautelar, probando el *fumus boni iuris* el *periculum in mora* y *periculum in damni* y contemplando de alguna forma la caución.

²¹ Ibidem

²² Jové, Maria Angeles, Medidas Cautelares Innominadas en el proceso civil, Edición Primer, Tomo I, Barcelona, José María Bosch Editores, S.A. 1995, pp. 244-245.

²³ Colombia, Corte Constitucional, Sala , sentencia de constitucionalidad, c-973/02, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis

El paso siguiente será manifestar de forma clara si la pretensión es de obligaciones hacer o no hacer, o de entregar cosas, es pertinente aclarar, que en el proceso de responsabilidad por productos defectuosos el demandante también podrá solicitar medidas cautelares innominadas y anticipadas frente a la indemnización de perjuicios patrimoniales y morales, sin embargo esto no afectara que pueda también solicitar este tipo de medidas cautelares innominadas de interés general.

La identidad procesal de las medidas cautelares innominadas propuestas en este artículo se basarán en la adecuación del principio constitucional de precaución del derecho ambiental, según la corte este principio se basa en cuatro elementos “ (i) que exista peligro de daño, (ii) que éste sea grave e irreversible, (iii) que exista un principio de certeza científica, así no sea ésta absoluta, (iv) que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y (v) que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.”²⁴ Como advertimos anteriormente, la adaptación se realizaría en el tercer elemento sustituyendo la degradación del medio ambiente por la afectación del derecho fundamental a la salud o salubridad pública.

El sustento constitucional del principio de precaución se basa en que “a partir de la expedición de la Ley 99 de 1993, la Corte ha considerado que se encuentra constitucionalizado, pues se desprende de la internacionalización de las relaciones ecológicas y de los deberes de protección y prevención contenidos en la Carta, constitucionalización que deriva del deber impuesto a las autoridades de evitar daños y riesgos a la vida, a la salud y al medio ambiente.”

Las medidas cautelares innominadas y anticipatorias propenden a tener la misma estructura procesal que la demanda civil, toda vez que las dos mediante el derecho dispositivo determinan las partes procesales, y las pretensiones sobre lo que se versará en la instancia procesal.

El demandante en el escrito presentado deberá explicar de manera detallada los distintos motivos, por los cuales consideran que “(i) haya la apariencia de un buen derecho (“fumus boni iuris”), esto es, que el demandante aporte un principio de prueba de que su pretensión se encuentra fundada, al menos en apariencia; (ii) que haya un peligro en la demora (“periculum in mora”), esto es que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado por el tiempo transcurrido en el proceso”²⁵, apoyándose en las distintas pruebas que pueda presentar.

Las consideraciones anteriores fundamentan que para los procesos de responsabilidad civil en donde se impliquen productos defectuosos por defectos de fabricación o diseño, que sean nocivos para la salud y la seguridad, se podrá presentar alguna prueba

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, n, C-703/2010, Magistrado Ponente, Gabriel, Eduardo Mendoza Martelo, Expediente D- 8019

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 379/ 2004, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Cierra, expediente D-4974

que determine que de no decretarse la medida cautelar innominada y anticipatoria se causara un daño inminente en los intereses y derechos colectivos de los demás consumidores.

Seguidamente el demandante podrá solicitar obligaciones de hacer o no hacer conforme al derecho versado en el proceso principal, para que exista identidad objetiva, verbi gratia en un proceso de responsabilidad civil por defecto de fabricación de un juguete que tenga pintura con plomo, se podrá solicitar que se retire del mercado el juguete.

Causales de exclusión que interrumpirían la medida cautelar innominada de interés colectivo

Causales de exoneración. Al tenor del artículo séptimo de la directiva, el productor o quien haya puesto el bien en circulación, podrá interrumpir la cadena causal demostrando: “a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto”.

4.2. POSIBILIDAD DE AUDIENCIA A POTESTAD DEL JUEZ

Sumariedad

El proceso cautelar tiene como característica la sumariedad, ya que se necesita mediante actos rápidos una resolución judicial, sin embargo como señala “SIERRA DOMINGUEZ, esta sumariedad no debe convertirse en superficialidad, por no afectar tanto a la profundidad del conocimiento cuanto a los límites y ámbito del objeto conocido.”²⁶

Así las cosas podemos asegurar que en Colombia por regla general el procedimiento para decretar las medidas cautelares innominadas y anticipatorias es de carácter precautorio significando el desconocimiento por parte del demandado sobre el decreto de las pretensiones cautelares, sin embargo existen diversas situaciones donde

²⁶ Jové, Maria Angeles, Medidas Cautelares Innominadas en el proceso civil, Edición Primer, Tomo I, Barcelona, José María Bosch Editores, S.A. 1995, pp. 244-245.

el juez debe hacer un profundo estudio probatorio para actuar en concordancia con las premisas constitucionales y no vulnerar el debido proceso de ninguna de las partes.

El supuesto planteado en este artículo implica por parte del juez un estudio minucioso frente a las pretensiones cautelares solicitadas por parte del demandante; el rol de la prueba científica no concluyente toma gran relevancia en el sentido que está nos va a demostrar el latente riesgo al colectivo de consumidores, sin embargo en ocasiones al demandante se le dificultará poder allegar el acervo probatorio suficiente para darle la certeza al juez, y es aquí donde planteamos la posibilidad de realizar una audiencia en aras de no llegar a incurrir una violación de los intereses colectivos como lo ordena el Código General del Proceso en su artículo 2 “Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.”²⁷

5. ASPECTO PROBATORIO

5.1 PRUEBA DE OFICIO EN LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA

De antaño la prueba de oficio ha generado una creciente polémica en el ordenamiento jurídico frente a los límites que debe tener el juez; La interpretación jurídica en el sistema inquisitivo se ha encaminado en la teoría de que el juez debe ser un simple emisor de la ley el cual no puede tener ningún tipo de discrecionalidad judicial frente al decreto de las pruebas ya que esto podría generar una parcialidad por alguna de las partes en el litigio lo conllevaría a la violación del debido proceso, sin embargo la dinámica jurídica ha demostrado que la prueba de oficio es un instrumento necesario para que el juez propende su fallo en razón de la justicia material evitando decisiones inhibitorias.

En este sentido Jairo Parra Quijano afirma que “el juez debe ser parcial en las búsqueda de la verdad y, con este proceder se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción esgrimido por muchos autores de que con facultades oficiosas del juez se rompe el principio de imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia o intereses de éstas”²⁸.

Para la legislación Colombiana con el nuevo Código General del Proceso la prueba de oficio pasó de tener un carácter facultativo a un carácter impositivo, en el sentido que ahora “El juez deberá decretar pruebas de oficio”²⁹, advirtiendo entonces que el nuevo rol del juez no será otro que ser el director del proceso y a través de su investigación

²⁷ Colombia, Congreso de la república, número 1564/2012

²⁸ Parra Quijano, Jairo, Manual de derecho probatorio, librería Ediciones del profesional, Ltda, Decima Quinta edición, 2006.

²⁹ Colombia, Congreso de la república, número

minuciosa la cual no puede sustituir el deber probatorio de las partes, obtener la verdad y la justicia material; De la tendencia probatoria anterior podremos concluir que su sustento constitucional se encuentra en el principio del acceso a la justicia en razón de que “toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado.”³⁰

Se hace necesario entonces definir la aplicación de la prueba de oficio en este tipo de medidas cautelares innominadas de interés colectivo; se entiende necesario la utilización de este instrumento por parte del juez cuando en el proceso el demandante en la solicitud de las medidas cautelares allega un acervo probatorio insuficiente para demostrar el peligro en la demora, la apariencia del buen derecho y el peligro en el daño. Cabe advertir que para el tema de este artículo *el peligro en el daño* cobra gran importancia cuando estamos hablando de productos defectuosos en el entendido que para el demandante puede ser difícil probar el defecto del diseño o el defecto de fabricación, y por ende será tarea del juez, el poder decretar la prueba científica que determine si existe o no algún hecho nocivo para la salud y la seguridad del colectivo de consumidores indeterminados.

6. ABSTRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El derecho ambiental se rige bajo el principio de precaución, el cual se caracteriza por proteger los intereses colectivos afectados por los efectos adversos que provoca la contaminación ambiental; en este sentido se pueden afirmar que los daños se pueden materializan en dos momentos el primero es en el futuro por el paso del tiempo y el segundo aunque en el pasado ya se hayan presentado daños aún queda la posibilidad de aplicar medidas para prevenir más daños. Tanto para la comunidad internacional como nacional aún no existe una definición general se podrá decir que este principio es una “estrategia que, con enfoque preventivo, se aplica a la gestión del riesgo en aquellas situaciones donde hay incertidumbre científica sobre los efectos que en la salud o el medio ambiente puede producir una actividad determinada. Su aplicación requiere que, antes de aceptar una actividad o procedimiento nuevo, se disponga de evidencia de que el riesgo que comporta es aceptablemente bajo y no sólo de ausencia de evidencia de que el riesgo es elevado e inaceptable. La implementación, sin embargo, es compleja, porque no se especifica cuantitativamente la precaución que hay que tener o el momento en el que deben aplicarse las medidas precautorias.”³¹

³⁰ *Ibidem*

³¹ SANCHEZ, Emilia. El principio de precaución: implicaciones para la salud pública. *Gac Sanit* [online]. 2002, vol.16, n.5 [citado 2014-05-30], pp. 371-373 . Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112002000500001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0213-9111.

De lo descrito hasta aquí podemos concluir entonces que este principio es aplicable a las situaciones donde el riesgo generalizado es producido por el defecto contenido en el producto y será obligación por parte del juez el decretar las medidas cautelares innominadas, conforme a los intereses colectivos y la protección a la salud y seguridad. El juez al momento de hacer su juicio de raciocinio podrá “prohibir temporalmente el suministro u oferta de todo producto que pueda ser peligroso durante el periodo necesario para efectuar las diferentes inspecciones, verificaciones o evaluaciones de seguridad que sean precisas, así como prohibir la puesta en el mercado de todo producto peligroso y establecer las medidas complementarias necesarias para garantizar el cumplimiento de dicha prohibición.”³²

BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN, Luis, CLEMENTE, Mario, FERNÁNDEZ José, et al. Derecho de consumo, segunda edición, Tomo I, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 87, 88, 89.

AGUDELO, Luz, HUERTA, Fausto. El principio de precaución medioambiental en el estado colombiano, primera edición, Tomo I, Pereira, Editorial Universidad Libre Seccional Pereira, 2012, P. 73.

ALFREDO, Osvaldo, protección procesal del usuario y consumidor, Edición primera, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal- Culzoni editores, 2005, pp. 34, 35, 36

COLOMBIA (1997), CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá. Legis.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, número 1564/2012.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ley estatutaria, numero 1480 DE 2011

----- CORTE CONSTITUCIONAL-SALA. sentencia de constitucionalidad, c-973/02, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis .

----- Sala plena constitucional, C.490/2000 magistrado ponente, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, expediente D-2650

----- SALA PLENA CONSTITUCIONAL. Sentencia de constitucionalidad, C-835- 2013 , Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-9626.

³² Agudelo, Luz, Huerta, Fausto, *El principio de precaución medioambiental en el estado colombiano*, primera edición, Tomo I, Pereira, Editorial Universidad Libre Seccional Pereira , 2012, P. 73

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 1140, 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2830.

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 1140, 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-2830.

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, N° 379/ 2004, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Cierra, expediente D-4974.

----- Sala séptima de revisión de tutelas, Sentencia de tutela, N° T-288/11, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chalhub, expediente T- 2.741.623.

----- Sentencia de constitucionalidad, C-379, del año 2004, Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-497.

----- Sentencia de Constitucionalidad, C-145, del año 2009, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, expediente RE-137.

----- Sala plena, Sentencia de constitucionalidad, n, C-703/2010, Magistrado Ponente, Gabriel, Eduardo Mendoza Martelo, Expediente D- 8019.

JOVÉ, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el proceso civil, Edición Primer, Tomo I, Barcelona, José María Bosch Editores, S.A. 1995, pp. 244-245.

LARROSA MIGUEL, derecho de consumo, Edición primera, Tomo I, Madrid, Editorial El derecho y Quantor, S.L. 2011, p.67.

Organización Mundial del Comercio, Modulo de Capacitación sobre el acuerdo MSF, Capitulo 8, revisado el 30 de mayo de 2014, en la siguiente dirección "http://www.wto.org/spanish/tratop_s/sps_s/sps_agreement_cbt_s/c8s2p1_s.htm

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio, librería Ediciones del profesional, Ltda, Decima Quinta edición, 2006.

REDENTI, Enrico. Derecho procesal civil, Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1957. p. 284, Numero 201. El origen del artículo 700 constituye una innovación entre las más importantes del CPC DE 1942

SANCHEZ, Emilia. El principio de precaución: implicaciones para la salud pública. Gac Sanit [online]. 2002, vol.16, n.5 [citado 2014-05-30], pp. 371-373 . Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112002000500001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0213-9111.



SARMIENTO GARCIAL, Manuel, estudios de la responsabilidad civil editorial
universidad externado de Colombia, Bogotá, p. 86.