

LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO EN EL DAÑO AMBIENTAL. ¿UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS AMBIENTALES?¹

RESPONSIBILITY FOR THE MARKET FEE IN ENVIRONMENTAL DAMAGE. A SOLUTION TO THE PROBLEM OF ENVIRONMENTAL NEGATIVE EXTERNALITIES?

*Pablo Andrés Estrada García**

Recibido: agosto 16 de 2019–Aprobado: septiembre 20 de 2019 – Publicado: diciembre 16 de 2019

Artículo de investigación

Forma de citar este artículo en APA:

Estrada García, P. A. (julio-diciembre, 2019). La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental. ¿Una solución al problema de las externalidades negativas ambientales? *Summa Iuris*, 7(2), pp. 309-325. DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.3485>

Resumen

El presente artículo de investigación cuestiona la conveniencia y posibilidad de aplicar la responsabilidad por cuota de mercado (*market share liability*) en la imputación de daños ambientales en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar, se desarrolla el principio de contaminador-pagador y el problema de los recursos naturales desde una perspectiva económica. En segundo lugar, se explica el concepto de responsabilidad por cuota de mercado evidenciando la posibilidad de aplicación a otros supuestos no contemplados por la jurisprudencia anglosajona. En tercer lugar, haciendo uso de algunas herramientas del análisis económico del derecho, se señalan dos argumentos, uno a favor y otro en contra, de la posibilidad de aplicación de la responsabilidad

¹ Investigación elaborada en el marco del proyecto de investigación: La responsabilidad por cuota de mercado en el daño ambiental. Facultad de Derecho Universidad Católica Luis Amigó.

* Magister en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros, UPB. Docente universitario, Universidad Católica Luis Amigó, Corporación Universitaria Lasallista, Institución Universitaria Salazar y Herrera. Abogado litigante y consultor de empresas. Contacto: abogadopabloestrada@gmail.com

proporcional en los daños ambientales. Y, por último, se concluye con la necesidad de realizar un estudio desde diferentes perspectivas que permita ponderar los intereses en juego.

Palabras clave:

Análisis económico del derecho; Daños ambiental; Internalización de externalidades.

Abstract

This research article questions the desirability and possibility of applying the responsibility for market share (market share liability) in the imputation of environmental damages in the Colombian legal system. First, the polluter-payer principle and the problem of natural resources are developed from an economic perspective. Secondly, the concept of responsibility for market share is explained, evidencing the possibility of application to other cases not contemplated by the Anglo-Saxon jurisprudence. Thirdly, using some tools of economic analysis of law, two arguments are pointed out, one in favor and one against, of the possibility of applying proportional responsibility in environmental damages. And finally, it concludes with the need to conduct a study from different perspectives that allows weighting the interests at stake.

Keywords:

Economic analysis of law; Environmental damage; Internalization of externalities.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es observar preliminarmente si la responsabilidad por cuota de mercado (market share liability), propuesta en principio para la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho anglosajón, puede llegar a ser una solución para resolver el problema de las externalidades negativas ambientales. En consecuencia, en la presente introducción se va a desarrollar, en primer lugar: el concepto del principio contaminador-pagador y el problema de los recursos naturales desde la perspectiva económica, para después desarrollar el concepto de externalidad negativa ambiental y las formas tradicionales de internalización de la externalidad.

Sin duda alguna, el hombre del siglo XX es artífice de una de las mayores transformaciones del planeta tierra, incluso los científicos han denominado este período geológico como el antropoceno. Y lo importante aquí no es que el hombre haya dejado huella, esa muesca ya era visible desde hace miles de años, tanto es así que los vestigios de la actividad humana quedarán para siempre grabados en todo el planeta como una cicatriz que atraviesa los estratos de la tierra que ni millones de eones serán suficientes para borrar. Lo verdaderamente trascendental es que en la historia de la tierra “nunca una sola especie ha cambiado por sí sola la ecología global” (Harari, 2016).

El hombre siempre ha tenido un interés especial en conocer el medio ambiente que le rodea², este conocimiento es esencial para la supervivencia de la especie en la tierra y, aunque antiguamente las fuerzas de la naturaleza podían destruir a la humanidad en solo una fracción de segundo, hoy en día, desafortunadamente, los roles se han invertido y es la humanidad la que puede destruir a la naturaleza con igual rapidez. Es por esto que la capacidad destructiva del uso de energía térmica, química y eléctrica,

² Como lo señalan los profesores White & Preston (1997): “Las palabras ecología y economía derivan interesantemente de la misma raíz griega Oikos, que significa literalmente casa. Mientras la economía trata principalmente de comprender el comportamiento humano en las instituciones sociales y la teoría de la elección, la ecología es la ciencia o estudio de todos los otros seres vivos y sus relaciones con otros organismos y su ambiente. Sin embargo, a pesar de que la ecología y la economía son disciplinas claramente separadas, muchos de los procesos y conceptos dentro de los dos, son muy similares, incluyendo el uso de los recursos, la transformación material, el crecimiento poblacional y la competencia. A pesar de las similitudes entre el sistema natural y el sistema social, esta dicotomía se ha mantenido tanto en la academia como en la cultura popular y como resultado se ha oscurecido las similitudes en estas dos escuelas de pensamiento” (p. 25).

fruto de los avances tecnológicos de la era industrial, supuso una serie de nuevos riesgos para la salud y el medio ambiente que no permiten acudir a un criterio de imputación de resultados sustentados en la culpa³.

Es de anotar que, en temas relativos a la protección del medio ambiente, se ha acudido a la regla de derecho él que *contamina, paga*; en la doctrina foránea también se ha denominado como *polluter pays principle*. Aunque en sus orígenes la regla, más que un criterio de imputación de daños, se trató de un principio de atribución de costes (cost-allocation), en la actualidad, se ha convertido en una verdadera regla de imputación de daños ambientales, donde la causalidad es el único fenómeno de imputación.

Desde la perspectiva económica, la mayoría de los recursos ambientales son bienes “comunes”, es decir, son libres desde el punto de vista de su utilización, pero rivales desde el punto de vista del consumo, esto significa que cada persona puede acceder a ellos de manera gratuita e irrestricta (sin exclusión), mientras que el uso del bien por parte de una persona impide o reduce la capacidad de otra persona más para usarlo o disfrutarlo (rivalidad). Es por esto que, ante la ausencia de mecanismos eficientes de internalización de costos ambientales, las personas tenderán a la sobreexplotación⁴, pues las consecuencias negativas se distribuyen entre toda la comunidad, mientras las utilidades del uso desmedido permanecen en su haber.

³ Se puede afirmar que el criterio de la culpa es insuficiente para la imputación de resultados con el uso de nuevas tecnologías por la previsibilidad de los daños que puedan ocasionarse. Si no se puede prever, no se es culpable, y solo puede saberse de los verdaderos riesgos de una nueva tecnología cuando esta es implementada por un gran número de personas.

⁴ Mediante una exposición sencilla, Hardin (trad. en 1995) explica la profundidad del concepto de la siguiente manera: “La tragedia de los recursos comunes se desarrolla de la siguiente manera. Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia. Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo. 1. El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a +1. 2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión particular tomada por un pastor es solamente una fracción de -1. Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más... Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos [cursivas añadidas]”.

De igual forma, en economía el concepto de bien común se encuentra asociado al de externalidad. Se denomina entonces externalidad al impacto de las acciones de una persona sobre el bienestar de las otras, en consecuencia, si el impacto es adverso a la sociedad, se denomina externalidad negativa, por el contrario, si el impacto la beneficia, le llamaremos externalidad positiva (Mankiw, 2011).

Desde la perspectiva anterior, los daños ambientales son típicamente externalidades negativas, esto significa que, para internalizar la externalidad, debe igualarse el costo privado de producción con el costo social⁵. Tradicionalmente se han utilizado dos mecanismos diferentes para la internalización de la externalidad, de un lado, según la corriente pigouviana, a través de los impuestos, y del otro, según el pensamiento coaseano, mediante la negociación de las partes involucradas. Ahora bien, puede agregarse que donde los costos de transacción son apreciablemente altos, y estos impiden que las partes involucradas en ellos puedan obtener de manera negociada una solución eficiente, el mismo Coase (1960) establece la necesidad de que el sistema jurídico asigne los derechos del modo que conduzca a la situación más eficiente, este postulado es conocido como el Corolario al Teorema de Coase. En ese sentido, puede concluirse que los sistemas de responsabilidad civil, incluyendo el de responsabilidad ambiental, desde el punto de vista netamente económico, sirven como mecanismo subsidiario del mercado, pues buscan simular las asignaciones que este haría en relación con los beneficios, riesgos y costos asociados a las transacciones (Pinzón Camargo, 2010).

⁵ De acuerdo con la explicación de Cobo Villa (2013): “Por tanto aquí se reúne dos conceptos: eficiencia en la empresa ($CM_g=IM_g$) y eficiencia social ($CM_g=P$). Para que estos dos criterios se cumplan debe cumplirse que el coste marginal se iguale al ingreso y al precio ($CM_g=IM_g=P$). Sin embargo, esta condición puede no lograrse principalmente por la morfología del mercado, el único mercado en que el precio es igual al ingreso marginal es la competencia perfecta, en este modelo todos los agentes son precio-aceptantes sin posibilidad de alterarlos de forma individual. Pero incluso de esta manera no es posible garantizar la eficiencia porque podría darse el caso de que los precios no sean relevantes, en estos casos la actividad de las empresas genera ineficiencias en la distribución de los recursos con que cuenta una economía. Así nos encontraríamos en una situación en el mercado que no es eficiente (fallo de mercado) y se requeriría la actuación de Estado para solucionarlo. En economía es clara la noción de que el comportamiento de un individuo puede afectar al bienestar de otro. Un cambio en el comportamiento no tiene por qué alterar la eficiencia del mercado si este cambio se manifiesta a través del sistema de precios. Cuando la actividad de un agente (individuo o empresa) influye directamente en el bienestar del otro de modo que no aparece reflejado en los precios del mercado el efecto recibe el nombre de externalidad (porque el comportamiento del agente afecta directamente al bienestar de otro agente que es “externo” a aquel). A diferencia de lo que ocurre con los efectos que se transmiten a través de los precios, las externalidades actúan de manera negativa sobre la eficiencia económica. En este escenario los precios han perdido relevancia para juzgar la eficiencia social ya que los precios relativos no se corresponden con los costes marginales relativos. Existen externalidades cuando los costes privados no igualan a los costes sociales, generando niveles de producción que no son socialmente óptimos y generando así una ineficiencia económica”.

La responsabilidad por cuota de mercado resuelve un problema de imputación de la responsabilidad por productos defectuosos. De esta manera puede afirmarse que, extrapolando la responsabilidad por cuota de mercado a los daños ambientales, esta actuaría materialmente como un mecanismo de internalización de la externalidad negativa ambiental.

Así las cosas, el desarrollo del presente texto entonces contendrá cuatro apartes: el primer aparte consiste en la introducción; en un segundo aparte se expondrá lo relacionado con la responsabilidad por cuota de mercado; finalizado este, en un tercer aparte, se estudiarán un argumento a favor y otro en contra de la adopción de esta teoría utilizando las herramientas del análisis económico del derecho; y, por último, en el cuarto aparte, se presentarán las conclusiones.

LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE MERCADO (MARKET SHARE LIABILITY)

En el acápite anterior se analizaron, de manera general, los presupuestos económico-jurídicos de la responsabilidad por daños medioambientales; de igual manera se ofrecieron algunas notas características de las externalidades negativas ambientales y las formas tradicionales de internalización. Ahora es importante señalar los problemas de imputación de los daños ecológicos desde la teoría de la responsabilidad civil y cómo la responsabilidad por cuota de mercado (market share liability) puede llegar a ser una alternativa de solución a estos problemas de vinculación⁶.

Desde la óptica de la responsabilidad civil, los daños ecológicos tienen dos características primordiales que hacen difícil realizar la imputación de responsabilidad a un agente determinado. Por un lado, sin duda alguna, es el largo período de latencia de los daños ambientales, es decir, el lapso entre la contaminación y la observación de sus efectos, y por el otro,

⁶ La causalidad o el nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil, es sin duda, uno de los problemas más oscuros planteados por la responsabilidad civil (Starck, 1947, p. 438). En principio, la causalidad hace alusión a dos conceptos, que si bien están relacionados entre sí no son equivalentes, pues la presencia de uno no determina la existencia del otro. De una parte, se encuentra el relacionado con la causalidad material, la cual permite identificar el encadenamiento de eventos que se sucedieron para hacer posible la existencia de un daño, y de otra parte el aludido de la causalidad jurídica (imputación), la cual permite señalar entre los agentes intervinientes en el proceso causal, aquel que debe responder por los perjuicios producidos.

cuando son varios agentes contaminadores los que afectan simultánea o sucesivamente un mismo ecosistema, los efectos sinérgicos y acumulativos de los actos de polución.

El caso *Sindell vs. Abbott Laboratories* (1980), uno de los casos de responsabilidad por productos defectuosos que ha dado lugar a una de las más interesantes teorías de la imputación del daño en la responsabilidad civil, comparte con los daños ambientales las características anteriormente señaladas: un número extenso de víctimas, un largo período de latencia y una pluralidad de agentes responsables. Los hechos juzgados se resumen de la siguiente manera: un grupo de empresas farmacéuticas dedicadas a la fabricación, promoción y comercialización del estrógeno sintético dietilestilbesterol (DES), un medicamento utilizado para disminuir el riesgo de aborto en las mujeres embarazadas y vendido sin fórmula médica entre 1941 a 1971, fueron demandadas por las hijas de las madres que tomaron el estrógeno, debido al desarrollo del adenocarcinoma vaginal de células claras y otras formas de cáncer asociado a la exposición del estrógeno in utero.

El problema principal del adenocarcinoma de células claras es que solo puede ser diagnosticado con certeza cuando los fetos expuestos al estrógeno sintético nacen y alcanzan la pubertad entre los diez y doce años, y dado que el dietilestilbesterol (DES) era un medicamento genérico (pues más de trescientas empresas farmacéuticas lo fabricaban con la misma fórmula), no se podía establecer con certeza cuál medicamento de las empresas demandadas había consumido la madre de la víctima. Aunque pareciera ser esta situación un caso más de causalidad alternativa o de "culpa anónima", es decir, cuando el daño pudo haber sido producido por varias personas, pero el demandante desconoce cuál de ellas fue⁷, la realidad es que las circunstancias fácticas obligan a hacer un análisis diferente.

⁷ Como en el ejemplo típico de clase donde dos tiradores con idénticas armas disparan hacia un arbusto donde se cree que hay un animal de caza, uno de los proyectiles impacta una persona que se encontraba escondida detrás de ellos y el otro se pierde en la tierra, sin poderse determinar de cuál de las dos armas provino el disparo fulminante. Es evidente, que solo uno de los disparos fue la causa de la muerte, por lo que el daño debe atribuirse solo a uno de los cazadores.

Es claro entonces que si al caso anteriormente descrito se le hubiesen aplicado a rajatabla los principios e instituciones del derecho de daños, tendría que concluirse o bien que los demandantes no probaron el nexo de causalidad entre el daño por ellos padecido y el hecho generador, que es un tema sustancial y de la estructura de la responsabilidad, o bien que no es posible identificar concretamente al agente responsable, por lo que no habría legitimación en la causa por pasiva, que es un asunto procesal relacionado con los presupuestos procesales de la pretensión.

En el common law, el derecho vigente no proviene de un acto estatal, como la expedición de una norma por parte del legislativo o de la promulgación de un decreto reglamentario por conducto del ejecutivo, sino que los jueces deben acudir al precedente judicial para deducir la regla de derecho vigente, en otras palabras: "(...) los jueces deben extraer el fundamento de sus sentencias de otras sentencias pronunciadas en casos similares por otros jueces y, en última instancia, de los antecedentes más remotos (...)" (Aftalion, Vilanova y Raffo, 1999). El jurista de tradición anglosajona no tiene por ende un cuerpo normativo⁸ que estipule claramente los eventos en los que puede o debe aplicar la responsabilidad por cuota de mercado. Sin embargo, la doctrina legal anglosajona ha identificado una serie de supuestos fácticos que deben presentarse para que pueda ser aplicada la teoría en estudio.

El primero de los rasgos característicos que se analiza normalmente por parte de los juristas anglosajones, en la responsabilidad por cuota de mercado, es el de la perfecta fungibilidad de los productos. Pero, ¿qué significa perfecta fungibilidad? Desde el punto de vista económico-jurídico, la fungibilidad es un concepto asociado a la sustituibilidad, es decir, a una categoría imaginada por un grupo social que agrupa una serie de individuos que comparten características físicas, económicas, funcionales y cualquier otra que lo haga intercambiable unas por otras⁹ (Ternera Barrios, 2011). Debe entenderse entonces que, en el caso del estrógeno sintético dietilestilbesterol (DES), la fungibilidad se definió como "intercambiabili-

⁸ Lo más similar a un cuerpo normativo son los Restatements of the Law, las compilaciones de casos realizadas por el American Law Institute.

⁹ Por eso hoy cambiamos casas por bit-coins, millas por viajes o puntos por productos, porque la sociedad les asigna a datos electrónicos valor en el imaginario colectivo, y esto los convierte en fungibles a pesar de su inexistencia en el mundo fenomenológico.

dad funcional” (Rostron, 2004), esto quiere decir que, en el caso en comento, todas las drogas fabricadas por las empresas farmacéuticas con este componente activo utilizaron la misma fórmula y los dispensaron en las droguerías indistintamente, pues se trataba verdaderamente de un medicamento genérico y la composición química no fue patentada por nadie.

Los tribunales americanos también han asociado el término de fungibilidad con el de indistinguibilidad física, lo cual significa que cada fabricante elabora una versión del producto que es indistinguible del resto (Rostron, 2004). Las dificultades de las anteriores definiciones es que la fungibilidad termina dependiendo del parámetro que se asuma para comparar; en otros términos, significa que depende necesariamente del mercado relevante¹⁰ del que hagan parte y del que se pretenda analizar. Por ejemplo, si tomamos como mercado relevante los productos lácteos, serían sustitutos los quesos, la mantequilla y la leche (todos pertenecen a la categoría de lácteos), sin embargo, como puede observarse en sus respectivos procesos de producción, difieren sustancialmente, por lo que pueden ser fungibles como lácteos, mas no por proceso de producción.

Haciendo un análisis más detallado del caso en estudio, puede decirse que todos los productos fabricados con la misma fórmula química comparten, a su vez, otra especie de fungibilidad, esto es, que todos los productos son “igualmente defectuosos” (Rostron, 2004, p. 6). El estrógeno sintético dietilestilbesterol (DES) no es un producto defectuoso per se (de hecho, en algunos tipos de cáncer inoperables (como el de próstata y el de mama) se recomienda su utilización). El producto se vuelve defectuoso cuando es utilizado como antiabortivo porque, en estos casos, se ve seriamente comprometida la salud de las niñas que están por nacer. Lo que nos lleva a concluir que, en responsabilidad por productos defectuosos, la fungibilidad debe asociarse más al concepto de *uniformidad del riesgo* que al de *sustituibilidad*. Así pues, como lo señala el profesor Ruda González (2003) “(...) es que todas las unidades del mismo producto gene-

¹⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana (Petit, 2008) lo define así: “En forma más simple, el ‘mercado relevante’ es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad.”

ran el mismo riesgo de sufrir el daño, de modo que cuantas más unidades haya puesto en circulación un fabricante, más habrá aumentado el riesgo de que alguien lo consuma (...).”

Ahora bien, si lo que en realidad caracteriza la responsabilidad por productos defectuosos es la uniformidad del riesgo, es posible entonces ampliar su aplicación a productos no fungibles, siempre que se identifique el riesgo uniforme que los comprenda. Significa lo anterior que la responsabilidad por cuota de mercado es una especie de responsabilidad existente dentro de una categoría más amplia denominada “responsabilidad por cuota proporcional” (Theory of Proportional Share Liability) (Rostron, 2004). Este principio de uniformidad del riesgo puede ser perfectamente extrapolado a la responsabilidad por contaminación ambiental, cuando múltiples agentes económicos realicen vertimientos al medio ambiente de idénticas sustancias químicas. Significa lo anterior que lo fungible de la responsabilidad ambiental son los residuos contaminantes que se vierten al ambiente.

Son múltiples los ejemplos de contaminación a los cuales puede ser aplicada la responsabilidad por cuota de mercado, o de una manera más técnica, por cuota de polución. Entre ellos se destaca la lluvia ácida, la extracción de recursos naturales no renovables, la contaminación por herbicidas, la contaminación por material particulado y, en general, a cualquier alteración o modificación desfavorable en el medio ambiente o en alguno de sus componentes. De esta manera, lo más importante será determinar que las actividades o procesos productivos involucrados generen el mismo tipo de vertimiento en el ambiente y que este se encuentre asociado al daño ambiental que se pretenda analizar.

UN ARGUMENTO A FAVOR Y OTRO EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CUOTA DE POLUCIÓN

En el aparte anterior examinamos la responsabilidad por cuota de mercado, a través del estudio del caso más icónico de responsabilidad por productos defectuosos que le dio origen a la teoría; de igual forma, estu-

diamos de qué manera los presupuestos materiales de aplicación podían ser traslapados a la responsabilidad por daño ambiental mediante el desarrollo del concepto de *responsabilidad por cuota de polución*, esta última como una de las especies de responsabilidad proporcional. En este punto es importante señalar un argumento a favor y otro en contra de la aplicación de la responsabilidad ambiental por cuota de polución, utilizando algunas herramientas del análisis económico del derecho. No sin antes señalar que es perfectamente viable aplicar la responsabilidad proporcional en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es absolutamente claro que, desde la normativa colombiana, cuando un daño ambiental es ocasionado por dos o más agentes contaminadores, la responsabilidad entre ellos frente a las víctimas es solidaria e ilimitada. Así lo dispone el artículo 2344 del Código Civil cuando establece:

si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso (Código Civil, 1887).

Sin embargo, el artículo transcrito consagra dos excepciones a la responsabilidad solidaria, la primera consagrada en el artículo 2350¹¹ del Código Civil, la cual obliga a distribuir la reparación o indemnización ocasionada por la ruina de un edificio en proporción al porcentaje de dominio sobre el bien, y la segunda consagrada en el artículo 2355¹² del Código Civil, la cual impone como obligación mancomunada entre los habitantes de una misma parte del edificio la reparación o indemnización con ocasión de los daños causados por objetos que caen o se arrojan de la misma parte de la edificación.

¹¹ Artículo 2350 del Código Civil: “El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto. Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.”

¹² Artículo 2355 del Código Civil: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola. Si hubiere alguna cosa que, de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.”

Haciendo referencia los dos supuestos normativos de división de la responsabilidad, uno se encuentra asociado al derecho real de dominio, y el otro a una situación fáctica del hecho generador, por lo que, en el ordenamiento jurídico colombiano, no es desconocida la solución de imputar a un grupo de personas que comparten ciertas características comunes —la responsabilidad de un daño—, siempre que exista una razón de peso suficiente que justifique su división. De igual forma, también se puede encontrar fundamento normativo en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que establece “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Ahora bien, cuando los daños sean de difícil estimación, y los daños al ambiente cumplen con dicha característica, el juez aún puede otorgar una reparación *ex aequo et bono*. Lo anterior, significa que, en la responsabilidad por cuota de polución, donde existe un grupo homogéneo de actores contaminantes, podría perfectamente distribuirse la reparación o indemnización en razón de su participación en el acto de contaminación, sin estar-se contrariando el ordenamiento jurídico.

Según el modelo de demanda judicial propuesto por Chayes (1976), las relaciones jurídico-procesales se caracterizan, entre otras cosas, porque la demandad es bipolar, es decir, el proceso está organizado como una competencia entre dos individuos, o al menos de dos intereses diametralmente opuestos, donde el ganador lo obtiene todo (pp. 1282-1283). Esto significa que la reparación en la responsabilidad civil sigue usualmente la fórmula todo o nada (all or nothing approach). Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el problema de la aproximación todo o nada es la generación inadecuada o excesiva de incentivos que reduzcan el riesgo de daño (Shavell, 2004). Así las cosas, cuando el agente contaminante realiza vertimientos de pequeñas cantidades de desechos tóxicos, no tendrán ningún incentivo para no hacerlo o para realizarlo de manera técnica o adecuada para el ambiente.

Dado lo anterior, es preferible una aproximación proporcional de la responsabilidad por cuota de contaminación¹³ debido a que, de esta manera, se obtienen socialmente los incentivos adecuados para la mitigación del riesgo de daño ecológico y se disminuyen los niveles de emisión de sustancias contaminantes. En este sentido, el profesor Faure (2009) señala que “la ventaja, desde el punto de vista de la eficiencia, es que el causante del daño está expuesto con precisión al exceso del riesgo que causó” [The advantage from an efficiency point of view is the injurer is precisely exposed to the excess risk which he caused] (p. 258)¹⁴, por lo que no se obtienen comportamientos oportunistas (Free Riders) de consumo o sobreexplotación de bienes ambientales.

Sin embargo, podría argumentarse, en contrario, que el efecto en los incentivos solo goza de validez si nos encontramos frente a múltiples agentes solventes e identificables pues, al realizarse un análisis más refinado, tendría que considerarse que los agentes contaminantes insolventes o difícilmente identificables no tendrían incentivos suficientes para invertir en prevención o en disminuir sus niveles de actividad. Esto se evidencia con mayor claridad cuando se analizan procesos industriales en economías extractivas, es decir, aquellas relacionadas con la obtención de flujos externos de riqueza a partir de la explotación de un recurso natural. Aquí el empresario, con la intención de maximizar, preferirá la mayor extracción en el menor tiempo posible, es decir, tratar de extraer la mayor cantidad de recursos posibles antes de que la actividad sea clausurada por la autoridad competente, por ende, los incentivos para la no contaminación o para la explotación sustentable no se generarán.

Adicionalmente, se crítica la adopción de un sistema de responsabilidad por daño ambiental sustentado en el principio de proporcionalidad en el que los costes “terciarios” (Calabresi, 1984), es decir, los costos ne-

¹³ En este sentido señala el doctrinante español Ruda González (2006): “A favor de dicha aplicación se encuentra posiblemente la consideración de que la responsabilidad por cuota de mercado supone un cambio de paradigma frente a la responsabilidad civil tradicional. Frente al modelo clásico de litigación uno contra uno, introduce la idea de que debe obtenerse un resultado ajustado no tanto frente a una víctima individual, como frente a un colectivo de víctimas. Ya no es preciso verificar un nexo causal individual sino una mera probabilidad estadística de nexo causal, como evidencia el que el fabricante de- mandado no pueda exonerarse mediante la prueba de que no fabricó la concreta unidad del producto que causó el daño a la víctima. De la responsabilidad basada en la imputación individual se pasa así a una especie de responsabilidad colectiva por la creación de un peligro y, al mismo tiempo, de la justicia conmutativa a la justicia distributiva. Por ello, el efecto positivo de la regla es –en teoría– tan grande, casi milagroso, que parece mentira que no se haya adoptado antes” (p. 356).

¹⁴ Traducción propia: “...When there is a 40 percent chance, as was the case in our example, that the harm was caused by the tort, the victim will be awarded 40 percent of his loss.

cesarios para administrar el sistema de responsabilidad o para imputar la responsabilidad a los intervinientes son prohibitivos, debido a la gran cantidad de información que se requiere para distribuir los daños entre los agentes contaminadores.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente artículo se ha evidenciado el problema de los recursos naturales desde la perspectiva económica y cómo los mecanismos de internalización de las externalidades negativas ambientales funcionan bajo el principio de contaminador-pagador. En el mismo sentido, se demostró que la responsabilidad por cuota de mercado es un mecanismo eficiente para resolver un problema de imputación en la responsabilidad por productos defectuosos, que bien puede ser aplicada a la responsabilidad por daños ambientales. Posteriormente, se estableció una línea argumentativa tendiente a sustentar la aplicación de la responsabilidad proporcional ceñida a la cuota de polución de cara al ordenamiento jurídico colombiano. Finalmente, con las herramientas del análisis económico del derecho, se dio un argumento a favor de la adopción de la responsabilidad por cuota de polución desde la óptica de los incentivos a la prevención y disminución de los niveles de actividad, y un argumento en contra, desde el incremento de los costos terciarios de los daños.

Es claro entonces que los resultados preliminares del estudio de la responsabilidad por cuota de mercado o de polución en la responsabilidad por daño ambiental son inconclusos, por lo que es importante realizar un análisis pormenorizado que tenga en cuenta las herramientas del análisis económico del derecho para determinar la viabilidad de su adopción en el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo que sí se demostró en el presente artículo de investigación es que la responsabilidad proporcional no es una solución desconocida en la normativa colombiana, y que es perfectamente adoptable, siempre que existan razones de peso que la justifiquen. Se piensa entonces que las razones

de peso pueden ser sustentadas desde los estudios de análisis económico del derecho, desde la filosofía de la responsabilidad civil o desde cualquier enfoque que permita ponderar los intereses en juego.

CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara la inexistencia de conflicto de interés con institución o asociación de cualquier índole.

REFERENCIAS

- Aftalion, E., Vilanova, J. y Raffo, J. (1999). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel.
- Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics, III*, 1-44. Recuperado de <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>
- Cobo Villa, M. (2013). *Economía Ambiental y Costes Ambientales Externos. Protocolo de Kyoto y mercado de derechos de emisión de CO2*. Santander: Universidad de Cantabria.
- Chayes, A. (1976). The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, 89(7), 1281-1316. doi: 10.2307/1340256
- Colombia. Código Civil Colombiano. 1873.
- Descongestión en la Justicia. Ley 446 de 1998. Congreso de Colombia.

- Faure, M. (2009). Environmental liability. En M. Faure. *Tort Law and Economics* Vol. 1, (pp. 247-286). Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Hardin, G. (1995). La tragedia de los comunes, H. Bonfil Sánchez (trad.). *Gaceta Ecológica*, (37). Recuperado de <http://www.arschile.cl/moodldata/2/Mod4/TragediaComunes.pdf>
- Mankiw, N. G. (2011). *Principios de Economía*. México: Cengage Learning.
- Petit, M. J. C. T. (2008). Yoli de Acapulco, S.A. de C.V., A 479/2006. Suprema Corte de Justicia de la Nación 18 de junio de 2008.
- Pinzón Camargo, M. A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rostron, A. (2004). Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Nonfungible Products. *UCLA Law Review*, 52(151), 151-215. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017077
- Ruda González, A. (2003). La responsabilidad por cuota de mercado a juicio. *Indret*, (147), 1-34. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/147_es.pdf
- Ruda González, A. (2006). *El Daño Ecológico Puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente*. Girona: Universitat de Girona.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press.

Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P.2d 924, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132 (California Supreme Court 20 de March de 1980).

Starck, B. (1947). *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et peine privée*. París: L. Rodstein.

Terner Barrios, F. (2011). *Bienes*. Bogotá D. C.: Universidad del Rosario.

White, J. W., & Preston, K. P. (1997). Ecological Systems. En N. Mercurio. *Ecology, Law and Economics: The Simple Analytics of Natural Resource and Environmental Economics* (pp. 25-70). Maryland: University Press of America.