

El conflicto en la asignación de derechos desde la perspectiva del análisis económico del derecho: El teorema de COASE y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

The Coase theorem and the Colombian Constitutional Court's jurisprudence

Juan Antonio Gaviria Gil*

Universidad Pontificia Bolivariana (Colombia)

Luis Carlos Plata López**

Universidad del Norte (Colombia)

*Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia) y docente e investigador de la misma universidad. También ha sido profesor de las universidades Externado de Colombia, EAFIT y San Buenaventura de Medellín. Tiene una maestría en Derecho, programa en tributación, de la Universidad Externado de Colombia, una maestría en Economía de la Universidad EAFIT y una maestría (LL.M.) en International Legal Studies de American University, Washington College of Law. En su condición de becario Fullbright - Colciencias es candidato al título de doctor en Derecho (S.J.D.) en American University, Washington College of Law (Washington, D.C., Estados Unidos). juangaviria@une.net.co

** Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), docente e investigador de la Universidad del Norte en Barranquilla (Colombia). Tiene una maestría en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y una maestría (LL.M.) en International Legal Studies de American University, Washington College of Law. lcplata@uninorte.edu.co

REVISTA DE DERECHO

Edición especial, julio de 2012

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

Este artículo analiza la relación existente entre la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional durante los veinte años de vigencia de la Constitución Política de Colombia, de una parte, y el teorema de Coase, propuesto por el Premio Nobel de Economía Ronald H. Coase, de otro lado. Así mismo, muestra que la Corte Constitucional colombiana, aunque en forma implícita e inadvertida, al considerar la eficiencia como criterio orientador de sus sentencias, por lo menos en algunos casos, y al asignar derechos que facilitan posteriores transacciones entre las partes en conflicto ha realizado un análisis similar al que Coase plantea en su artículo "El Problema del Costo Social".

Palabras clave: Derechos de propiedad, derecho económico, externalidades, jurisprudencia, responsabilidad civil.

Abstract

This paper analyzes the relationship that is present between the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court (regarding the writ of tutela) during the twenty years that the Colombian Constitution has been in legal force, on the one hand, and the Coase theorem, proposed by the Nobel laureate Ronald H. Coase, on the other hand. The paper states that the Colombian Constitutional Court, although implicitly and without noticing, when considering efficiency as a criterion for deciding at least some of its cases and allocating rights that facilitates transactions between the parties to the lawsuit, has performed an analysis similar to the one that Coase explains in his paper "The Problem of Social Cost".

Keywords: Property rights, law and economics, externalities, jurisprudence, civil liability.

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2011

Fecha de aceptación: 23 de enero de 2012

INTRODUCCIÓN

En 2011 se cumplen cincuenta años de la publicación del artículo “El Problema del Costo Social” (*The Problem of the Social Cost*)¹ de Ronald H. Coase.² Durante esta mitad de siglo han sido múltiples los escritos basados en esta obra y en el teorema de Coase³. También en 2011 se cumplen veinte años, no solo del otorgamiento del Premio Nobel de Economía a Ronald H. Coase, sino también de la promulgación de la actual Constitución Política de Colombia, la cual le asignó a una nueva Corte, la Constitucional, la función de revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.⁴

Con ocasión del doble aniversario de la publicación de “El Problema del Costo Social” y de la Constitución Política de Colombia, este artículo analiza los puntos en común entre la teoría económica y jurídica relacionada con el teorema de Coase, de una parte, y algunas sentencias de tutela de la Corte Constitucional, de otro lado. A primera vista, y debido a que esta Corte nunca ha hecho referencia explícita a las publicaciones de Ronald H. Coase⁵, podría pensarse que no hay nada en común entre el teorema de Coase y la jurisprudencia de tutela; sin embargo, un análisis más detenido permite comprobar que la Corte Constitucional, aunque sea de manera implícita e inadvertida, ha realizado un análisis similar al planteado por Coase (1961).

I. EL TEOREMA DE COASE Y EL PROBLEMA DEL COSTO SOCIAL

En esta sección se explican dos de los conceptos más importantes expuestos en Coase (1961): el teorema de Coase y el problema del costo

¹ En adelante, Coase (1961) hace referencia al escrito El “Problema del Costo Social”.

² V. Simpson (2009), quien considera el artículo “El Problema del Costo Social” como uno de los documentos más importantes en la literatura del análisis económico del derecho.

³ V. las referencias mencionadas al final de este artículo, entre otros documentos.

⁴ V. Constitución Política de Colombia, Art. 241, numeral noveno.

⁵ Una búsqueda en las principales bases de datos jurídicas, limitada a las sentencias de la Corte Constitucional, y en la cual se incluyó como palabra clave “Coase”, no generó ningún resultado.

social. *El teorema de Coase* afirma que en presencia de costos de transacción⁶ bajos o inexistentes, la decisión del legislador o de un juez que asigna un derecho⁷ o una responsabilidad civil por daños⁸ no tiene incidencias en la eficiencia económica, ya que con posterioridad a la promulgación de la ley o de la sentencia, las partes pueden reasignar el derecho a quien pueda hacer un mejor uso del mismo.⁹ Lo anterior no quiere decir que la asignación de derechos por parte de la ley o de la jurisprudencia sea inocua, ya que una delimitación inicial, aunque no sea eficiente, permite que los derechos puedan ser posteriormente reasignados a las partes que más los valoran. Expresado de la forma contraria, la ausencia o falta de claridad sobre los titulares de derechos hará imposible su circulación en una economía de mercado.¹⁰

Un ejemplo similar a los utilizados por Coase (1961) es oportuno. Una actividad agrícola cuyo proceso de producción requiere un ambiente sano y una fábrica altamente contaminante colindan. Esta situación de vecindad puede dar lugar a los cuatro escenarios que se describen a continuación:¹¹

⁶ Siguiendo a Williamson (1985), los costos de transacción son las erogaciones derivadas de la preparación y negociación de los acuerdos mediante los cuales se transfieren derechos (costos *ex ante*) y de la supervisión del cumplimiento de estos acuerdos (costos *ex post*). Cfr. Calabresi y Melamed (1972), quienes consideran que los costos de transacción son nulos cuando las partes no tienen impedimentos para negociar y transar en el corto o largo plazo.

⁷ En el caso particular de derechos de propiedad, estos han de entenderse en una forma amplia, abarcando derechos sobre bienes incorpóreos (*e.g.*, derecho a contaminar, derecho a no ser contaminado, derecho a hacer ruido y derecho al silencio). Cfr. Código Civil, Art. 653, según el cual, los bienes pueden ser corporales o incorpóreos, consistiendo estos últimos en derechos.

⁸ Si la ley se abstiene de asignar un derecho (*e.g.*, derecho al ruido o derecho al silencio), el juez tendrá de todas maneras la facultad para asignar la responsabilidad a una parte por el daño que le cause a otra (*e.g.*, por el ruido causado).

⁹ Alternativamente, y si la ley no lo prohíbe, se podría reasignar la responsabilidad decretada por un juez. V. supra 10.

¹⁰ V. Coase (1961), quien afirma que la delimitación de derechos es un preludeo esencial a las transacciones de mercado.

¹¹ V. Stordeur y Ramos Mejía (2005), quienes hacen referencia a unos escenarios similares.

- (i) **Escenario 1.** La fábrica, que genera mayores ingresos netos¹² que el cultivo, tiene el derecho de contaminación. *Contrario sensu*, el cultivo no tiene el derecho a restringir la actividad contaminante de la fábrica. La situación es eficiente y no hay necesidad de que las partes reasignen sus derechos.
- (ii) **Escenario 2.** La fábrica, que genera menores ingresos netos que el cultivo, tiene el derecho de contaminación. Si los costos de transacción son nulos o bajos, conviene a la fábrica, al cultivo y a la sociedad en general que haya una negociación mediante la cual el cultivo adquiera el derecho a exigir a la fábrica un proceso productivo no contaminante. Así, se asume que la fábrica y el cultivo tienen una producción de 100 y de \$30 millones, respectivamente; que la adecuación de la fábrica para que no se generen perjuicios por contaminación al cultivo haría que su producción disminuyese a \$90 millones y que la producción del cultivo aumentaría a \$80 millones si no hubiera contaminación. De estas cifras se desprende que el costo marginal para la fábrica de otorgar al cultivo el derecho de no contaminación es de \$10 millones (la diferencia entre la producción inicial de \$100 millones y la producción, bajo un escenario de no contaminación, de \$90 millones). Para el cultivo, el costo marginal de la contaminación es de \$50 millones (la diferencia entre la producción inicial, valorada en \$30 millones, y la producción bajo un escenario de no contaminación, que ascendería a \$80 millones). Estos números revelan que la asignación inicial del derecho (contaminación) no es la eficiente, por lo cual se espera que el cultivo adquiera el derecho a la no contaminación por un valor que estará comprendido en el rango conformado por los costos marginales de las partes; es decir, un valor que oscilará entre 10 y \$50 millones.¹³

¹² Por “ingresos netos” entiéndase la producción de la fábrica o del cultivo menos los costos de la contaminación (para el cultivo) o de evitar la contaminación (para la fábrica).

¹³ Como en todo ejemplo, las cifras simplifican la realidad. En sentido estricto, el valor que una parte está dispuesta a pagar, y que la otra está dispuesta a recibir, no depende solo de sus ingresos y de sus costos sino también de otros factores, como por ejemplo, del valor del patrimonio. A mayor riqueza, mayor disposición a pagar por un derecho. Cfr. Calabresi y Melamed (1972).

- (iii) **Escenario 3.** El cultivo, que genera mayores ingresos netos que la fábrica, tiene derecho a la no contaminación. La situación es eficiente, y no hay necesidad de que las partes reasignen sus derechos.
- (iv) **Escenario 4.** El cultivo, que genera menores ingresos netos que la fábrica, tiene el derecho a que no haya contaminación. Supóngase que la fábrica y el cultivo tienen una producción, en su orden, de 30 y de \$60 millones y que si la fábrica tuviera el derecho de contaminación podría incrementar su producción a \$70 millones, caso en el cual la producción del cultivo se reduciría a \$50 millones. En otras palabras, el costo marginal para la fábrica de no contaminar es de \$40 millones (la diferencia entre una producción contaminante de \$70 millones menos una producción que no genera contaminación de \$30 millones), mientras que para el cultivo el costo marginal de una potencial contaminación asciende a \$10 millones (la diferencia entre la producción inicial, \$60 millones, y la producción si la fábrica pudiese contaminar, \$50 millones). Estos valores muestran que la asignación inicial del derecho (no contaminación) es ineficiente, por lo cual se espera que la fábrica adquiera el derecho a contaminar por un valor que pertenecerá a un intervalo cuyos valores mínimo y máximo son los costos marginales de las partes (10 y \$40 millones).

Como es de esperarse, son escasas las situaciones en las cuales los costos de transacción son nulos o, incluso, bajos. Por el contrario, la regla general consiste en que los costos de transacción sean altos, o por lo menos mayores que el beneficio esperado de una negociación de derechos. Según el teorema de Coase¹⁴, los costos de transacción impiden una reasignación eficiente de los derechos asignados por la ley o por los fallos judiciales. En consecuencia, cuando las transacciones de mercado son tan costosas como para hacer inviable cualquier modificación en el ordenamiento de los derechos establecidos en la ley, la justicia in-

¹⁴ V. Coase (1961).

fluye directamente en la actividad económica para bien, en caso de que sus decisiones procuren la eficacia, o para mal, en el evento contrario. Si las decisiones legales o judiciales generan una asignación de derechos ineficiente e inmodificable debido a la presencia de costos de transacción altos, se genera el segundo concepto: *el problema del costo social*. Este costo equivale al mayor valor de producción que podría, teóricamente, alcanzar una sociedad por medio de la reasignación de los derechos establecidos ineficientemente por la ley o por el juez, pero cuyo logro en la realidad no es posible debido a la existencia de costos de transacción altos.

Retornando al ejemplo de la fábrica y el cultivo que colindan, recuérdese que en el escenario 2 la fábrica tiene el derecho de contaminación. Bajo la asignación inicial de derechos que permite la contaminación, la fábrica y el cultivo tienen una producción, en su orden, de 100 y de \$30 millones, con lo cual la producción total asciende a \$130 millones. En presencia de costos de transacción nulos o bajos, el cultivo estaría dispuesto a pagar por el derecho a no ser contaminado, caso en el cual la producción de la fábrica y del cultivo sería de 90 y de \$80 millones, respectivamente, para un agregado de \$170 millones. La ganancia de la reasignación de derechos asciende a \$40 millones (la diferencia entre la producción agregada después y antes de la negociación). Sin embargo, si los costos de transacción son altos¹⁵ (superiores a \$40 millones), el agricultor no comprará y la fábrica no venderá el derecho de no contaminación. Como resultado, existirá un costo social valorado en \$40 millones.

¹⁵ Los costos de transacción en este ejemplo equivaldrían a las erogaciones necesarias para: (i) celebrar un acuerdo entre la fábrica y el agricultor (*e.g.*, una auditoría técnica y financiera para verificar las cifras de producción con y sin contaminación y una asesoría jurídica para redactar y negociar las cláusulas del contrato) y (ii) verificar que las partes cumplan satisfactoriamente con sus obligaciones (*e.g.*, el valor de una auditoría contratada por el agricultor para comprobar que efectivamente la fábrica no esté contaminando). Dicho sea de paso, a mayor información asimétrica entre la fábrica y el agricultor (*i.e.*, cuando una de las partes tiene menos información que la otra) y a mayor riesgo moral (*i.e.*, cuando una o ambas partes tienen incentivos para no revelar toda su información o para no cumplir con lo acordado), mayores son los costos de transacción.

El análisis en el escenario 4 es similar. De acuerdo con la asignación inicial del derecho a que no haya contaminación, la producción de la fábrica, del agricultor y total es de 30, 60 y \$90 millones, respectivamente. Asumiendo costos de transacción nulos o bajos, la fábrica adquirirá el derecho a contaminar, con lo cual la producción de esta empresa, del agricultor y agregada ascenderá, en su orden, a 70, 50 y \$120 millones. La utilidad derivada de esta reasignación de derechos es de \$30 millones. Infortunadamente, si los costos de transacción del derecho a contaminar son altos (mayores a \$30 millones), la fábrica no los adquirirá y el agricultor no venderá el derecho a contaminar. Como resultado, se presentará un costo social equivalente a \$30 millones.

Como se observa, el problema del costo social surge de la asignación ineficiente de derechos a dos empresas vecinas, situación que no se limita al ejemplo de una fábrica y un cultivo. Otros casos, mencionados por Coase (1961), son los del panadero cuya actividad perjudica a un médico vecino que requiere absoluto silencio durante sus consultas, el del ganadero, cuyas vacas pueden destruir parte de la cosecha de un agricultor cercano, y el de una fábrica de sulfato de amonio, cuyo humo puede afectar el acabado de los tejidos de fibra de coco manufacturados por una industria adyacente. Pero los ejemplos no se limitan a las situaciones en las cuales dos empresas colindan sino que también pueden existir cuando una empresa realiza una actividad que genera un perjuicio para los residentes del vecindario (*e.g.*, una discoteca o una fábrica de curtimbres rodeada por casas de familia).

En los casos anteriores, la interrelación de dos agentes (dos empresas o una empresa y una persona natural residente en el barrio) con intereses y derechos contradictorios puede generar el problema del costo social descrito por Coase (1961). La naturaleza de este problema, en términos de causación, es recíproca, ya que la presencia de una parte es la que genera un perjuicio para la otra parte. El médico ve afectada la calidad de sus consultas por la presencia del panadero, quien, a su vez, no sufriría el riesgo de ver limitada su actividad si no tuviese como vecino a un médico que exigiese silencio. Asimismo, el agricultor no vería destruida ninguna parte de su cosecha debido a vacas errantes si

ninguno de sus vecinos fuese ganadero, el cual no tendría que preocuparse por restringir la circulación de sus reses o por construir una cerca si ninguno de sus vecinos fuese agricultor (es imposible dañar una cosecha que no existe). De la misma manera, el productor de tejidos no asumiría ninguna pérdida por el cambio de color de su fibra de coco si su vecino no fuese una fábrica de sulfato de amonio, pero esta última no tendría que limitar o hacer más costosa su producción si ninguna de las empresas o residentes colindantes se viese afectado por su humo. Finalmente, los residentes de un barrio podrían dormir plácidamente si el dueño de la casa vecina decide cerrar su discoteca; en sentido contrario, la discoteca no tendría que preocuparse del volumen de su música, o de los actos realizados por sus clientes ebrios, si en su sector no hay inmuebles destinados a uso residencial.

Debido a la naturaleza recíproca del problema, que implica que dos agentes se causan mutuamente un perjuicio, el problema jurídico es quién está autorizado legalmente a causar un daño a quién, mientras que el problema económico es si la ganancia para una parte debido al daño evitado es mayor que la pérdida ocasionada a la otra parte con ocasión de la restricción de la actividad que produce el daño.

La pregunta jurídica en nuestro ejemplo de la fábrica y del cultivo hace necesario determinar si la fábrica tiene el derecho a contaminar o si, por el contrario, el cultivo tiene la facultad de exigir a la fábrica que no contamine. Por su parte, la pregunta económica implica establecer si la ganancia (en términos de producción adicional)¹⁶ derivada de otorgar a la fábrica el derecho de contaminación es mayor que los costos que sufre el cultivo por la menor calidad del aire; o, de manera alternativa, si la utilidad que obtiene el cultivo por el derecho a no ser contaminado excede el incremento que para la fábrica representa asumir una estructura de costos de un proceso de producción no contaminante.

¹⁶ En este caso, la ganancia es una mayor producción. En otro tipo de casos, la utilidad puede ser un mayor valor de una propiedad, como sucede cuando una persona puede disfrutar de un aire puro en su finca luego de que las autoridades municipales ordenaron cerrar una empresa de curtimbres aldeaña.

En palabras de Coase (1961): “Lo que debe decidirse es si la ganancia al evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño”¹⁷.

II. LA JURISPRUDENCIA DE TUTELA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

De acuerdo con lo afirmado en la sección I, el teorema de Coase se aplica a situaciones en las cuales la actividad económica de una empresa A ocasiona un perjuicio a una empresa B o a un residente C, ubicados en una zona aledaña. Debido a la naturaleza recíproca del problema del costo social, la sola presencia de la empresa B o del residente C en esta zona puede conllevar a que la ley o un juez restrinjan o suspendan la actividad de la empresa A, con lo cual esta también sufrirá un perjuicio.

La situación descrita en el párrafo anterior se puede presentar en algunas acciones de tutela en las cuales demandante y demandado son dos empresas vecinas, o una empresa y un residente colindante, que ejercen o intentan ejercer derechos contrapuestos (*e.g.*, el derecho a la libertad de empresa versus el derecho a la tranquilidad), generándose no solo perjuicios recíprocos, sino también una posible violación de derechos fundamentales.¹⁸

Para identificar estas sentencias de tutelas se realizó una búsqueda en las bases de datos *Notinet*, *Lexbase* y *Legismovil* utilizando las siguientes palabras clave: carbón, contaminación, cosecha, daño, ganado, libertad de empresa, perjuicio, ruido, tranquilidad y tren. En principio, la búsqueda se hizo solamente para situaciones en las cuales dos empresas colindantes pretenden ejercer derechos contradictorios, pero ante el escaso número de sentencias halladas, el alcance se extendió para incluir

¹⁷ V. Coase (1961). La traducción utilizada es la de William Breit y Harold M. Mochman, que se encuentra en Roemer (2000).

¹⁸ V. Constitución Política, Art. 86, y Decreto 2591 de 1991.

también casos en los cuales la actividad de una empresa pueda estar generando perjuicios, y violando derechos fundamentales, a un residente vecino. Recuérdese que en este caso, por la naturaleza recíproca del problema del costo social, la persona que está en su residencia también podría generar un perjuicio a la empresa vecina.¹⁹

A continuación, y para las principales sentencias encontradas, se resumen los hechos, la asignación de derechos por parte de la Corte Constitucional, la naturaleza recíproca del problema presentado y la relación entre la sentencia y el teorema de Coase. Las sentencias más relevantes se ordenan en forma cronológica, mientras que las demás se agrupan al final de la sección II, en la tabla 1.

Antes de proceder al análisis descrito en el párrafo anterior es importante aclarar que el alcance de este artículo se limita a analizar la relación entre el teorema de Coase y las sentencias de tutela de la Corte Constitucional. El análisis, en un futuro y en otros escritos, podría extenderse a otras sentencias de la Corte Constitucional (de inexecutable y de unificación), a sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y a leyes y resoluciones. En igual sentido, el alcance de este artículo tampoco incluye el recuento o análisis de los hechos sucedidos con posterioridad a la promulgación de las sentencias de tutela.

A. Sentencia T-028 de 1994

1. *Hechos*

La demandante, residente en el municipio de Arbeláez (Cundinamarca) interpuso una acción de tutela contra los propietarios de una pequeña fábrica de cajas de madera colindante argumentando que el rui-

¹⁹ En estos casos, según Coase (1961), debe decidirse si es deseable preservar un área para uso residencial (otorgando a los moradores del sector el derecho a exigir judicialmente silencio) solo si el incremento en el valor de las residencias con motivo de la suspensión del ruido es superior al valor de la producción industrial perdida debido a la relocalización de las fábricas.

do generado por las máquinas afectaba su derecho a la tranquilidad.²⁰

Previamente a la interposición de la acción de tutela, la demandante había presentado una querrela ante una inspección de policía, la cual ordenó a los dueños de la carpintería construir un muro colindante con la casa de la querellante²¹, quien consideró esta solución como insuficiente.

Los demandados dan respuesta a la acción de tutela afirmando que su actividad es legítima, toda vez que la normativa vigente permite pequeñas industrias, como carpinterías y ebanisterías, en la zona donde está ubicada su fábrica, la cual cuenta con sus respectivas licencias de sanidad y de funcionamiento (para operar entre las 6 a.m. y las 6 p.m.).

2. *Asignación de derechos o de responsabilidad civil*

La Corte Constitucional aceptó el argumento de la demandante de considerar como insuficiente la decisión de las autoridades de policía, puesto que no había garantía de que los demandados efectivamente construyeran un muro divisorio.

De otro lado, la Corte se abstuvo de ordenar medidas específicas para garantizar la armonía entre el derecho a la tranquilidad de la demandante y el derecho al trabajo y a la libertad de empresa de los demandados. Como resultado, la sentencia se limita a ordenar a las autoridades municipales y departamentales, al vencimiento de las licencias

²⁰ El derecho a la tranquilidad, si bien no es reconocido expresamente como fundamental, ha sido concebido como un derecho inherente a la persona humana, dada su relación estrecha con los derechos a la vida, a la intimidad y a la dignidad. Sin perjuicio de lo anterior, y bajo ciertas circunstancias, un ruido excesivo puede implicar una injerencia arbitraria en el derecho a la intimidad personal y familiar, el cual sí es un derecho fundamental. Cfr. Sentencia T-1047 de 2008.

²¹ V. Código Civil, Art. 909: La medianería es una servidumbre legal, en virtud de la cual, los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas o divisorias comunes están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse (mencionadas en el Código Civil, Art. 910 y ss.). Cfr. Código Civil, Art. 915: Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto se lo permitan las leyes de policía, sujetándose a las siguientes reglas: 1. La nueva obra será enteramente a su costa...

que han sido otorgadas a la fábrica de cajas, la realización de un nuevo examen de la actividad industrial de los demandados y de la situación particular de la demandante para que puedan adoptarse las medidas necesarias. Algunas de estas medidas, sugeridas por el alto tribunal, podrían ser la instalación de silenciadores o el posible retiro de una máquina entablilladora.

De lo anterior se desprende que la Corte Constitucional asignó el derecho a la fábrica de cajas mientras sus licencias permanecieran vigentes. Para el caso en el cual una de estas licencias expirase o fuese revocada, la Corte Constitucional se abstuvo de asignar derechos, y delegó esta labor en las autoridades municipales y gubernamentales.²²

3. *Naturaleza recíproca del problema*

Si el inmueble para uso residencial no existiera, no habría riesgo alguno de que la carpintería viese restringido el ruido generado por su actividad; a su vez, si la carpintería operase en otro sector, la demandante no tendría necesidad de interponer querrelas o acciones de tutela para garantizar su derecho a la tranquilidad.

La naturaleza recíproca del problema descrito se ve comprobada cuando se constata su similitud con los hechos de *Sturges v. Bridgman*, caso resuelto en el Reino Unido en 1879 y que posteriormente dio origen a uno de los famosos ejemplos utilizados por Coase (1961). En *Sturges v.*

²² La sentencia, en su parte resolutive, dice que la evaluación a la actividad realizada por la fábrica de maderas se realizará al vencimiento de sus licencias. La Secretaría de Salud y Asistencia Pública de la Gobernación de Cundinamarca había expedido la licencia sanitaria por un término de un año, que vencía el 12 de febrero de 1991, fecha anterior a la de promulgación de la sentencia, en 1994 (sin que sepamos si tal licencia había sido renovada entre 1991 y 1994). Por su parte, la Alcaldía de Arbeláez había otorgado una licencia de funcionamiento de manera indefinida, aunque es posible que el municipio mantuviese una facultad de revocar la licencia en caso de presentarse determinadas circunstancias. Este recuento es relevante para entender que mientras las licencias estén vigentes, el derecho fue asignado a la fábrica de cajas. En el evento de que una de las dos licencias expirase o fuese revocada, la asignación del derecho dependerá de las condiciones que las autoridades departamentales y municipales impongan a los demandados para seguir operando su fábrica de madera.

*Bridgman*²³, un médico demandó a un panadero vecino, cuya actividad generaba una vibración y un ruido que interfería con el silencio requerido por el médico en sus consultas. Los jueces que resolvieron el caso dieron la razón al médico y ordenaron al panadero realizar las obras necesarias en su local que evitaran la generación de vibración y ruido para el médico. Claro está, los casos colombiano y británico presentan algunas diferencias, pero estas no desvirtúan el propósito ilustrativo de la comparación. En el caso colombiano, quien requería el silencio no era un médico sino la ocupante de un inmueble residencial. Además, la Corte Constitucional solo sugirió pero no ordenó obra alguna a la carpintería, como sí lo hizo el juez británico en relación con la panadería.

4. *La relación entre la sentencia y el teorema de Coase*

De acuerdo con la sección I, la omisión en la asignación de derechos a las partes en conflicto hace que las partes vean dificultada su posibilidad de negociar o transar sus derechos (*e.g.*, el derecho a hacer ruido o viceversa, el derecho a la tranquilidad).²⁴ Esta afirmación general, aplicada al caso que nos ocupa, implica que ante la ausencia de una asignación de derechos por parte de la Corte Constitucional, o de las autoridades departamentales y municipales al momento de la renovación de las licencias de funcionamiento de la fábrica de cajas, es poco probable que las partes acuerden quién debe asumir los costos de las medidas sugeridas (*i.e.*, insonorización de la carpintería o adquisición de una máquina entablilladora menos ruidosa). La residente afirmará que ella no está obligada a sufragar ninguna expensa, puesto que la sentencia de tutela reconoció su derecho a la tranquilidad, mientras que los carpinteros argumentarán que ellos no asumirán los costos de la emisión de un menor ruido porque la sentencia de tutela validó su derecho a la libertad de empresa.

Lo contrario habrá sucedido si las autoridades departamentales y mu-

²³ V. Simpson (1996), quien hace un detallado análisis de *Sturges v. Bridgman*.

²⁴ V. Simpson (1996), quien citando a Coase (1961) recuerda que un prerrequisito esencial para las transacciones de mercado es que los derechos de las partes estén asignados o, por lo menos, bien definidos.

nicipales hubiesen asignado claramente los derechos de las partes al momento de renovar o evitar la revocación de alguna de las licencias de la fábrica de madera. Por ejemplo, si la autoridad municipal exigió como requisito para no revocar la licencia de funcionamiento la insonorización de la carpintería.

B. Sentencia T-425 de 1995

1. *Hechos*

El demandante, propietario de una estación de gasolina en Tunja (Boyacá), interpuso una acción de tutela contra la propietaria de un expendio de licores adyacente alegando que los clientes de este negocio consumían con frecuencia licores y cigarrillos al lado de su estación, con el consiguiente peligro de una explosión derivada del alto grado de inflamabilidad de la gasolina.²⁵ El actor también sostuvo que el expendio de licor se había convertido en un bar *ad hoc* carente de la infraestructura locativa y sanitaria mínima para atender a una clientela que suele escuchar música a altos volúmenes y protagonizar escándalos, con lo cual se afecta su derecho a la tranquilidad. Con base en lo anterior, el demandante pretende que se ordene a la demandada abstenerse de suministrar licores y cigarrillos para ser consumidos en el lugar de venta. La demandada controvierte los argumentos del demandante afirmando que su negocio cumple con las autorizaciones de rigor, que la conducta de los compradores luego de adquirir licores y cigarrillos escapa de su control y que es prácticamente imposible saber de antemano cuáles clientes van a consumir sus productos en el lugar de la venta.

2. *Asignación de derechos o de responsabilidad civil*

La Corte Constitucional, revocando una sentencia previa del Consejo de Estado, amparó los derechos fundamentales del demandante y ordenó a la demandada abstenerse de vender licor para ser consumi-

²⁵ Según un testimonio surtido durante el proceso, debajo del suelo se encuentran enterrados cuatro tanques de aproximadamente cinco mil galones de gasolina cada uno.

do en las inmediaciones de su establecimiento comercial. Así pues, el derecho de no tener en su vecindad a personas fumando o ingiriendo licor fue otorgado al propietario de la estación de gasolina.

Con todo, la supervisión del cumplimiento de la decisión judicial, encomendada a las autoridades de policía, no es una labor sencilla. Debido a lo anterior, es posible que en casos como este sea necesaria una negociación que complemente la decisión judicial. Asumiendo que la estación de gasolina es más rentable que el expendio de licores, aquella podría asumir los costos de un traslado de este último o, por lo menos, de la construcción de unas instalaciones que mitiguen el riesgo de explosión.

3. *Naturaleza recíproca del problema*

Este caso es un ejemplo más de dos empresas cuya situación de vecindad genera perjuicios mutuos. El dueño, los empleados y los usuarios de la estación de gasolina no sufrirían daño alguno si ninguno de sus vecinos fuera un establecimiento de venta de licores. Por su parte, el expendio de licores y los clientes que consumen licor y cigarrillos en el lugar de la venta no generarían un riesgo de explosión si en el lote adyacente no funcionase una estación de gasolina.

El problema es muy similar a los ejemplos descritos por Coase (1961), tales como el del panadero y el médico que comparten una pared medianera, el agricultor y el ganadero que colindan y la fábrica de sulfato de amonio que es vecina de una industria de textiles de fibra de coco. Claro está, en el presente caso, ausente en los ejemplos de Coase, está en riesgo al menos un derecho fundamental, como lo es la vida.

4. *Relación entre la sentencia y el teorema de Coase*

Este es posiblemente el caso más interesante de los analizados debido al razonamiento económico realizado por la Corte Constitucional. Para empezar, la Corte afirma que la demandada, quien alega no poder controlar lo que hacen sus clientes después de adquirir licor y cigarrillos,

tiene un incentivo económico para que estos permanezcan cerca de su establecimiento departiendo porque así no solo podrán realizar compras adicionales de licor durante la noche sino que también atraerán más clientela. En palabras de la Corte:

El interés de vender sus productos en la misma forma y cantidad en que lo hace, sin necesidad de realizar una inversión económica adicional para habilitar un lugar destinado al consumo y un servicio sanitario, explica su reticencia a admitir el riesgo creado por su venta de licor y cigarrillos en las circunstancias en que se realiza.²⁶

Este interés económico genera una externalidad (y es la propia Corte Constitucional la que utiliza este término) negativa²⁷, que perjudica a la estación de servicio adyacente y al público en general. La sentencia de la Corte, que ordena a la demandada abstenerse de vender licor y cigarrillos que hayan de ser consumidos en inmediaciones de su establecimiento de comercio, conlleva una internacionalización de la externalidad. En términos más sencillos, la demandada deberá asumir las consecuencias económicas de la eliminación del riesgo que ha creado, para lo cual tendrá que aceptar una disminución de sus ingresos, al restringir sus ventas o, alternativamente, un incremento en sus costos, en caso de que con motivo de la obtención de una licencia para operar un bar construya una infraestructura locativa y sanitaria.

Pero el razonamiento económico de la Corte Constitucional no se limita a mencionar los incentivos económicos de la demandada y las externalidades negativas que su actividad genera. La Corte, de manera más general, reconoce la importancia de la eficacia como criterio orientador del derecho para solucionar el conflicto entre el derecho a la vida, a la

²⁶ Sentencia T-425 de 1995.

²⁷ Una "externalidad" es un efecto indirecto que una actividad económica tiene sobre otros agentes y que no funciona a través del sistema de precios; a su vez, una "externalidad negativa" se presenta cuando una persona o empresa recibe todos los beneficios de su actividad pero no asume la integridad de sus costos, los cuales son traspasados a personas que no reciben una compensación económica por ello (un precio). Un ejemplo típico de externalidad negativa es la contaminación. V. Asafar-Adjaye (2000).

libertad de empresa, a la tranquilidad y a la propiedad del demandante, de una parte, y el derecho a la libertad de empresa de la demandada, de otro lado. En palabras textuales del alto tribunal:

- (i) Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional debe solucionarse de forma que se logra la óptima eficacia de las mismas;
- (ii) El intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos; y
- (iii) Corresponde al juez constitucional realizar una armonización concreta, mediante la delimitación proporcional de los derechos contrapuestos, que permita su máxima efectividad. (Las subrayas y la numeración de los textos son propias).

El análisis económico de la Corte Constitucional también está presente en la asignación de la responsabilidad civil a quien puede controlar más fácilmente el riesgo.²⁸ En el caso analizado, es la demandada y no el demandante quien puede controlar con mayor facilidad y a menor costo el riesgo de explosión. En efecto, la propietaria del expendio de licores puede prohibir la venta de licores y cigarrillos a quienes deseen consumir estos productos en lugares aledaños²⁹ o, en su defecto, realizar una inversión adecuando la infraestructura de su establecimiento y ampliando su licencia para que esta cubra no solo la distribución de licor sino también la venta para consumo inmediato. Por el contrario, para el propietario de la estación de servicio, en palabras de la Corte

²⁸ Esta doctrina, conocida en inglés como *the cheapest cost avoider*, sugiere asignar la responsabilidad a quien pueda controlar con mayor facilidad y menores costos el riesgo existente. Cfr. Schmidtchen y Koboldt *et al.* (2007).

²⁹ El argumento de la propietaria del expendio de que para ella es muy difícil saber de antemano quiénes van a consumir en el lugar se puede controvertir afirmando que posiblemente muchos de los clientes que permanecen allí después de la compra son habituales y, por lo tanto, identificables. También se puede afirmar que en caso de duda acerca de si un determinado cliente va a consumir en el lugar de la compra, es preferible que la demandante sacrifique esta venta a que se genere un riesgo de explosión.

Constitucional, “es imposible fáctica y jurídicamente controlar el consumo de licor y cigarrillos vendidos por la demandada”.

C. Sentencia T-360 de 2010

1. *Hechos*

La demandante instauró acción de tutela en contra de la sociedad Comcel S.A. debido a la instalación a setenta y seis metros de su residencia de una estación base repartidora de red para telefonía móvil, la cual presuntamente afectaba el funcionamiento de un cardiodesfibrilador que le fue implantado con motivo de una enfermedad coronaria aguda. La actora solicitó el retiro definitivo de la estación de telecomunicaciones para garantizar sus derechos a la vida y a la salud.

Comcel, en su defensa, alegó haber obtenido las autorizaciones requeridas para la instalación de la estación por parte de la Aeronáutica Civil y la Curaduría Urbana Primera de Neiva. Además, la sociedad demandada adjuntó al proceso certificación del director de la Agencia Nacional del Espectro en la cual consta que la estación cumple con los límites nacionales e internacionales relativos a la exposición de personas a campos electromagnéticos.

2. *Asignación de derechos o de responsabilidad civil*

La Corte Constitucional negó el amparo solicitado debido a que la demandante no desvirtuó la posibilidad de que el desfibrilador estuviera presentando interferencias con radiaciones emitidas por objetos diferentes de la estación de telecomunicaciones, como teléfonos móviles, televisores, computadores, o incluso su propio corazón. En consecuencia, Comcel mantuvo el derecho a operar su estación de telecomunicaciones, sin que fuese necesario su relocalización.

Sin perjuicio de lo anterior, para casos similares, y considerando que estudios científicos revelan que los ancianos y niños pueden presentar una mayor sensibilidad a la radiación de las ondas electromagnéticas,

la Corte Constitucional exhortó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comunicación de Regulación de Comunicaciones a diseñar un proyecto encaminado a establecer una distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las instituciones educativas, hospitales, hogares geriátricos y centros similares.

3. *Naturaleza recíproca del problema*

Asumiendo que el nexo de causalidad se hubiese probado, ¿es la presencia de la estación de telecomunicaciones la que causa el perjuicio a la demandante, debiendo esta reemplazar su cardiodesfibrilador con frecuencia o buscar una nueva residencia?, o, por el contrario, ¿es la presencia de la demandante la que causa el perjuicio a Comcel al exigir el traslado de la estación de telecomunicaciones?

En similar sentido, las estaciones de telecomunicaciones pueden generar un riesgo para la salud de las personas residentes en el sector, y especialmente para los usuarios de instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos vecinos. Pero estos últimos, a su vez, generan un perjuicio a las empresas de telecomunicaciones, que ven restringida la posibilidad de instalar sus estaciones en ciertas zonas. El problema jurídico, por lo tanto, es si el derecho a no tener una estación de telecomunicaciones cercana debe primar sobre el derecho a instalar y mantener dicha estación en un lugar óptimo. El problema económico, por su parte, es si los beneficios para la sociedad (*i.e.*, una buena cobertura) de tener una estación en un sitio determinado son mayores que los perjuicios, o dicho de otra forma, si los beneficios de prohibir estaciones de este tipo en ciertas zonas (*e.g.*, menores riesgos en materia de salud) superan los mayores costos que deben asumir las empresas de telecomunicaciones.

4. *Relación entre la sentencia y el teorema de Coase*

En este caso, el derecho se asignó a Comcel debido a una ausencia de prueba del efecto que tiene su estación de telecomunicaciones sobre un desfibrilador. Pero aun si hubiese existido prueba de la relación causal

entre la estación y un desfibrilador, hubiese sido más razonable asignar el derecho a Comcel, bajo la doctrina, ya mencionada anteriormente, del *cheapest cost avoider*.

Según esta doctrina, y en casos como el analizado, es posible y no muy dispendioso para los residentes con problemas de corazón, colegios, hospitales y hogares geriátricos identificar dónde está ubicada una estación de telecomunicaciones y evitar comprar un inmueble o construir en sus cercanías. En cambio, es complejo y costoso para una empresa de telecomunicaciones verificar antes de instalar una estación que en la zona no haya personas o instituciones que puedan verse afectadas por la radiación emitida. De hecho, podría darse el caso que al momento de la instalación de la torre no hubiese ningún vecino afectado pero que posteriormente arribara al barrio una persona con problemas del corazón o una institución cuyos usuarios son niños o ancianos y que por tal motivo se solicitara el traslado de la estación.

En defecto de la doctrina anterior, podría aplicarse la doctrina conocida en Estados Unidos con el nombre de *coming to the nuisance*³⁰, según la cual, el derecho está en cabeza de la empresa o persona que haya llegado primero a la zona donde se presenta el conflicto. No sobra mencionar que esta doctrina suele aplicarse en el derecho estadounidense únicamente en materia de perjuicios privados, pero no públicos.³¹

Un ejemplo permite apreciar la razonabilidad económica de esta doctrina. Supóngase, bajo el argumento de reducción al absurdo, que la estación se instale en una zona A en 2011, que en 2012, por la apertura de un colegio allí, la estación deba relocalizarse a una zona B, a la cual

³⁰ V. Morris (1996), quien explica esta doctrina.

³¹ V. Morris (1996), quien aclara esta distinción afirmando que el perro de Juan ladrando en el patio de su casa a las 3 de la mañana puede generar un perjuicio privado a sus vecinos. El perro de Juan, corriendo sin correa en el vecindario y con la posibilidad de morder a cualquier transeúnte, puede generar un perjuicio público. De manera similar, una estación que solo afecta a un grupo de personas determinadas implica un perjuicio privado. En cambio, una estación cuyos niveles de radiación son tan altos que afecta a todo aquel que viva, trabaje o transite en las zonas aledañas genera un perjuicio público.

arriba una institución geriátrica en 2013, por lo cual la estación debe relocalizarse a una zona C, donde empieza operaciones un hospital en 2014, lo que obliga a trasladar la estación a una zona D, adonde llega a vivir un residente que tiene instalado un desfibrilador en 2015, con lo cual la estación debe relocalizarse nuevamente hacia una zona E, y así sucesivamente.

Ahora bien, surge otro problema jurídico: si los traslados se ordenan, ¿quién debe asumir su costo?: ¿la empresa de telecomunicaciones que se instaló primero o la empresa o persona que llegó al vecindario posteriormente? Alternativamente, si el traslado no se ordena, también existirá un problema jurídico: ¿debe la empresa dueña de la estación de telecomunicaciones pagar una indemnización a los vecinos afectados?³²

D. Sentencia T-203 de 2010

1. *Hechos*

El demandante interpuso una acción de tutela contra Inversiones García Hermanos Michellmar Ltda., entre otras entidades, afirmando que esta sociedad violaba su derecho al medio ambiente con motivo de las emisiones de partículas generadas durante sus operaciones de descargue, almacenamiento y embarque de carbón en el puerto de Barranquilla. La sociedad, en su respuesta, afirmó que estaba cumpliendo con las disposiciones reglamentarias proferidas por el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente de Barranquilla (DAMAB).

³² V. Morris (1996), quien hace referencia a un caso (*Spur v. Del E. Webb*) relacionado con un hato ganadero que generaba malos olores y desechos, lo cual afectaba a un conjunto residencial vecino que se había construido y comercializado con posterioridad al inicio de las actividades agropecuarias. La Corte Suprema de Justicia del Estado de Arizona ordenó al hato ganadero trasladarse a un sector en el que no hubiera residentes cercanos y a los constructores del conjunto sufragar los gastos del traslado.

2. *Asignación de derechos o de responsabilidad civil*

La Corte Constitucional, confirmando una decisión de primera instancia de la Sala Séptima de Decisión Civil y Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y revocando una sentencia de segunda instancia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, concedió el amparo ordenando a la sociedad demandada, en un plazo máximo de tres meses, sembrar árboles de gran follaje cada cuatro metros en el perímetro de sus instalaciones, instalar una malla perimetral que retuviese el material particulado fugitivo al momento del cargue del carbón, limpiar los canales perimetrales externos al lote, realizar un estudio de calidad de aire, midiendo material particulado y, finalmente, instalar equipos para mitigar los impactos negativos y controlar las partículas de carbón (e.g., cámaras de sedimentación).

De esta manera, la Corte Constitucional asignó al demandante el derecho a no ser contaminado e impuso unas obligaciones de hacer bastante precisas a la sociedad demandada, que implicaban una mayor estructura de costos de su sistema productivo.

3. *Naturaleza recíproca del problema*

Nuevamente estamos ante un caso en el cual la presencia de una empresa y una persona en la misma zona genera perjuicios mutuos. El perjuicio para el residente es la contaminación sufrida; el perjuicio para la sociedad es el incremento en sus costos de producción con motivo de la acción judicial iniciada por su vecino.

4. *Relación entre la sentencia y el teorema de Coase*

En este caso, la Corte Constitucional asignó claramente el derecho al demandante y obligó a la sociedad demandada a asumir los costos de la contaminación. Si estos fuesen muy altos, y la actividad económica poco rentable, la sociedad tendría que reubicarse o cerrarse.

Además de lo anterior, la parte resolutive de la sentencia ordenó al DAMAB controlar la erradicación de las emanaciones de partículas de

carbón del puerto de Barranquilla generadas por la operación de la sociedad demandada, procurando que sean eficientes las indicaciones formuladas. Que la Corte Constitucional haya utilizado la palabra *eficientes* sugiere que el análisis económico es relevante en el proceso de cumplimiento de la orden judicial y que los costos asumidos por la sociedad demandada en la mitigación de sus emisiones de partículas de carbón no deben ser excesivos o desproporcionados en relación con el beneficio ambiental obtenido por el demandante.

Pero la parte resolutive, mencionada en el párrafo anterior, contradice la parte motiva de la misma sentencia, en la cual la Corte Constitucional sostuvo que

(...) el cumplimiento de unas disposiciones reglamentarias (las que había decretado el DAMAB) no es sustento constitucional suficiente para la continuidad de una explotación económica, que por importante y rentable que sea, no justifica el deterioro ambiental. (Las palabras entre paréntesis y la subraya son propias).

La Corte parece sugerir que en materia ambiental no es relevante un análisis económico de los costos de la no contaminación, como serían, por ejemplo, los empleos y la producción perdida en caso de que la empresa contaminante, en este caso o en uno similar, tuviera que cerrar sus puertas. Tampoco tendría importancia para la Corte Constitucional que fuese mucho más barato para el demandante trasladarse que para la empresa asumir los mayores costos del control de la contaminación. Es decir, que el costo de eliminar el perjuicio fuese más grande que el daño causado por permitir su continuación.

En un caso similar³³, la Alcaldía de Girón (Santander) había ordenado la suspensión de las actividades desarrolladas en una pequeña fábrica

³³ V. Sentencia T-356 de 2010, cuyos hechos no se describen con mayor amplitud porque el conflicto que dio origen al proceso judicial no es entre dos empresas, o entre una empresa y un residente vecino (es decir, no es de naturaleza coasiana), sino entre los propietarios de una empresa y la Alcaldía de Girón (Santander).

debido a que el proceso industrial allí realizado generaba una emisión de gases contaminantes. Los demandantes, una pareja de la tercera edad y su hija, que padecía síndrome de Down, solicitaron mediante acción de tutela poder continuar operando el establecimiento. La Corte Constitucional, en sede de revisión, si bien denegó el amparo solicitado, requirió a la Alcaldía de Girón para evaluar la viabilidad de reubicación de la fábrica siempre y cuando esta operara de manera “que no genere contaminación ambiental”. Es decir, el análisis judicial no consideró relevante el costo marginal derivado de exigir, no una contaminación limitada a determinados niveles inherentes a las operaciones industriales, sino una ausencia total de contaminación.

E. Otras sentencias de tutela

La tabla 1 presenta un resumen de los hechos, de la asignación de derechos realizada por la Corte Constitucional y de la relación entre otras cinco sentencias y el teorema de Coase. El análisis de la naturaleza recíproca del problema se omite al considerar que las sentencias previamente mencionadas ya permitieron explicar este tema con suficiente claridad.

Tabla 1

SENTENCIA	HECHOS	ASIGNACIÓN DE DERECHOS	RELACIÓN CON EL TEOREMA DE COASE
T-1270 de 2005	La demandante interpuso una acción de tutela en contra de la propietaria de un estadero alegando que los altos volúmenes de la música y los supuestos actos bochornosos de los clientes afectaban su derecho a la tranquilidad.	La Corte Constitucional reiteró que la contaminación auditiva puede constituir una trasgresión a la intimidad personal y a la tranquilidad. Con base en lo anterior, la Corte ordenó a la demandada mantener los niveles sonoros emitidos por la operación de su estadero dentro de los límites fijados por la ley.	La Corte Constitucional no asignó ningún derecho que no existiera de antemano en la ley. De todas maneras, su sentencia puede servir como base de una negociación para las partes. Si la demandante valora mucho el silencio, pagará por la insonorización del estadero o por su traslado, o incluso, ella misma se trasladará. Si la demandada valora mucho su estadero, será ella la que pague la insonorización o la que decida trasladarse.

Continúa...

<p>T-460 de 1996</p>	<p>La demandante interpuso una acción de tutela en contra de una fábrica de muebles metálicos colindante con su propiedad y donde presuntamente se generaba un gran nivel de ruido y de contaminación ambiental.</p>	<p>La Corte Constitucional afirmó que la fábrica, a pesar de ser una actividad económica legítima, no tiene derecho a afectar a sus vecinos con el ruido y contaminación ambiental generados por su operación. En consecuencia, si bien no se accede a la pretensión de cierre de la empresa, se ordena adelantar los trabajos necesarios para reducir los niveles de ruido y de contaminación ambiental.</p>	<p>La Corte Constitucional asignó el derecho al silencio y a la no contaminación a la demandante, pero no señaló o especificó cuáles eran los trabajos mínimos que debía adelantar la sociedad demandada; por lo tanto, y con base en la asignación de derechos efectuada, las partes deberán acordar la naturaleza, costo y plazo de ejecución de estas medidas. Esto, en la literatura, se conoce como una “negociación coasiana”.¹</p>
<p>T-1321 de 2000</p>	<p>La demandada, una iglesia cristiana, estaba emitiendo ruido por encima de los niveles permitidos por la ley, lo cual afectaba a sus vecinos. La Alcaldía de Líbano (Tolima) había prohibido a la iglesia emitir cualquier ruido que pudiese ser percibido por fuera del templo, usar instrumentos musicales o realizar cantos.</p>	<p>La Corte Constitucional ordenó inaplicar la decisión de la Alcaldía de Líbano, por considerar que esta era violatoria de la libertad de cultos. Empero, la Corte ordenó a la iglesia adoptar las medidas necesarias, con el concurso de arquitectos y especialistas, para garantizar que no se superaran los niveles sonoros autorizados por la ley.</p>	<p>La Corte asignó a los vecinos de la iglesia el derecho a no percibir ruido por encima de los límites legales; a su vez, la Corte asignó a la iglesia el derecho a generar ruido siempre y cuando el nivel de las emisiones sonoras, percibidas en el exterior de la iglesia, no supere los límites legales.</p>
<p>T-1047 de 2008</p>	<p>La demandante interpone acción de tutela contra una iglesia cristiana cuyas celebraciones generaban altos niveles sonoros.</p>	<p>La Corte Constitucional afirma que la libertad religiosa no permite ordenar el traslado de la iglesia demandada. Sin embargo, esta debe adoptar las medidas necesarias para evitar que la emisión de ruido exceda los topes autorizados por la ley. La Corte no explica cuáles pueden ser estas medidas.</p>	<p>La Corte reconoció el derecho de la iglesia a la libertad de cultos, aunque limitado a la emisión de sonido por debajo de los límites legales. Si la iglesia valora el sonido por encima de tal límite, deberá asumir los costos de insonorización o de traslado a un lugar donde haya pocos o ningún vecino. Por su parte, los vecinos actuales que valoren mucho el silencio y no soporten los niveles de ruido evaluarán un cambio de residencia.</p>

Continúa...

1 V. Simpson (1996).

<p>T-023 de 2011</p>	<p>Un agricultor instauró una acción de tutela contra varios demandados, entre ellos la Concesión de la Autopista Bogotá – Girardot, debido a que los residuos sólidos y materiales de trabajo de la construcción, tales como arena, gravilla y tierra extraída, estaban afectando sus labores de siembra, recolección y venta de alimentos. El actor solicita que se realice una debida limpieza y reparación de la vía que conduce a su propiedad o que se construya un nuevo acceso.</p>	<p>La Corte Constitucional, si bien reconoce que la construcción es una actividad lícita, asigna al demandante el derecho a tener un acceso permanente para la entrada y salida de sus productos agrícolas, el cual deberá ser construido por la Concesión.</p>	<p>Si bien el derecho fue asignado al agricultor, y no a la construcción, obsérvese que la decisión de la Corte es flexible al no establecer en detalle las características de las obras que se deben realizar ni su costo. Por lo tanto, serán las partes quienes con base en la asignación previa del derecho estipulen las características particulares del acceso que debe construirse. De esta manera, la Corte Constitucional, al asignar el derecho a una de las partes, el agricultor, ha facilitado la negociación de éste con la Concesión.</p>
----------------------	---	---	---

III. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL TEOREMA DE COASE

Las sentencias analizadas en la sección II se pueden agrupar en dos categorías principales, que se describen infra, y en las cuales la Corte Constitucional asigna derechos, ya sea a una de las partes o a ambas. En tales casos, si los costos de transacción son nulos o bajos, la Corte Constitucional cumple un papel adecuado al realizar una asignación inicial de derechos que posteriormente podrá ser alterada por las partes mediante negociación. De esta manera, las sentencias de tutela analizadas evitan que la ausencia de una delimitación inicial de derechos sea un obstáculo insuperable para una transacción entre las partes en conflicto.³⁴ Expresado de otra forma, las transacciones postlitigio tienden a ser menos costosas y a tener mayores posibilidades de prosperar que las transacciones prelitigio.³⁵

³⁴ V. Coase (1961). Cfr. Simpson (1996).

³⁵ V. el caso *Spur v. Del E. Webb*, mencionado supra 34. En este caso, y antes de la sentencia de la Corte Suprema de Arizona, no había claridad sobre si el hato ganadero tenía o no derecho a contaminar, y esto dificultó cualquier posible negociación con los constructores del proyecto residencial adyacente. El hato ganadero, *Spur*, que creía tener el derecho, no tenía ningún incentivo para reducir la contaminación o para relocalizarse; *Del E. Webb*, que creía que tener el derecho a estar libre de contaminación, no se sentía obligado a pagar por el traslado del hato ganadero. Es,

De igual manera, en presencia de costos de transacción nulos o bajos, no es de gran relevancia que las decisiones judiciales sean eficientes, puesto que las partes pueden incrementar la eficiencia mediante sus transacciones postlitigio; por el contrario, si los costos de transacción son altos, y ante la imposibilidad de que las partes reasignen sus derechos mediante negociación, es de gran importancia que las decisiones de los jueces procuren la mayor eficiencia posible.

En este sentido, entendemos que ciertas razones relacionadas con una adecuada distribución de la riqueza o de justicia pueden conllevar a que el criterio de eficiencia pase a un segundo plano.³⁶ Con todo, si razones de distribución o de justicia hacen indiferente la asignación de un derecho a uno u otro de los participantes de un proceso judicial o, ausente tal indiferencia, si las razones distributivas o de justicia llevarían a adoptar una decisión que es mucho más costosa que su alternativa, las razones de eficiencia deben primar. A la posible crítica de que la eficiencia no debe ser un factor que debe tenerse en cuenta por el juez puede replicarse que la eficiencia garantiza la primacía del interés general sobre el interés particular³⁷

Una vez formulados los anteriores comentarios, pasamos a explicar cada una de las categorías. En una primera categoría, la Corte Constitucional asigna el derecho a una de las partes (o, alternativamente, la responsabilidad civil a la otra parte). Ejemplos de esta categoría son:

por lo tanto, la sentencia la que establece un punto de partida para la negociación al asignar los derechos o la responsabilidad civil. Este beneficio, aunque atenuado, se extiende a terceros que no hayan sido partes del proceso pero que tengan una controversia similar.

³⁶ V. Calabresi y Melamed (1972), quienes proporcionan un ejemplo de una situación que es eficiente pero que no es deseable en términos de distribución de riqueza. Supóngase que una fábrica, que emplea a muchos trabajadores de ingresos bajos, emplea un carbón de mala calidad que genera contaminación en un barrio de habitantes de estrato alto. Asumiendo que no sea posible usar un carbón de mejor calidad y que el costo de la contaminación es mayor que los costos derivados de un eventual cierre de la fábrica, la solución eficiente sería dicho cierre. Empero, esta decisión sería inadecuada desde un punto de vista distribucional.

³⁷ V. Art. 58 de la Constitución Política, según el cual, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

- (i) La sentencia T-425 de 1995, en la cual se ordena a la propietaria del expendio de licores abstenerse de vender licor para su consumo en el lugar;
- (ii) La sentencia T-460 de 1996, que impone a una sociedad fabricante de muebles metálicos la obligación de adelantar los trabajos mínimos necesarios para reducir los niveles de ruido y de contaminación ambiental;
- (iii) La sentencia T-203 de 2010, en la cual se ordena a la sociedad demandada cumplir con unas determinadas medidas para evitar la emisión de partículas de carbón; y
- (iv) La sentencia T-023 de 2011, en la cual se ordena a la Concesión de la Autopista Bogotá – Girardot construir en inmediaciones del predio del demandante un acceso permanente para la entrada y salida de sus productos agrícolas.

A pesar de que en los casos anteriores la Corte Constitucional asigna el derecho a una de las partes, las sentencias no establecen con total detalle las medidas que se deben ejecutar (plazo, costo, especificaciones técnicas, etc.), por lo cual será necesaria una posterior negociación entre las partes.

En una segunda categoría de sentencias, la Corte Constitucional acepta que demandante y demandado tienen derechos que se limitan mutuamente y, por lo tanto, asigna derechos a cada una de las partes estableciendo, o por lo menos sugiriendo, las medidas que deben adoptarse. En estos casos, la Corte Constitucional ha sostenido: “Frente al conflicto de estos derechos (en el caso concreto, a la libertad de cultos y a la tranquilidad), debe intentarse una solución (que podría ser negociada por las partes) que no sacrifique el núcleo esencial de ninguno de ellos...”³⁸ (Las palabras entre paréntesis son propias).

³⁸ Sentencia T-1047 de 2008.

En relación con la presente categoría son ilustrativos los siguientes fallos:

- (i) Sentencia T-028 de 1994, en la cual la Corte Constitucional ordena que al momento de renovar las licencias de funcionamiento de la fábrica de cajas debe tenerse en cuenta no solo el derecho a la libertad de empresa de sus propietarios sino también el derecho a la tranquilidad de su vecina. No obstante, obsérvese que mientras las licencias vigentes al momento de la promulgación de la sentencia no expiren o sean revocadas, el derecho continúa asignado únicamente a los dueños de la fábrica de cajas.
- (ii) Sentencia T-1270 de 2005, en la cual se asignó al demandado el derecho a operar su estadero pero, a su vez, se asignó a la demandante el derecho a exigir que el sonido generado no supere los niveles determinados por la ley.
- (iii) Sentencia T-360 de 2010, mediante la cual la Corte Constitucional otorga el derecho a Comcel S.A. a mantener y operar una estación de telecomunicaciones en Neiva. Sin embargo, al exhortar a las autoridades gubernamentales a diseñar un proyecto general, la Corte reconoce el derecho de las instituciones educativas, hospitales, hogares geriátricos y centros similares a exigir que las torres de telefonía móvil se instalen a una distancia prudente.
- (iv) Sentencias T-1321 de 2000 y T-1047 de 2008, en las cuales la Corte Constitucional asigna a unas iglesias cristianas el derecho a generar niveles de ruido con motivo de sus celebraciones religiosas. Simultáneamente, asigna a los vecinos de estas iglesias el derecho a exigir que el ruido no supere los límites permitidos por la ley.

De manera similar a lo que sucede con primera categoría, las sentencias agrupadas en la segunda categoría no determinan con un alto grado de detalle las medidas que se deben ejecutar³⁹, que deberán ser

³⁹ Ni siquiera en el caso de la sentencia T-1321 de 2000, en la cual, a pesar de que la Corte

acordadas por las partes. No sobra mencionar que es positivo que el juez constitucional se limite a asignar el derecho sin fijar con precisión las medidas que se deben tomar, ya que de lo contrario no solo se generarían altos costos de supervisión judicial sino que se dificultaría una posterior negociación entre las partes, que puede ser más eficiente que una decisión judicial excesivamente minuciosa. Esto es, las mejores decisiones judiciales, en relación con conflictos a los cuales el teorema de Coase es aplicable, son las flexibles.

Podría existir una tercera categoría, que no ha sido contemplada por la Corte Constitucional en las sentencias analizadas, y que implicaría permitir que el perjuicio (*e.g.*, la contaminación o el ruido) continuase, pero ordenando al demandado compensar al demandante⁴⁰. Obviamente, la indemnización respectiva tendría que ser acordada por las partes o impuesta por la jurisdicción ordinaria en un proceso que asigne una responsabilidad civil extracontractual. En una cuarta categoría, que tampoco se ha presentado, podrían incluirse hipotéticas sentencias que ordenen la relocalización de la actividad que genera el perjuicio, pero bajo la condición de que sean los vecinos beneficiados con esta medida quienes asuman los costos de traslado.⁴¹

ordenó a una iglesia cristiana realizar trabajos arquitectónicos, se abstuvo de indicar el detalle de los mismos.

⁴⁰ V. Morris (1996), quien cita un caso en el cual el juez aceptó que una fábrica cementera estaba causando perjuicio a sus vecinos debido al polvo, humo y vibración generados por el proceso productivo. Empero, considerando que la inversión en la planta había superado la cifra de cuarenta y cinco millones de dólares, que allí trabajaban más de trescientas personas y que era improbable que las técnicas para eliminar los efectos nocivos de la operación cementera fueran implementadas en el corto plazo, autorizó la continuación de la operación de la planta sin cambio alguno bajo la condición de que se pagara a los vecinos una compensación por los perjuicios sufridos. El caso se presenta en forma ilustrativa, advirtiendo que en una sentencia de tutela la Corte no podría asumir las funciones de la jurisdicción ordinaria, como sucedería si se decretase el pago de una determinada indemnización por responsabilidad extracontractual.

⁴¹ V. *supra* 34.

IV. EL TEOREMA DE COASE Y LAS TRANSACCIONES DE LOS DERECHOS ASIGNADOS POR LOS JUECES

En la sección I se explicó el teorema de Coase, mientras que en las secciones II y III se mostró cómo la Corte Constitucional facilita una solución negociada de los problemas recíprocos entre partes vecinas mediante la asignación de derechos; pero todavía no se ha explicado cómo se realiza la negociación entre las partes en conflicto. Ese es el propósito de esta sección.

Claro está que tal negociación solo será posible si los costos de transacción son nulos o bajos (*i.e.*, inferiores al beneficio que las partes obtendrán de su transacción); por el contrario, si los costos de transacción son altos, la asignación de derechos por parte de la ley (*e.g.*, un acuerdo que aprueba un plan de ordenamiento territorial) o de un juez (*e.g.*, una sentencia de tutela) no podrá ser modificada vía negociación por las partes afectadas.

A manera de ilustración, y entre otras situaciones, los costos de transacción son altos cuando es difícil cuantificar los perjuicios que la empresa A y la empresa B se causan mutuamente,⁴² o cuando una de las partes afectadas es realmente un conjunto de empresas o personas. Esta última situación se presenta, verbigracia, cuando la actividad contaminante o el ruido de una industria muy rentable y con un alto número de empleados afecta a numerosos agricultores vecinos. En este ejemplo, supóngase que un juez ha asignado a los agricultores el derecho a no ser contaminados, pero que esto genera un costo social. A pesar de que la fábrica estaría dispuesta a pagar por el derecho a contaminar, la complejidad de llegar a un acuerdo con un gran número de contrapartes hace inviable cualquier negociación.

En otros casos, los costos de transacción pueden ser enormes o infinitos, como sucede cuando un plan de ordenamiento territorial prohíbe

⁴² V. Calabresi y Melamed (1972).

actividades industriales en una zona residencial (o viceversa, residencias en una zona industrial), o cuando una decisión judicial ordena el cierre o localización de una empresa que está ocasionado un perjuicio a otra empresa o a un grupo de residentes del vecindario.⁴³

Recuérdese que si los costos de transacción son altos, enormes o infinitos, es deseable que la ley o el juez simulen el mercado asignando el derecho a la parte que pueda hacer un uso más eficiente de este o determinando como responsable a quien puede evitar, a un menor costo, los potenciales daños.

Pero volvamos al escenario en el cual los costos de transacción son bajos y es posible una renegociación de los derechos asignados por un juez. Son varias las opciones para llevar a cabo una transacción entre las partes, las cuales se explican a continuación.

Una primera opción consiste en que las dos actividades económicas colindantes que generan perjuicios mutuos se integren, conformando una sola empresa con unidad de propósito y dirección. Esta empresa, a través de una decisión administrativa, determinará si las dos actividades económicas continúan inalteradas, si sufren algunos cambios o si una de las dos se clausura. De esta manera, al no haber ya dos partes sino una sola, la controversia desaparece.⁴⁴ En nuestro ejemplo inicial de la fábrica y el cultivo agrícola adyacente, aquella podría adquirir este e integrarlo en su organización empresarial o viceversa. O en un caso real, el decidido en la Sentencia T-425 de 1995, la estación de gasolina podría comprar el expendio de licores y administrarlo sin permitir el consumo en el lugar o, alternativamente, clausurarlo. Ahora bien,

⁴³ En este caso, se asume que la ley o los jueces prohíben la transferencia del derecho, lo cual conlleva que los costos de transacción sean enormes (si es factible pero muy difícil cambiar la ley o la jurisprudencia) o infinitos (si no es posible modificar la norma vigente). Por ejemplo, una empresa, a pesar de estar dispuesta a pagar por el derecho a no ser relocalizada, y sus vecinos, que desean vender el derecho a que la empresa continúe en la zona, no pueden realizar la transacción deseada por ser contraria a norma imperativa.

⁴⁴ V. Coase (1961).

cuando el conflicto se presenta entre una actividad económica y una persona natural vecina, si bien no se puede hablar propiamente de integración empresarial, sí es posible que la empresa adquiera la propiedad del residente vecino o que, menos probable, tal residente adquiera la actividad económica adyacente.

Una segunda opción se basa en la transferencia de derechos reales, los cuales sirven para internalizar externalidades y reducir costos de transacción.⁴⁵ Específicamente, las partes pueden renegociar sus derechos por medio del otorgamiento de un derecho real desmembrado de la propiedad: la servidumbre.

Una “servidumbre” es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.⁴⁶ La servidumbre es positiva si impone al dueño del predio sirviente una obligación de dejar hacer o negativa si impone la prohibición de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito.⁴⁷ Todo propietario puede someter su predio a las servidumbres que quiera, y adquirirlas sobre los predios vecinos, con la voluntad de sus dueños, con tal de que no se dañe con ellas el orden público, ni se contravenga a las leyes.⁴⁸

Luego de estas consideraciones iniciales, un ejemplo es oportuno para comprender cómo una servidumbre puede ser una solución a un conflicto recíproco al cual le es aplicable el teorema de Coase. Así, se presume que un agricultor A, propietario del terreno X, desea asegurarse de que B, su vecino, no construya una fábrica en el terreno Y. Se presume también que las normas ambientales, urbanísticas y de ordenamiento territorial permiten la construcción de esta fábrica. B, a cambio de un pago de dinero, podría aceptar la constitución de una servidumbre

⁴⁵ V. Demsetz (1966).

⁴⁶ V. Código Civil, Art. 879.

⁴⁷ Aunque excepcionalmente, la servidumbre positiva impone al dueño del predio sirviente la obligación de hacer algo. Cfr. Código Civil, Art. 882.

⁴⁸ V. Código Civil, Art. 937.

que beneficie al predio dominante X y con base en la cual no sea posible construir una fábrica en el predio sirviente Y.

En forma más general, la constitución de una servidumbre voluntaria, como solución al problema del costo social, tiene los siguientes beneficios⁴⁹:

- (i) La servidumbre, mientras esté vigente, restringe la actividad del propietario actual y de los propietarios futuros del predio sirviente; por el contrario, un contrato entre A, agricultor, y B, industrial, mediante el cual este último se obligue a no construir una fábrica solo tendría efectos inter partes;
- (ii) La servidumbre se constituye en un documento público que se registra en un certificado de tradición y libertad, que también es público. Esto permite que los futuros propietarios del predio sirviente y dominante conozcan los beneficios o restricciones existentes, lo cual se verá reflejado en los precios de adquisición. Volvamos al ejemplo en el cual B constituyó una servidumbre sobre su terreno Y en favor del terreno X, propiedad de A. C, comprador del predio X, ofrecerá un precio que incluye el beneficio de la servidumbre, con lo cual A podrá recuperar al menos parte de lo que había pagado por este derecho real. A su vez, D, posible adquirente del predio Y, ofrecerá un precio inferior al de un terreno similar sin servidumbre, con lo cual se evita que B, quien había recibido un dinero a cambio de otorgar la servidumbre, sea compensado dos veces por ello;
- (iii) Las servidumbres voluntarias permiten una asignación eficiente de los derechos de propiedad. Supóngase que una persona quiere adquirir una casa bajo la condición de que en el lote aledaño no sea construida una estación de gasolina, un local que genere mu-

⁴⁹ Algunos de estos beneficios también están presentes en la tercera opción, que se describe infra.

cho ruido o un edificio que bloquee la vista (por citar solo algunos ejemplos). Si no existiesen las servidumbres, esta persona, para lograr su objetivo, tendría que comprar no solo la casa sino también el lote adyacente, lo que implicaría una sobreinversión. Si la expectativa de esta sobreinversión lleva a la persona a no adquirir la casa, a pesar de ser ese su deseo, se presenta una subinversión; en cambio, la adquisición de un derecho desmembrado sobre el lote (servidumbre) y no del derecho de dominio permite lograr el mismo objetivo, con el ahorro de un dinero que se puede destinar a otros propósitos de producción o consumo⁵⁰;

- (iv) La constitución de una servidumbre revela las preferencias de los propietarios del predio dominante y del predio sirviente. Quien valora mucho un derecho que no tiene está dispuesto a pagar una alta suma de dinero por él; viceversa, quien valora poco un derecho que tiene está dispuesto a cederlo por un precio bajo. Por ejemplo, una persona que valora mucho el silencio estará dispuesta a pagar una cantidad alta de dinero a cambio de una servidumbre según la cual el predio vecino no pueda destinarse a actividades ruidosas. Esta misma persona estará dispuesta a constituir una servidumbre, a cambio de una suma baja de dinero, en virtud de la cual no sea posible realizar una actividad ruidosa en su predio. De manera similar, una persona que valora poco un aire limpio estará dispuesto a aceptar, por una pequeña cantidad de dinero y mediante una servidumbre, que su vecino lleve a cabo una actividad económica contaminante (*e.g.*, un criadero de cerdos o de pollos que genere olores fétidos). En sentido contrario, una persona poco interesada en el cuidado del medio ambiente solo aceptará obligarse a llevar a cabo un proceso productivo más limpio por una cantidad grande de dinero.

Una tercera opción es la reasignación de los derechos mediante un contrato por medio del cual una persona se obliga, a cambio de dinero, a

⁵⁰ V. Korngold (2009).

no realizar una actividad que genera un perjuicio a su vecino (*e.g.*, no hacer ruido) o a tolerar otra actividad (*e.g.*, que el vecino contamine). Así, en el ejemplo inicial de este artículo, el agricultor puede permitir que la fábrica continúe en operación si esta le paga un dinero mayor que la pérdida de ingresos que aquel sufre por la contaminación o por tener que trasladar su cultivo. En forma opuesta, el agricultor puede pagarle a la fábrica para que esta reduzca su contaminación (es decir, el agricultor asume los costos de que el proceso productivo sea menos contaminante).

En una negociación de este tipo, llamada “coasiana”⁵¹, al menos cuatro escenarios pueden presentarse, los cuales se explican con base en el derecho a contaminar o en su opuesto, el derecho a no ser contaminado⁵²:

- (i) La empresa A no puede contaminar, y aunque su vecino, la empresa B, esté dispuesto a vender su derecho a no ser contaminado, la ley o los jueces no permiten ninguna transacción.⁵³
- (ii) La empresa A no puede contaminar a menos que su vecino, la empresa B, lo permita. No sobra mencionar que si no existe una sola empresa B, sino muchas empresas (B1, B2, B3, etc.), los costos de transacción de una posible negociación serán muy altos.
- (iii) La empresa A puede contaminar pero debe compensar a la empresa B por los perjuicios causados. La posibilidad que tiene la empresa A es protegida por un derecho de propiedad, pero la empresa B está protegida por el derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

⁵¹ V. Simpson (1996).

⁵² La utilización frecuente de la contaminación, o de una de sus formas, el ruido, como ejemplo frecuente en este artículo no implica que no puedan presentarse otros usos conflictivos de terrenos contiguos o vecinos. Cfr. Calabresi y Melamed (1972).

⁵³ El caso contrario es teóricamente posible, aunque en la práctica es muy difícil su ocurrencia. Este caso implicaría que la ley o un juez prohíban a una fábrica negociar o vender su derecho a contaminar. Cfr. Calabresi y Melamed (1972).

(iv) La empresa A tiene el derecho de contaminación, a menos que la empresa B negocie y adquiera el derecho a no ser contaminado. En este caso, a diferencia del anterior, el perjuicio económico sufrido por B no es reconocido por el derecho positivo y, por lo tanto, A no puede ser considerado civilmente responsable.

Finalmente, una cuarta opción, mencionada expresamente por Coase (1961), consiste en que las partes no hagan nada por solucionar su problema.

V. COMENTARIOS FINALES

Este artículo muestra cómo el teorema de Coase ha sido aplicado, aunque de manera inadvertida y sin referencias explícitas, en algunas sentencias de tutela de la Corte Constitucional, la cual ha facilitado las denominadas negociaciones coasianas postlitigio a través de la asignación de derechos a una de las partes en conflicto o a ambas.

Esta asignación de derechos por parte de la Corte Constitucional se ve estimulada debido a que la normativa vigente⁵⁴ regula las acciones de tutela de manera sencilla, expedita y sin necesidad de actuar por medio de abogado, lo cual permite a los ciudadanos el acceso a la justicia constitucional sin hacer grandes erogaciones. Si, por el contrario, los costos de un proceso de tutela fuesen superiores a los perjuicios sufridos, muchos ciudadanos no demandarían el reconocimiento de sus derechos fundamentales, lo cual impediría la asignación de derechos que hace posible la negociación entre partes vecinas en conflicto.

Además de asignar derechos que facilitan una negociación postlitigio, la Corte Constitucional ha aceptado, por lo menos en dos de los casos discutidos, y como lo propone Coase (1961), que la eficiencia debe ser un criterio orientador de sus decisiones.⁵⁵

⁵⁴ V. Constitución Política, Art. 86, y Decreto 2651 de 1992.

⁵⁵ V. Sentencias T-425 de 1995 y T-203 de 2010.

Con todo, reconocemos que la eficiencia, como criterio orientador de los fallos judiciales, tiene límites. En efecto, este criterio no debe conllevar el desconocimiento de razones distributivas o de justicia ni tampoco hacer olvidar que no todos los derechos pueden o deben transarse en un mercado. Así como no tiene sentido que un invitado a una fiesta ofrezca dinero a su anfitrión por la vajilla en la cual se sirve la comida o por los cuadros que decoran la sala⁵⁶, tampoco es razonable pensar que una empresa o persona pueda comprar un derecho (*e.g.*, a contaminar o a generar ruido) que generará graves problemas de salud o incluso la muerte a su vecino de avanzada edad. La propia Corte Constitucional ha resaltado lo anterior al afirmar que

El interés público o social no puede lograrse a costa del desconocimiento de derechos fundamentales. En el modelo que propone la Constitución que nos rige, el Estado sólo puede buscar el bien común dentro de la garantía de los derechos fundamentales.⁵⁷

Empero, la eficiencia debe ser un factor primordial cuando las razones de distribución o de justicia hacen indiferente la asignación de un derecho a una u otra de las partes o, en caso de no existir indiferencia, cuando tales razones implican una gran erogación para el Estado, la cual deberá ser asumida por todos los contribuyentes, que podrán ver menoscabados sus derechos fundamentales.⁵⁸ Es decir, bajo el criterio de eficiencia, el límite de los derechos de una persona podría ser la excesiva erogación que su cumplimiento implique para otras personas y para la sociedad en general. Esta erogación es la que Ronald Coase denominó “el problema del costo social”.

Es en estas situaciones en las que, y en algunos de los casos analizados, la Corte Constitucional no ha considerado a la eficiencia como un

⁵⁶ V. Simpson (1996), quien menciona el ejemplo de la vajilla y los cuadros.

⁵⁷ V. Sentencia T-381 de 2009.

⁵⁸ En este contexto, es de buen recibo el reciente Acto Legislativo 03 del 1° de julio del 2011, por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal.

factor relevante de sus decisiones.⁵⁹ Por ejemplo, la Corte se preocupa, con razón, por el derecho a no ser contaminado⁶⁰ o por el derecho a la tranquilidad, pero olvida que también deben existir, en proporción a su costo-beneficio, los derechos al ruido o a contaminar, que son inherentes a muchas actividades económicas que generan bienestar.⁶¹

REFERENCIAS

- Asafar-Adjaye, J. (2000). *Environmental Economics for Non-Economist*. Singapore: World Scientific..
- Calabresi, G. & Melamed, D. (1972). Property Rules, and Inalienability: One view of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85 (6), 1.089-1128.
- Callies, D. (2009). Village of Euclid v. Ambler Realty Co. In Korngold, G. & Morris, A. P. (Eds.), *Property Stories* (2ª ed.) (pp. 400-424). Foundation Press.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coase, R. (2000). El Problema del Costo Social. Traducción de William Breit y Harold M. Mochman. En Roemer, A. (Ed.), *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 512-557). Fondo de Cultura Económica.
- Demsetz, H. (1966). Some Aspects of Property Rights. *Journal of Law and Economics*, 9, 61-70.
- Demsetz, H. (1967). Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, 57 (2), 347-359.
- Korngold, G. (2009). Sanborn v. McLean: A Strange Tale of Inquiry Notice and Implied Burdens. In Korngold, G. & Morris, A. P. (Eds.), *Property Stories* (2ª ed.) (pp. 241-264). Foundation Press.
- Morris, A. P. (32009). Cattle vs. Retirees: Sun City and the Battle of *Spur Industries v. Del E. Webb Development Co.* In Korngold, G. & Morris, A.P. (Eds.), *Property Stories* (2ª ed.) (pp. 337-378). Foundation Press.
- Roemer, A. (2000) *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica.

⁵⁹ V. Sentencias T-203 y T-360 de 2010.

⁶⁰ V. Sentencia T-356 de 2010, en la cual la Corte Constitucional ordena a la Alcaldía de Girón (Santander) evaluar la viabilidad de reubicación y reinstalación de una fábrica, la cual solo podrá operar de manera que no genere contaminación ambiental. Este es un caso en el cual el derecho se fija en un extremo, al prohibirse incluso una mínima contaminación que sería más que compensada por la producción de la fábrica que se instale.

⁶¹ Aunque podría decirse que el derecho a hacer ruido ha sido reconocido de manera indirecta por medio del reconocimiento de derechos como los de libertad de empresa y de cultos.

- Simpson, A.W. B. (1996). The Story of *Sturges v. Bridgman*: The Resolution of Land Use Disputes Between Neighbors. *Journal of Legal Studies*, 25.
- Schmidtchen, D. & Koboldt, Ch. *et al.* (2007). *The Internalization of External Costs in Transport: From the Polluter Pays to the Cheapest Cost Avoider Principle*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1069622>.
- Stordeur, E. & Ramos Mejía, J. F. (2005). Una lectura hayekiana de Coase. *Revista Libertas*, 42. Instituto Universitario ESEADE (www.eseade.edu.ar).
- Williamson, O. (1985). *The Economic Institutions of the Capitalism*. Free Press.

Sentencias de la Corte Constitucional

- T-360 de 2010 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla), T-203 de 2010 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla), T-381 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1047 de 2008 (M.P.: Mauricio González Cuervo), T-1270 de 2005 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa), C-671 de 2001 (M.P.: Jaime Araújo Rentería), T-425 de 1995 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-460 de 1996 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), T-028 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa).