



El oportunismo contractual en su consideración de incumplimiento contractual doloso agravado

Teresa Rodríguez Cachón

*Doctora en Derecho.
Profesora en el Departamento de Derecho Privado.
Área de Derecho Civil.
Universidad de Burgos*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Francisco Gil Durán, doña María José Morillas Jarillo, don José María Segovia Cañadas, don Antonio Serrano Acitores y don Mariano Yzquierdo Tolsada.

Extracto

La visión que el ordenamiento jurídico español adopta del fenómeno contractual es tributaria de nuestra larga tradición ligada al literalismo en la interpretación del contrato. Bajo esta perspectiva, apenas cabe realizar consideraciones sobre elementos de tipo subjetivo que circundan toda relación contractual. Este déficit impide que, en virtud de previsión expresa alguna, podamos detectar y correlativamente sancionar el oportunismo contractual.

El oportunismo contractual, carente de mención alguna en el ordenamiento jurídico español, supone, además de un incumplimiento contractual doloso, el aprovechamiento en beneficio propio de información obtenida en virtud de la celebración de un contrato. Las herramientas que la nueva economía institucional ofrece para el análisis del fenómeno contractual, a través del marco teórico de la economía de los costes de transacción, son capaces de arrojar luz sobre este vacío normativo gracias a su poder para tomar en expresa consideración ciertos elementos informativos que rodean toda relación contractual y que son de extraordinaria importancia en la determinación de la justicia del resultado del contrato.

La economía de los costes de transacción es una teoría interdisciplinar que combina el Derecho, la Economía y la teoría de la organización, que pone el acento en explicar que la existencia del fenómeno contractual se debe a la necesidad de articular mecanismos que establezcan determinados incentivos para producir e intercambiar información entre las partes interesadas en llevar a cabo una transacción. Esta perspectiva de análisis se presenta, por tanto, como ineludible a fin de dotar a nuestro Derecho de contratos de capacidad para evitar resultados contractuales contrarios a las exigencias de justicia.

Palabras clave: costes de transacción; oportunismo contractual; incumplimiento de contrato; dolo contractual.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

Cómo citar: Rodríguez Cachón, T. (2019). El oportunismo contractual en su consideración de incumplimiento contractual doloso agravado. *Revista CEFLegal*, 222, 43-76.





Opportunistic behaviour as aggravated intentional breach of contract

Teresa Rodríguez Cachón

Abstract

Spanish legal system's view of contractual phenomenon is closely linked to literalism regarding contract interpretation, which has a long tradition in civil law counties. Due to this situation, it is scarcely possible to put into the firing line of the legal debate any consideration in relation to subjective elements that surround all contractual relationship. This deficit prevents that we can detect and correlatively sanction opportunistic behavior by virtue of any express provision.

Lacking any mention in the Spanish legal system, opportunistic behavior supposes the use of information obtained after the conclusion of a contract for personal benefit, in addition to an intentional breach of contract. New institutional economy tools, primarily through economics of transaction costs, have the potential to shed light on this legal vacuum thanks to their power to take into consideration certain informational elements that surround all contractual relationship, which are of extraordinary importance for contractual consequences regarding social justice.

Economics of transaction costs is an interdisciplinary theory that combines Law, Economics and theory of organization. It accentuates the importance of understanding that the existence of contractual phenomenon is due to the need to establish incentive mechanisms for information exchange between contractual parties. This analysis perspective is, therefore, indispensable in order to endow our contract Law with capacity to avoid contractual results contrary to social justice demands.

Keywords: transaction costs; opportunistic behaviour; breach of contract; wilful intent.

Citation: Rodríguez Cachón, T. (2019). El oportunismo contractual en su consideración de incumplimiento contractual doloso agravado. *Revista CEFLegal*, 222, 43-76.



Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
2. Contextualización de la economía de los costes de transacción
 - 2.1. El nacimiento de la economía de los costes de transacción
 - 2.2. El centro de todo el análisis: los costes de transacción
3. Comportamiento oportunista de los operadores económicos
 - 3.1. Concepto de comportamiento oportunista
 - 3.2. Delimitación del comportamiento oportunista frente a otros conceptos afines en el ámbito del Derecho de contratos
 - 3.2.1. Delimitación del comportamiento oportunista frente al dolo como vicio del consentimiento
 - 3.2.2. Delimitación del comportamiento oportunista frente al incumplimiento contractual
 - 3.2.3. La transferencia de riqueza como elemento que convierte un incumplimiento contractual doloso en oportunismo contractual
 - 3.2.3.1. Delimitación del objeto analizado
 - 3.2.3.2. Análisis de la cuestión
 - 3.2.4. Delimitación frente al enriquecimiento injusto
 - 3.3. Pertinencia de la expresa consideración del comportamiento oportunista en el ámbito contractual
4. Relevancia económica del principio de la buena fe como mecanismo sancionador del oportunismo contractual

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento de la cuestión

La especialidad del Derecho como disciplina científica ha originado que durante mucho tiempo los juristas hayamos considerado que la investigación en nuestro campo solo podía ser abordada desde una posición dogmática autónoma y autárquica. Sin embargo, en estos momentos constituye *opinio iuris* la necesidad de explotar al máximo los beneficios que se derivan de toda «simbiosis científica» a través del aprovechamiento de las posibilidades que para la ciencia jurídica supone el estrechamiento de lazos con el resto de las ciencias sociales, especialmente con la Economía, aunque también con la Filosofía¹, la Teoría Literaria², la Psicología, la Biología o la Antropología³, entre otras. Estaremos así en disposición de caminar hacia la eficiencia en las soluciones ofrecidas por el Derecho, al menos, de mayor eficacia.

Esta es la perspectiva adoptada en el presente trabajo. Nos sumergiremos en la corriente neoinstitucionalista del *law and economics*, a través del marco teórico de la economía de los costes de transacción (*transaction cost economics*, en adelante, TCE)⁴, con el objetivo

¹ La relación entre Derecho y Filosofía representa una de las combinaciones científicas más arraigadas en nuestra tradición jurídica desde el momento en que la gran parte de planes académicos de los estudios de Derecho contienen asignaturas que relacionan ambas disciplinas.

² El movimiento Derecho y Literatura (*Law and Literature studies*) es una corriente teórica nacida en la academia norteamericana durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX como reacción tanto al positivismo jurídico imperante en la época como a la creciente conciencia de la inoperancia de la concepción del Derecho como ciencia autónoma y autárquica.

³ La antropología jurídica es una rama de la antropología social o cultural, desarrollada durante los siglos XIX y XX, que trata de aplicar los conceptos de la antropología cultural al estudio del Derecho. La fuerte relación teleológica de la antropología y el Derecho, tratando ambas de investigar la convivencia humana y los problemas que de ella se derivan, hace que el estudio conjunto de ambas disciplinas resulte especialmente fructífero como modo de examinar la aplicabilidad de las normas jurídicas a diferentes estructuras organizativas humanas.

⁴ Gran parte de la literatura examinada en el presente trabajo pertenece a la tradición del *common law* o, incluso aquella adscrita a la tradición jurídica del viejo continente, ha sido redactada en inglés. A pesar

de poner de relieve la importancia que tiene para la facilitación del tráfico jurídico la toma en consideración de ciertos elementos informativos que circundan toda relación contractual. Estos elementos, de carácter etéreo y subjetivo, son obviados por el Derecho de contratos debido a la dificultad –o incluso imposibilidad– de formulación de previsiones legales al respecto, de modo que el concurso de la economía se torna imprescindible a fin de ofrecer herramientas jurídicas que alcancen a capturar la esencia de tales elementos informativos. Gracias al auxilio prestado por la ciencia económica, logramos poner de relieve la necesidad de que, ante la celebración de un contrato, todo agente económico tome en consideración, además de las previsiones legales oportunas, ciertos elementos informativos que rodean la relación que mediante tal contrato pretende articular.

No obstante esta afirmación respecto de nuestra adscripción al movimiento *Law and Economics*, entendemos que resulta pertinente matizar a cuál de todas sus ramas nos adherimos. La presente investigación encuentra cobijo de una forma más precisa en la rama del *Law and Economics* denominada análisis económico del Derecho (*economic analysis of the Law*, en adelante, AED). Siguiendo al propio Coase (1996, pp. 103-104), dado que nuestro trabajo trata de arrojar luz sobre ciertos aspectos del sistema legal a través del uso de herramientas y conceptos propios de la ciencia económica, el AED es la rama del *Law and Economics* en la que de forma más precisa encaja nuestro estudio.

Como premisa de partida, hemos de tener presente que el sistema institucional en el que se desenvuelve toda relación contractual es el resultado de la asociación de normas formales –normas jurídicas propiamente dichas– y de mecanismos o normas informales –costumbres (no jurídicas), usos sociales o convenciones, y muy modernamente instrumentos propios del *soft law* en su consideración de «normas redactadas por los propios interesados» cuyas relaciones pretenden ser reguladas. Desde la perspectiva de la nueva economía institucional (*new institutional economics*), es este sistema institucional el que delimita la estructura de incentivos de toda sociedad, estructura de la que dependen los costes de la celebración de intercambios, esto es, los costes de transacción. Por tanto, a fin de facilitar el tráfico jurídico gracias a la reducción de los costes de transacción, deberemos actuar no solo sobre las normas jurídicas propiamente dichas, sino también sobre los mecanismos informales que inciden sobre ellos⁵.

de ello, trataremos de usar términos en español en la medida de lo posible pero, a fin de evitar confusiones terminológicas, anotaremos la traducción al inglés de los mismos. En cuanto al uso de siglas, utilizaremos aquellas más extendidas, sean en español o en inglés.

⁵ La sociología económica ofrece una interesantísima definición de institución en relación con nuestro planteamiento de estudio. Para esta rama de la sociología, una institución es un sistema dominante de elementos formales e informales interrelacionados –costumbres, creencias compartidas, normas– hacia el que los actores orientan sus acciones a la búsqueda de la consecución de sus propios intereses (Nee y Swedberg, 2005, pp. 797-798). De tal modo, podemos afirmar que para que un cambio institucional tenga verdaderos efectos positivos en la facilitación de intercambios, esto es, para que en una sociedad

Esta es la principal aportación que sobre esta cuestión ofrece la nueva economía institucional a la ciencia jurídica, la acentuación de la relevancia de los mecanismos informales de reducción de los costes de transacción, relevancia que se deriva de su capacidad para captar sutilezas informativas que, *per se*, a las normas jurídicas se les escapa.

2. Contextualización de la economía de los costes de transacción

2.1. El nacimiento de la economía de los costes de transacción

La TCE es una teoría interdisciplinar que pone el acento en la importancia de comprender que la existencia del fenómeno contractual se debe a la necesidad de articular mecanismos que establezcan determinados incentivos y que fomenten la producción e intercambio de información entre las partes que tienen intención de llevar a cabo un intercambio. Mediante la adopción de un enfoque contractual, la TCE trata de analizar los motivos que subyacen a la existencia de diferentes formas de organización de la actividad económica, también denominadas estructuras de gobierno (Williamson, 1989, p. 136). Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta última expresión hace referencia a los diversos modos de articular las relaciones comerciales entre personas, esto es, a los diversos tipos y cláusulas contractuales, cuya existencia en cada caso responde a diferentes necesidades del tráfico económico (Mercurio y Medema, 1997, p. 147).

Este análisis se basa en la importancia que para la organización de la actividad económica tiene el estudio de los costes que se derivan del perfeccionamiento de contratos, esto es, de los costes de transacción⁶. De este modo, la transacción se convierte en la unidad básica del análisis económico (Paz-Ares Rodríguez, 1994, pp. 85-86).

La proposición de la que parte la TCE y de la que se derivan implicaciones refutables es la siguiente: se debe asignar a cada transacción una estructura de gobierno en un modo

se produzca un cambio que ayude a la reducción de los costes de transacción (conceptualizados más adelante) de la celebración de contratos, se precisa de algo más que de la simple reformulación de normas formales (normas legales escritas): se precisa de la realineación de intereses, creencias y poderes entre todos los implicados.

⁶ Resulta evidente que los costes de transacción son un elemento consustancial al funcionamiento real de toda sociedad humana. Por tanto, la descripción de la realidad, así como la formulación de evaluaciones y propuestas de modificación, no pueden echarlos en el olvido (Gómez Pomar, 1998, p. 1.057).

Afirma Coase (1988, p. 13) que sin el concepto de costes de transacción, es imposible entender el funcionamiento del sistema económico, analizar sus problemas provechosamente o tener base para elaborar decisiones.

diferenciado, con el fin de reducir al máximo los costes de transacción en cada caso (Williamson, 1989, p. 136)⁷.

2.2. El centro de todo el análisis: los costes de transacción

Tras los primeros estadios de construcción doctrinal de la TCE⁸, algunos economistas –de entre los que seguiremos a Dahlman– realizan un análisis estructurado de los costes de transacción que, bajo la genérica denominación de *costs of the price mechanism*, Coase lista en la década de los sesenta del siglo XX, dando lugar a la sistematización de los mismos en tres categorías atendiendo a la fase del proceso de intercambio en que se manifiestan. En la primera fase de todo proceso de contratación nos encontramos con costes de investigación e información, aquellos en que se incurre durante la búsqueda de agentes económicos con quienes contratar y en la averiguación de si resulta o no beneficioso contratar. Si esta búsqueda es fructífera, ambas partes deben informar a la otra sobre las opciones de intercambio que existen. Posteriormente, en la segunda fase nos encontramos ante costes de negociación y decisión, que se derivan del juego de la oferta y la aceptación contractuales y de la propia redacción del contrato. Por último, tras el perfeccionamiento del contrato, esto es, en la tercera fase de todo proceso de contratación, nos encontramos con costes de transacción denominados de vigilancia y ejecución, consistentes en asegurar que la otra parte cumple con sus obligaciones contractuales y que lo hace en los términos convenidos. En este último tipo de coste debemos incluir los que, en su caso, se deriven de la exigencia forzosa de cumplimiento del contrato (Dahlman, 1979, pp. 147-148)⁹.

⁷ Esta afirmación encierra un nivel de análisis microanalítico de mayor profundidad del habitual en la ortodoxia económica, pues, si bien precios y cantidades eran consideradas las principales –cuando no las únicas– variables relevantes en el análisis económico bajo el paradigma dominante de la teoría de precios, la TCE pone el acento en el análisis de las características de las transacciones económicas más allá del precio o de la cantidad asociados a cada transacción (Coase, 1972, p. 64 y Williamson, 1989, p. 142).

⁸ Coase, a quien se atribuye la paternidad del concepto de coste de transacción a pesar de que nunca llegara a definirlo ni a utilizar este término (Allen, 2000, pp. 895-896), lista, a modo de enumeración no cerrada, una serie de costes (*the costs of the price mechanism*) en los que indefectiblemente se incurre al llevar a cabo una transacción de mercado: descubrir quién es la persona con la que deseamos contratar, informar a la otra parte sobre nuestro deseo de contratar y en qué términos, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar el contrato en sí mismo, establecer una estructura de control de las respectivas prestaciones que recaen sobre cada parte, etc.

En este primer momento, los costes de transacción eran denominados como «el coste de usar el mecanismo de los precios» o «el coste de llevar a cabo una transacción mediante intercambio en el mercado» (Coase, 1998, p. 72). Con frecuencia –continúa afirmando Coase–, estas operaciones son extremadamente costosas, en ocasiones hasta tal nivel que complican e incluso impiden que se concreten ciertas transacciones económicas que tendrían lugar en el contexto de un hipotético sistema de precios sin coste (Coase, 1960, p. 7).

⁹ Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no resulta difícil colegir que los dos primeros tipos de costes de transacción, los de investigación e información y los de negociación y decisión, se corresponden

Además de delimitar el momento del *iter* contractual en el que se producen, resulta igualmente necesario definir y acotar el concepto de coste de transacción. Existen principalmente dos definiciones de tal concepto que se corresponden con los dos enfoques corrientes dentro de la TCE: el enfoque de los derechos de propiedad (*the property right approach*) y el enfoque neoclásico (*the neoclassical approach*). Bajo el primero de estos enfoques –cuya paternidad es convencionalmente atribuida a Williamson–, a pesar de que sus partidarios raramente los definen, sino que confían mayoritariamente en ejemplos, los costes de transacción son definidos como los relativos al establecimiento y al mantenimiento de los derechos de propiedad. De tal modo, queda incluido en el concepto de coste de transacción cualquier coste directo y cualquier ineficiencia en la producción o mala asignación de los recursos.

Por su parte, el enfoque neoclásico, que nace de las aportaciones de Hicks y Coase durante los años treinta del siglo XX, define los costes de transacción como los resultantes de la transferencia de derechos de propiedad (Allen, 2000, pp. 893-913).

La diferencia más relevante entre las dos nociones del concepto de costes de transacción está relacionada con la amplitud que convencionalmente se da al propio término costes de transacción. Bajo el enfoque de los derechos de propiedad, el concepto de coste de transacción no coincide exactamente con el ámbito de los contratos en tanto en cuanto expresión jurídica de un acuerdo o transacción económica, sino que es, ciertamente, más amplio. Engloba todo coste de llevar a cabo transacciones de mercado, esto es, todo coste de funcionamiento del sistema económico (costes sociales), entre los que se incluyen aquellos a los que directamente han de hacer frente las partes implicadas en la transacción (costes privados) y los que la propia transacción impone a terceras partes¹⁰. Por tanto, bajo este enfoque, los costes de transacción están presentes no solo en relación con ámbitos contractuales propiamente dichos, sino que se manifiestan en todos los sectores de decisión

con los ligados a la celebración del contrato, mientras que el último tipo, los de vigilancia y ejecución, se corresponden con la ejecución del mismo.

¹⁰ Tomamos estas matizaciones respecto de los conceptos de costes sociales y costes privados de Paz-Ares Rodríguez (1994, p. 74).

En el mismo sentido se expresan Mercurio y Medema (1997, p. 136). Realizan una oportuna matización en relación con los tipos de costes que toda transacción comercial ha de soportar. Apuntan que toda transacción es, eminentemente, costosa, pero su coste no solo recae sobre los operadores intervinientes en la misma, sino que también es soportado por la sociedad/Estado. Por tanto, los agentes intervinientes en cualquier transacción no son capaces de considerar, de ordinario, todos los costes derivados de su intercambio, al tiempo que los costes de información impiden al Estado conocer con certeza el nivel de cumplimiento forzoso eficiente que debiera ejercitar sobre sus ciudadanos. De esta forma, las ganancias netas derivadas de cualquier intercambio las constituyen las ganancias tradicionalmente consideradas por la economía neoclásica, menos los costes de medición y –eventualmente– de ejecución forzosa por parte del Estado (a los que, en puridad, deberíamos añadir los costes derivados de la imperfección conatural de las actividades de medición y ejecución forzosa estatales).

sobre la organización económica; a saber, estructura interna de la empresa, planificación y regulación de la economía pública, etc. (Gómez Pomar, 1998, pp. 1.051-1.052)¹¹.

Por el contrario, para el enfoque neoclásico los costes de funcionamiento interno de los agentes económicos no alcanzan la consideración de costes de transacción. En este caso, los costes de transacción son aquellos que se producen exclusivamente en los intercambios de mercado. Para este enfoque, por tanto, al obviar tanto los costes que todo intercambio impone a terceros como los ocasionados en el interior de la estructura organizativa de cada agente económico, una hipotética economía compuesta por una sola empresa o una economía completamente centralizada constituirían dos ejemplos de economías sin costes de transacción (Allen, 2000, p. 902).

Entendemos que el enfoque de los derechos de propiedad, además de ser el adoptado de forma mayoritaria por la doctrina, capta de forma más global la relevancia de la toma en consideración de los costes que se derivan de la celebración de todo intercambio. Sin embargo, toda vez que el objetivo que nos proponemos descansa en resaltar la relevancia de la toma en consideración de ciertos elementos informativos que circundan toda relación contractual, el Derecho contractual tan solo está llamado a regular esta cuestión en relación con intercambios de mercado celebrados entre agentes sin lazos estructurales. Ante la presencia de intercambios entre agentes independientes pero unidos por algún tipo de lazo estructural¹², la regulación de la información circundante a cada intercambio –y en su caso, la sanción por su uso indebido– corresponde a la gestión interna del instrumento jurídico que articula dicha unión estructural.

¹¹ A pesar de la existencia de diversos enfoques, a nivel académico la conceptualización de los costes de transacción no resulta controvertida. Pero donde sí encontramos problemas de gran envergadura es en relación con su medición (Furubotn y Richter, 1991, pp. 620-621). No obstante, independientemente de las dudas que surjan en cuanto a su cálculo, los costes de transacción tienen un gran valor heurístico. De hecho, este concepto es crucial en cualquier interpretación aceptable sobre cómo funciona la economía de libre mercado en la actualidad, de tal modo que para comprender la veracidad de esta afirmación, basta con considerar si realmente cabe imaginar la existencia de un mundo sin costes de transacción (a *frictionless world*).

¹² Un claro ejemplo de la situación a la que nos referimos relativa a agentes independientes pero unidos por algún tipo de lazo estructural es el que se crea en virtud del denominado contrato de integración, regulado por la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. El artículo 5 g) define contrato de integración como «aquella modalidad de contrato alimentario en el que una de las partes, denominada integrador, se obliga frente a la otra parte, denominado integrado, a proporcionar todos o parte de los productos, materias primas e insumos necesarios para la producción objeto del contrato, así como, en su caso, a ejercer la dirección técnica y a hacerse cargo de la producción al concluir el ciclo productivo. Por su parte, el integrado se obliga frente al integrador, a aportar los terrenos, los espacios y las instalaciones, así como los medios y servicios complementarios que resulten necesarios para completar la producción y una vez obtenida esta, a su entrega al integrador».



Por tanto, dado nuestro objeto de estudio, tanto los costes internos de gestión de la información que circula entre eventuales agentes unidos estructuralmente como los costes que cada transacción impone a terceros resultan irrelevantes. Y, de tal modo, a pesar de la relevancia conceptual de la distinción entre ambos enfoques de la TCE, a efectos prácticos, en el presente estudio resulta igualmente irrelevante el enfoque de la TCE que adoptemos.

3. Comportamiento oportunista de los operadores económicos

Para la TCE, los costes de transacción derivan de la existencia de fallos en el funcionamiento del mercado. Estos fallos son las asimetrías informativas presentes en todo proceso de contratación (muy relacionadas con las diferencias de poder contractual), el oportunismo contractual de los agentes económicos y la capacidad racional limitada de los seres humanos¹³. En ausencia de estos factores, desde el punto de vista económico, todos los problemas contractuales resultarían triviales (Furubotn y Richter, 1991, p. 615).

En lo sucesivo, nos centraremos en el examen del concepto de oportunismo contractual de los agentes económicos, en deslindarlo de otros conceptos afines estudiados por nuestro Derecho de contratos y en mostrar la pertinencia de su expresa consideración en el ámbito contractual a fin de reducir los costes de transacción a él asociados.

3.1. Concepto de comportamiento oportunista

El principal postulado acerca del comportamiento humano de la TCE versa sobre la concepción del ser humano como maximizador racional de su utilidad e interesado en sí mismo, esto es, como alguien guiado por la satisfacción al máximo de su propio interés. Esta consideración no se circunscribe a ámbitos netamente económicos, sino que abarca todas las áreas de la vida, puesto que gran parte de las cuestiones reguladas por el Derecho derivan de comportamientos no regulados por mercados o, al menos, no por mercados explícitos.

Esta visión del ser humano, lejos de ser entendida en un sentido absoluto, pretende tan solo resaltar nuestra capacidad de ordenar preferencias y de optar por la que más nos satisfaga a modo de razonamiento instrumental para abordar la vida. Ello no supone una necesaria conciencia plena en la toma de decisiones, pues muchas de ellas son tomadas de forma intuitiva.

La aceptación de la existencia de asimetrías informativas en los procesos contractuales, unida a la condición humana que guía a los agentes económicos hacia la búsqueda de

¹³ Para obtener una perspectiva a vista de pájaro del concepto de racionalidad limitada y su aplicación al Derecho de contratos, véase Williamson (1979 y 2007).

la satisfacción máxima de su propio interés, es la situación de la que derivan problemas relacionados con comportamientos oportunistas. Esto es, dado que el modelo de hombre económico que estamos aplicando supone que el ser humano siempre tiende a buscar la alternativa que maximice su satisfacción, el hecho de que la información de la que se dispone en el mercado no sea ni perfecta ni esté homogéneamente distribuida supone el caldo de cultivo perfecto para que, potencialmente, cada parte incumpla con sus obligaciones contractuales cuando este incumplimiento redunde en su propio beneficio. Este concepto de oportunismo contractual, propio de situaciones que presentan simultáneamente autointerés y limitaciones informativas, es definido por Williamson (1979, p. 234, notas 3 y 5) como una búsqueda del propio interés realizado con artimañas, que lleva a las partes más allá de donde les llevaría una conducta autointeresada¹⁴.

En definitiva, si consideramos que todo contratante es racional (posee preferencias estables y bien definidas y es capaz de ordenarlas según la satisfacción que le reporten) y, al tiempo, maximizador de su utilidad (pues opta por la opción que más le satisface tomando en consideración tan solo cuestiones relativas al autointerés), en ausencia de mecanismos (legales, convencionales o de cualquier otro tipo) que modifiquen sus incentivos, se hará valer de las asimetrías informativas existentes en el mercado para sacar el máximo provecho para sí mismo de la celebración de todo contrato. Es decir, se comportará de forma oportunista¹⁵. De este modo, el contratante oportunista tratará de hacer suyas las ganancias no

¹⁴ El autor usa el vocablo *guile*, que, además de como artimañas, puede ser también traducido como fraude, astucia o estratagemas.

Ello no necesariamente implica que todos los agentes económicos deban ser considerados como sujetos oportunistas en igual grado, sino que es suficiente con que el comportamiento de aquellos que sean menos oportunistas que otros sea difícil de determinar *ex ante* y que, entre los menos oportunistas, la mayoría tengan un precio (Arruñada Sánchez, 1998, pp. 70-72).

¹⁵ A pesar de mantener en nuestro trabajo el postulado en grado absoluto relativo a la maximización racional de la utilidad esperada por parte de los agentes económicos, en el momento de desarrollo en el que se encuentra el AED resulta totalmente probada la necesidad de relativización de este postulado. Este es el punto de partida de una de las escuelas más importantes (y también más controvertidas) del AED: el análisis económico del Derecho conductista (*behavioral Law and Economics*).

La afirmación de la posibilidad de alcanzar la maximización racional de la utilidad se rompe ante la correlativa afirmación de la capacidad racional limitada de los seres humanos, realidad fáctica que nos lleva a cometer frecuentes equivocaciones a la hora de calcular la probabilidad de ocurrencia de un determinado suceso por las condiciones particulares del sujeto afectado o por la dificultad de obtener información adecuada (Cabrillo Rodríguez y Albert López-Ibor, 2011, p. 209). Y la extensión de teorías psicológicas del comportamiento económico, como los modelos desarrollados por Kahneman (premio Nobel de Economía en 2002) y por Thaler (mismo premio en el año 2017), han reforzado y reafirmado esta visión del comportamiento económico.

Un aspecto en el que se suele atacar la teoría tradicional de la maximización de la utilidad esperada es relativo a la búsqueda del propio interés. Paralelamente a la existencia de capacidad racional limitada, en la actualidad es comúnmente aceptado que la búsqueda del propio interés por parte de los agentes económicos es igualmente limitada, de tal modo que en la toma de decisiones no se considera en exclu-

asignadas en el contrato (McCabe, Smith y Chorvat, 2005, p. 80), especialmente en relación con intercambios cuyo perfeccionamiento y ejecución no son simultáneos.

Por tanto, todo contratante está incentivado para cumplir con sus obligaciones contractuales de acuerdo con los términos acordados únicamente en la medida en que ello le resulte beneficioso, es decir, siempre que ello redunde en la maximización de su propio interés. Para calcular si resulta o no beneficioso cumplir lo acordado, se debe considerar la cuantía de la sanción que en su caso pudiera ser impuesta por incumplimiento contractual ponderada por la probabilidad de ser descubierto en la comisión de tal incumplimiento (valor esperado de la sanción), y comparar ese valor con el beneficio privado que se podría obtener de la comisión de oportunismo contractual (Alfaro Águila-Real, 1996, pp. 144-145). Si el valor esperado de la sanción es menor que el beneficio privado derivado del oportunismo contractual, todo contratante incumplirá lo acordado. En suma, todo contratante

siva la consecución del propio interés, sino que también entran en juego criterios de equidad y justicia. Incluso, en ocasiones los agentes económicos se muestran dispuestos a ver empeorada su posición si, con ello, consiguen evitar que un tercero –que ha actuado, por ejemplo, de forma poco ética– consiga beneficios que consideran injustos (Cabrillo Rodríguez y Albert López-Ibor, 2011, pp. 210-209).

En el mismo sentido apunta gran parte del trabajo del flamante premio Nobel de Economía 2017, Richard Thaler. En su paradigmático artículo «Toward a positive theory of consumer choice» (1980), Thaler demuestra que la teoría económica del consumidor está basada en el modelo de hombre maximizador racional de su utilidad pero que, en determinadas circunstancias, los consumidores actúan de manera que resulta inconsistente con esta teoría económica. A pesar de centrar este estudio en el análisis del comportamiento del consumidor, sus conclusiones son extrapolables a la toma de decisiones de los seres humanos en cualquiera de sus roles, y no solo como consumidores.

Asimismo, la teoría de juegos del comportamiento, en la que se combinan planteamientos de la teoría de juegos clásica con nuevos factores explicativos de la conducta humana, ha estudiado ampliamente la cooperación como comportamiento social de los seres humanos. Ante cualquier dilema social, la cooperación requiere incurrir en un coste personal para beneficiar a los demás, aspecto en abierta contradicción con los postulados de la teoría de juegos clásica y del análisis económico del Derecho tradicional, que defienden que una persona perfectamente racional –es decir, un *Homo economicus*– nunca cooperará cuando se enfrente a un dilema social al suponerle ello una pérdida de utilidad personal. Sin embargo, en la realidad se observa que muchas personas o entes de muy diverso tipo están dispuestos a hacer sacrificios por un bien u objetivo común, por maximizar el beneficio conjunto (Jiménez, 2012, pp. 117-118).

Investigaciones llevadas a cabo a comienzos del siglo XXI sobre la teoría de juegos han logrado formular las condiciones favorables en las que una conducta racional egoísta y maximizadora de beneficios puede conducir a la cooperación: aquellas situaciones que se repiten indefinidamente en el tiempo, donde los agentes pueden plantearse cuál es la mejor estrategia a seguir para maximizar sus beneficios a largo plazo, y no depender en exclusiva de un planteamiento cortoplacista (Jiménez, 2012, p. 121). Bajo estas condiciones, la mejor estrategia consiste en iniciar el juego cooperando y mantener esta conducta siempre y cuando los demás operadores –jugadores en la jerga propia de la teoría de juegos– también lo hagan; en caso de observarse conductas en sentido contrario, lo racional es no volver a cooperar en el futuro.

No obstante todo lo dicho, en el plano teórico en el que se circunscribe el presente trabajo resulta útil mantener de forma absoluta el postulado relativo a la maximización racional de la utilidad esperada, pues sirve de modelo o referente a la hora de enjuiciar la adopción de medidas legislativas.

está incentivado para incumplir sus compromisos contractuales siempre que tal incumplimiento «merezca la pena»¹⁶.

Asimismo, todo agente económico ha de ser consciente de que no solo él mismo está incentivado para incumplir el contrato cuando este hecho redunde en beneficio propio, sino que también lo está la otra parte. Todo contratante puede, potencial y simultáneamente, tanto cometer como sufrir oportunismo contractual.

La importancia de incluir de forma explícita en nuestro análisis el oportunismo es debido a que este complica sustancialmente todo el proceso de contratación. La simple sospecha de futura comisión de comportamientos oportunistas –que, por definición, dada la condición

¹⁶ Bajo este planteamiento, subyace la idea de que incumplir el contrato siempre resulta socialmente ineficiente. Sin embargo, en ocasiones sucede que precisamente la opción contractual óptima es su incumplimiento, esto es, el incumplimiento contractual (bajo determinadas circunstancias) resulta eficiente.

La teoría del incumplimiento eficiente (*efficient breach of contract theory*), mucho más explorada en la tradición del *common law* que en el derecho continental, asume que los contratantes son buscadores racionales de su utilidad e interesados en sí mismos (esto es, potencialmente oportunistas), que se han involucrado en un intercambio que crea valor, que son altamente sensibles a los incentivos legales y que buscan maximizar el valor de la transacción, el cual se divide de acuerdo con su poder de negociación. Esta teoría explica lo que puede suceder cuando el cumplimiento contractual se torna ineficiente, bien debido a costes extras de cumplimiento, bien debido a la aparición de mejores oportunidades de negocio. Bajo esta tesis, resulta mejor estructurar remedios para que llegado el caso en que el cumplimiento del contrato por una de las partes se convierta en ineficiente, esta parte pueda incumplirlo y pagar, en vez de forzar la negociación de otra salida.

El derecho de contratos convencional protege las promesas contractuales no directamente, sino a través de medios sustitutorios, al requerir que el promitente pague daños pecuniarios que igualen el beneficio que hubiera obtenido su contraparte. Como consecuencia, quien sufre el incumplimiento queda indiferente, *ex post*, entre el cumplimiento del contrato y el incumplimiento más daños, a salvo los costes de transacción.

La mayor parte de la academia del *Law and Economics* se muestra partidaria de la teoría del cumplimiento eficiente. No obstante, también se alzan voces críticas.

Por su parte, Markovits y Schwartz (2017, pp. 20-21) también se muestra críticos con esta teoría. Simple y llanamente afirman que la teoría del incumplimiento eficiente debe desaparecer porque ningún incumplimiento es eficiente. Para entender por qué, asumamos que los agentes económicos pueden contratar en su propio beneficio y el hecho de elegir términos contractuales eficientes redundaría en su propio beneficio, entendidos como los términos que maximizan el excedente esperado que los tratos entre ellos pueden crear. Posteriormente, definamos incumplimiento de contrato bien como el fracaso de un contratante en la realización de una acción (en términos del artículo 1.088 del Código Civil español, obligación de dar o hacer) que el contrato eficiente requiere, o bien la realización de una acción que el contrato eficiente prohíbe (en términos del artículo 1.088 del Código Civil español, obligación de no hacer una cosa). Bajo esta definición de incumplimiento de contrato, ningún incumplimiento es eficiente porque incumplir significa no realizar la acción que el contrato eficiente requiere o realizar una acción que el contrato eficiente prohíbe.

Por tanto, para Markovits y Schwartz (2017, p. 22), cuestionarse si un incumplimiento es eficiente no es la pregunta acertada. La pregunta correcta versaría sobre indagar qué requiere el contrato que el promitente realice, para cuya respuesta no se precisa hablar de remedios contractuales, sino de interpretación del contrato.

humana, siempre existirá–, incluso aunque finalmente no llegue a materializarse, aumenta los costes de transacción (principalmente, los relativos a la segunda y tercera fase de todo proceso de contratación) por el consumo de recursos que origina la necesidad de articular mecanismos para protegerse frente a esta posibilidad.

Se debe advertir que el contratante que se comporta de forma oportunista también incumple sus obligaciones contractuales, pues –tal y como será objeto de precisión más adelante– entendemos que no cabe apreciar oportunismo contractual sin incumplimiento contractual. En consecuencia, también es cierto que, al igual que el oportunismo contractual, la simple sospecha de futuro incumplimiento contractual –que, por definición, en mayor o menos medida, también existirá siempre– hace crecer los costes de transacción asociados a la posibilidad de dicho incumplimiento.

Tanto el riesgo de incumplimiento contractual –en cualquiera de sus categorías– como el riesgo de comisión de comportamiento oportunista son subproductos de la contratación, elementos connaturales a la condición humana de los agentes económicos y a la propia realidad que nos circunda. Pero a pesar de sus innegables similitudes y puntos de conexión, el oportunismo contractual presenta una naturaleza diversa a la del incumplimiento contractual y a la de otros principios contenidos en nuestro Derecho de contratos, naturaleza que le hace merecedor de consideraciones y tratamientos específicos.

El aumento de los costes de transacción que se deriva del oportunismo contractual tiene un efecto directo en el beneficio social o excedente contractual. El beneficio social o excedente contractual de cualquier intercambio se calcula como la diferencia entre el valor que el bien o servicio intercambiado tiene para la parte que lo entrega y el valor que le otorga la parte que lo recibe. Por tanto, se ve minorado por la repercusión negativa de la existencia de los costes de transacción, hasta tal punto que si estos costes superan al beneficio esperado del intercambio, este no se realizará. Por tanto, la existencia de oportunismo contractual, como fallo de mercado que es y del que se derivan costes de transacción, desincentiva la celebración de cualquier intercambio (Alfaro Águila-Real, 1996, p. 139).

Sin embargo, a pesar de la indefectible presencia del oportunismo contractual, en términos económicos, los contratantes solo estarán dispuestos a establecer medidas a este respecto para reducir así el riesgo de que, *ex post*, el oportunismo se manifieste y, paralelamente, a hacerse cargo de los costes de tales medidas, cuando estos costes fueran menores que las expectativas de coste que deberían asumir en el caso de que tal comportamiento oportunista se materializara¹⁷.

¹⁷ En este sentido, cabe esperar que los actores económicos busquen *ex ante* un contrato eficiente, entendido como aquel contrato en el que todas las partes tienen interés en evitar el oportunismo, tanto propio como ajeno. Esta tesis equivale a afirmar que ante todo intercambio existe una predisposición al oportunismo *ex post*, que deberá ser mitigado, y una tendencia a la eficiencia *ex ante*, como consecuencia de

En consecuencia, el reto para la ciencia jurídica consiste en ofrecer mecanismos de reducción de los costes de transacción asociados al oportunismo contractual (tanto propio como ajeno) con el fin de facilitar los intercambios sin imponer en el proceso costes todavía más altos de los que trata de reducir (Williamson, 1985, pp. 48-49)¹⁸. La configuración de estos mecanismos redundará en beneficio tanto de los contratantes como de toda la sociedad: por un lado, aumenta el excedente neto por intercambio al disminuir las «cargas» o costes que las partes han de asumir al celebrar un contrato, liberando para otros usos más productivos los recursos que se emplearían en evitar la consumación del oportunismo; y, por otro, aumenta también el volumen del tráfico comercial, pues gracias a la disminución de los costes de transacción se realizarán todos aquellos intercambios cuya materialización resultaba ineficiente como consecuencia de que el valor de los costes de transacción a ellos asociados superaba el del excedente del intercambio.

En definitiva, las reglas que dificultan el oportunismo contractual son preferibles a las reglas que lo permiten, siempre y cuando las primeras reduzcan los costes de transacción ligados al oportunismo en mayor medida que los costes que se deberían asumir en el caso de que efectivamente se consumara un comportamiento oportunista (Alfaro Águila-Real, 1996, pp. 139-141).

La riqueza y sutileza del concepto de comportamiento oportunista imposibilita que pueda ser siempre expresamente previsto y, correlativamente, prohibido y sancionado en virtud de normas legales *strictu sensu*. De tal modo, gracias a su mayor capacidad para capturar y valorar ciertos elementos conductuales cuya prueba resultaría extremadamente complicada (cuando no imposible) que fuera efectuada en sede judicial, lo que se pretende es plantear que el concurso de ciertos mecanismos informales, incluso con relación a aquellas conductas que pueden tener la consideración de oportunistas y que se encuentran expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, puede ayudar a reforzar la desincentivación del oportunismo contractual y, de este modo, mejorar el funcionamiento del tráfico jurídico.

Es cierto que, con base en el modo en que el concepto de oportunismo ha sido delimitado, los efectos de su comisión tan solo se materializarían tras el perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, en el análisis de las medidas para mitigar sus efectos (acometido más adelante) no se tomará en expresa consideración los efectos que tales medidas despliegan *ex post*. Esta decisión se basa en que son las implicaciones de tales efectos *ex post*

la configuración de medidas que mitiguen ese comportamiento oportunista latente (Arruñada Sánchez, 1998, pp. 70-74).

¹⁸ Sin embargo, para la TCE, las medidas disuasorias de la aparición *ex post* de comportamientos oportunistas también cumplen la función de servir de soporte de jueces y magistrados para la eventual resolución de los conflictos que, en mayor o en menor medida, se den en el curso de las relaciones contractuales entre las partes, ya que la ejecución forzosa de las obligaciones contractuales por parte de los tribunales de justicia es, para los partidarios de esta teoría, imperfecta y problemática (Williamson, 1985, p. 29).

en el comportamiento previo de las partes contratantes la cuestión que resulta más interesante y la que dificulta el análisis del oportunismo tanto en un plano teórico como práctico.

Por lo tanto, en adelante asumiremos que los contratantes se comportan prospectivamente y que conocen las consecuencias del comportamiento oportunista, de tal modo que son estas eventuales consecuencias *ex post* las que contribuyen a modular su comportamiento contractual *ex ante*¹⁹.

3.2. Delimitación del comportamiento oportunista frente a otros conceptos afines en el ámbito del Derecho de contratos

La noción de comportamiento oportunista tiene origen en la literatura económica y, por tanto, el análisis que venimos realizando responde principalmente a la terminología de esta ciencia social. Esta postura se justifica en que, no obstante su uso extensivo en la literatura económica del contrato, su concepto no ha sido claramente delimitado desde la ciencia del Derecho.

A esta labor se encomienda la presente sección. Se tratará de delimitar la noción de oportunismo contractual frente a otros conceptos propios del Derecho de contratos con los que, sin duda, mantiene notas en común. Se trata del dolo, tanto en su consideración de vicio del consentimiento como en la de criterio de imputación del incumplimiento contractual, así como con la prohibición de enriquecimiento injusto.

En todos los casos que a continuación se examinan, analizaremos, *ceteris paribus*, el oportunismo contractual en su consideración de elemento identificado por la TCE como uno de los fallos de mercado causante de costes de transacción. En efecto, hemos de suponer constantes para nuestro análisis los otros dos elementos de los que se derivan los costes de transacción, a saber, racionalidad limitada y asimetrías informativas y de poder contractual, con la finalidad de aislar el concepto de oportunismo contractual para su correcto estudio, sin que variaciones en los otros dos elementos –principalmente, las asimetrías informativas y de poder contractual– puedan distorsionar el análisis.

De igual modo, nuestro análisis se circunscribe a contextos contractuales en los que intervienen agentes económicos sin significativas diferencias de poder contractual, dado que la presencia de asimetrías de poder contractual hace cambiar por completo la configuración de la noción de oportunismo contractual.

¹⁹ Gómez Pomar (2006, pp. 3-4) realiza una matización muy similar a esta con relación a la compensación por finalización en los contratos de distribución a largo plazo. Nosotros la hemos adaptado a nuestro caso particular.

En lo sucesivo, se ha de tener presente en todo momento que el concepto de oportunismo no encuentra reflejo en el Derecho positivo español. Por tanto, cuando nos refiramos a la apreciación o no apreciación de la existencia de oportunismo, en todo momento nos estaremos refiriendo a una estimación de existencia en términos extrajurídicos y, por tanto, con consecuencias y métodos de sanción también de carácter extrajurídico.

3.2.1. Delimitación del comportamiento oportunista frente al dolo como vicio del consentimiento

Empecemos por la delimitación entre el oportunismo contractual y el concepto de dolo como vicio del consentimiento. El consentimiento es uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos (art. 1.269 del Código Civil), de tal modo que será nulo el contrato cuyo consentimiento sea esté viciado por haber sido prestado «por error, violencia, intimidación o dolo» (art. 1.265 del Código Civil), esto es, por haber sido prestado incurriendo en algún vicio del consentimiento. Respecto del dolo, se aprecia su existencia cuando «con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» (art. 1.269 del Código Civil). Además, «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes» (art. 1.270, 1.º inciso, del Código Civil).

Por tanto, no resulta complicado delimitar el contorno de ambos conceptos con base en tres cuestiones. En primer lugar, como vicio del consentimiento, el dolo surge con anterioridad al perfeccionamiento del contrato –a pesar de que, de ordinario, su apreciación se produzca con posterioridad a este momento–, de tal modo que serán nulos los contratos cuyo consentimiento haya sido viciado por dolo y cuya presencia sea grave. Por el contrario, además de que solo es posible que sea apreciado con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, la voluntad de alguna de las partes de comportarse de forma oportunista –si efectivamente no lleva aparejado ninguno de los vicios del consentimiento– en nada afecta a la correcta emisión del consentimiento contractual, por lo que no será posible instar la nulidad del contrato con base en la existencia en la voluntad de alguno de los contratantes de comportarse de forma oportunista.

En segundo lugar, y como consecuencia del anterior, en el caso del dolo fueron precisamente las maquinaciones insidiosas de una parte las que indujeron a la celebración del contrato, de modo que su presencia es el detonante de la decisión de su celebración. Sin embargo, la existencia de oportunismo contractual en nada afecta a la decisión de celebrar el contrato, simplemente porque en el momento de tomar tal decisión este comportamiento –por definición– aún no se ha materializado, sino que, en su caso, se presentará tras el perfeccionamiento del mismo. Por tanto, la eventual comisión de un comportamiento oportunista no tiene repercusión alguna en relación con la decisión de celebración del contrato,

aunque sí puede tener un efecto indirecto a través del aumento de los costes de transacción que la posibilidad de que se cometa ocasiona²⁰.

Y en tercer lugar, el dolo como vicio del consentimiento se diferencia del oportunismo contractual en que la actuación dolosa por parte de los dos contratantes impide que en virtud de estas «maquinaciones insidiosas» se produzca la nulidad del contrato, mientras que tanto la voluntad de comportarse de forma oportunista como la efectiva comisión de este comportamiento por parte de ambos contratantes en nada obsta para su apreciación.

De igual modo, el oportunismo contractual en nada tiene que ver con el dolo bueno, el cual supone un modo lícito de atraer al otro contratante, siempre que se empleen medios tolerados por el ordenamiento jurídico (Morales Moreno, 1993, pp. 382-383). De tal modo, el contratante que actúa con dolo bueno despliega una conducta tendente al aumento de sus posibilidades de contratar. Por su parte, la existencia de oportunismo contractual, si bien no excluye la eventual presencia de dolo bueno, no afecta directamente a la decisión de celebrar el contrato, pues el comportamiento oportunista es una conducta que solo se manifiesta tras el perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio de los efectos indirectos que puede producir por medio del aumento de los costes de transacción que la posibilidad de que se cometa ocasiona²¹.

3.2.2. Delimitación del comportamiento oportunista frente al incumplimiento contractual

Por su parte, la delimitación del oportunismo respecto del incumplimiento contractual y, en concreto, respecto del incumplimiento doloso, requiere de mayor precisión. Empezaremos delimitando el concepto de oportunismo frente al de incumplimiento contractual para, posteriormente, centrar la cuestión hacia el deslinde del oportunismo frente al incumplimiento contractual de tipo doloso.

²⁰ Recordemos que, en el mismo sentido en que ya ha sido apuntado, si la articulación de medidas que desincentiven la comisión de oportunismo contractual ocasiona mayores costes de transacción de los que se deberían asumir en ausencia en tales medidas, resulta preferible no articular ningún tipo de medida.

²¹ Apunta Morales Moreno (1993, pp. 435-436), reforzando nuestra posición respecto de la pertinencia de la expresa consideración del comportamiento oportunista en el ámbito contractual, que la figura del dolo resulta insuficiente para dar solución a los problemas que surgen del desequilibrio existente entre operadores con diverso poder contractual. El dolo no logra proteger convenientemente al contratante más débil. En la actualidad, el problema no es tanto consecuencia de la actuación antijurídica de un contratante, que utiliza el engaño, cuanto el efecto de un desequilibrio entre operadores económicos. El problema, así planteado, no puede resolverse acudiendo al instrumento jurídico que ofrece el dolo. Finaliza Morales Moreno afirmando que se hace preciso introducir mecanismos de corrección del desequilibrio contractual y reordenar la distribución de ciertos riesgos de la contratación. Y, precisamente, a esta labor sirve la expresa consideración de oportunismo contractual.

El incumplimiento contractual en sentido material viene dado por cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas o prestaciones asumidas en virtud del contrato, esto es, cualquier desviación del programa contractual (Pantaleón Prieto, 1993, p. 1.720). Por el contrario, los problemas de oportunismo contractual, a pesar de surgir –al igual que el incumplimiento contractual– con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, se originan en aquellas situaciones en las que una de las partes (o las dos) se comporta de forma contraria a como la otra entiende que debería hacerlo en virtud de lo acordado²².

Por tanto, la cuestión clave es la determinación de cuál es el referente para enjuiciar la existencia de incumplimiento frente al referente que determina la existencia de oportunismo. En el primer caso, este referente no es la visión o criterio externo –no contractual– de las partes, sino que es el propio contrato; lo decisivo para determinar si hay o no incumplimiento en sentido material es el contrato (Gómez Pomar, 2007, p. 7)²³. Por tanto, la apreciación de existencia de incumplimiento contractual requiere como presupuesto material el desajuste de acciones, conductas o estados de la realidad respecto de la previsión contractual (Gómez Pomar, 2007, p. 8).

Sin embargo, en el caso del oportunismo, el referente que determina su existencia puede ser de carácter subjetivo, cual es la visión que cada una de las partes tiene sobre en qué consisten las prestaciones a las que se han comprometido, sin que necesariamente este comportamiento resulte contrario a los términos explícitos contenidos en el contrato. Asimismo, el oportunismo contractual no siempre deriva de comportamientos presididos por mala fe, sino que incluye también disputas contractuales derivadas de desacuerdos honestos entre las partes (*honest disagreements*); esto es, diferentes pero legítimas percepciones que sobre las cuestiones en liza pueden ser sustentadas (Furubotn y Richter, 1991, p. 629).

Este diferente carácter del referente en ambas situaciones –de carácter objetivo en relación al incumplimiento contractual y de carácter subjetivo (o, al menos, de carácter no tan objetivable) en el caso del oportunismo– conlleva la mayor dificultad de apreciación de la existencia de oportunismo, pues es un concepto más sutil y resbaladizo que el incumplimiento contractual, el cual tampoco resulta siempre inequívoco.

²² Con anterioridad a la expresa inclusión del oportunismo por la TCE, no existían en la literatura estudios que trataran de articular medidas que redujeran la exposición de las partes a este tipo de comportamiento. Este déficit se debía a que la teoría económica neoclásica que impregnaba todo el análisis económico general y todo el análisis económico del Derecho no consideraba la existencia de contratos en los que entre la fase de perfeccionamiento y la fase de consumación pudiera transcurrir un lapso variable de tiempo, es decir, obviaba la realidad relativa a la existencia de contratos con perfeccionamiento y consumación no simultáneos (Mercurio y Medema, 1997, p. 147).

²³ De modo que, por ejemplo, no hay incumplimiento si lo entregado no sirve para un cierto fin o no satisface un estándar de calidad si no se había especificado en el contrato ni el fin ni la calidad (STS de 20 de diciembre de 2005).

3.2.3. La transferencia de riqueza como elemento que convierte un incumplimiento contractual doloso en oportunismo contractual

3.2.3.1. Delimitación del objeto analizado

En lo sucesivo, no se pretende en modo alguno ofrecer un análisis de la regla que rige la responsabilidad que se deriva del incumplimiento contractual doloso del deudor, contenida en el Derecho español en el artículo 1.107 del Código Civil²⁴. Tampoco se pretende estudiar dicha regla a través del criterio de eficiencia que ofrece la teoría económica, tarea que ha sido magistralmente realizada por Gómez Pomar, quien además aporta una perspectiva de Derecho comparado (Gómez Pomar, 2002).

La finalidad que nos proponemos, sin perjuicio de las pertinentes alusiones a la regla sobre la responsabilidad del deudor que incumple dolosamente, es insertar el concepto de oportunismo en el sistema contractual español, a fin de ofrecer una perspectiva adicional de análisis desde la que enriquecer nuestra comprensión del fenómeno contractual. Tras este análisis, trataremos de ofrecer mecanismos de naturaleza externa al sistema jurídico en sentido estricto, esto es, mecanismos que no tienen cabida dentro del sistema de fuentes tradicional (en terminología de la TCE, mecanismos informales) que logren minimizar el impacto negativo del oportunismo contractual.

La decisión de centrar el estudio en los mecanismos extrajurídicos (o, en terminología de la TCE, mecanismos informales) no se debe a la ausencia en el ordenamiento jurídico español de previsiones capaces de lograr este objetivo²⁵, sino tan solo a la voluntad de explorar dicho terreno, que resulta mucho menos analizado en el análisis jurídico del incumplimiento contractual y, además, a nuestro convencimiento sobre el potencial de dichos mecanismos extrajurídicos para desincentivar el oportunismo contractual. Sin embargo, esta posición no exime de la eventual necesidad de hacer mención, siquiera de soslayo, a los mecanismos formales destinados al efecto, ya que ambos mecanismos, formales (o jurídicos) e informales (o extrajurídicos) son frecuentemente complementarios.

²⁴ Esta regla ha sido ampliamente estudiada por la doctrina española. Tómese por todos Pantaleón Prieto (1991).

²⁵ Gómez Pomar (2002, pp. 222-232) analiza la interpretación que debe darse al concepto de incumplimiento doloso a los efectos del 2.º párrafo del artículo 1.107 del Código Civil a fin de desincentivar el incumplimiento doloso oportunista, entendido como aquel incumplimiento en el que el deudor trata de embolsarse la prestación a cargo del acreedor sin ninguna intención por su parte de efectuar la contraprestación. Esta interpretación del concepto de incumplimiento doloso logra desincentivar este tipo de incumplimientos a través de la exclusión del beneficio de la responsabilidad limitada a los daños previstos y previsibles. Este tipo de conductas no cumple ninguna función social positiva, hecho que se refleja con claridad en el hecho de que las mismas son generalmente objeto de sanción penal (por delito de estafa, apropiación indebida o daños) además de la obligación indemnizatoria civil.

3.2.3.2. Análisis de la cuestión

En el sistema contractual español, el incumplimiento contractual se clasifica en tres categorías, derivadas de los tres grandes tipos de criterios de imputación: dolo, culpa o negligencia y responsabilidad objetiva²⁶. Centrándonos en el primero de ellos, para que se impute un incumplimiento contractual doloso a un contratante, basta con que se aleje conscientemente de las conductas contractuales que pesaban sobre él. No se precisa ninguna intención o ánimo especial. Incumplimiento doloso sería, en esta visión, incumplimiento consciente y voluntario, que no requiere de intención especial de causar daño, ni malicia, fraude o mala fe cualificada (Gómez Pomar, 2007, p. 10)²⁷.

En relación con el oportunismo, para que a un contratante se le pueda debidamente imputar la comisión de este tipo de comportamiento no basta con que se aparte de forma deliberada de las obligaciones contractuales que pesaban sobre él. Este alejamiento consciente del cumplimiento de las prestaciones debidas, es decir, este incumplimiento contractual doloso, es condición necesaria para la existencia de oportunismo contractual, pero no es condición suficiente. Además, para que en puridad se estime la existencia de oportunismo contractual, es preciso que se produzca una transferencia de riqueza entre las partes, en virtud de la que una de ellas ve cómo la otra se apropia de un determinado valor que había aportado al proceso contractual.

En el contexto de la TCE, la información es riqueza –y poder–. Por tanto, la idea de transferencia de riqueza no puede referirse más que al hecho de que, en virtud de la celebración del contrato, una parte –o ambas, recordemos– haya tenido acceso a determinada infor-

²⁶ Para que a un sujeto se le impute un incumplimiento de contrato culposo o negligente basta con que no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo, a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato o las normas imperativas o dispositivas aplicables, los usos y la buena fe.

Por su parte, aun sin culpa, el incumplimiento le es imputable por responsabilidad objetiva a un sujeto si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y ese sujeto. Existe un límite general a esta imputación no basada ni en dolo ni en culpa, que es el caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 del Código Civil) (Gómez Pomar, 2007, pp. 12-13).

²⁷ En la actualidad, es doctrina comúnmente admitida que no se exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio por dolo una patente voluntad rebelde ni tampoco una voluntad de incumplir, sino solo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución. Hace tiempo que la jurisprudencia ha abandonado la doctrina por la que para apreciar la existencia de dolo contractual exigía una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales o, en otros casos, una voluntad obstinada al cumplimiento.

En el momento presente, la doctrina mayoritaria afirma que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (SSTS de 7 de mayo y 15 de julio de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 5 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 31 de mayo de 2007 y 13 de marzo de 2012).

mación relevante de la contraparte o de cualquier otra circunstancia del mercado a la que no hubiera podido acceder si el contrato no se hubiera celebrado.

La necesaria existencia de transferencia de riqueza es la clave de la noción de comportamiento oportunista que, a su vez, permite distinguir este concepto del incumplimiento contractual doloso. Sin una transferencia de riqueza no existe comportamiento oportunista, a pesar de que sí pudiera existir incumplimiento contractual doloso. Es decir, a la hora de determinar la existencia de oportunismo contractual, resulta necesario que se produzca una transferencia de riqueza entre los contratantes, de tal modo que cierta riqueza poseída por una de las partes se transfiera al contratante que incumple el contrato dolosamente y –dada la naturaleza de esta riqueza– sin posibilidad o de muy difícil compensación.

Por tanto, entre un incumplimiento contractual doloso y un comportamiento oportunista, la diferencia estriba (además de en el carácter diverso de sus patrones de referencia) en la transferencia de riqueza que se produce en el segundo y no en el primero. Es decir, la existencia de transferencia de riqueza entre los contratantes convierte un incumplimiento contractual doloso en una suerte de incumplimiento contractual doloso «agravado» o «cualificado».

La transferencia de riqueza es una cuestión relevante como para «agravar» un incumplimiento contractual doloso no por su mera existencia, sino porque el propio acto de transferencia no produce ni un resultado beneficioso ni promueve objetivos productivos del contrato, por lo que, en cualquier caso, la investigación jurídica ha de trabajar en pro de la configuración de mecanismos capaces de sancionar dicho comportamiento pero, sobre todo, capaces de desincentivarlo.

Parece obvio que la referida transferencia de riqueza también puede producirse en virtud de incumplimiento contractual no doloso, sino imputable por culpa o negligencia o por responsabilidad objetiva. O incluso, también podría producirse ante un incumplimiento contractual derivado de caso fortuito, situación en la que no resultaría imputable a ninguno de los contratantes. En relación con el incumplimiento imputable por responsabilidad objetiva o derivado de caso fortuito, debido a la clara ausencia de un elemento volitivo de apartarse de las prestaciones debidas, entendemos que no procedería en ningún caso la estimación de existencia de oportunismo contractual, incluso a pesar de que en virtud de la celebración del contrato y su posterior incumplimiento se produjera una transferencia de riqueza. De modo que existe, por ejemplo, incumplimiento de contrato imputable por responsabilidad objetiva o derivado de caso fortuito en los casos en que circunstancias externas a las partes hacen que resulte imposible cumplirlo en los términos establecidos pero, sin embargo, no existe oportunismo aun existiendo transferencia de riqueza entre las partes.

Sin embargo, en relación con un incumplimiento imputable por culpa o negligencia, la respuesta no resulta tan clara. Es cierto que en estos casos el incumplimiento contractual no se deriva de una voluntad clara y directa de alejarse de las prestaciones debidas. Pero no es

menos cierto que del hecho de comportarse negligentemente, del hecho de no poner todo el cuidado debido en el cumplimiento de lo acordado, se puede apreciar cierto elemento volitivo, cierta voluntad –si bien, de forma indirecta– de alejarse del cumplimiento de las prestaciones acordadas.

Para aclarar esta cuestión, resulta pertinente traer a colación el debate doctrinal en torno a la eventual equiparación de la culpa y el dolo a los efectos de privar al deudor de la limitación de responsabilidad contenida en el artículo 1.107 del Código Civil referida a los daños previstos o previsibles. La opinión mayoritaria entre la doctrina española declina la posibilidad de efectiva equiparación entre ambas situaciones (Pantaleón Prieto, 1991, p. 1.034). En aplicación de esta postura, se debería rechazar la posibilidad de estimar la existencia de oportunismo ante un incumplimiento contractual culposo o negligente.

Sin embargo, Díez-Picazo se muestra partidario de reconducir el incumplimiento negligente o culposo a la previsión del 2.º párrafo del artículo 1.107, esto es, al incumplimiento doloso. Díez-Picazo (2008, pp. 750-752) sustenta su postura en una interpretación muy restrictiva de la noción de deudor de buena fe inserta en el primer párrafo del citado artículo, de tal modo que tan solo sería considerado deudor de buena fe (esto es, deudor en cuyo comportamiento no es posible estimar la existencia de dolo y, por tanto, beneficiario de la limitación de la responsabilidad en virtud del artículo 1.107 del Código Civil) aquel que se ha comportado con toda corrección, honestidad y diligencia promotora, ajustando su comportamiento a los criterios éticos apropiados. En definitiva, bajo esta postura, en el concepto de dolo civil deben entenderse incluidos no tanto los supuestos de voluntario incumplimiento cuanto aquellos en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo²⁸.

La transposición de la postura defendida por Díez-Picazo al análisis del comportamiento oportunista resulta la más apropiada en términos de eficiencia, al establecer los incentivos apropiados para evitar el comportamiento oportunista, en tanto que la exclusión de la posibilidad de considerar un incumplimiento contractual culposo como también constitutivo de oportunismo resultaría contraproducente para el buen funcionamiento de la economía, pues todo contratante que ante un incumplimiento contractual culposo se sabe excluido de la posibilidad de ser acusado de oportunismo no tendrá incentivo alguno para no comportarse efectivamente de esta manera a fin de evitar las sanciones extrajurídicas que se derivan del oportunismo.

²⁸ Entiende Díez-Picazo (p. 746) como diligencia promotora el deber de esfuerzo a que está sometido el deudor para conservar la posibilidad de que la prestación sea cumplida y para remover los obstáculos o impedimentos que a tal posibilidad puedan oponerse, de acuerdo con los parámetros establecidos en el título constitutivo de la relación obligatoria o directamente en la ley.

De tal modo, en pro de la eficiencia del sistema jurídico, hemos de afirmar la posibilidad de estimar la existencia de oportunismo contractual ante un incumplimiento contractual culposo o negligente.

A mayor abundamiento, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿cabe la posibilidad de que un contratante haya cumplido el contrato en todos sus términos pero, sin embargo, se haya comportado de modo oportunista? A pesar de lo anteriormente afirmado en relación con que la existencia de oportunismo contractual no implica necesariamente haber llevado a cabo un comportamiento contrario a los términos explícitos contenidos en el contrato (Furubotn y Richter, 1991, p. 629), entendemos que si no existe efectivo incumplimiento del contrato (según lo expuesto, imputable por dolo o por culpa o negligencia), estimar la posibilidad de existencia de oportunismo podría derivar en el absurdo. Ello se debe a que el supuesto de hecho que encierra la posibilidad de estimación de oportunismo ante un cumplimiento contractual supone la situación de hecho que se produce en el contexto de cualquier relación contractual en la que, con motivo de la misma, se informa a la parte contraria sobre cuestiones de las que de otra manera no hubiera tenido conocimiento. Y, por tanto, si admitiéramos la posibilidad de existencia de oportunismo ante un cumplimiento contractual estaríamos –injustamente, entendemos– castigando a sujetos cumplidores con la posibilidad de ser acusados de oportunistas.

3.2.4. Delimitación frente al enriquecimiento injusto

El enriquecimiento injusto o injustificado es un principio general que informa todo el ordenamiento según el cual nadie debe enriquecerse injustificadamente a costa de otro. De todas las figuras analizadas respecto de las que el oportunismo contractual guarda relación, esta es sin duda alguna con la que más notas en común mantiene. Por tanto, resulta especialmente trascendente recalcar las diferencias de matiz entre el enriquecimiento injusto y el oportunismo contractual a fin de poder argumentar convenientemente por qué ninguna otra figura ya existente en nuestro Derecho de contratos es capaz de capturar las sutilezas informativas que encierra el concepto de oportunismo contractual y, correlativamente en sucesivos apartados, justificar por qué resulta pertinente e incluso imprescindible la toma en expresa consideración del comportamiento oportunista en el ámbito contractual.

Siguiendo la voz «Enriquecimiento injustificado» en la *Enciclopedia Jurídica Básica* (1995), escrita por Miquel González, y a Díez-Picazo en su obra de referencia titulada *La doctrina del enriquecimiento sin causa* (2011), la principal función del principio del enriquecimiento sin causa es corregir una ventaja o desplazamiento patrimonial. En virtud de este principio no se elimina la transacción que genera el desplazamiento patrimonial, sino que se obliga al que ha obtenido la ventaja a entregar al que se ha empobrecido una cantidad de dinero. El ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto es compatible con la de indemnización de los daños contractuales si, entre el que se enriqueció y el empobrecido, había un contrato.

Para que pueda ser aplicado el principio del enriquecimiento sin causa, el que lo alega debe probar la existencia de los siguientes presupuestos: 1.º Que el demandado se ha enriquecido, es decir, que ha obtenido cualquier ventaja, utilidad o provecho que tiene repercusiones patrimoniales, a través tanto de un incremento del activo como de una disminución del pasivo; 2.º Que el enriquecimiento del demandado se ha producido a costa del patrimonio del demandante y de forma correlativa a su empobrecimiento; y 3.º Que no haya causa para el enriquecimiento, entendida esta por Díez-Picazo como «la situación jurídica que autoriza al beneficiario de la atribución para recibir esta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia» (Miquel González, 1995, p. 2.806).

Para Díez-Picazo, por causa justa de una atribución patrimonial debe entenderse «aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir esta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia». Ese negocio jurídico válido y eficaz ha de encontrarse constituido y regulado de acuerdo con una noción causal o causalista, pues si, por el contrario, se trata de un negocio jurídico de carácter abstracto, su validez y eficacia no determina su justificación, sino que es precisamente al revés: como consecuencia de la naturaleza causalista de nuestro Derecho de contratos, la restitución por enriquecimiento injustificado es precisamente consecuencia de la validez y eficacia del negocio jurídico de carácter abstracto (De la Cámara y Díez-Picazo, 1988, p. 63).

Respecto del primer presupuesto, en un contexto de oportunismo contractual se produce un enriquecimiento por parte de quien lo comete susceptible de ser valorado en dinero (el conocimiento de cierta información de la contraparte o del mercado), de tal modo que no cabe duda de que el primer presupuesto de existencia de enriquecimiento injusto se da también en el caso del oportunismo contractual, a salvo las extraordinarias dificultades de valoración pecuniaria de la información así obtenida.

Respecto del segundo presupuesto, no resulta tan claro que el enriquecimiento de quien comete un comportamiento oportunista se haya producido a costa del patrimonio de la contraparte ni, especialmente, que ese enriquecimiento sea correlativo al empobrecimiento de este último. Para que en puridad pudiéramos afirmar que el contratante oportunista se enriquece a costa del patrimonio de quien sufre el oportunismo y que además este enriquecimiento es correlativo, el valor de la información que se transfiere debería salir del patrimonio de quien sufre el oportunismo para reintegrarse en el patrimonio del oportunista contractual y, además, con el mismo valor. Esto no es así por dos motivos: en primer lugar, porque la información es un activo intangible cuya transferencia no sigue los patrones de los activos físicos; y, en segundo lugar, porque el valor de la información no es algo objetivo, sino que depende de quién la posea.

El examen de la presencia del tercer presupuesto de existencia del enriquecimiento injusto en relación con el oportunismo contractual resulta igualmente resbaladizo. Quien comete un comportamiento oportunista, dado que por definición cometerá también un incumplimiento contractual (bien culposo, bien doloso), cuenta con causa para haber recibido la ventaja con repercusiones patrimoniales (pues se produjo en virtud de contrato válido y eficaz) pero carece de la misma para conservarla. Según las reglas del enriquecimiento injusto, dada esta situación, lo que correspondería sería la entrega al que se ha empobrecido de una cantidad de dinero equivalente al valor de la información transferida, pero el problema estriba en que una vez desvelada, esa información pierde para quien la ha generado gran parte de su valor.

De este modo, queda resaltada la relevancia de la toma en consideración de mecanismos extrajurídicos de sanción y, sobre todo, de desincentivación del oportunismo contractual, pues, dado que la transferencia de riqueza que caracteriza el oportunismo toma la forma principalmente de información –sin perjuicio de la capacidad de algunas de las previsiones contenidas en nuestro ordenamiento jurídico para sancionar tales situaciones–, los mecanismos de carácter extrajurídico se encuentran en posición de captar ciertos matices relativos al comportamiento de los contratantes.

3.3. Pertinencia de la expresa consideración del comportamiento oportunista en el ámbito contractual

Una vez analizadas las diferencias conceptuales, se debe recalcar la imperiosa necesidad de que todo contratante tome en expresa consideración el riesgo de que tanto él como su contraparte se comporten de forma oportunista.

La expresa toma en consideración del oportunismo en los procesos contractuales –más allá de las posible discrepancias en torno a su delimitación conceptual– nace de la nueva perspectiva de estudio que ofrece la TCE, que pone el acento en la importancia de entender que la existencia del fenómeno contractual se debe a la necesidad de articular mecanismos que establezcan determinados incentivos y que fomenten la producción e intercambio de información entre las partes que tienen intención de llevar a cabo un intercambio.

Resulta pertinente la expresa consideración de la posibilidad de que al entablar una relación contractual los agentes económicos se comporten de forma oportunista, pues ello complica sustancialmente (o encarece en términos de costes de transacción, según se prefiera) todo proceso de contratación. Los comportamientos contractuales oportunistas afectan negativamente al bienestar conjunto de las partes contratantes (Gómez Pomar, 2002, pp. 201-202), pues la necesidad de protegerse frente al mismo hace aumentar los costes de transacción del tercer tipo, con la consiguiente reducción del excedente contractual conjunto o valor esperado del contrato para las partes.

Asimismo, en virtud de su diversa naturaleza, todo remedio articulado con el objetivo de desincentivar y, en su caso, sancionar un incumplimiento contractual doloso o un enriquecimiento injusto carece de eficacia a la hora de desincentivar la comisión de un comportamiento oportunista, si bien en su consideración de incumplimiento contractual –bien doloso, bien culposo– merecerá la sanción aparejada al incumplimiento contractual que corresponda.

En efecto, debido a la peculiar naturaleza del oportunismo contractual, a fin de desincentivar su comisión y reducir así los costes de transacción a él asociados, nos deberíamos centrar en una labor preventiva del mismo a través de mecanismos que actúen en un momento anterior a la consumación del contrato, e incluso con anterioridad a su perfeccionamiento, a fin de desincentivar que posteriormente el oportunismo se materialice. Esta necesidad de adelantar el momento de actuación se debe a que, como consecuencia de la transferencia de riqueza propia del oportunismo contractual (a modo, principalmente, de acceso a información), una vez cometido resulta muy complicado, cuando no imposible, resarcir los daños ocasionados por el mismo a la parte que lo sufre.

A mayor abundamiento, no solo resulta complicado, en el mejor de los casos, el resarcimiento de los daños que ocasiona el oportunismo contractual, sino que igualmente resulta complicado –e, incluso, en mayor medida– la prueba de la existencia del mismo. Toda vez que la transferencia de riqueza en que consiste el oportunismo contractual toma principalmente la forma de acceso a información de la contraparte, y en la medida en que se tuvo efectivo acceso a dicha información en virtud de contrato válidamente celebrado, la prueba de la eventual existencia de oportunismo contractual descansaría necesariamente, en primer lugar, en la prueba de la existencia de incumplimiento contractual (bien culposo, bien doloso) y, en segundo lugar, el aprovechamiento (que, por definición, será indebido) en beneficio propio de esa información.

No resulta extraño en nuestro ordenamiento jurídico el trasfondo de esta reflexión sobre la necesidad de, en lugar de castigar exclusivamente su efectiva comisión, trabajar en una labor preventiva del oportunismo contractual, debido a que los daños que ocasiona son difícilmente acreditables y resarcibles. Este trasfondo es el mismo que subyace a la posibilidad de tutela cautelar de algunos derechos, entre otros, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. El sustento de esta tutela cautelar radica en «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare»²⁹ en relación con aquellos derechos que, una vez lesionados, el «restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute» de los mismos resulta, en el mejor de los casos, complicado y, en el peor, imposible³⁰.

²⁹ Artículo 721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁰ La tutela cautelar de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se lleva a cabo en virtud del artículo 9.2 b) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del de-

Los mecanismos tradicionales de sanción del incumplimiento contractual, dado que tan solo actúan con posterioridad al efectivo incumplimiento, no son capaces de desincentivar la comisión del incumplimiento contractual doloso «agravado» en que consiste el oportunismo. Todo ello sin perjuicio de que, como anteriormente fue apuntado, a la hora de valorar si «merece la pena» cumplir un contrato, todo agente económico tomará en consideración el valor esperado de la sanción que en su caso le pudiera ser impuesta y que esta situación por sí misma desincentiva el comportamiento oportunista, tanto más cuanto mayor sea este valor.

4. Relevancia económica del principio de la buena fe como mecanismo sancionador del oportunismo contractual

Si consideramos que todo contratante es racional y, al tiempo, maximizador de su utilidad, en ausencia de mecanismos (legales, convencionales o de cualquier otro tipo) que modifiquen sus incentivos, todo contratante se hará valer de las asimetrías informativas que existen en el mercado para sacar el máximo provecho para sí mismo de la celebración de todo contrato, esto es, se comportará de forma oportunista.

La necesidad de certidumbre y seguridad jurídica en la que deben fundarse las relaciones económicas ha derivado en la tradicional consideración como inexorable de la obligación de cumplimiento de los contratos en los términos pactados (*pacta sunt servanda*) y según el tenor literal de los mismos, quedando relegada cualquier consideración ligada a aspectos de naturaleza moral. Este es el contexto en el que históricamente se ha desarrollado nuestro Derecho de contratos, en el apego máximo a la letra escrita y donde apenas cabe plantear las consideraciones de tipo subjetivo que precisa la detección del oportunismo contractual. Correlativamente, nuestro sistema tampoco cuenta con propios y específicos mecanismos capaces de sancionar y, con ello, desincentivar la comisión de comportamientos oportunistas.

Asimismo, dado su carácter sutil y volátil, ni siquiera la eventual superación de la quejencia máxima a literalismo en la labor interpretativa del contrato sería capaz por sí misma de capturar los matices sobre los que se asienta el oportunismo contractual. Además, esta

recho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores».

Asimismo, el artículo 727.11.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil camina en el mismo sentido al prever como medida cautelar, entre otras, «aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevén expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

superación debería ir acompañada de la apertura de nuestro Derecho de contratos a la posibilidad de valoración del comportamiento de los contratantes en términos de honradez u honestidad contractual.

A pesar de que en un plano teórico estas ideas puedan parecer ciertamente alejadas de nuestro sistema contractual, en el terreno práctico no lo son. En efecto, defiende Díez-Picazo (1993, pp. 48-49) que desde la segunda década del siglo XX se observa una corriente de pensamiento dentro del derecho privado que, en paralelo con la superación del literalismo en la interpretación contractual, propugna la introducción de ideas moralizadoras en las relaciones económicas con el fin de impedir resultados que podrían chocar con las exigencias de justicia³¹.

Esta corriente moralizadora del Derecho privado entronca con la nueva economía institucional, pues ambas coinciden en destacar la necesaria toma en consideración de ciertos elementos subjetivos que rodean toda relación contractual y que son de una relevancia extrema en su desarrollo y en la determinación de la justicia de su resultado. Por tanto, parece claro que estas ideas moralizadoras, de mayor nivel de abstracción que la norma escrita y tendentes a valorar la actuación de los contratantes en términos de justicia, sí estarían en disposición de captar y valorar los matices informativos que precisa la detección y sanción del oportunismo contractual y, con ello, desincentivar su comisión.

Como ya ha sido apuntado, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con previsiones específicas que sancionen el oportunismo contractual. No obstante, con base en la citada necesidad de introducción de ideas moralizadoras, sí podemos afirmar que cuenta con previsiones genéricas que resultan aplicables, principalmente el principio de la buena fe. Este principio ostenta una formidable capacidad reguladora de la que ha derivado su creciente poder de influencia desde la última década del siglo XX (Casey, 1998, p. 208).

Además de concepto jurídico indeterminado³², la buena fe es un principio general del Derecho que supone un límite intrínseco al ejercicio de cualquier derecho, consistente en

³¹ El movimiento *Law and Economics* ha sufrido acérrimas críticas desde la Filosofía del Derecho, por entender que este tipo de análisis jurídico deja desprovisto al Derecho de toda perspectiva impregnada de valores morales o de objetivos presididos por la justicia. Y, sin embargo, llama poderosamente la atención que precisamente desde esta perspectiva estemos propugnando la importancia de los valores morales en el tráfico jurídico, valores que desde un punto de vista del positivismo legal habían quedado ciertamente relegados. Para el *Law and Economics*, los elementos no contenidos «en la letra de la Ley» (elementos informativos, principalmente, pero también matices del comportamiento de los agentes económicos de difícil –sino imposible– concreción normativa) son de una relevancia capital para lograr la formulación de normas jurídicas eficientes.

³² La buena fe, como concepto jurídico indeterminado, consiste en una noción psicológica relativa a la convicción de actuar conforme a Derecho de quien, pese a hacerlo incorrectamente, lo hace sin conciencia de tal irregularidad y sin incurrir en ingenuidad o negligencia. Es un postulado moral general que, al inter-

un imperativo de conducta honesta, honrada, recta, diligente, correcta y conforme a la moral social imperante (López Mesa y Rogel Vide, 2005, pp. 61). El respeto a este principio general del Derecho revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica gracias a la que se puede confiar o tener esperanza en su actuación correcta, concretada en la lealtad a los tratos, en el proceder honesto, esmerado y diligente, en la fidelidad a la palabra dada y en no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado en los demás (Díez-Picazo, 1993, pp. 49-50). De igual modo, *sensu contrario*, es una regla de conducta que exige a las personas una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa en las relaciones, tanto contractuales como extracontractuales (Yvon Loussouarn, 2004, p. 9).

Al delimitar un modelo de comportamiento de imposible formulación legal que vive en las creencias y en la conciencia social (Díez-Picazo, 1993, p. 49), el principio de la buena fe logra superar los límites del literalismo interpretativo e introducir elementos moralizados en la valoración del comportamiento contractual, de tal modo que constituye un instrumento de garantía de la justicia de las relaciones contractuales. Inserto en la necesidad de garantizar la justicia contractual entendemos que se encuentra la sanción del oportunismo contractual³³.

Nuestro sistema jurídico no es ajeno a la necesidad de protección de la moralidad de las relaciones jurídicas, si bien en tanto en cuanto una idea moralizadora esté contenida en una norma jurídica (esencialmente, en principios generales del Derecho), su contravención será sancionada en la forma que corresponda a tal norma. En relación con el principio de la buena fe, el legislador ha establecido un sistema de sanciones ligado a formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos contrarios a la buena fe³⁴, cuya for-

ferir en las relaciones jurídicas, adopta la formulación de un principio general del Derecho que debe ser aplicado según las reglas de la tópica, es decir, conforme a las exigencias del caso o problema (López Mesa y Rogel Vide, 2005, pp. 57-58 y 61).

³³ Esta tendencia moralizadora de las relaciones sociales no resulta extraña a nuestro sistema, pues se encuentra reflejada en diversos puntos de nuestro Derecho de contratos, entre los que destacan dos. Por una parte, la llamada a la moral como límite a la autonomía de la voluntad inserta en el artículo 1.255 del Código Civil; y, por otra, la obligación inserta en el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal relativa a la obligación de todo contratante, una vez emitido el consentimiento, a cumplir no solo con el contenido explícito del contrato, sino también con lo que en cada caso exija la buena fe.

En el mismo sentido se expresa el artículo 57 del Código de Comercio: «Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

³⁴ Para Díez-Picazo (1993, pp. 51-52), algunas de estas formas típicas de los actos que suponen un ejercicio extralimitado de los derechos en relación con el principio de la buena fe son (además de la actuación contraria a los actos propios) el abuso de derecho, el retraso desleal, el abuso de la nulidad por motivos

mulación en la mayoría de los casos precisa de un alto nivel de abstracción por el mismo motivo por el que lo requiere el propio principio de buena fe: por la necesidad de sancionar comportamientos de imposible formulación legal y que, sin embargo, se encuentran en el sentir social.

El imperativo de conducta honesta, honrada y diligente que supone el principio de la buena fe implica una serie de obligaciones que se tornan exigibles (López Mesa y Rogel Vide, 2005, p. 62), y, en concreto, exige que nadie actúe contra sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), de tal modo que el ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibile cuando con ello la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior (Díez-Picazo, 1993, p. 51)³⁵. Por tanto, el ejercicio por parte de un contratante de un derecho contraviniendo el principio de buena fe o, dicho de otro modo, la actuación de un contratante que suponga un acto contrario a lo que de él se espera en virtud de su buena reputación resulta un ejercicio extralimitado de su derecho (Díez-Picazo, 1993, p. 51)³⁶. En definitiva, esta doctrina pretende exigir a los contratantes que sean coherentes con sus propios actos, de tal modo que no se rompa, de manera intempestiva y sin causa que lo justifique, la confianza suscitada por el comportamiento antecedente (López Mesa y Rogel Vide, 2005, p. 91).

De tal modo, el principio de la buena fe, junto con la doctrina de los actos propios, cierran el círculo que prohíbe y, correlativamente, sanciona comportamientos contractuales potencialmente causantes de resultados injustos, lo que repercute en la desincentivación de la comisión de comportamientos oportunistas, en la reducción de los costes de transacción asociados a este tipo de comportamiento y, en definitiva, en la mejora del funcionamiento de la economía. No podría ser sino la buena fe la llamada a sancionar este tipo de comportamiento, pues en tanto en cuanto principio general del Derecho logra proscribir muchas conductas que resultan reprochables, pero que debido a su nivel de abstracción—como es el caso del oportunismo contractual—escaparían a las espesas redes de la normatividad (López Mesa y Rogel Vide, 2005, p. 64).

formales, el cumplimiento parcial y la moderación de los plazos contractuales y la contravención derivada de la reclamación del cumplimiento de una prestación cuando debe ser restituida inmediatamente.

³⁵ Nadie puede fundar su pretensión en hechos que contraríen sus propias afirmaciones o conductas o asumiendo una actitud que lo coloque en oposición a su conducta anterior (López Mesa y Rogel Vide, 2005, p. 89).

³⁶ La relevancia de doctrinas como la de los actos propios, además de sustentarse en las cuestiones apuntadas (necesidad de sancionar comportamientos de imposible formulación legal), puede asentarse en la actual velocidad de los cambios sociales y económicos, que hace que resulte impensable una previsión legislativa inmutable, perfecta y completa (López Mesa y Rogel Vide, 2005, p. 14).

Para un análisis en detalle de esta doctrina, véase la ineludible obra de referencia *La doctrina de los actos propios*, de Díez-Picazo, publicada por vez primera en 1963 y reeditada por última vez en 2014.



Potenciar la presencia del principio de la buena fe lograría mejorar el funcionamiento de la economía gracias a la reducción que lograría de los costes de transacción. En efecto, dado que todo contratante solo cumplirá con sus obligaciones contractuales (y, por tanto, no se comportará de manera oportunista) en la medida en que ello le resulte beneficioso, no solo debemos hacer aumentar el valor esperado de la sanción por incumplimiento, sino también el del valor esperado de la sanción por oportunismo contractual a fin de que sea mayor que el beneficio privado de la comisión de un comportamiento oportunista. Para lograr este objetivo, la potenciación de la presencia en el ámbito contractual del principio de la buena fe resulta un mecanismo excelente como medio a través del que aumentar la probabilidad de ser descubierto en la comisión de un comportamiento oportunista.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real. (1996). Los Costes de Transacción (*Transaction Costs*). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*. Madrid: Civitas.
- Allen. (2000). Transaction cost. En B. Bouckaert y G. De Geest. (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, v. 1. Edward Elgar.
- Arruñada Sánchez. (1998). *Teoría Contractual de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Cabrillo Rodríguez y López Ibor. (2011). El análisis económico del derecho en la encrucijada. *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, 77. Vitoria: Gobierno Vasco, Departamento de Hacienda y Administración Pública.
- Coase. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3. Chicago: The University of Chicago both School of Business and Law School.
- Coase. (1972). Industrial organization: A proposal for research. En Fuchs. (Ed.), *Policy issues and research opportunities in industrial organization*. New York: National Bureau of Economic Research.
- Coase. (1996). Law and Economics and A. W. Brian Simpson. *The Journal of Legal Studies*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Coase. (1998). The New Institutional Economics. *The American Economic Review*, 88(2), Pittsburgh: American Economic Association.
- Dahlman. (1979). The Problem of Externality. *Journal of Law and Economics*, 22(1). Chicago: The University of Chicago both School of Business and Law School.
- De la Cámara y Díez-Picazo. (1988). *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Díez-Picazo y Ponce de León. (2011). *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Furubotn y Richter. (1991). The New Institutional Economics: An Assessment. En Williamson y Masten, *The International Library of Critical Writings in Economics*, 54(I), Aldershot: Edward Elgar Publishing Limited.
- Gómez Pomar. (1998). Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿Qué puede enseñar Coase a los juristas? *Anuario de Derecho Civil*, 51(3). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Gómez Pomar. (2002). *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*. Madrid: Civitas.
- Gómez Pomar. (2006). Compensation after Termination of Long-Term Distribution Contracts: An Economic Perspective of EU Law. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Gómez Pomar. (2007). El incumplimiento contractual en el Derecho español. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Jiménez. (2012). ¿Jugamos en el mismo equipo? Los Nobel de Economía y la Teoría de Juegos. *Revista de Estudios Empresariales*, 2 (segunda época). Jaén: Universidad de Jaén.

- López Mesa y Rogel Vide. (2005). *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Editorial Reus.
- Markovits y Schwartz. (2017). (In)efficient breach of contract. En F. Parisi. (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics. Volume II: Private and Commercial Law*. Oxford: Oxford University Press.
- McCabe, Smith y Chorvat. (2005). Lessons from neuroeconomics for the Law. En Parisi y Smith (Ed.), *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University Press.
- Mercurio y Medema. (1997). *Economics and The Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press.
- Miquel González. (1995). Enriquecimiento injustificado. Voz en *Enciclopedia Jurídica Básica*, v. II. Madrid: Civitas.
- Morales Moreno. (1993). Artículos 1269 y 1270. En Albaladejo y Díaz Alabart. (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa.
- Nee y Swedberg. (2005). Economic Sociology and New Institutional Economics. En *Handbook of New Institutional Economics*. Dordrecht: Springer.
- Pantaleón Prieto. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, 44(3). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Pantaleón Prieto. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho civil*, 46(4). Madrid: Ministerio de Justicia.
- Paz-Ares Rodríguez. (1994). Seguridad jurídica y sistema notarial (Una aproximación económica). En *La fe pública*. Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994, Consejo General del Notariado, Madrid.
- Thaler. (1980). Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 1(1). Elsevier.
- Williamson. (1979). Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, 22(2). Chicago: The University of Chicago Press.
- Williamson. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press.
- Williamson. (1989). Transaction cost economics. *Handbook of Industrial Organization*, 1. North-Holland: Elsevier.
- Williamson. (2007). Transaction Cost Economics: An Introduction. *Economics Discussion Papers*, 2007-3.
- Yvon Loussouarn. (2004). La buena fe. En *Tratado de la buena fe en el Derecho*, t. II. Buenos Aires: La Ley.