

muy cuidada. Por otro lado, la obsesión por estudiar tipos de normas reguladoras del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales, un rasgo característico de las obras generales de DIPr. desde 1950 hasta finales de siglo, queda ampliamente superada en este Derecho internacional privado de Calvo Caravaca y Carrascosa González. En la obra, las normas de conflicto ocupan el lugar que se merecen: el centro. La inmensa mayoría de normas de Derecho internacional privado son normas de conflicto y ello no es el resultado de una tradición heredada de la Edad Media o de un capricho de profesores elevados en su inalcanzable *turris eburnea*. Es producto de la eficiencia jurídica. Esta obra defiende, con sólidos argumentos, que la norma de conflicto es el tipo normativo que mejor hace justicia entre los particulares en el escenario internacional. Es la norma que permite ofrecer soluciones jurídicas al menor coste posible, del modo más rápido y sobre todo, de la manera más equilibrada. La ponderación está presente en la norma de conflicto, un tipo normativo no chauvinista sino internacionalista, que ofrece oportunidades de aplicación a todos los Derechos estatales por igual. Es el ideal kantiano transformado en norma jurídica, ideal que conecta con la más clásica tradición del mejor Derecho internacional privado representado por F. K. von Savigny y tantos otros cultivadores de este sector del Derecho que siempre creyeron en la norma de conflicto como instrumento técnico de la mejor Justicia.

Este libro constituye también un homenaje y una declaración de fe en la libertad. Decía Friedrich August von Hayek que «la fe en la libertad se basa en la convicción de que libera más fuerzas para el bien que para el mal». Esta obra deja traslucir que la libertad de las personas para cambiar de país de residencia, hacer negocios en otros países, buscar el amor fuera en lejanos lugares, encontrar trabajo en otras sociedades, es la libertad que hace del mundo un lugar mejor. Esta obra es una apuesta por la libertad y también un ejemplo de libertad. Pero, sobre todo, ante todo y por encima de todo, el Derecho internacional privado de Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González es una gran obra jurídica que proporciona un perspicuo placer a los amantes del mejor Derecho.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

SCHWEIZER, Urs: *Spieltheorie und Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, 344 pp.

La teoría de los juegos es –como resulta bien conocido para los estudiosos de la economía– una disciplina que se dedica al estudio de modelos matemáticos de conflicto y cooperación entre sujetos inteligentes que toman decisiones racionales. En esta disciplina matemática se denomina «juegos» a esos modelos que describen estructuras formalizadas de incentivos en la toma de decisiones estratégicas. La teoría de los juegos se originó en los años 40 y 50 del siglo xx con la obra pionera de los matemáticos John von Neumann, Oskar Morgenstern y John Nash, pero con algunos precedentes remotos ya desde el siglo xviii (James Waldegrave y James Madison). No es casual su aparición en esa época, justamente la de la Guerra Fría, en la que la

posibilidad de un conflicto armado de destrucción mutua garantizada entre las dos superpotencias alcanzó su punto álgido, y las necesidades de la estrategia militar demandaban nuevos análisis para las situaciones de enfrentamiento y recelo mutuo. De ahí que las primeras aplicaciones de la teoría estuvieran ligadas a la industria militar. Pero pronto se vio que la potencialidad de sus análisis era tal, que podía ser aplicado en muchas otras áreas, ya que como un «juego matemático» puede contemplarse una gran variedad de situaciones, desde las más obvias, como una partida de ajedrez o de póker, hasta las más complejas, como el desarme nuclear o una subasta de suministro de energía. En la actualidad la teoría de los juegos se usa en muchas otras disciplinas, además de la economía (particularmente en el campo de la teoría microeconómica y el estudio de mercados competitivos), como es el caso de la biología, la psicología, la cibernética y la computación, y las ciencias sociales en general (*vid.* al respecto, v. gr. J. Fernández Ruiz, «La teoría de los juegos en las ciencias sociales», *Estudios sociológicos* XXII/66 [2004], pp. 624-646). Era prácticamente inevitable, por tanto, que acabara por extenderse igualmente al ámbito jurídico, en el marco de lo que viene llamándose en los últimos años análisis económico del Derecho o *Law and Economics* (sobre el tema puede verse un estudio introductorio general bastante claro en J. Barragán, «Las reglas de la cooperación», *Doxa* 6 [1986], pp. 329-384).

Un terreno particularmente abonado para este modelo de análisis es el del Derecho de obligaciones (*cf.* v. gr. R. Barcia Lehmann, «Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico del Derecho», *Cuadernos de análisis jurídico* 1 [2004], pp. 127-169; L. M. R. Garrido Cordobera, «La negociación contractual y el análisis económico», *Pensar* [Fortaleza, Brasil] 13/1 [2008], pp. 21-28). Considerando que la teoría de los juegos se ocupa de los conflictos entre sujetos racionales que recelan el uno del otro, o el enfrentamiento entre competidores que interactúan y se influyen mutuamente, de modo que la decisión que tome uno de los sujetos influye necesariamente en la decisión que adoptará el otro, y el resultado del conflicto se determina a partir de todas las decisiones tomadas por todos los intervinientes, es obvio que, dentro del Derecho civil, el ámbito que mejor se adapta ese cuadro es el del Derecho de obligaciones, particularmente el Derecho contractual, donde sin duda se encuentran numerosas situaciones engañosas y segundas intenciones en toda negociación (el *dolus bonus*, apuntado ya por los juristas romanos), pero también el Derecho de daños, donde el «juego» entre aseguradoras y damnificados puede ser objeto igualmente de análisis formal (*vid.* un ejemplo de estudio al respecto en F. Gómez Pomar, «El asunto Preysler y la teoría de los juegos», *InDret* 1 [2002], pp. 1-13).

La obra que aquí comentamos constituye, a mi juicio, una excelente introducción al problema de la utilización de la teoría de los juegos al ámbito obligacional. El libro aborda todos los problemas fundamentales del Derecho de obligaciones que son susceptibles de un análisis de este tipo, sin ahorrar al lector las dificultades formales que encierra este campo de la investigación. El autor es un decidido partidario del uso del formalismo matemático para este tipo de estudios, mostrándose escéptico respecto de la posibilidad enfocar un análisis riguroso de los problemas sociales desde la óptica de la teoría de los juegos son recurrir a un instrumental matemático, aunque sea básico. La razón de ello, a su juicio, es que esta teoría parte de una acusada modelización, que exige necesariamente el uso de un lenguaje formalizado para no resultar ambigua o incompleta (en este sentido, el autor critica la conocida obra de Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambrid-

ge [Mass.]/London, 2004, que fue un intento de presentar algunos de estos problemas sin recurrir al formalismo matemático, a fin de hacer el análisis más comprensible para el jurista medio). Con todo, debe decirse a su favor que ha intentado reducir el instrumental matemático del libro a lo más elemental posible, y asimismo el último capítulo del libro (10) es justamente un apéndice en el que resume y aclara los conceptos matemáticos utilizados y los resultados de su estudio.

El libro es una recopilación actualizada de trabajos previos del autor (profesor de Economía Política en la Universidad de Bonn), resultado de diversos seminarios interdisciplinarios en su Universidad dedicados a estas cuestiones (algunos de ellos ya previamente publicados, como v. gr. Urs Schweizer, *Spieltheorie und Schuldrecht-Der Ersatz reiner Vermögensschäden*, Padeborn, 2005). La actual publicación comprende nueve capítulos y un apéndice, precedidos de una introducción en la que expone las principales características del método utilizado, y con una serie de ejercicios resueltos al final del libro de aplicación de los conocimientos desarrollados previamente, de manera que la obra presenta un carácter híbrido entre monografía especializada y libro de texto introductorio. En cualquier caso, el libro dista de ser una mera recopilación de conceptos y doctrinas de general conocimiento, sino que expone puntos de vista propios y originales que, sin duda, pueden resultar muy sorprendentes para el jurista estándar, poco acostumbrado en nuestros días al modo de razonamiento matemático. El libro tiene además la ventaja para el lector europeo-continental de que aborda las cuestiones tratadas sobre la base del Derecho civil alemán (§§ 241-853 BGB), y no desde el enfoque habitual de los estudios de *Law and Economics*, generalmente escritos en inglés y demasiado focalizados en el Derecho norteamericano.

A lo largo de sus nueve capítulos, el autor va desgranando los diversos temas del Derecho de obligaciones que mejor pueden ser abordados por la teoría de los juegos. Los cinco primeros capítulos tratan de la cuantificación de la indemnización por daños en un modelo estandarizado de accidente. El primer capítulo se dedica al tipo más simple, la versión unilateral del modelo, en la que el deudor decide unilateralmente sobre la cuantía de los gastos de atención que ha de abonar, mientras que el acreedor permanece pasivo. En ese capítulo se describe el «principio de compensación» (*Kompensationsprinzip*, que se remonta a la teoría de Friedrich Mommsen de mediados del siglo XIX) que es utilizado frecuentemente en los capítulos posteriores y se remite a diversas aplicaciones del mismo, con un amplio tratamiento de la discusión sobre los requisitos de la causalidad. La base normativa de ese concepto está en los párrafos 249 (clases y ámbito de la indemnización por daños), 251 (indemnización en dinero) y, especialmente, 823 (la obligación de indemnizar) del BGB. A juicio del autor, el principio de compensación contenido en esa descripción contiene una condición suficiente (pero no necesaria) para proporcionar incentivos suficientes al cumplimiento de la obligación.

El segundo capítulo describe una comparación en intensidad de los incentivos cuando resultan lesionadas las condiciones suficientes referidas en el capítulo anterior. En este capítulo se introduce un principio complementario del anterior –el «principio de intensidad» (*Intensitätsprinzip*)–, que también tiene una amplia aplicación. Según este principio, la intensidad de los incentivos al cumplimiento se puede comparar inequívocamente, en la medida en que la diferencia de las funciones de objetivos puede representarse a través de una función monótona creciente de los gastos de cuidado y curación de

la víctima del daño. En este capítulo se analiza la situación planteada en el § 831 BGB sobre la responsabilidad del dueño del negocio por actuaciones de sus auxiliares.

El tercer capítulo amplía la estructura de decisiones unilaterales desarrollada hasta ese momento, y presupone que también el acreedor puede influir activamente en lo que vaya a acontecer. En caso de daño se plantea lógicamente la cuestión de la posible concurrencia de culpas por parte del acreedor. El principio de compensación bilateral, según el autor, indica suficientes condiciones para que el equilibrio de Nash (uno de los principales conceptos técnicos de la teoría de los juegos) producido por un deudor y un acreedor racionales coincida con la solución de referencia, esto es, que ambas partes tengan incentivos suficientes para el cumplimiento. La base normativa de este capítulo son los §§ 254, 421 y 426 BGB.

El capítulo cuarto se ocupa de los daños puramente patrimoniales, que en el Derecho alemán a menudo no son compensables. Los daños puramente patrimoniales se producen sobre todo si un comportamiento prohibido de un deudor potencial influye en las condiciones del mercado. En opinión del autor, resulta difícilmente justificable desde un punto de vista económico que no se tengan en consideración los daños puramente patrimoniales. En todo caso, los daños puramente patrimoniales sí se tienen en cuenta en el Derecho alemán cuando el causante del daño atenta contra una norma dirigida a la protección de la otra parte (§ 823 II BGB) o si causa daños intencionadamente a la víctima de un modo que atenta las buenas costumbres (§ 826 BGB).

A su vez, el capítulo quinto se refiere las partes que tienen una aversión al riesgo y se da una fundamentación para el hecho de que en los demás capítulos se presuponga la neutralidad de todos los actores con relación al riesgo. Se trata de un capítulo de transición, que se centra en un aspecto muy particular de la teoría y que no resulta imprescindible en el desarrollo completo de la obra.

Si en la primera parte de la obra el protagonismo ha correspondido al Derecho de daños (probablemente el territorio estrella del análisis económico del Derecho, *cf.* v. gr. S, Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard [Mass.]/London, 2007), los tres capítulos siguientes se dedican, a su vez, a los recursos jurídicos en el marco del Derecho contractual. El primero de ellos (cap. 6) parte de un negocio jurídico binario: el acreedor hace una inversión en la confianza del cumplimiento de la otra parte, y suscribe un contrato simple que presume un cumplimiento incondicionado a un precio fijo. En caso de una eventual lesión de los deberes contractuales, entran en juego los remedios previstos en el ordenamiento para los casos de ruptura de la confianza de la otra parte. El análisis conduce a la conclusión de que la mayoría de los remedios legales llevan a unas excesivas expectativas en las inversiones del acreedor. Los textos normativos a los que se alude en este capítulo abarcan una gran cantidad de cuestiones jurídico-obligacionales (§§ 122, 241, 249, 250-251, 275, 280-282, 284, 340, 343 BGB).

El capítulo séptimo introduce un modelo de decisiones de cumplimiento estables que también permite tematizar el cumplimiento parcial y defectuoso de las obligaciones contractuales. En conexión con los remedios jurídicos que el ordenamiento proporciona a la parte perjudicada por el comportamiento de la otra, surge entre ambas partes una interesante interacción estratégica que puede reconducirse a unos eficientes incentivos al cumplimiento de una y otra. La base normativa de este capítulo es la misma que en el capítulo anterior.

El capítulo octavo, a su vez, se ocupa de las inversiones con efectos externos (también llamadas inversiones cooperativas), que son aquellas en que las actuaciones del acreedor ya no influyen en los beneficios propios derivados del cumplimiento, sino en los costes del cumplimiento por el deudor. Los resultados de este análisis se distinguen cualitativamente de aquellos que se derivan de las inversiones con efecto sobre uno mismo, de manera que una serie remedios jurídicos, en diversas combinaciones, ofrecen incentivos eficientes para la inversión al menos para una de las partes, siempre que se trate de inversiones de carácter cooperativo. La base normativa de este capítulo es la misma que en los dos capítulos anteriores.

Por fin, el capítulo noveno es el único que trata de la problemática pre-contractual, y encuadra dentro de la misma el clásico problema económico denominado «problema del hold-up», que se refiere a una situación en la que dos partes están dispuestas a realizar un negocio que requiera inversiones específicas de una u otra de las partes. El problema surge cuando una de las partes se arriesga a perder la inversión realizada en ese negocio por culpa de un comportamiento oportunista de la otra parte producido a consecuencia de la conclusión del mencionado negocio. En el texto se comparan especialmente los incentivos para facilitar información a la otra parte con y sin deber de transparencia. A juicio del autor, el Derecho alemán proporciona solo soluciones rudimentarias a los problemas derivados de una información asimétrica entre las partes contratantes (acción de nulidad por dolo del §123 BGB y anulabilidad por error del §123 BGB).

El último capítulo, como ya se ha indicado más arriba, es un apéndice con los conceptos matemáticos que resultan imprescindibles para la comprensión del «principio de compensación» y el «principio de intensidad».

En resumen: el libro es una obra densa, compleja, muy exigente pero de apasionante lectura, ciertamente no apta para todos los paladares, pero que está llamada a constituir un texto de referencia para todos los interesados en los modernos avances del análisis económico del Derecho y de la progresiva formalización del lenguaje jurídico, cuyos primeros pasos, a juicio de quien suscribe, por el momento solo acertamos a atisbar en el horizonte, pero que se acercan irremisiblemente a medida que el predominio de la máquina sobre las decisiones humanas va siendo cada vez más evidente en nuestras sociedades postindustriales.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid