

**EL CONTROL JURÍDICO-SOCIAL DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS
INICIATIVAS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE ARMONIZACIÓN DEL
DERECHO CONTRACTUAL ****

**THE LEGAL AND SOCIAL CONTROL OF FREEDOM OF CONTRACT ON THE
INTERNATIONAL AND REGIONAL INICIATIVES OF HARMONIZATION OF
CONTRACT LAW**

Rosa M.^a GARCÍA PÉREZ ***

SUMARIO: I. Introducción. II. Pluralidad de técnicas de fiscalización contractual en los ordenamientos nacionales: 1. Vinculación de la ilicitud a las condiciones de validez contractual. 2. La ilicitud formulada mediante disposiciones generales de invalidez o de inadmisibilidad del cumplimiento contractual. 3. El casuismo característico de los sistemas *common law*. III. Derecho internacional uniforme: 1. Principios UNIDROIT. 2. Principios TransLex. IV. Derecho contractual europeo armonizado: 1. Código Europeo de Contratos. 2. Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Común de Referencia. 3. Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo. V. Derecho comercial africano: Actas Uniformes OHADA. VI. Derecho comercial caribeño: los Principios OHADAC. VII. Armonización del Derecho contractual en Latinoamérica y en el Sudeste Asiático. VIII. Conclusión.- Bibliografía

RESUMEN: La fiscalización de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional ha hecho su entrada en las propuestas más recientes de armonización del Derecho contractual. La diversidad de categorías, supuestos y efectos otorgados por los ordenamientos nacionales al contrato que vulnera exigencias imperativas, morales o intereses públicos ha sido tradicionalmente esgrimida para relegar el régimen de la ilicitud contractual a la *lex contractus*. Esta perspectiva ha cambiado en los últimos tiempos y a ello se dedica el presente trabajo, que analiza los expedientes técnicos articulados para un efectivo control de la licitud contractual en las diferentes iniciativas, internacionales y regionales, de armonización de la contratación internacional.

* Esta contribución se enmarca en el Proyecto de investigación DER2013-41156-P: *Derecho contractual Comparado*, dirigido por el profesor S. Sánchez Lorenzo.

*** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Granada (España).

PALABRAS CLAVE: Límites a la libertad de contratación; Ilícitud contractual en los instrumentos internacionales de unificación del Derecho contractual; Perspectivas europea, africana y caribeña de la ilegalidad e inmoralidad contractual

*ABSTRACT: The control of the principle of party autonomy in the field of international contracts has made its entry into the most recent proposals for harmonization of contract Law. The diversity of categories, cases and effects granted by national laws to the contract that violates mandatory rules, morality or public order has traditionally been used to relegate the regime of illegality to the *lex contractus*. This perspective has changed in recent times and this is the purpose of this paper, which analyzes the technical proceedings employed to effectively control contractual legality in the various international and regional initiatives to harmonization contract Law.*

KEY WORDS: Limitations of the freedom of contract; Illegal contracts in the international instruments of unification on contract Law; Illegality and immorality from the european, african and caribbean perspectives.

I. Introducción

Tradicionalmente el control de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional ha sido una materia relegada al régimen previsto por la ley nacional aplicable al contrato (*lex contractus*), una de cuyas funciones principales es «establecer el marco imperativo, dentro del cual los contratantes son libres para configurar el contrato»¹. Aun cuando la libertad de contratación y los límites a su operatividad por razones de prevalencia de intereses superiores previstos legalmente o derivados de estándares extralegales constituyen un lugar común, explícita o implícitamente reconocido en los instrumentos internacionales de armonización del Derecho contractual², la diversidad de categorías, supuestos y efectos, otorgados por

1.- Así P. A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n.º 4, Ottobre-Dicembre, 1998, pp. 859-893, en especial, 867-868, quien sobre la *lex contractus* advierte «Las normas que establecen las exigencias a las que se subordina la validez y la existencia de los contratos constituyen el núcleo de las normas de Derecho de obligaciones que revisten carácter imperativo. Tales normas están destinadas a garantizar el respeto a los estándares mínimos de justicia en la formación y el contenido del contrato, previendo la invalidez de los negocios en los que el consentimiento de alguna de las partes (y su declaración) presenta importantes deficiencias (incapacidad, error, dolo, intimidación) o cuyo contenido es contrario a la ley, la moral o el orden público. Si bien la cuestión de qué contenidos infringen esos elementos es resuelta de manera dispar según los países, como consecuencia de las diversas tradiciones y políticas legislativas».

2.- Vid. S. Vogenauer, "General Principles of Contract Law in Transnational Instruments" en *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh*

los ordenamientos nacionales al contrato que vulnera exigencias imperativas, morales o intereses públicos, confieren a la materia cierta complejidad a efectos de su análisis comparativo, así como en orden a los ensayos de armonización internacional del Derecho contractual.

Muestra de ello es que uno de los primeros y más relevantes hitos en el proceso armonizador de la contratación internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, CISG, de su denominación en inglés, *Convention on Contracts for the International Sale of Goods*)³, relega a la *lex contractus* lo relativo a la ilicitud por contravención de una norma, de la moral o del orden público, al excluir expresamente de su ámbito de aplicación las condiciones de validez del contrato [art. 4 a)]. Aun cuando la indefinición del alcance de esta exclusión pueda provocar algunas dudas interpretativas⁴, dadas las diferentes concepciones nacionales⁵, es unánime la consideración sobre la sustracción de la ilicitud de su campo de aplicación⁶.

Bale. L. Gullifer and S. Vogenauer (eds.). Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 292- 310.

3.- Sobre la influencia de la CISG en las propuestas internacionales de armonización contractual y en las legislaciones nacionales, así como sus lagunas en orden a articular un instrumento de unificación contractual global, *vid.* I. Schwenzer, "Global unification of contract law", *Uniform Law Review*, vol. 21, 2016, pp. 60-74.

4.- Señala M.ª P. Perales Viscasillas ["El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)", 2001, accesible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>]: «El término validez del artículo 4.a) CNUCCIM debe interpretarse acordemente con la sistemática del texto uniforme, más que en función del significado y alcance que se le otorgue en el Derecho nacional no uniforme, debiendo desvincularse su caracterización de la que se sigue en los diversos Derechos nacionales. En este sentido es claro que las normas de validez del Derecho interno no uniforme se ocupan de aspectos tales como cuestiones de capacidad de las partes, vicios del consentimiento, competencia y poder de un representante, asuntos de orden público, que no están expresamente reguladas por las reglas de la Convención. En cambio todo aquello que expresamente se reglamenta por la Convención -como los elementos que se especifican que deben formar parte de la oferta, fundamentalmente la cantidad y el precio-, se convierten en requisitos para la válida perfección del contrato». *Vid.* M. Djordjević, "Article 4", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas eds.), Munich, CH Beck, 2011, pp. 62-87; I. Schwenzer, "Divergent Interpretations: Reasons and Solutions", en *International Sales Law. A global Challenge*, ed. L. A. Dimatteo, Cambridge University Press, 2014, pp. 102-119, en especial, 113; U.G. Schroeter, "The Validity of International Sales Contracts. Irrelevance of the 'Validity Exception' in Article 4 Sales Convention and a Novel Approach to Determining the Convention's Scope", en *Boundaries and Intersections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, Eleven International Publishing, 2015, pp. 95-117.

5.- Como advierte L. Rojo Ajuría ("Validez del contrato de ámbito de aplicación sustantivo de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n-º 21, diciembre 1996, pp. 11-28, en especial, p. 24), «la

Del mismo modo, la primera versión (1994) de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, publicados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT- (en adelante, Principios UNIDROIT), y la segunda (2004) excluían expresamente la ilicitud, como causa de invalidez del contrato en su artículo 3.1, cuyo comentario aclaraba las razones de la mencionada opción: «no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los Principios, como es el caso de la falta de capacidad de las partes, inmoralidad o ilegalidad. La complejidad inherente a cuestiones relativas al estado de las personas y orden público, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión del ámbito de aplicación de los Principios. En consecuencia, materias como la validez de actos “ultra vires” y el contenido ilegal o inmoral de los contratos continuarán siendo materias reguladas por la ley aplicable».

Inicialmente también los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL, de su denominación en inglés: *Principles of European Contract Law*)⁷ de la Comisión Lando, en la primera (1995) y segunda (1998) de sus ediciones, comprensivas de las partes I y II, excluían de su ámbito lo relativo a la ilicitud contractual. El artículo 4:101, relativo a la validez del contrato, advertía que “el presente capítulo no trata de

validez de un contrato queda, de esta forma, subordinada a una serie de disposiciones que no son homogéneas ni equivalentes de un país a otro».

6.- No obstante, se reconoce que el cierre del proceso de una verdadera ley uniforme impone afrontar el tema de la ilicitud contractual, vid. N. Bar y N. Har-Sinay, “Contract Validity and the CISG: Closing the Loophole” (25 January 2008), disponible <http://www.articlesbase.com/law-articles/contract-validity-and-the-cisg-international-treaty-closing-the-loophole-315561.html>.

7.- Los PECL, cuyas dos primeras partes fueron publicadas en 1999 [vid. O. Lando y H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000 - edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz, *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, Madrid, 2003, las citas se realizarán a esta edición-] y la tercera en 2003 [vid. O. Lando y H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, 2003 -edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz. Madrid, 2007], han originado una copiosa bibliografía, entre otras obras: Díez-Picazo/Roca Trías/Morales Moreno, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas. Madrid, 2002; S. Cámara Lapuente (coord.) *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003; S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European contract law*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003; S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero (eds.), *La cooperación judicial en materia civil por y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003; A. Vaquer Aloy (ed.), *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005. Sobre la influencia de los PECL en el Derecho español: I. González Pacanowska, “Los Principios Lando”, *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, coord., Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, 2009, pp. 151-182. Vid., también, O. Lando, “The European Principles in an Integrated World”, *European Review of Contract Law*, 1/2005, pp. 3-18.

la nulidad derivada de la ilicitud, de la inmoralidad o de incapacidad". La razón de tal exclusión residía en la propia complejidad de la materia. Fue la Tercera Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, la que tras analizar el tema propuso su inclusión y finalmente quedó incorporado en la Parte III de los PECL.

Han sido las nuevas propuestas internacionales o sus versiones más recientes las han incorporado una reglamentación de lo que, con carácter comprensivo de una extensa y rica casuística, se puede aglutinar bajo la denominación genérica de ilicitud contractual.

II. Pluralidad de técnicas de fiscalización contractual en los ordenamientos nacionales

Con el fin de valorar adecuadamente la reglamentación de la ilicitud contractual en los instrumentos internacionales o regionales de armonización del Derecho contractual, conviene detenerse brevemente en las técnicas empleadas por los ordenamientos jurídicos nacionales. En un afán de sistematización, tres son los modelos apreciables⁸.

1. Vinculación de la ilicitud a las condiciones de validez contractual

Ha sido la técnica de control de los pactos entre particulares empleada por los sistemas romanistas. La repulsa de los contratos cuyo propósito sea contrario a normas imperativas, a las buenas costumbres o moral social imperante o al orden público se ha resuelto a través de los conceptos de licitud de la causa⁹ y del objeto¹⁰,

8.- Para un análisis mucho más exhaustivo del tema, vid. R. M.^a García Pérez, "La ilicitud contractual", en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Tomo I, S. Sánchez Lorenzo (ed.), Civitas-Thomson Reuters. Navarra, 2016, pp. 1079-1115.

9.- Sobre las funciones y utilidad de elemento causal, así como sobre la posibilidad de su sustitución por otros expedientes, la bibliografía en los sistemas francés, español e italiano es extraordinariamente amplia, además de los tratadistas en materia de derecho de obligaciones y contratos, entre otros, véase, G. Alpa y M. Bessone (coords.), *Causa e consideration*, Padova, 1984; E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez), 2^a ed., Madrid, 1959, pp. 132 y ss.; H. Capitant, *De la cause des obligations (Contracts, Engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, París, 1923; L. H. Clavería Gosálbez, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 149 y ss.; J. Dabin, *La teoría de la causa* (traducción de F. Pelsmacker), Madrid, 1955; F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 164 y ss.; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*, Guiffre, Milano, 1968; J. A. Martín Pérez, "La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición evidente y quizás aparente)", *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid 2006, pp. 281-303, en especial, pp. 292 y ss.; y la obra colectiva dirigida por L. Vacca, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997.

10.- Noción de objeto, cuya delimitación conceptual, cuando falta una definición legal, ha generado controversia doctrinal, siendo referido tanto a las cosas y servicios de las prestaciones asumidas por los contratantes, a las propias prestaciones, en cuanto

concebidos ambos como elementos esenciales para la validez contractual.

Este expediente, iniciado con el *Code* napoleónico de 1808 (arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133) ha sido el empleado por los códigos civiles tributarios del Derecho francés o influenciados por él, en los que la causa por sí sola, o junto con el objeto contractual, han cumplido una función determinante en la delimitación contractual de los límites de la autonomía de la voluntad¹¹.

Algunos ordenamientos, prescindiendo nominalmente de la causa como requisito para la validez del contrato, dejan el control de la licitud al objeto y al fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan. Tal es el caso señaladamente de los siguientes ordenamientos: art. 166 Código civil brasileño; art. 1.251 Código civil guatemalteco; arts. 1.794, 1827 y 1830 Código civil mexicano; arts. 669 y 673 en relación con los arts. 299 y 357 Código civil paraguayo; arts. 1354 y 1403 Código civil

comportamientos de las partes, a las obligaciones derivadas del contrato, a la materia social sobre al que recae el vínculo e, incluso, al interés práctico de las partes. *Vid.* L. Díez Picazo y Ponce de León, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I (*Introducción a la teoría del contrato*), 6ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, pp. 229-234; M. J. Marín López, “El objeto del contrato”, en AA.VV. *Tratado de contratos*, I (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 589-590.

11.- Es el vigente de una forma u otra, con alcance y contenido diverso, en un amplio elenco de ordenamientos nacionales: *ad ex.*, arts. 591 y 592 Cc afgano; art. 633 Cc albanés; arts. 93-97 Cc argelino; arts. 1.004 y 1.014 Cc argentino de 201411; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc belga; arts. 452, 485, 489 y 490 C.c. boliviano; art. 26.2 Código de Obligaciones búlgaro; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc burkinés; arts. 8, 27, 30 y 32 del Título I del Libro III del Cc burundés; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc camerunés; arts. 151 y 156 Cc catari; arts. 1.445, 1.462, 1.464, 1.466 y 1.467 Cc chileno; arts. 1.502, 1.519, 1.521 y 1.524 Cc colombiano; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc comorense; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1133 Cc congoleño; arts. 627 y 631 Cc costarricense; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc dominicano; arts. 1.261, 1.271 y 1.275 ecuatoguineano; arts. 1.461, 1.478, 1.480, 1.482 y 1.483 Cc ecuatoriano; arts. 135 y 136 Cc egipcio; arts. 129 y 207 Cc emiratí; § 39 Código de Obligaciones esloveno; arts. 1.261, 1.271 y 1.275 Cc español; arts. 1.318 y 1.352 Cc filipino; arts. 649, 666 y 667 Cc guineano; arts. 903, 919, 922 y 923 Cc haitiano; arts. 1.552, 1.565, 1.567 y 1.570 Cc hondureño; arts. 1.320, 1.322, 1.335 y 1137 Cc indonesio; arts. 1.343, 1.345, 1346 y 1418 Cc italiano; arts. 1.966, 1.968 y 1.971 Cc luisiano; art. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc luxemburgués; arts. 64, 90 y 92 de la Ley malgache 66-003 de 1966 sobre teoría general de las obligaciones; arts. 28, 53, 54 y 56 de la Ley maliense 87-31 de 1987 sobre régimen general de las obligaciones; arts. 966, 985 y 990 Cc maltés; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc marfileño; arts. 2, 57 y 62 del Código de las Obligaciones y Contratos marroquí; arts. 23, 77 y 82 del Código de las Obligaciones mauritano; arts. 47,49, 51 y 52 de la Ley sobre contratos montenegrina; arts. 1.874, 2.473, 2.478 y 2.079 Cc nicaragüense; arts. 1.108, 1128, 1.131 y 1133 Cc nigeriano; arts. 1.112, 1.122 y 1.126 Cc panameño; arts. 1.213, 1.223 y 1.227 Cc portorriqueño; arts. 1.385, 1.411 y 1.413 Cc quebequés; arts. 1.179 y 1.225, 1.236 Cc rumano; arts. 1.316, 1.333, 1.335, 1.337 y 1.338 Cc salvadoreño; arts. 47, 74 y 76 del Código de las Obligaciones Civiles y Mercantiles senegalés; arts. 1.108, 1.128, 1.131 y 1.133 Cc togolés; arts. 2, 62 y 67 del Código de Obligaciones y Contratos tunecino; arts. 1.261, 1.282, 1.286 y 1.288 Cc uruguayo; arts. 1.141, 1.155 y 1.157 Cc venezolano; arts. 47, 49 y 51 de la Ley sobre Obligaciones yugoslava, vigente en Serbia).

peruano; arts. 280 y 281 Código civil portugués; arts. 271 y 272 Código civil timorense. Sigue una línea similar el Código civil etíope al decretar la nulidad del contrato si su objeto es ilegal o inmoral (art. 1808) o lo son las obligaciones asumidas por las partes (art. 1716) sin que, como regla general (arts. 1717 y 1718), sean relevantes los motivos que llevaron a las partes a celebrar el contrato.

Conviene advertir que la causa y el objeto han desaparecido como requisitos de validez del contrato en el Código civil francés, tras su reforma por *Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, siguiendo la estela de los instrumentos de armonización internacional del Derecho de Contratos. El nuevo artículo 1128 exige, como condición para la validez del contrato, además del consentimiento otorgado por las partes con la suficiente capacidad, un contenido lícito y cierto. No obstante esta exclusión, la función de control tradicionalmente asignada a la causa queda reflejada en el nuevo artículo 1162 del C.c. francés, cuando advierte que el contrato celebrado no podrá sustraerse, ni en su contenido ni en su finalidad, a las reglas y principios de orden público, ya las conocieren o no las partes.

En España, recientes propuestas de modificación del Derecho contractual, o bien omiten directamente la causa como elemento contractual, sancionando la nulidad de pleno derecho del contrato “*contrario a una norma imperativa o prohibitiva o por razón de la ilicitud del fin perseguido por las partes*”, es el caso de la *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (arts. 521-1 y 527-1)¹², o bien matizan su tradicional entendimiento, como sucede con la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, obra de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009¹³, que alude al “conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes” (art. 1238.3)¹⁴, manteniendo la nulidad de los contratos con causa ilícita o inmoral (art. 1296).

La regla general, en orden a las consecuencias de la ilicitud en estos sistemas, es la nulidad de pleno derecho del contrato que vulnera normas imperativas, salvo que la propia norma establezca expresamente otro efecto o este pueda deducirse de la naturaleza y finalidad de la norma infringida, del sentido y significado de la *ratio iuris*

12.- *Vid.*, Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 51.

13.- *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, Suplemento. Una completa aproximación a los contenidos de la Propuesta se realiza en la obra colectiva dirigida por K. J. Albiez Dohrmann y coordinada por M.ª L. Palazón Garrido y M.ª M. Méndez Serrano, *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.

14.- Así, A. Luna Serrano, “Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2010, vol. 2, n.º 2, pp.140-148, especial, p. 148, quien pone de manifiesto que con tal reconducción a la idea del propósito práctico, la noción de causa queda remitida al concepto de contenido del contrato.

que inspira tal norma¹⁵. En cambio, cuando el contrato adolece de este déficit estructural en su objeto o en la causa pero por contravención del orden público o de las buenas costumbres, la nulidad absoluta y la falta de producción de efectos no presenta excepciones¹⁶.

La principal consecuencia de la nulidad pasará por denegar tutela jurídica a las partes, con la consiguiente desestimación por los tribunales de las pretensiones basadas en el contrato aún no consumado y, para el supuesto de que las prestaciones se hubiesen ejecutado total o parcialmente, no obtendrán amparo legal los efectos desplegados, debiendo restablecerse la situación anterior a la celebración del contrato, con la consiguiente obligación de las partes de restituirse mutuamente aquello que hubieren recibido en virtud del contrato ilícito (*quod nullum est, nullum effectum producit*).

No obstante, la *restitutio in integrum* admite en algunos sistemas excepciones en el ámbito de los contratos ilícitos por inmoralidad, bien con base en una disposición legal basada en la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*¹⁷, con fundamento en

15.- L. Díez Picazo y Ponce de León, *op. cit.*, p. 560; aspectos interpretativos de la norma infringida a los que algunos autores añaden a la hora de valorar el efecto de la contravención de la norma otros como los resultados desde el punto de vista de la justicia contractual o el principio de efectividad (así, A. Carrasco Perrera, "Comentario al artículo 6.3 del Código civil" en *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, I-1, dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, Edersa, 1992, p. 821 y ss).

16.- Advierte F. Galgano (*El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992, p. 265): «El concepto de ilicitud manifiesta una contravención del contrato con el ordenamiento jurídico de mayor gravedad que la resultante de su contravención con las normas imperativas: la fórmula supone reprobación por el resultado que las partes, mediante el contrato, se proponen realizar, bajo el triple aspecto del objeto del contrato, de la causa del contrato y de los motivos del contrato. Esta contradicción se manifiesta de modo más evidente en la circunstancia ya puesta de manifiesto de que el contrato ilícito es siempre y en todo caso nulo y no produce efectos, en tanto que la contravención común con las normas imperativas permite, según la reserva del apartado primero del art. 1418, una consecuencia distinta de la nulidad».

17.- Es el caso de las previsiones contenidas en los arts. 1305 y 1306 del Cc español, sobre cuyos orígenes, alcance y dificultades en orden al establecimiento de criterios unívocos en la aplicación por la jurisprudencia española puede verse el análisis realizado por E. Vazquez de Castro, *Illicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 362 y ss., P. Saborido Sánchez, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 331 y ss.; J. Delgado Echeverría y M.ª A. Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005, pp. 288-316; C. López Beltrán de Heredia, "La nulidad de los contratos", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 277 y ss; A. Carrasco Perera, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 754 y ss. Contienen igualmente previsiones en este sentido los siguientes ordenamientos: art. 1.014 Cc argentino de 2014; art. 1.468 Cc chileno; art. 1.525 Cc colombiano; arts. 805 y 844 Cc costarricense; art. 1.310 Cc dominicano; arts. 1.305 y 1306 C.c. ecuatoguineano; art. 1.484 Cc ecuatoriano; arts. 1.411 y 1.412 Cc filipino; art. 1.596 Cc hondureño; art. 991 Cc maltés; art. 2.211 Cc nicaragüense; arts. 1.156 y 1.157 Cc panameño; arts. 1.257 y 1.258 Cc portorriqueño; art. 1.339 Cc salvadoreño; art. 93

«la antigua consideración de indignidad de quien basa su acción en un acto propio ilícito»¹⁸; bien por vía de interpretación jurisprudencial¹⁹; bien permitiendo al juez valorar, según los casos, la procedencia de excluir la repetición de las prestaciones²⁰.

2. La ilicitud formulada mediante disposiciones generales de invalidez o de inadmisibilidad del cumplimiento contractual

En los sistemas abstractos, en los que la causa no opera como condición de validez del contrato, el control de la autonomía de la voluntad deriva de normas, formuladas como cláusulas o disposiciones generales (*generalklauseln*), que sancionan la ineficacia del acto negocial o del contrato contrario a la ley (*gesetzeswidrige* o *verbotswidrige*) o del inmoral (*sittenwidrige*). El paradigma viene constituido por los §§ 134 y 138 BGB alemán, ubicados entre las disposiciones generales aplicables reguladoras de los negocios jurídicos, al que siguen otros ordenamientos como el § 879 ABG austriaco, los artículos 19, 20 y 66 Código suizo de las obligaciones o el § 879 Código civil Liechtenstein, el Código civil holandés (art. 3:40 Cc) y el surinamés²¹.

del Código de las Obligaciones Civiles y Mercantiles senegalés; art. 1.565 Cc uruguayo; art. 1.157 Cc venezolano.

18.- En términos de F. de Castro y Bravo, *op. cit.*, p. 252.

19.- Es el caso de la controvertida *exception d'indignité* francesa (*vid.*, V. Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, II-1^o, 7^a ed., París, 1985, pp. 312 y ss; F. Terre, P. Simler e Y. Lequette, *op. cit.*, pp. 269-270 y, especialmente, 308-309). El Código civil italiano no recoge expresamente esta excepción en sede contractual, aunque prevé una regla similar para el pago de lo indebido (art. 2.035), cuya aplicación jurisprudencial en el ámbito de la ilicitud contractual no ha estado exenta de polémica (*vid.*, P. Rescigno, "In pari causa turpitudinis", *Rivista di Diritto Civile*, 1966, I, pp. 1-57, en especial, pp. 18 y ss; A. Albanese, "Immoralità, illiceità e soluti retentio", *Il Corriere Guiridico*, 2005, pp. 865-875).

20.- Así, art. 547 C.c. boliviano; art. 2033 Cc luisiano; art. 114 Ley malgache 66-003 de 1966 sobre teoría general de las obligaciones; art. 69 Ley maliense 87-31 de 1987 sobre régimen general de las obligaciones; art. 104 de la Ley sobre contratos montenegrina; y art. 104 Ley del Contratos y Daños yugoslava, vigente en Serbia.

21.- Algunos sistemas centroeuropeos, antaño en la órbita socialista, siguen el modelo abstracto del Derecho alemán, reconduciendo la ilicitud a fórmulas generales de invalidez o de inadmisibilidad del cumplimiento contractual que vulnera la ley o la moral (art. 26 Ley de Obligaciones y Contratos búlgara de 1950, art. 580 Cc checo, arts. 271 y 322 Ley de obligaciones civiles croata de 2005, § 39 Cc eslovaco, arts. 6:95 y 6:96 Cc húngaro, art. 512 Cc moldavo, art. 353 Cc polaco). También el Código civil ruso (art. 169) contiene una cláusula general de invalidez de los acuerdos o transacciones que son contrarios a los principios fundamentales del orden legal o la moral, criterio seguido por el Cc bielorruso, (art. 170), el Cc georgiano (art. 54), el Cc kirguiso (arts. 185 y 187), el Cc lituano (arts. 1.80 y 1.81), el Cc ucraniano (arts. 203 y 228), Cc uzbeko (art. 116), y por ordenamientos del Cáucaso como los Códigos civiles armenio (arts. 337 y 438), azerbaiyano (art. 338) y kazajo (art. 158).

El § 134 BGB establece la nulidad de los actos contrarios a una ley imperativa o prohibitiva (*gesetzliches Verbot*) salvo que esta disponga otra consecuencia diferente para su contravención o, según la doctrina, así resulte de una interpretación de la norma ajustada a su sentido y finalidad²². Tal interpretación puede conducir a la nulidad total o parcial e, incluso, a conferir al negocio un cierto grado de eficacia del que derive su ejecución total o parcial, o tan sólo una “eficacia débil” como, por ejemplo, la obligación de indemnizar los daños²³. Asimismo, en la determinación de los efectos sobre el contrato de la vulneración de la norma, los tribunales han tenido en cuenta la persona o personas afectadas por la norma: si la previsión legal se dirige a ambas partes, el contrato será nulo, en cambio, si solo afecta a una de ellas, el contrato no se verá afectado (BGH *Wertpapier-Mitteilungen*, 1966, 1101, 1002)²⁴.

Por su parte, el § 138.1 BGB prevé la nulidad de los actos contrarios a las buenas costumbres (*guten Sitten*), concretando su párrafo segundo (comúnmente referido a los contratos usurarios o leoninos) la nulidad del contrato en el que uno de los contratantes obtiene para sí o para un tercero una ventaja desproporcionada, explotando la situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de buen juicio o la débil voluntad de la otra parte²⁵. Al concepto de “buenas costumbres”, a pesar de su indeterminación, suele reconocérsele un alcance mayor que el otorgado por los códigos que siguen la estela del napoleónico francés, abarcando también la noción de orden público²⁶. En la jurisprudencia se ha acuñado una fórmula para compendiar el significado de “buenas costumbres”: “*Die guten Sitten sind das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*”, esto es, “las buenas costumbres consisten en la decencia de toda persona que se comporta justa y equitativamente” [*Bundesgerichtshof* 29.9.1977 (BGHZ 69, 297)].

Si en virtud del negocio ilegal o contrario a las buenas costumbres se hubieran ejecutado las prestaciones, el *accipiens* queda obligado a su restitución, en virtud de lo dispuesto en el § 817.1 BGB, ubicado en sede de enriquecimiento sin causa. No

22.- Vid., C. Armbrüster, § 134, en AA.VV. *Münchener Kommentar zum Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, 6ª ed. Munich, Verlag C.H. Beck, 2012, n.º 41.

23.- Vid., W. Flume, *El negocio jurídico*, T. II (traducción de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle). Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 415 y ss.; B. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006, pp. 242 y ss.

24.- En este sentido, M. Lehmann, “Chapter 15: Illegality”, en *European Contract Law and German Law*, eds. S. Leible y M. Lehmann, Kluwer Law International, 2014, p. 774.

25.-No obstante, la nulidad del negocio contrario a las buenas costumbres, conforme a lo dispuesto en § 139 BGB, podrá ser total o parcial en función de que pueda aislarse o no la parte inmoral del negocio jurídico sin afectar a su esencia; en caso de duda, deberá decretarse por el juez la nulidad total.

26.-Así, W. Flume, *op. cit.*, pp. 435-439.

obstante, el apartado segundo de este precepto prevé una excepción basada en los aforismos latinos *in pari turpitudine melior est causa possidentis* o *in pari delicto potior es conditio defendentis*, al negar el derecho a obtener la restitución a la parte a quien sea imputable la ilicitud, siempre que fuese consciente de la misma o la conociese [requisito subjetivo exigido por la jurisprudencia, *Reichsgericht Großer* 30.6.1939 (RGZ 161,57)]. Finalmente, la jurisprudencia, sobre la base de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* (§ 311.2 BGB), ha reconocido la procedencia de reclamar una indemnización de los daños causados como consecuencia de la invalidez del contrato ilícito a favor de la parte que ignorase la causa de la ilicitud frente a quien la conoció o debió haberla conocido [*Bundesgerichtshof* 12.11.1986 (BGHZ, 99, 101)]²⁷.

El carácter puramente consensual del contrato que se advierte en muchos sistemas provoca asimismo que la ilicitud del contrato no se vincule a ningún elemento estructural. Así ocurre en el Derecho griego que, con carácter general, prohíbe los actos contrarios a la Ley (art. 174 Cc) o a la moral (art. 178 Cc)²⁸. El mismo régimen se observa en muchos sistemas jurídicos asiáticos (arts. 7 y 52 Ley de Contratos china de 1999; art. 103 Ley Civil surcoreana de 1958; art. 128 Cc vietnamita) y en los sistemas escandinavos (*ad ex.*, el art. 5.1.2 del *Danske Lov*²⁹; por su parte, la sección 36 Ley de Contratos finlandesa de 1929 faculta a los jueces para negar efectos al contrato o ajustar sus cláusulas)³⁰.

27.- *Vid.*, W. Flume, *op. cit.*, p. 651. En este sentido, en el ámbito de la jurisprudencia suiza, también A. Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, traducción de W. Roces, Comares, Granada, 2007, p. 147.

28.- *Vid.*, M. Stathopoulos, *Contract Law in Greece*, 2ª ed. rev., Kluwer Law International, 2009, pp. 107-109.

29.- Esta declaración de validez del contrato no contrario a la ley o a la moral se realiza, no en la Ley danesa de contratos de 1986, sino en el Código danés de 1683 (*Danske Lov*), *vid.*, R. Nielsen, *Contract Law in Denmark*, Kluwer Law International, 2011, pp. 145 y 146. Tampoco la Ley de Contratos finlandesa de 1929 formula un principio de carácter general en este sentido, siendo una cuestión reconocida jurisprudencialmente.

30.- Por su parte, el Derecho israelí, con influencia tanto del *civil law* como del *common law* (*vid.*, E. Zamir, "The civil codes-Israeli Report", *Thematic Congress of the International Academy of Comparative Law*. Taiwan, mayo 24-26, 2012, accesible en https://www.researchgate.net/publication/228142349_The_Civil_Codes_-_Israeli_Report, fecha de consulta 1 de diciembre de 2016), cuya Ley General sobre Contratos de 1973 contiene un criterio de perfección y validez del contrato puramente consensual (sin exigir la concurrencia de causa ni *consideration*), prescribe en su artículo 30 la nulidad del contrato cuando, por su conclusión, contenido u objeto, sea ilegal, inmoral o contrario al orden público. No obstante, a diferencia de los sistemas germánicos, no deniega protección jurídica a las partes a las que sea imputable la ilegalidad ("*nemo auditur suam turpitudinem allegans*"), sino que deja a discreción de los tribunales, en función de las circunstancias del caso, la valoración de la procedencia o no de restituir las prestaciones ejecutadas con base en un contrato ilegal (art. 31).

3. El casuismo característico de los sistemas *common law*.

Desde la perspectiva del *common law*, a pesar de que la *consideration*, ligada a la idea de la necesaria existencia de una contraprestación, de un *quid pro quo* o reciprocidad de intereses³¹, juega un papel fundamental para otorgar fuerza obligatoria al vínculo contractual, este requerimiento no entra en juego cuando se trata de valorar la ilicitud contractual. Tampoco, de forma coherente con su escasa inclinación por las cláusulas generales, se formulan estas para sancionar la ilicitud contractual. En estos sistemas predomina una perspectiva causuística y descriptiva basada en la aplicación práctica, y con base en ella la doctrina suele otorgar a la materia un tratamiento autónomo a través de la categoría de los *illegal contracts*, con múltiples clasificaciones³².

Una de las principales es la proporcionada por la distinción entre *illegality* y doctrina del *public policy*³³, y con base en ella entre contratos que infringen una norma legal (*contracts prohibited by statute*)³⁴, como los que tienen como finalidad cometer un ilícito penal o civil, y contratos que vulneran el *common law* por ser contrarios al orden público (*contracts illegal at common law on ground of public policy*). La diferencia de régimen jurídico entre ambas categorías se encuentra en los efectos de la ilegalidad: mientras la "*statutory illegality*" ocasiona que al contrato se le apliquen los efectos previstos en la norma infringida (nulidad, anulabilidad, nulidad parcial e, incluso, validez por irrelevancia de la infracción) o el que se deduzca del propósito o finalidad perseguida por la norma³⁵, la *common law illegality* provoca la aplicación de las reglas

31.- *Vid.*, J. Cartwright, *Contract Law (An Introduction of the English Civil Law of Contract for the Civil Lawyer)*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 127; E. Dell'Aquila, *El contrato en Derecho inglés (aspectos de Derecho comparado)*, Barcelona, PPU, 2001, p. 72; S. Sánchez Lorenzo, *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-56

32.- En la doctrina española, en un amplio y minucioso estudio de la ilegalidad contractual en los sistemas inglés y estadounidense, E. Vazquez de Castro ("Los contratos ilegales en el *Common Law*", *Anuario de Derecho Civil*, Enero, 2002, pp. 115-162, en especial, pp. 122 y ss.) analiza estas clasificaciones distinguiendo entre: a. Contratos contrarios al derecho positivo, a la moral y a las buenas costumbres y al orden público; b. Contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*; c. Contratos ilegales en su formación y contratos ilegales en su realización; d. Contratos con ilegalidad objetiva y contratos con ilegalidad subjetiva; y e. Contratos ilegales, *void*, *voidable* y *unenforceable*.

33.- Uno de los tratamientos más exhaustivos del tema, que parte de esta distinción, puede encontrarse en la obra de R.A. Buckley, *Illegality and public policy*, Sweet and Maxwell, London, 2002.

34.- M. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contracts*, 16ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 451 y ss.

35.- E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 13ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, pp. 539-540

o principios generales del *common law*, entre los que destaca por lo general, aunque con múltiples excepciones a la luz del caso concreto, la aplicación de la regla *ex turpi causa non oritur actio*, esto es, la inexigibilidad del contrato y la falta de acción entre las partes para obtener la restitución de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato ilegal. En cualquier caso, son numerosas las excepciones a la inexigibilidad del contrato ilegal³⁶, por lo que las consecuencias de la ilegalidad distan de ser uniformes³⁷.

36.- Así por ejemplo, J. M. Perillo (*Calamari and Perillo on contracts*, Hornbook Series, 6ª Ed, Thomson Reuters, 2009, pp. 733 y ss.) destaca las siguientes: a. *Ignorance of fact and law*: La acreditación por una de las partes de su ignorancia sobre los hechos constitutivos de la ilegalidad, conocidos por la otra parte; b. *Bargain illegal by virtue of wrongful purpose*: Contrato ilegal en virtud de propósito ilícito cuando solo una de las partes es culpable, la parte inocente que ha sido inducida fraudulentamente o por indebida influencia a concluir el contrato puede obtener la restitución de las prestaciones; c. *Where the parties are not in pari delicto*: cuando los contratantes no están en igualdad de culpa respecto de la ilegalidad cometida; d. *Severance*: supuestos en los que la ilegalidad no se extiende a todo el contrato por no afectar a la parte esencial o principal del mismo; e. *Purposeful interpretation and reformation*: si el contrato puede ser interpretado tanto en sentido legal como ilegal, será preferida la primera de las interpretaciones, así como cuando puede ser reformado o integrado judicialmente; f. *Remoteness of the illegality* o ilegalidad por causa remota, cuando esta proviene de actos o conductas anteriores y demasiado remotas a la celebración del contrato (v.gr., compras de bienes a través de agentes, siendo el contrato de agencia ilegal); g. *Locus poenitentiae*: se otorga remedios contractuales a la parte que se arrepienta o denuncie la ilegalidad previniendo la consumación del propósito ilegal para el que se realizó el contrato. Por su parte, E. PEEL (*op. cit.*, pp. 543 y ss.) recoge entre los supuestos en que se admite la recuperabilidad de los bienes transferidos en virtud de un contrato ilegal otros como las *class-protecting statutes* (cuando la ilegalidad viene establecida por un *statute* promulgado para proteger a determinadas clases de personas, cualquier miembro de dicha clase podrá ejercer la acción restitutoria); *oppression* (casos en una de las partes del contrato acredita que fue forzada por la otra parte a realizar el contrato); *misrepresentation* (cuando un contratante concluye un contrato ilegal tras haber sido inducido conscientemente a error por la otra parte respecto al carácter legal del convenio, podrá recuperar la prestación realizada); *mistake* (que permite instar la restitución a la parte que ha incurrido en error respecto a la legalidad del contrato); *no reliance on illegal transaction* (que permite recuperar los bienes transferidos en virtud de un contrato ilegal a quien pueda defender su derecho o título sobre ellos sin necesidad de invocar o recurrir al contrato o a su ilegalidad).

37.- Otra clasificación extendida es la distingue entre ilegalidad en la formación contractual (*illegality as to formation*) e ilegalidad en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato (*illegality as to performance*). La ejecución ilícita de las prestaciones por alguna de las partes no conlleva necesariamente la ineficacia contractual del contrato lícito en su formación [*St John Shipping Corp v Joseph Rank Ltd* (1957) 1 QB 267, 281] No obstante, en estos supuestos, entra en juego la distinción entre la parte que ejecutó el contrato de forma ilícita o torticera o participó de la ilicitud y la parte “inocente”, que desconocía y no consintió la ilegalidad; mientras la primera resultará privada de asistencia judicial, la parte que no participó en la ejecución ilegal y la desconocía podrá instar los remedios contractuales pertinentes [*Archbalds (Freightage) Ltd v S Spanglett Ltd* (1961) 2 QB 374]. Vid. E. Mckendrick, *Contract Law*, 11ª ed., Ed. Palgrave, London, England, 2015, pp. 270 a 272. No obstante, advierte E. Peel (*op. cit.*, pp. 532-541) sobre la complejidad que reviste la determinación de la culpabilidad o inocencia de las partes en los contratos ilegales, así como del criterio en base al cual los

Bajo estas mismas premisas, en el sistema estadounidense, la sección 512 del primer *Restatement of the Law Contracts* del *American Law Institute* (1932), define el contrato ilegal como aquel que, en su formación o ejecución, viola una norma legal, causa daños a terceros o va en contra del orden público: “*A bargain is illegal within the meaning of the Restatement of this Subject if either its formation or its performance is criminal, tortious, or otherwise opposed to public policy*”³⁸. El segundo *Restatement of the Law Contracts* (1981) no emplea el término ilegalidad sino *unenforceability* (inejecutabilidad o inexigibilidad) por razones de *public policy*³⁹. En cualquier caso, cuando no es la legislación la que expresamente declara la ilicitud, la contrariedad con el *public policy*, según la jurisprudencia, adquiere perfiles más indeterminados y volubles (*Rodriguez v Speyers Brother* y *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd*)⁴⁰, debiendo aplicarse con cautela (*Goldman v. Olmstead*⁴¹). No obstante, el sistema estadounidense más abierto al reconocimiento de supuestos diferentes a los tradicionalmente asentados en la autoridad del precedente (*stare decisis*) otorga a los tribunales una gran flexibilidad para valorar si la exigibilidad o inexigibilidad del acuerdo guarda proporción con los requerimientos derivados del orden público. A tal efecto, la sección 178 del segundo *Restatement* establece los parámetros más comunes conforme a los cuales los jueces deberán ponderar los

tribunales permiten a la parte inocente utilizar remedios contractuales [*Bloxsome v. Williams* (1824) 2 B & C, 232] o no [*Re Mhamoud and Ispahani*, (1921), 2 KB, 716], si bien parece ocupar un papel relevante la atención al propósito o finalidad de la prohibición legal (*statutory provision*) o, de la regla infringida del *common law*.

38.- En Inglaterra, la *Law Commission* (www.lawcommission.gsi.gov.uk), en su *Consultation Paper*, n.º 54 sobre “*Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trust*” de 1999, proponía la siguiente definición: “*transaction which involves (in its formation, purpose or performance) the commission of a legal wrong (other than the mere breach of the transaction in question) or conduct which is otherwise contrary to public policy*”.

39.- Lo que pueda entenderse, en Estados Unidos, por «*Public Policy* puede ser articulado por la Constitución, la legislación o los tribunales en cualquier momento e independientemente de que haya habido o no una expresión *a priori*, los tribunales pueden rehusar hacer cumplir o ejecutar cualquier contrato que juzguen contrario a los mejores intereses de los ciudadanos como una materia referente al *Public Policy*», *cfr.*, J. M. Perillo, *op. cit.*, pp. 729-730.

40.- En *Rodriguez v Speyers Brother* (1919) A.C. 59-79, Lord Haldane advierte: “What the law recognises as contrary to public policy turns out to vary greatly from time to time”. Esta es igualmente la visión de Lord Watson en *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd* (1894) AC 535, at 553 -554, refiriéndose a la función de los tribunales, “when a case like the present is brought before them, is, in my opinion, not necessarily to accept what was held to have been the rule of policy a hundred or a hundred and fifty years ago, but to ascertain, with as near an approach to accuracy as circumstances permit, what is the rule of policy for the then present time”.

41.- *Goldman v. Olmstead*, 414 S.W.3d 346 (2013) at 357. Las incertidumbres que ocasiona la amplitud e indeterminación del *public policy* han dado lugar a que sea calificado como el caballo rebelde o desbocado del Derecho [“*the ‘unruly horse’ of the law*” (*Richardson v. Mellish*, 2 Bing. 229, 252, 130 Eng. Rep. 294, 303 (1824))].

intereses en juego sobre la prevalencia del orden público⁴². Además, en relación con la ilicitud, deben mencionarse otras secciones del segundo *Restatement*: § 184 (nulidad parcial del contrato ilícito), §§ 189, 190 y 191 relativos a la inexigibilidad de determinadas promesas que afectan a la institución matrimonial o a la patria potestad.

La doctrina del *public policy* está presente en otros países tributarios del *common law*, tan alejados como Australia⁴³, Canadá (excepto Quebec)⁴⁴, India⁴⁵, Irán⁴⁶, Irlanda, Nueva Zelanda⁴⁷, Ruanda⁴⁸ y Singapur.

42.- Sección 178 *Second Restatement of Contracts*: “When a Term Is Unenforceable on Grounds of Public Policy.

(1) A promise or other term of an agreement is unenforceable on grounds of public policy if legislation provides that it is unenforceable or the interest in its enforcement is clearly outweighed in the circumstances by a public policy against the enforcement of such terms.

(2) In weighing the interest in the enforcement of a term, account is taken of

(a) the parties' justified expectations,

(b) any forfeiture that would result if enforcement were denied, and

(c) any special public interest in the enforcement of the particular term.

(3) In weighing a public policy against enforcement of a term, account is taken of

(a) the strength of that policy as manifested by legislation or judicial decisions,

(b) the likelihood that a refusal to enforce the term will further that policy,

(c) the seriousness of any misconduct involved and the extent to which it was deliberate, and

(d) the directness of the connection between that misconduct and the term”.

43.- *Vid.*, J.G. Starke, N.C. Seddon, M. P. Ellinghaus (eds.), *Cheshire & Fifoot's Law of Contracts*, 6ª Australian ed., Butterworths, Sydney, 1992, pp. 444 y ss.

44.- Ampliamente, sobre el tema, B. Kain y D.T. Yoshida, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, *Annual Review of Civil Litigation*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, pp. 1-47.

45.- Con base en la sección 23 de la *Indian Contract Law* de 1872, vid. A. Khurana, “Public Policy In Contracts: Recent Trends”, January 30, 2015, *Lawctopus' Law Journal + Knowledge Center*, disponible en <http://www.lawctopus.com/academike/public-policy-contracts-recent-trends/>.

46.- Arts. 975 C.c. iraní y 6 Código de Procedimiento civil iraní que prevé la inexigibilidad de los contratos contrarios al orden público e inmorales.

47.- La sección 3 de la *Illegal Contracts Act* 1970 de Nueva Zelanda que define el contrato ilegal como “any contract governed by New Zealand law that is illegal at law or in equity, whether the illegality arises from the creation or performance of the contract; and includes a contract which contains an illegal provision, whether that provision is severable or not”. Con carácter general, las consecuencias de la ilegalidad son la falta de producción de efectos del contrato y la inexigibilidad de sus prestaciones, no obstante la propia norma (sección 7) reconoce amplias potestades a los tribunales para mitigar estas consecuencias en atención a ciertos factores, entre los que asume particular relieve, la conducta de las partes. *Vid.* S. Tod, J. F. Burrows y J. Fin, *Contract Law in New Zealand*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011, pp. 138 y ss., en especial, 145-147.

III. Derecho internacional uniforme

En el ámbito del Derecho internacional uniforme, entre los instrumentos *soft law*, a los que las partes pueden acogerse voluntariamente, destacan los Principios UNIDROIT y los Principios TransLex.

1. Principios UNIDROIT

Los Principios UNIDROIT dedican, por primera vez, en su tercera versión (2010), una sección a la ilicitud⁴⁹ en el capítulo tercero, con dos preceptos: artículos 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y 3.3.2 (Restitución)⁵⁰.

Con carácter general, la ilicitud o inmoralidad del contrato en los Principios UNIDROIT se resuelve a través de la acción de las normas materiales imperativas de los Estados y de los efectos que estas establezcan para el supuesto de su infracción en el contrato, en los derechos o respecto de los remedios de naturaleza contractual que puedan utilizar las partes.

Determinación de la ilicitud. En el ámbito de los Principios, la contravención de las normas imperativas que fueren aplicables al contrato provoca su ilicitud. No obstante, la expresión “normas de carácter imperativo” del artículo 3.3.1 tiene un amplio alcance, dado que según los Comentarios, abarca tanto las disposiciones legales específicas como los principios generales de orden público no escritos, que sean aplicables al contrato de conformidad con las normas pertinentes del derecho internacional privado, ya tengan, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.4 Principios UNIDROIT, carácter nacional, internacional o supranacional.

En los Comentarios, además, se recogen e ilustran las diferentes formas en que un contrato puede vulnerar una norma imperativa:

- a) Por su contenido, por sus propias cláusulas, como, por ejemplo, si una empresa extranjera le pide a un intermediario local que, a cambio de unos honorarios, soborne a un asesor gubernamental de alto rango para que, al final, la empresa extranjera sea la designada como la encargada de la construcción

48.- Arts. 58 a 62 de la Ley 45/2011 sobre Contratos de Ruanda.

49.- En una encuesta realizada por que el Instituto de UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias a incluir en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue, precisamente, la ilicitud. Además, otro de los motivos relevantes para su inclusión fue que esta institución ya había sido incluida en instrumentos jurídicos de la misma naturaleza como los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el borrador del Marco Común de Referencia, *vid.*, M. J. Bonell, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, pp. 517-522.

50.- *Vid.*, M. Unceta Laborda, “Principios de UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 620-628.

de una nueva planta eléctrica, las cláusulas de dicho contrato de comisión serán contrarias a las leyes de ambos países que prohíben el soborno de funcionarios.

b) Por la ejecución del contrato por una o por ambas partes; es el caso de un comerciante minorista que celebra un contrato para la fabricación de juguetes con un fabricante extranjero. El comerciante sabía o debía saber que los juguetes ordenados serían fabricados por niños. Como en ambos países el trabajo infantil es contrario al orden público, la ejecución del contrato vulneraría estos principios de orden público.

c) Por la finalidad del contrato; tal sería el supuesto de un contrato de suministro celebrado entre un fabricante de explosivos de un país y una empresa de otro país. En virtud del mismo, el fabricante se comprometió a suministrar grandes cantidades de semtex, un producto utilizado tanto para fines pacíficos como para la fabricación de bombas. El fabricante sabía o debía saber que la empresa pretendía hacer llegar la mercancía a una organización terrorista. Por tanto, el contrato de suministro viola el principio fundamental de orden público que prohíbe el apoyo a actividades terroristas.

Efectos de la ilicitud. Las consecuencias anudadas a la contravención de una norma imperativa serán las previstas por la propia norma infringida. No obstante, para el supuesto en que un determinado ordenamiento no prevea los efectos sobre el contrato y los remedios a disposición de las partes en caso de vulneración de una norma imperativa, los Principios UNIDROIT, de manera indeterminada, indican que las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean "*razonables*" atendiendo a las circunstancias; imprecisión que se trata de paliar estableciendo los criterios que deberán tenerse en cuenta para determinar cuáles sean las consecuencias razonables. Tales criterios son explicados en los Comentarios de la siguiente manera:

(a) *La finalidad de la norma violada*; en concreto, si dicha finalidad resultaría o no afectada en el caso de conceder, al menos a una de las partes, un remedio por incumplimiento del contrato.

(b) *La categoría de personas que la norma busca proteger, esto es*, si la norma imperativa que es violada está enderezada a proteger los intereses del público en general, o los de una categoría particular de personas. Así se advierte que, por ejemplo, los requisitos en materia de licencias a menudo son del último tipo, es decir que son impuestas por la ley a quienes realizan cierto tipo de actividades, con el fin de proteger sus usuarios o clientes. Si un contrato es celebrado por una parte que carece de la licencia, sería razonable concederle al usuario o al cliente al menos algunos de los remedios de naturaleza contractual, tal como el resarcimiento del daño.

(c) *Cualquier sanción que imponga la norma violada*. A veces las disposiciones legales que prohíben ciertas actividades o les imponen limitaciones, suelen ser acompañadas de sanciones penales o administrativas, debiendo aplicarse dichas disposiciones cuando establezcan expresamente cuál es el

efecto de la violación en los derechos o en los remedios de origen contractual. Por el contrario, cuando dicha norma guarde silencio respecto del efecto que la violación produce en el contrato, la existencia y la naturaleza de las sanciones penales o administrativas pueden ofrecer indicaciones relevantes en cuanto a la finalidad de la disposición que ha sido violada, la categoría de personas que la norma busca proteger y la gravedad de la violación. Por consiguiente, la existencia y la naturaleza de estas sanciones deberán ser tenidas en cuenta para determinar el efecto de una violación en los derechos y los remedios de origen contractual.

- (d) *La gravedad de la violación;* así, los remedios de naturaleza contractual pueden ser ejercidos si la naturaleza de la norma imperativa es meramente técnica y si su violación no afecta a la otra parte.
- (e) *Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes;* el ejercicio de los remedios de naturaleza contractual también puede depender de si una o incluso ambas partes conocían o debían conocer la norma imperativa o su violación.
- (f) *Si el cumplimiento del contrato conlleva la violación;* así, si las cláusulas mismas del contrato prevén la violación de una disposición legal, o incluso la suponen de forma implícita, podría ser razonable no conceder a las partes ningún remedio por incumplimiento del contrato; y
- (g) *Las expectativas razonables de las partes.* Si debido a las diferencias en la cultura jurídica o comercial, una de las partes no podía haber tenido conocimiento de la violación de forma razonable o, como ocurre más a menudo, una de las partes crea en la otra una expectativa legítima en relación con la validez del contrato o de sus cláusulas y posteriormente invoca una prohibición legal prevista en su propio ordenamiento jurídico para oponerse a dicha expectativa, podría ser razonable conceder a la otra parte los remedios para incumplimiento del contrato o de sus cláusulas.

Se trata de un enumeración de criterios de carácter no exhaustivo. En los Comentarios se advierte que otras circunstancias pueden ser tomadas en consideración, tales como la medida en la que el contrato viola la norma imperativa (si la violación de la norma imperativa es sólo parcial, puede ser razonable adaptar el contrato y permitir que las partes ejerciten los remedios derivados del mismo) o el arrepentimiento de su acción por parte de uno de los contratantes antes de que se cumpla la finalidad ilícita del contrato (en cuyo caso, dicha parte puede conservar el derecho a recuperar lo que haya cumplido).

Esta misma imprecisión (razonabilidad atendidas las circunstancias) se traslada, para el supuesto de que el contrato ilícito se hubiese consumado total o parcialmente, a la determinación de la procedencia o no de la restitución de las prestaciones ejecutadas (art. 3.2.2 Principios UNIDROT) cuando la norma imperativa infringida no prevea esta cuestión. Se indica en el Comentario que, “a diferencia de la concepción

tradicional según la cual las partes – al menos cuando ambas eran conscientes o debían haber sido conscientes de la violación de la norma imperativa – deben quedar en la situación en la que se encontraban, es decir, que no deberían tener el derecho a recuperar las prestaciones ejecutadas, en virtud de los Principios la restitución puede ser concedida bajo los Principios, dependiendo de lo que resulte más apropiado en el caso concreto: o bien permitir conservar la prestación recibida a quien recibió, o bien permitir reclamarla a quien la ha ejecutado”.

En la determinación la razonabilidad o no de la restitución, los Principios UNIDROIT, artículo 3.2.2 (2), ordenan tener en cuenta, con las debidas adaptaciones, los mismos criterios reseñados en el artículo 3.2.1 en orden a la determinación de la procedencia de otorgar a las partes remedios de naturaleza contractual.

Como advierte VOGENAUER⁵¹, los redactores de la sección de la ilegalidad en los Principios UNIDROIT, con el propósito de evitar el establecimiento de una doctrina autónoma sobre las sanciones procedentes en estos casos, consideraron procedente centrarse sólo en los remedios de naturaleza contractual, dejando a la jurisdicción que resulte aplicable función de la norma imperativa infringida, la competencia en orden a las acciones de invalidez contractual por ilicitud, así como las acciones por daños y perjuicios derivadas de la invalidez o ilicitud contractual.

El expediente utilizado en los Principios UNIDROIT para la determinación y efectos de la ilicitud contractual está claramente inspirado en la anteriormente mencionada sección 178 (*When a Term Is Unenforceable on Grounds of Public Policy*) del estadounidense *Second Restatement of Contracts* (1981), que como se ha indicado anteriormente alude a la “unenforceability” (inejecutabilidad o inexigibilidad) por razones de “public policy” y otorga a los tribunales una gran flexibilidad para valorar si la exigibilidad o inexigibilidad del acuerdo guarda proporción con los requerimientos derivados del orden público⁵².

2. Principios TransLex

Diferente es el enfoque de los *TransLex Principles*. Basados en lo que se ha dado en llamar un concepto de “codificación progresiva” del Derecho transnacional⁵³, los

51.- S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2ª ed., Oxford University Press, 2015, p. 565.

52.- La extrapolación del sistema jurídico norteamericano a un sistema de principios armonizados no estatal o caracterizado como *soft law* ha merecido la crítica doctrinal, *vid.*, G. Cuniberti, “Le nouvel article 3.3.1 des Principes UNIDROIT sur le Contrat violant une règle impérative : un regard critique du point de vue du droit international privé”, *Uniform Law Review*, 18, 2013, pp. 490-508.

53.- Se trata de un concepto que descansa en tres premisas: 1. Una técnica de codificación que refleje la apertura, flexibilidad e informalidad de la *lex mercatoria*. 2. Un método de codificación que permita, en razón de la globalización del derecho mercantil transnacional, un acceso instantáneo y fácil en cualquier momento y en cualquier parte del mundo a sus contenidos. 3. Un método de codificación que incluya el recurso a la jurisprudencia de los

Principios TransLex son un proyecto en línea, realizado en el marco del Centro de Derecho Transnacional (CENTRAL) de la Universidad de Colonia en Alemania, bajo la dirección del profesor BERGER. Se trata un conjunto de no exhaustivo, abierto y en constante actualización, de reglas, cuyo propósito es ofrecer a la práctica legal internacional una plataforma web libremente accesible que recoja una lista de los principios de la Nueva *Lex Mercatoria*⁵⁴. Su ámbito va más allá del Derecho internacional de contratos comerciales, incorporando principios relacionados con ámbitos jurídicos en los que la jurisprudencia arbitral internacional desempeña un papel predominante (Derecho internacional de sociedades, conflictos de leyes, prueba...)

El capítulo IV de los Principios, después de reconocer, en su sección 1ª, la libertad de contratación (Principio N.º IV.1.1) como pilar básico de la contratación internacional, se ocupa en la sección 4ª de uno de sus límites, estableciendo la nulidad del contrato que vulnera las buenas costumbres (Principio N.º IV.7.1.). Según se advierte en los Comentarios otro límite al reconocimiento de la libertad de la partes para determinar el contenido contractual puede venir representado por la «normas imperativas de Derecho interno que deben aplicarse con independencia de la ley que regula el contrato ("*lois d'application immédiate*", "*lois de police*", "*Eingriffsnormen*")».

El concepto de «boni mores», según los Comentarios, implica un estándar amplio y objetivo, de carácter no propiamente jurídico, que se relaciona con los valores fundamentales de la sociedad, e incluye valores legales, económicos, éticos, morales y sociales básicos que los individuos de la comunidad pertinente generalmente consideran vinculantes y cruciales para su coexistencia pacífica en esa comunidad. Estos valores fundamentales de la moralidad y la justicia surgen de un amplio consenso social. En los negocios internacionales, estos valores transnacionales fundamentales forman parte de la política pública transnacional. Incluyen la prohibición de los crímenes contra la humanidad, la discriminación racial, el trabajo infantil, la esclavitud, la tortura, el terrorismo, el lavado de dinero y el tráfico de drogas. Se trata de un concepto amplio que con múltiples ramificaciones que van desde la protección de la

tribunales arbitrales internacionales y a la práctica internacional. Así, K. P. Berger, "Lex Mercatoria Online: The CENTRAL Transnational Law Database at www.tldb.de", *Arbitration International*, vol. 18, n.º 1, 2002, pp. 83-94.

54.- Los Principios de TransLex se encuentran disponibles en <https://www.trans-lex.org/>. Su primera versión fue publicada en 1992 con 39 principios, superando en la actualidad los 130. La plataforma Trans-Lex se divide en cuatro grandes áreas: 1. *TransLex Principles*, con el articulado concreto de las reglas de la "Nueva Lex Mercatoria". Para cada principio o regla, un Comentario explica cómo se pueden aplicar en la práctica y cómo están conectados con otros Principios de TransLex; 2. *TransLex Bibliography*, con reproducción a texto completo de referencias bibliográficas de Derecho transnacional; 3. *TransLex Materials*, que recoge una colección de textos y materiales normativos internacionales; y 4. *TransLex Links*, con enlaces relevantes para el estudio del derecho internacional. Vid., K. P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2010, pp. 270 y ss.

independencia económica de la parte contratante más débil, a la prohibición de la explotación maliciosa de una posición de poder.

La contravención de la buenas costumbres puede producirse con ocasión de la la conclusión del contrato, de su ejecución por una o ambas partes o por el propósito perseguido, aunque a menudo resulta de una combinación del contenido del contrato y de las circunstancias circundantes.

La sanción prevista en tales supuestos es, en todo caso, la nulidad de contrato, independientemente de la intención y el conocimiento de las partes. Al tratarse de la protección de valores fundamentales, el juez o árbitro carece de facultades discrecionales. Las partes podrán exigirse la restitución de cuanto hayan entregado. No obstante, conviene advertir que los Principios incluyen además, entre sus Disposiciones generales, una regla (Principio N.º I.1.5) derivada de la buena fe que impide a las partes obtener ventaja de sus propios actos ilícitos ("*nullus commodum capere potest de iniuria sua propria*", "*ex iniuria non oritur ius*", "*clean hands theory*"), por lo que no se concederá la repetición a quien conoció o debió haber conocido el motivo de la ilicitud.

IV. Derecho contractual europeo armonizado

En el marco del proceso de unificación del Derecho europeo⁵⁵, buena parte de los textos de armonización contractual a través de fórmulas *soft law* abordan específicamente la reglamentación de la ilicitud contractual. Además de los anteriormente mencionados PECL, los Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo por la Association Henri Capitant/Société de législation comparée (en adelante, RPECL, de su denominación inglesa, *Revised Principles of European Contract Law*)⁵⁶, el Código Europeo de Contratos, también denominado *Proyecto de Pavía* o *Proyecto Gandolfi*⁵⁷ y el Marco Común de Referencia⁵⁸ (en adelante, DCFR), dedican

55.- Para un análisis general del proceso de armonización del Derecho contractual europeo y su incidencia en Derecho español, puede consultarse la obra de J. P. PÉREZ VELÁZQUEZ, *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson, Madrid, 2013.

56.- Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008.

57.- Las referencias a concretos artículos del Código Europeo de Contratos se realiza siguiendo la traducción contenida en el trabajo "Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos", *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, n.º 4, pp. 299-396, que se enmarca en el Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el G. García Cantero, bajo el título *Ante la unificación europea del Derecho Contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía*.

58.- Son obra del Grupo de Estudio sobre un Código civil Europeo, el Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law (Acquis Group), creado por la

expresamente una sección a la ilegalidad o ilicitud contractual. De esta orientación se separan, quedando lo relativo a la licitud contractual remitido a la Ley nacional aplicable al contrato, los Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles* o ACQP)⁵⁹, el instrumento opcional de Derecho contractual europeo publicado bajo el nombre de *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*⁶⁰ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), de 11 de octubre de 2011⁶¹.

Comisión europea en 2005, en el ámbito de una Red de Excelencia sobre Derecho privado europeo (*Joint Network on European Private Law*). A finales de 2007, el Grupo de Estudio publicó una versión provisional de los DCFR, publicándose la versión definitiva a principios de 2009 que, respecto de primera, introduce importantes modificaciones. Vid. C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008, y *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.

59.- Vid., Research Group On The Existing Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract 1*, Munich, Sellier, 2007. Han sido traducidos por E. Arroyo i Amayuelas, "Los Principios del Derecho contractual comunitario", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211-239, en especial, 219-239, y en M^a P. Ferrer Vandrell y A. Martínez Canellas (dirs.) *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 de abril de 2007*, Dykinson, 2009, pp. 62 y ss.

60.- Elaborado por el Grupo de Expertos creado por Decisión 2010/233/EU de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2010, y publicado el 3 de mayo de 2011 bajo el título: *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, accesible en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

61 .- COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD), accesible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0635/com_com\(2011\)0635_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0635/com_com(2011)0635_es.pdf). Finalmente, la Propuesta de Reglamento fue retirada en 2014 cuando la Comisión Europea anunció su programa de Trabajo para 2015, y su intención de sustituirla por un nuevo instrumento para liberar completamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital, vid., "Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión 2015. Un nuevo comienzo", COM (2014) 910 final, accesible en http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_es.pdf. A raíz de ello, el 9 diciembre de 2015, la Comisión publicó dos nuevas Propuestas de Directiva: la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 634 final] y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [Bruselas, 9.12.2015, COM (2015) 635 final].

Con la pretensión de crear un sistema de Derecho contractual general, el diálogo entre los sistemas europeos continentales y *common law* en el ámbito de la ilicitud contractual no se resuelve en los instrumentos de armonización contractual expresamente a favor de ninguno de ellos. No obstante sí que puede advertirse que, en correspondencia con la tendencia ya manifestada en los textos internacionales del Derecho de contratos de prescindir de cualquier requisito de validez del contrato más allá del acuerdo de las partes (*ad. ex.*, art. 3.1.2 Principios UNIDROIT, N.º IV.2.1 Principios TransLex y art. 3.1.1 Principios OHADAC), del modelo que más se distancian probablemente sea del asumido por los sistemas de tradición romanista en los que la ilicitud contractual se asocia a las condiciones de validez del contrato. En los textos europeos, a la concurrencia de consentimiento, como requisito de validez contractual, se incorpora la necesidad de que haya una intención de las partes de obligarse jurídicamente (art. 2:101 PECL; art. 2:201 RPECL; art. II-4:101 DCFR; art. 30 CESL)⁶², o de un contenido «útil, posible, lícito y determinado o determinable» (arts. 5 y 25 Código Europeo de Contratos), pero se prescinde de los que, por inspiración del artículo 1.108 del Código civil francés napoleónico, los sistemas romanistas añaden al consentimiento de las partes como elementos adicionales para la validez del contrato: un objeto posible y lícito y la concurrencia de una causa lícita.

1. Código Europeo de Contratos

En el Código Europeo de Contratos la licitud contractual se vincula a la contravención de alguno de los límites de la autonomía de la voluntad reconocida en su artículo 2 en los siguientes términos: *“Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero”*.

Determinación de la ilicitud. Constituyendo el acuerdo y el contenido del contrato⁶³ sus elementos esenciales, y solo excepcionalmente la forma (art. 5), la licitud contractual viene de la mano del debido respeto del contenido contractual a tales límites (art. 30.1 y 2), sancionando con la nulidad total o parcial el contrato que los

62.- *Vid.*, R. Sánchez Lería, “Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo”, *Indret*, julio, 2014, pp.1-32; con referencia especialmente a los Principios UNIDROIT y a los PECL, M. A. Malo Valenzuela, “Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 708, 2008, pp. 1741-1779; centrándose en la CESL, I. de Cuevillas Matozzi y R. Favale, *La perfección del contrato –Últimas tendencias-*, Reus, Madrid, 2016, pp. 25 y ss.

63.- El contenido del contrato estaría integrado tanto por las prestaciones pactadas como por la reglamentación contractual, sean o no reglas de conducta de los contratantes, así C. Martínez de Aguirre y Aldaz, “Notas sobre las condiciones relativas al contenido del contrato. (Utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballero (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 179-180.

infrinja. En particular, el artículo 140 declara la nulidad del contrato por ilicitud en los siguientes supuestos:

- a. Cuando sea *“contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria”* (art. 140.1 a);
- b. Cuando infrinja *“cualquier otra norma imperativa aplicable”* (art. 140.1.b)⁶⁴;
- c. Cuando contravenga una prohibición de carácter penal referida *“al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración”* (art. 140.4);
- d. En los supuestos de ilicitud penal, *“si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquella. En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora”* (art. 140.5)⁶⁵.

Efectos de la ilicitud. La sanción prevista para la ilicitud es la nulidad, si bien el artículo 140.1 deja expedita la vía para que el legislador prevea mecanismos de reacción diferentes en los supuestos por él contemplados, ya se trate de contratos ilegales o inmorales. La nulidad, que en los supuestos del artículo 140.1.a) no es susceptible de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra

64.- Advierte el párrafo tercero del artículo 140 que *“en caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán éstas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados”*. Críticamente M.^ª A. Parra Lucán señala: «aparte de que la labor de aproximación de legislaciones de los Estados miembros debiera impedir la producción de conflictos entre las normas de la Unión y las de cada Estado, no es seguro que esta regla sea coherente con el principio de primacía del Derecho comunitario tanta veces reiterado por el Tribunal de Luxemburgo ni, sobre todo, parece posible que pueda prevalecer una norma estatal por entender que el conflicto proceda de ser la norma comunitaria contraria a la utilidad social nacional», *vid.*, “Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho Español. (Aproximación a la Sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004-2, pp. 549-638, en especial, p. 566.

65.- En opinión de M.^ª A. Parra Lucán (*loc. cit.*, pp. 566-567) se alude a supuestos como el alquiler de un piso para cometer un atentado terrorista o para alojar a inmigrantes ilegales o para fabricar explosivos, si bien la expresión de que el contrato no es nulo para una de las partes no parece muy afortunada y «seguramente el Código presupone que quien no ha participado en la actividad ilícita ha cumplido su prestación, y por ello se cuida de reconocer el derecho a exigir el cumplimiento de lo que se le debe. Pero, proclamada la nulidad del contrato, ¿ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento? ¿Cumplida la prestación por quien participa en la actividad ilícita (por ejemplo, paga por adelantado el precio del alquiler), ¿puede la otra parte negarse a cumplir? La calificación de la nulidad lleva a esta conclusión».

corrección, comporta la ineficacia contractual (art. 141) con la consiguiente restitución de prestaciones (art. 160) e indemnización de daños (art. 161). No obstante, queda exceptuada la restitución para “*quienes hayan realizado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyen delitos que originen diligencias penales o contrarios a las buenas costumbres o al orden público – pero no en el caso de ser contrarios al orden público económico - ni, tampoco, la parte que ha efectuado una prestación que, tanto en sí misma considerada, como en atención al fin que persigue, presenta los mismos caracteres. Esta norma no se aplica a las prestaciones efectuadas por el incapaz, que desconoce sin culpa alguna haber cometido un acto inmoral o que presenta los mencionados caracteres, o a las que haya realizado bajo coacción. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dispongan en casos similares la confiscación de las mencionadas prestaciones*” (art. 160.9) ⁶⁶.

2. Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Común de Referencia

Los PECL, bajo la rúbrica “*Illegality*”, en el capítulo 15 de la III Parte, dedican los artículos 15:101 a 15:105 a la reglamentación de la ilicitud contractual; y, con un contenido similar, el DCFR, bajo el título “*Infringement of fundamental principles or mandatory rules*”, en la sección 3ª del capítulo 2ª del II Libro, los artículos II-7:301 a II-7:304.

Determinación de la ilicitud. PECL y DCFR distinguen dos grandes grupos de contratos ilegales: aquellos que contravengan principios fundamentales y los que infrinjan normas imperativas.

- A. Contratos contrarios a los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea (arts. 15:101 PERL y II-7:301 DCFR). Se adopta una nueva terminología⁶⁷ con el propósito de sustituir la empleada en la mayor parte de los ordenamientos nacionales, que vinculan la ilicitud contractual a la contravención de la moral, las buenas costumbres o el orden público⁶⁸. La

66.- Para una valoración crítica de la regulación de la nulidad en el Código Europeo, *vid.*, C. Vattier Fuenzalida, “Inexistencia y nulidad”, en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo II, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballerro (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 553-572, en especial, pp. 566 y ss.

67.- *Vid.*, M. E. Storme, “Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law”, *Jurídica internacional*, n.º 11, enero 2006, pp. 34-44, en especial, pp. 38 y ss., quien considera la expresión superflua cuando el principio infringido se materializa en una norma imperativa y la critica por su generalidad y vaguedad.

68- Así, uno de los miembros de la Comisión que redactó la sección de la ilicitud en los PECL, *vid.*, H. L. Macqueen, “Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles”, en *Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition*, eds. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron y M. Veldman, Kluwer Law International, 2004, pp. 417 y ss.; *Id.*, en AA.VV., *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*

cuestión es determinar cuáles son esos principios fundamentales. Por una parte, el concepto es comprensivo de los que derivan de la moral, buenas costumbres u orden público en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y son comunes a todos ellos, pero a ellos deben añadirse, según el comentario oficial, los emanados de los textos básicos del Derecho europeo: el Tratado de la Unión Europea (principio de igualdad, de no discriminación, principio de libertad de circulación de personas, servicios y cosas o principio de protección de la competencia); la Convención Europea de Derechos Humanos [prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4), derecho a la libertad (art. 5), derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), etc.]; la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [libertad de elección de trabajo (art. 15) libertad de empresa (art. 16), derecho de propiedad (art. 17), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), derechos del menor (art. 24)]⁶⁹.

Entre los casos de la práctica judicial europea más significativos incluidos en este grupo menciona H. BEALE los siguientes⁷⁰:

- i. Contratos contrarios a la moral sexual o a los principios de la vida familiar. Destacan entre otros los contratos de maternidad subrogada que se consideran ilícitos por ser contrarios al orden público, por ejemplo en Francia (*Cour Cassation, Assemblée plénière*, 31 de mayo de 1991, Bull. n° 4; D. 1991) o en Alemania [OLG (*Oberlandesgericht*) Hamm, 2 de diciembre de 1985 (NJW 1986, 781)]
- ii. Contratos que limitan la libertad de mercado, restringiendo el libre ejercicio de una actividad profesional o económica. Es el caso de la cesión de derechos de propiedad intelectual de carácter abusivo en Inglaterra (*House of Lords*, 16 de octubre de 1974, *Schroeder Music Publishing Co v Macaulay*), el carácter excesivamente dilatado en el tiempo de una vinculación contractual re competencia (*House of Lords*, 23 de febrero de 1967, *Esso Petroleum Co Ltd v Harper's Garage (Stourport) Ltd*) o los pactos de no concurrencia que impiden ejercer una determinada actividad profesional durante un plazo excesivo de tiempo [Francia: *Cour Cassation, chambre sociale*, 21 de octubre de 1960, (JCP 1960.II.11886); Inglaterra: *House of Lords*, 28 de julio de 1913, *Mason v Provident Clothing & Supply Co Ltd.*].

– *The Principles of European Contract Law Part III*, ed. A. Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp 549-566, en especial, pp. 551 y ss. En el mismo sentido, H. Beale y O. Lando, *Principios de Derecho Contractual Europeo (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, ed. española a cargo de P. Barres benlloch, J.M. Embrid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 309-310.

69.- Vid. G. Luchetti y A. Petrucci, eds., *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, Patron editore, Bologna, 2006, pp. 256-257.

70.- Vid. H. Beale, B. Fauvarque-cosson, J. Rutgers, D. Tallon y S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 612 y ss.

- B. Contratos contrarios a normas imperativas (arts. 15:102 PECL y II-7:302 DCFR). La expresión “*contracts infringing mandatory rules*” engloba tanto la vulneración de normas imperativas como las prohibitivas⁷¹, siendo extraordinaria la variedad de casos que las legislaciones nacionales de los Estados europeos pueden establecer. La infracción de la norma imperativa puede afectar a las partes que pueden celebrar el contrato, a su contenido, finalidad o a su ejecución⁷². En cuanto a la contrariedad a la ley por su finalidad o propósito, advierten H. BEALE Y O. LANDO, que, «en general, para que un objeto o propósito ilícito afecte a la eficacia del contrato, dicho objetivo debería ser común a ambas partes, al menos en el sentido de que el que no persiga directamente eses propósito u objetivo ilícito, sí lo conozca o hubiera debido darse cuenta de ello»⁷³.

Entre los ámbitos más comunes con normas prohibitivas de determinados comportamientos o condicionadas a la observancia de determinados requisitos, se han destacado «*leyes de defensa de la competencia*, donde las legislaciones de todos los Estados europeos (y prácticamente de todo el mundo) prevén la invalidez de los contratos o acuerdos entre empresarios que provoquen una restricción de la competencia, que puedan alterar la producción o las condiciones del mercado o falsear la competencia; *leyes de ordenación de la actividad de seguros*, que establecen la obligación en todos los Estados de que la actividad de seguro sea realizada obligatoriamente por un determinado tipo de sociedades y que sólo pueda desarrollarse con la pertinente autorización

71.- Advierten F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez (“Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo”, *Indret*, julio 2009, pp. 1-58, en especial, p. 39) un matiz diferencial entre PECL y DCFR en este aspecto: «El art. 15:102 PECL se refiere a las normas de derecho necesario del art. 1:103. Este último artículo distingue dos tipos de *mandatory rules*: a) las normas domésticas de derecho necesario que pueden dejarse sin aplicación por la elección de las partes de los Principios que rijan el contrato cuando esto esté permitido por una ley que de otro modo sería aplicable; y b) las normas aplicables sin consideración al derecho elegido para gobernar el contrato de acuerdo con las reglas relevantes del derecho internacional privado. Esta distinción sigue el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, el cual prevé que cuando se aplique la ley de un país determinado podrá darse efecto a las normas imperativas de otro país con el que la situación tenga una estrecha conexión en la medida que tales normas, según el derecho del último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. La distinción de los PECL ha desaparecido en el DCFR, por lo que en art. II.-7:302 ya no se encuentra el reenvío a las normas imperativas o prohibitivas aplicables. He aquí la diferencia más fundamental entre una y otra regulación, ya que, por lo demás, el art. II.-7:302, salvo algunos retoques de estilo, no modifica el art. 15:102 PECL. La razón estriba en que el DCFR amplía el margen de la autonomía de los contratantes para elegir cualesquiera normas derecho necesario como derecho aplicable».

72.- C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *op. cit.*, p. 565.

73.- H. Beale y O. Lando, *op. cit.*, p. 315.

administrativa; *leyes de lucha contra el "trabajo negro"*, en las que se encuentra la prohibición de contratar el trabajo sin el pertinente registro en el sistema de la Seguridad Social o la obligación de registrar todo contrato de trabajo; *leyes sobre juegos y apuestas*, materia común de la legislación administrativa de los diferentes Estados con las que se regulan los contratos de juegos y apuestas y las circunstancias bajo las cuales los contratos de juegos y apuestas son ilícitos; o, por concluir con un supuesto muy controvertido y extendido, como acaba de verse, el *pactum de litis quota*, que en algunos países ha llegado a prohibirse legal (como es el caso actualmente de Alemania) o reglamentariamente (como era hasta hace poco el caso de España)»⁷⁴.

Efectos de la ilicitud. Las consecuencias anudadas a la contravención difieren en función de cual sea la causa de la ilicitud:

a. Si el contrato es contrario a los principios fundamentales, no surte efecto (art. 15:102 PECL) o es nulo (II-7:301) en tanto ("*to the extent that*") esa ineficacia total sea requerida para hacer eficaz el principio vulnerado, dado que se recoge expresamente en ambos textos la posibilidad de nulidad parcial (arts. 15:103 PECL y II-1:108 DCFR) cuando la contravención afecte sólo a algunas de las cláusulas contractuales y el contrato pueda razonablemente subsistir sin la parte inválida.

b. Si el contrato es contrario a una regla imperativa, su ilicitud se resuelve a través de los efectos que para el contrato establezca la norma infringida; para el supuesto de no existir previsión al respecto, los artículos 15:102 PECL y II-7:302 DCFR abogan por la flexibilidad y discrecionalidad en la línea de lo que se ha dado en llamar una "discrecionalidad estructurada" abierta por la *Law Commission británica*⁷⁵: según las circunstancias, el contrato puede ser válido, nulo total o parcialmente o ser modificado⁷⁶.

74.- *Vid.*, F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez, *loc. cit.*, pp. 39-40.

75.- *Cfr.*, *Law Commission, Consultation Paper 154, 21 January 1999: "Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts"*, pp. 102 y ss., cuya propuesta, en orden a que los tribunales decidan si conceden o no la restitución de las prestaciones ejecutadas en casos de ilegalidad pasa por la valoración de los siguientes criterios: a) la gravedad de la ilegalidad; b) el conocimiento e intención del demandante; c) si la denegación actúa como elemento de disuasión; d) si la desistimación de la reclamación favorece el cumplimiento de la finalidad de la norma vulnerada; e) si la denegación es proporcional a la ilegalidad de que se trate.

76.- Advierte E. Bosch Capdevilla: «El poder de modificar el contrato incluye el poder de dispensar el cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas en el control, dejando otras inalteradas. Señalan los Comentarios Oficiales que será asimismo posible declarar que el contrato sea exigible por solamente una de las partes, o que solamente sea exigible en parte, o únicamente en un determinado momento. Asimismo, el juez también podrá decidir que determinados remedios, como por ejemplo, el cumplimiento del contrato en forma específica, no puedan ser utilizados mientras que sí puedan emplearse otros como la indemnización de

Para determinar la concreta eficacia del contrato ilegal, que deberá ser apropiada y proporcional a la infracción, se reseñan una serie de circunstancias, a título enunciativo, que podrán ser valoradas por el juzgador o árbitro⁷⁷:

- (a) *La finalidad de la norma violada*, esto es, determinada la intención legislativa de acuerdo con las reglas usuales sobre interpretación, debe valorarse si la eficacia de la norma exige la anulación del contrato.
- (b) *La categoría de personas que la norma busca proteger*, de modo que si, por ejemplo, la norma se limita a prohibir a una de las partes que celebre contratos del tipo de que se trate, de ello no podrá deducirse que la otra parte pueda alegar la ilegalidad para impedir la entrada en vigor del contrato.
- (c) *Cualquier sanción que imponga la norma violada*: Si la norma en cuestión prevé una sanción penal o administrativa contra el infractor, su imposición puede ser una respuesta más adecuada para disuadir de la conducta que evitar la producción de efectos al contrato total o parcialmente.
- (d) *La gravedad de la infracción*, que puede ser valorada por el juez o árbitro a efectos de que si es leve el contrato produzca efectos.
- (e) *La intencionalidad de la contravención*, que permitirá al juez o árbitro tener en cuenta el conocimiento o la inocencia de las partes con respecto a la infracción de la norma.
- (f) *La proximidad de la relación entre infracción y contrato*, esto es, si el contrato ha sido concertado para el cumplimiento ilegal por una o ambas partes.

Por lo demás, la procedencia o no de la restitución de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato ilícito se articula de manera diferente, aunque con similitud de resultados, en cada uno de los textos:

- a. El artículo 15:104 PECL, partiendo como regla general de la restitución *in natura* o en especie de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato ilícito, confiere al juzgador la posibilidad de valorar la procedencia o no de la restitución en atención a las circunstancias indicadas en el artículo 15:102

daños y perjuicios» (en *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo I, coords. A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.ª P. Sánchez González, Atelier, 2012, p. 535).

77.- *Vid.*, C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *op. cit.*, pp. 567- 573.

PECL, al tiempo que establece la regla de no restitución para quien conoció o debió conocer la causa de la ineficacia.

- b. El artículo II-7:303 DCFR remite a las normas sobre el enriquecimiento injusto recogidas en el Libro VII, de las que resulta la procedencia de solicitar la restitución de lo ejecutado en virtud de un contrato declarado nulo a fin de impedir el enriquecimiento injustificado de la otra parte (arts. VII-1:101, VII-5:101 y VII.6:102). No obstante, el artículo VII-6:103 excepciona el supuesto en el que la nulidad provenga de la infracción de los principios fundamentales o de las normas imperativas, en cuyo caso, la parte que se ha enriquecido indebidamente queda exonerada del deber de restituir si ello comporta contravenir la finalidad que subyace en el principio o norma infringida. En consecuencia, la calificación de un contrato como ilegal, si ha producido un enriquecimiento a favor de alguna de las partes, puede desembocar bien en la restitución, bien en el enriquecimiento injustificado para una de las partes, dependiendo de cual sea la medida que mejor coadyuva al cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma infringida o por el principio fundamental vulnerado⁷⁸.

En cuanto a la transmisión de la propiedad y la titularidad en los contratos ilegales, a diferencia de los PECL que no incorporan previsión al respecto, el apartado segundo de este artículo II-7:303 DCFR se ocupa de la incidencia del contrato ilegal sobre el derecho de propiedad, remitiendo la cuestión a lo establecido en las normas sobre la transmisión de la propiedad contenidas en el Libro VIII, que establecen la no transmisión de la propiedad en los supuestos de nulidad contractual por vulneración de los principios fundamentales (nulidad *ab initio*) y la retroactividad de los efectos de la declaración judicial de nulidad en el caso de que el contrato infrinja normas imperativas, debiendo considerarse en consecuencia que la propiedad nunca ha sido transmitida (art. VIII.- 2:202: *Effect of initial invalidity, subsequent avoidance, withdrawal, termination and revocation*).

78.- En los comentarios, se recogen como criterios orientadores de la labor del juzgador en orden a la apreciación de la procedencia o no de la restitución del enriquecimiento los siguientes: (a) la culpabilidad de cada parte; (b) la finalidad del principio o de la norma infringida; (c) la categoría de personas a las que la norma trata de proteger; (d) cualquier sanción que se pueda imponer conforme a la norma infringida; (e) la gravedad de la infracción; y (f) la proximidad de la relación entre la infracción y el contrato. La aplicación de artículo VII-6:103 se ilustra con varios ejemplos, entre ellos el de una persona que emplea a otra, conociendo que carece de permiso de trabajo, para realizar servicios de limpieza; realizado el trabajo y ante la negativa a pagarlo se plantea, siendo nulo el contrato, si procede el enriquecimiento injustificado del empleador, lo cual debe ser sopesado con el objetivo de las reglas que anulan los contratos de trabajo ilegales, lo que lleva a concluir que debe permitirse la reclamación del empleado por el trabajo efectuado, aunque sólo en la medida del valor de su trabajo real inferior, por tanto, al precio de ese servicio en el mercado laboral ordinario [C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *op. cit.*, p. 3944].

Finalmente, con el propósito de colocar a las partes en la misma situación que tenían si el contrato no se hubiese celebrado, los artículos 15:105 PECL y II-7:304 DCFR proporcionan una serie de reglas sobre la indemnización de los daños ocasionados a una de las partes como consecuencia de la invalidez del contrato ilícito, siempre que quien reclama la indemnización no conociera ni estuviera en condiciones de conocer el motivo de la nulidad. La indemnización solo abarcará el interés negativo (*reliance interest*) de la parte agraviada, debiendo colocarla en la situación que tendría si el contrato no se hubiese realizado, de ahí que únicamente serán indemnizables los gastos realizados en atención al contrato ilícito celebrado, no las ganancias dejadas de obtener ni los daños morales⁷⁹.

3. Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo

Los Revisados Principios de Derecho Contractual Europeo por la Association Henri Capitant/Société de législation comparée (en adelante, RPECL, de su denominación inglesa, *Revised Principles of European Contract Law*)⁸⁰ introducen modificaciones sustanciales en la reglamentación de la ilicitud contractual contenida en los PECL.

1. En primer lugar, los RPECL trasladan el tratamiento de la ilicitud al capítulo cuarto de la Parte I dedicado a la invalidez contractual, en el que se aúnan los capítulos 4 (*Validity*) y 15 (*Illegality*) de los PECL.

2. En segundo lugar, bajo la rúbrica "*Invalidity for Illegality*", se engloban los supuestos de ilegalidad recogidos en los PECL por violación de principios fundamentales y de normas imperativas, pero se incorpora un nuevo grupo, la ilegalidad derivada de la violación de los derechos de terceros. En cualquier caso, las diferencias de tratamiento ente PECL y RPECL son de calado:

- a. Por lo que se refiere a la invalidez por contravención de los principios reconocidos como fundamentales por los Estados miembros de la Unión Europea (art. 4:301), se distingue entre aquellos supuestos en los que la ilegalidad del contrato se produce desde la fecha de conclusión del contrato, en

79.- Advierten F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez (*loc. cit.*, p. 47) que «los comentarios no aclaran cuál es el origen de la concesión de la indemnización en este caso. Muy probablemente la inspiración se ha encontrado en la tradicional doctrina alemana de la *culpa in contrahendo* incluida desde la reforma del derecho alemán de obligaciones operada por la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 2001 en los §§ 241 (2) y 311 (2) y (3) del propio BGB. Se parece, además, al art. 1338 del Código Civil italiano en el que se prescribe que la parte que conoció o debió haber conocido la existencia de un motivo para la invalidez del contrato y no da noticia de la misma a la otra parte está obligada a compensar por el daño sufrido por esta última en atención a la realidad del contrato».

80.- Se recogen en la tercera parte de la obra *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, B. Fauvarque-Cosson y D. Mazeaud eds., Sellier, European law publishers, Munich, 2008, pp. 575- 614.

cuyo caso el contrato es ineficaz desde el principio, y aquellos en los que la ilegalidad aparece en un momento posterior a su conclusión, en los que la falta de efectos opera desde el momento en que aparece la ilegalidad, no siendo retroactiva (art. 4:302). No obstante, la ineficacia total del contrato que infrinja principios fundamentales puede ser removida si las partes llevan a cabo una modificación del contrato con el fin de eliminar la causa de su ilegalidad (art. 4:412).

b. Cuando la celebración o ejecución de un contrato fuere contraria a una norma imperativa (art. 4:303), su ilegalidad se resuelve a través de la sanción que para el contrato establezca la norma infringida; caso de no existir previsión al respecto, el contrato puede volverse ineficaz, total o parcialmente, en proporción a lo se requiera para reparar los intereses dañados, o incluso ser modificado (art. 4:304).

A diferencia de la línea la línea de flexibilidad y discrecionalidad prevista en los PECL (e igualmente acogida por el DCFR y los Principios UNIDROIT), los RPECL no ofrecen al juzgador o árbitro un listado de circunstancias cuya valoración le permita decidir la concreta eficacia del contrato ilegal, sino que expresamente delimitan los casos que desencadenan cada una de las consecuencias de la ilegalidad por contravención de una norma imperativa, dando al juzgador elementos más precisos en relación con la sanción apropiada en cada caso:

- i. Conforme al art. 4:305, la ineficacia total supone que el contrato quedará sin efecto desde la fecha de su ilegalidad, lo cual tendrá lugar cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:
 - (a) la finalidad del contrato esté prohibida por normas de obligado cumplimiento;
 - (b) el contrato constituya una infracción fraudulenta de la ley;
 - (c) la ilegalidad afecte a un elemento esencial del contrato;
 - (d) la cláusula ilegal fue determinante para el consentimiento de las partes;
 - (e) si la eficacia parcial priva al contrato de toda utilidad para una de las partes o modifica sustancialmente el equilibrio contractual.
- ii. La ineficacia parcial comportará la ineficacia de una parte o una cláusula contractual (art. 4:306). No obstante, en determinados supuestos de ineficacia parcial, se puede hacer valer la ineficacia total del contrato: a. Si la norma imperativa vulnerada está dirigida a la protección de una persona, esta puede instar la ineficacia total; b. Del mismo modo, en los supuestos en que la ilegalidad afecte a una cláusula accesorias, la parte que actuó de buena fe puede solicitar la ineficacia total del contrato cuando la cláusula ilegal fue determinante de la prestación de su consentimiento o cuando la mala fe de la otra parte comprometa la ejecución del contrato.

iii. Finalmente, el artículo 4:307 se ocupa de la modificación del contrato con el fin de eliminar la causa de su ilegalidad. Tal modificación puede ser consecuencia de una regularización contractual llevada a cabo por la partes o puede ser decretada por los tribunales a a solicitud de una de las partes, siempre que no se haya establecido la ineficacia del contrato. En tal caso, la modificación debe proteger la voluntad inicial de las partes y la utilidad del contrato en interés de ambas partes.

c. Por lo que se refiere a la ilegalidad por violación de los derechos de terceros, los artículos 4:308 y 4:309 se ocupan fundamentalmente del contrato concluido en fraude de los derechos de terceras personas, declarándose su ineficacia solo frente a estas, salvo que la restauración de los derechos de los terceros exija la ineficacia total del contrato. En cualquier caso el tercero perjudicado podrá exigir la correspondiente reparación de las partes o de quien, teniendo pleno conocimiento del fraude, sin embargo hubiere adquirido los derechos sobre los bienes que eran el objeto del contrato fraudulento.

3. Por último, los RPECL alteran notablemente los efectos de la ilicitud en lo relativo a la restitución de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato ilegal declarado ineficaz. Como regla, la ineficacia total o parcial del contrato obliga a las partes a la restitución recíproca *in natura* de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato o cláusula ilegal (art. 4:501). No obstante, se excepciona la restitución para la parte que haya contraído el contrato con conocimiento o debiendo conocer la causa de la ilegalidad (art. 4:504). Asimismo, si la causa de invalidez se produce durante la ejecución del contrato solo tendrá lugar la restitución si, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, resulta injusto que la partes mantengan lo recibido (art. 4:503.2)

Al igual que en los PECL, los RPECL, con el propósito de colocar a las partes en la misma situación que tenían si el contrato no se hubiese celebrado, se reconoce el derecho a obtener una indemnización, que solo abarcará el interés negativo (*reliance interest*), a favor de la parte que no conociera ni estuviera en condiciones de conocer el motivo de la nulidad (arts. 4:501 y 4:506).

V. Derecho comercial africano: Actas uniformes OHADA

En el seno de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África (en adelante, OHADA)⁸¹, la uniformización de los sistemas legislativos se efectúa a

81. – OHADA es una organización intergubernamental creada por el Tratado sobre la Armonización del Derecho Mercantil en África de 1993, que agrupa a 17 Estados: Benin, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, Comores, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, República Democrática del Congo, Senegal, Chad y Togo. Sobre el origen y trayectoria del proceso de integración jurídica emprendido por la OHADA, vid., J. M. Cueto Álvarez de Sotomayor, “Historia, Órganos y Desafío de la OHADA tras la revisión de su Tratado Constitutivo en 2008”, en J. M. Cueto

través de la promulgación de Actos Uniformes que, a semejanza de los Reglamentos de la Unión Europea, se superponen a las normas internas nacionales, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros.

En el ámbito contractual, la reglamentación uniforme se circunscribe a lo dispuesto, esencialmente para el contrato de compraventa, en el Acta Uniforme relativa al Derecho Mercantil General⁸², aprobada el 17 de abril de 1997 y revisada el 15 de diciembre de 2010, entrando en vigor el 15 de febrero de 2011. En el ámbito contractual, se ocupa del arrendamiento comercial, la intermediación y la compraventa mercantil, sin abordar cuestiones relativas a su ilicitud.

La ilicitud contractual sí es objeto de previsión específica en el Anteproyecto de Ley Uniforme OHADA sobre Derecho de los Contratos (2006)⁸³. El Anteproyecto, a pesar de la clara influencia del Derecho francés, prescinde de cualquier requisito de validez del contrato más allá del acuerdo de las partes (art. 2.1) y, en consecuencia, de vincular la ilicitud a algún elemento estructural. Partiendo de reconocimiento de la libertad de las partes para determinar el contenido contractual (art. 1.1), bajo la rúbrica “Illicitud” sanciona, con una cláusula de carácter general, la nulidad de cualquier contrato o cláusula contractual contrarios al orden público o a las buenas costumbres, así como aquellos que infrinjan disposiciones legales imperativas, salvo que la ley disponga otro efecto para la contravención (art. 3.1)⁸⁴. La nulidad por ilicitud es calificada como absoluta, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada, apreciada de oficio por el juez y no siendo susceptible de confirmación (art. 3.13). Provoca la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas en virtud de un contrato nulo (art. 3.19), así como la obligación de reparar el perjuicio por la parte que conociera o debiera haber conocido el motivo de la nulidad (art. 3.20). La indemnización a la parte agraviada debe colocarla en la situación que tendría si el contrato no se hubiese realizado (interés negativo).

Álvarez de Sotomayor, S. Esono Abeso Tomo y J.C. Martínez García, *La Armonización del Derecho Mercantil en África impulsada por la OHADA*, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, pp. 15-44.

82.- *Journal Officiel* OHADA, N.º. 23, 2011, disponible en <http://www.ohada.com/>.

83.- Disponible en <http://www.unidroit.org/french/legalcooperation/OHADA%20act-f.pdf>.

84.- M. Fontaine, artífice del Anteproyecto, así lo justifica: «*Ainsi, en droit français, la notion de cause sert notamment à sanctionner l'illicéité, par la condamnation des contrats ayant une cause illicite. Mais le même résultat est plus simplement atteint par une disposition sanctionnant de nullité tout contrat contraire aux lois impératives, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (ou une formule analogue), sans qu'il soit besoin de se référer à une quelconque "cause" de ce contrat*» (“L’avant-projet d’Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats et les Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”, *Uniform Law Review*, 2004-2, pp. 253-267, en especial, p. 265).

Otro es el criterio del Proyecto de Texto Uniforme relativo al Derecho de obligaciones en el espacio OHADA (2015)⁸⁵, obra de los profesores J. ISSA SAYEGH, P.G. POUGOUE y F.M. SAWADOGO. Estas reglas uniformes optan por mantener la causa y el objeto como requisitos contractuales, vinculando la licitud del contrato a la de estos elementos estructurales, así como a la finalidad perseguida por una de las partes. La ilicitud del objeto (art. 111) o de la causa (art. 115), por contrariedad a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, provocan la nulidad absoluta del contrato (a diferencia de la ausencia de estos elementos que ocasiona la nulidad relativa); a estos supuestos se suman, como causa de invalidez, aquellos en los que una de la partes persigue una finalidad ilícita desconocida por la otra, si bien se establece a cargo de la parte culpable una obligación de indemnizar a la otra los perjuicios ocasionados por la nulidad contractual. Si ambas partes son concedoras de la ilicitud, la indemnización queda excluida (art. 123). La nulidad absoluta, a diferencia de la relativa, va dirigida a la salvaguarda del interés general, pudiendo ser invocada por cualquier persona interesada, apreciada de oficio por el juez y no siendo susceptible de confirmación (arts. 142 y 143). Si las prestaciones hubieran sido ejecutadas, la eficacia retroactiva de la nulidad origina la obligación de restitución integral recíproca, de la prestaciones y de los beneficios obtenidos como consecuencia del contrato (arts. 153 y 209).

VI. Derecho comercial caribeño: Principios OHADAC

En el ámbito de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe (OHADAC)⁸⁶, entre los diferentes textos publicados para la armonización del Derecho privado en el heterogéneo entorno de la región caribeña, destacan en el ámbito que nos ocupa los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales

85 .- Accesible en <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/07/Avant-projet-droit-des-obligations-OHADA-texte-final-150603.pdf>

86.- OHADAC, acrónimo de *Organization pour l'Harmonization du Droit des Affaires dans le Caraïbe*, está dirigida por la Asociación ACP Légal, con sede en Guadalupe. Inspirada en el mecanismo de integración jurídica regional de la OHADA, fue creada en 2007 con la idea de implementar un sistema de Derecho mercantil armonizado en el espacio del Caribe, cuyo ámbito territorial, de gran variedad lingüística, cultural, jurídica y política, abarca una treintena de Estados independientes y más de cuarenta territorios diferentes, continentales (Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Venezuela, Surinam, Guyana, Belice y la Guayana francesa bajo soberanía francesa.) e insulares (Cuba, República Dominicana, Haití, Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago, así como los departamentos de ultramar de Guadalupe y Martinica, y colectividades de San Martín y San Bartolomé, sujeta a la soberanía de Francia; los territorios de Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat y Bermudas, sujetos a la soberanía de Reino Unido; Bonaire, Sint Eustatius y Saba, pertenecientes a las antiguas Antillas Holandesas, bajo soberanía de los Países Bajos. Finalmente cabe señalar el particular estatus de Puerto Rico, Estado libre asociado, territorio no incorporado a los EE.UU, al igual que las Islas Vírgenes Estadounidenses; y el de Curaçao, Aruba o Sint Maarten, como territorios autónomos de los Países Bajos.

internacionales que, con la finalidad de armonizar el marco de las transacciones exclusivamente comerciales (B2B) a través de un modelo *soft law*, vieron la luz en enero de 2015⁸⁷.

Los Principios OHADAC dedican la sección 4 del capítulo tercero a la ilicitud, pero, a diferencia de los Principios UNIDROIT y de los textos europeos, no incorporan una regulación específica sino que remiten a las normas imperativas de origen estatal, internacional o supranacional, que resulten legítimamente aplicables al contrato, para la determinación de la ilicitud. En concreto, el artículo 3.4.1 señala: *“Los presentes Principios no limitan ni impiden la aplicación de normas imperativas, de policía o de orden público internacional, tanto de origen estatal, como internacional y supranacional, que determinen la ilicitud o ilegalidad del objeto, del contenido o del cumplimiento del contrato o de alguna de sus obligaciones”*.

La adopción de esta opción está claramente expuesta en los comentarios al citado precepto, que la justifican en las siguientes razones:

- En primer lugar, al ser únicamente aplicables cuando las partes refieren expresamente a dichos Principios la regulación de sus obligaciones contractuales, como “ley aplicable al contrato” únicamente podrían ser considerados en el marco de procedimientos arbitrales de solución de controversias. En aquellos casos en que las controversias se resuelvan ante jurisdicciones y tribunales estatales, la referencia a los Principios OHADAC en el contrato no producirá, generalmente, el auténtico efecto de una “ley aplicable al contrato” o, dicho de otro modo, no desplazará la aplicación del Derecho estatal que resulte designado por las normas de Derecho internacional privado, salvo en la medida en que dicha ley admita que los Principios reflejan la autonomía material de las partes y con los límites que impongan sus normas imperativas que resulten aplicables a los contratos internacionales. Únicamente en el ámbito arbitral, la mayor flexibilidad a la hora de establecer las normas de Derecho aplicable al fondo del litigio arbitral permitiría considerar la elección de reglas de Derecho no estatales como una auténtica elección de la ley aplicable al contrato. Solo ante los tribunales de México y Venezuela, únicos firmantes de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), hecha en México el 17 de marzo de 1994, podría mantenerse, no sin reservas, la posibilidad de considerar los Principios OHADAC como ley aplicable al contrato.

- En segundo lugar, por ser un lugar común en el Derecho de los contratos internacionales que las partes no pueden evitar la aplicación de las leyes de policía y de las normas imperativas, tanto de origen estatal, como internacional o supranacional, que se hallen vigentes en el país del tribunal que conoce (*lex fori*), o incluso en un tercer Estado que presente una vinculación estrecha con el contrato, singularmente el país de ejecución de las obligaciones pactadas (art. 9 Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, vigente en el Reino Unido, Francia y los Países Bajos, y art. 11 Convención de México, vigente en México y Venezuela.

87.- Accesibles en <http://www.ohadac.com/>

Dependerá, pues, de las normas imperativas internacionales o de los Derechos nacionales los efectos sobre la eficacia del contrato de un acuerdo que por su formación, finalidad o ejecución sea ilegal o contrario a la moral o al orden público

- Por último, se afirma la falta de convicción sobre la idoneidad de la reglamentación propuesta en los Principios UNIDROIT, los PECL o el DCFR. Al respecto se indica que la reglamentación en estos textos internacionales conduce al mismo resultado que la propuesta en los Principios OHADAC: «En efecto, cuando el intérprete de un contrato sometido a los Principios OHADAC se enfrente a una norma imperativa estatal, internacional o supranacional que establezca la ilicitud del objeto, contenido o ejecución del contrato, y considere la procedencia de la aplicación de dicha norma imperativa, por su contenido o naturaleza, así como por su conexión territorial con el contrato (ley del foro, ley estatal que resultaría aplicable al contrato, ley del país de ejecución, ley del mercado afectado, ley de origen de un bien cultural, etc...), aplicará dicha norma y decretará los efectos sobre el contrato contemplados en dicha norma. Si dichos efectos no estuvieran claros en el sistema jurídico que decreta la ilicitud, nada impide al intérprete considerar las reglas generales de los Principios OHADAC elegidos por las partes, para establecer las consecuencias de dicha ilicitud sobre la validez y la ejecución del contrato, así como el juego de los remedios establecidos en los mismos Principios, en la medida en que se adapten de forma razonable a la finalidad y contenido de la norma imperativa conculcada».

VII. Armonización del Derecho contractual en Latinoamérica y Sudesteasiático

En el ámbito latinoamericano existen en la actualidad diferentes iniciativas de armonización del Derecho privado patrimonial. Al mismo tiempo que un equipo de juristas ha instituido el denominado Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL)⁸⁸, inmerso en la elaboración de un Código Marco de las Obligaciones, otro grupo de trabajo está centrado en la armonización del Derecho contractual en América Latina⁸⁹.

En este campo destaca la reciente publicación de los denominados Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁹⁰, un proyecto académico que agrupa a

88.- Pueden consultarse sus actividades en <http://gadal.uexternado.edu.co/>.

89.- Sobre las diversas iniciativas de integración del Derecho contractual en América Latina, *vid.*, R. Momberg, "Harmonization of contract Law in Latin America: past and present initiatives", *Uniform Law Review*, v. 19, n.º 3, 2014, pp. 411-428 y A. Ferrante, "¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio 2016, pp. 107-127.<sup>[L]
[SEP]</sup>

90.- *Vid.*, E. Hondius, "Latin America Goes PECL", *European Review of Private Law*, vol. 21, n.º 2, 2013, pp. 419-422.<sup>[L]
[SEP]</sup> y A. Morales Moreno, "Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, pp. 227-254. El texto de los Principios se incorpora

Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela⁹¹, coordinado por la Fundación Fueyo Laneri de Chile con el apoyo de la *Fondation pour le Droit Continental* francesa. Partiendo del reconocimiento del principio de libertad contractual y sus límites (orden público y buenas costumbres), no hay en el texto de los Principios Latinoamericanos mención alguna a la ilicitud contractual.

En otro ámbito regional, el sudesteasiático, desde 2009 otra iniciativa privada apunta a la armonización del Derecho contractual, a través de la elaboración de unos Principios de Derecho Asiático de Contratos (en adelante, PACL). Entre otros, los académicos y juristas participantes proceden de Birmania, Camboya, China, Hong Kong, Japón, Indonesia, Nepal, Corea del Sur, Filipinas, Singapur, Tailandia, Taiwán y Vietnam. Los equipos de trabajo están liderados por tres presidentes, los profesores Shiyuan HAN (China), Naoki KANAYAMA (Japón) y Young Jun LEE (Corea del Sur).

Siguiendo la técnica soft law, los PACL están orientados a la armonización de la parte general del Derecho contractual. Entre los años 2010 y 2012 se han celebrado diferentes encuentros en los que se ha abordado temas como principios generales, formación e Interpretación, cumplimiento e incumplimiento. Según informa el profesor HAN⁹², se han elaborado borradores, pendientes de revisión, de los capítulos sobre formación, validez, interpretación, ejecución y no cumplimiento del contrato, siendo su objetivo más inmediato publicar la primera parte de los PACL, con articulado, comentarios y notas, dedicada al cumplimiento e incumplimiento contractual⁹³.

VIII. Conclusión

como anexo a este trabajo en las pp. 241 y ss.

91.- El análisis comparado de las soluciones ofrecidas por los ordenamientos jurídicos de los mencionados países, realizado a través informes sobre el sistema contractual vigente en cada uno de ellos, ha constituido la base para la elaboración de los Principios Latinoamericanos, pueden consultarse los mencionados informes en <http://fundacionfueyo.udp.cl/proyecto-sobre-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-los-contratos/> y en C. Pizarro Wilson (coord.), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Ed. Fundación Fernando Fueyo-Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 15-17.

92.- S. HAN, "Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia", *Villanova Law Review*, vol. 58, Iss. 4, 2013, pp. 589-599.

93.- Y. J. Lee, "Characteristics of Non-Performance for Principles of Asian Contract Law (Drafts)", accesible en http://uncitralrcap.org/wp-content/uploads/2015/06/0604_session3_1_English_Young-June-Lee.pdf.

Como ha podido comprobarse, sea cual sea el expediente que se utilice, el control de la licitud contractual promovido por los instrumentos internacionales y regionales de armonización del Derecho contractual solo concibe la efectividad de su regulación introduciendo altas dosis de elasticidad.

Las diferentes técnicas de apreciación de la ilicitud contractual empleadas, de un modo u otro, constituyen expedientes dotados de un alto grado de indeterminación con el fin de reaccionar, no sólo frente a contratos rechazados por normas positivas de carácter imperativo de los Derechos nacionales que resulten aplicables al contrato, sino frente a aquellos que vulneren valores éticos o de justicia material considerados fundamentales.

La flexibilidad cobra especial protagonismo en la determinación de los efectos o consecuencias civiles de los contratos ilícitos. En buena parte de los textos de armonización del Derecho contractual internacional, el efecto sancionador no gira en torno a la ineficacia o nulidad, sino que se otorgan facultades de discrecionalidad a jueces y tribunales para aplicar los efectos más adecuados y justos posibles en atención especialmente a la finalidad de la norma infringida y a los intereses y conductas de las partes en el caso concreto.

Bibliografía

- A. Albanese, "Immoralità, illiceità e soluti retentio", *Il Corriere Giuridico*, 2005, pp. 865-875.
- K. J. Albiez Dohrmann (dir.), *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.
- G. Alpa y M. Bessone (coords.), *Causa e consideration*, Padova, 1984.
- C. Armbrüster, § 134, en AA.VV. *Münchener Kommentar zum Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, 6ª ed. Munich, Verlag C.H. Beck, 2012.
- E. Arroyo i Amayuelas, "Los Principios del Derecho contractual comunitario", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, 2008, fasc. I, págs. 211-239.
- Id., en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional Celebrado en Palma de Mallorca 26 y 27 de abril de 2007*, dirs. Mª P. Ferrer Vandrell y A. Martínez Canellas, Dykinson, 2009, pp. 62-87.
- Asociación de Profesores de Derecho Civil (ed.), *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée, *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, Munich, 2008.
- N. Bar y N HAR- Sinay, "Contract Validity and the CISG: Closing the Loophole" (25 January 2008), disponible <http://www.articlesbase.com/law-articles/contract-validity-and-the-cisg-international-treaty-closing-the-loophole-315561.html>.
- H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon y S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2010.

- H. Beale y O. Lando, *Principios de Derecho Contractual Europeo (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, ed. española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M. Embrid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- K. P. Berger, "Lex Mercatoria Online: The CENTRAL Transnational Law Database at www.tldb.de, *Arbitration International*, vol. 18, n.º 1, 2002, pp. 83-94.
- *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2010.
- E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez), 2ª ed., Madrid, 1959.
- M. J. Bonell, "The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010", *Uniform Law Review*, 2011, pp. 517-536.
- R. A. Buckley, *Illegality and public policy*, Sweet and Maxwell, London, 2002.
- S. Cámara Lapuente (coord.) *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003.
- H. Capitant, *De la cause des obligations (Contracts, Engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, París, 1923.
- J. Cartwright, *Contract Law (An Introduction of the English Civil Law of Contract for the Civil Lawyer)*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- A. Carrasco Perra, "Comentario al artículo 6.3 del Código civil" en *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, I-1 (dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), Edersa, 1992.
- *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2010.
- F. de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- L. H. Clavería Gosálbez, *La causa del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.
- G. Cuniberti, "Le nouvel article 3.3.1 des Principes UNIDROIT sur le Contrat violant une règle impérative : un regard critique du point de vue du droit international privé", *Uniform Law Review*, 18, 2013, pp. 490-508.
- J. M. Cueto Álvarez de Sotomayor, "Historia, Órganos y Desafío de la OHADA tras la revisión de su Tratado Constitutivo en 2008", en J. M. Cueto Álvarez de Sotomayor, S. Esono Abeso Tomo y J.C. Martínez García, *La Armonización del Derecho Mercantil en África impulsada por la OHADA*, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, pp. 15-44.
- I. De Cuevillas Matozzi y R. Favale, *La perfección del contrato –Últimas tendencias–*, Reus, Madrid, 2016. J. Dabin, *La teoría de la causa* (traducción de F. Pelsmacker), Madrid, 1955.
- P. A. De Miguel Asensio, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n.º 4, Ottobre-Dicembre, 1998, pp. 859-893
- J. Delgado Echeverría y M.ª A. Parra Lucán, *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Dykinson, 2005.
- E. Dell'Aquila, *El contrato en Derecho inglés (aspectos de Derecho comparado)*, Barcelona, PPU, 2001.
- L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I (*Introducción a la teoría del contrato*), 6ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.
- Díez-Picazo/ Roca Trías/Morales Moreno, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*. Civitas. Madrid, 2002.
- M. Djordjević, "Article 4", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas eds.), Munich, CH Beck, 2011, pp. 62 -87.

- S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European contract law*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- B. Fauvarque-Cosson y D. Mazeaud eds., *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules,,* Selier. European Law Publishers, Munich, 2008.
- A. Ferrante, “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, enero-junio 2016, pp. 107-127. ^[L]_{SEP}
- G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico*, Guiffrè, Milano, 1968. W. Flume, *El negocio jurídico*, T. II (traducción de J. M. Miquel González y E. Gómez Calle). Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- M. Fontaine, “L’avant-projet d’Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats et les Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international”, *Uniform Law Review*, 2004-2, pp. 253-267.
- M. Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contracts*, 16ª ed., Oxford University Press, 2012.
- F. Galgano, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992.
- G. García Cantero (dir.), “Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, n.º 4, pp. 299-396.
- R. M.ª García Pérez, “La ilicitud contractual”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Tomo I, S. Sánchez Lorenzo (ed.), Civitas-Thomson Reuters. Navarra, 2016, págs. 1079-1115.
- I. González Pacanowska, “Los Principios Lando”, *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, coord., Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, 2009, pp. 151-182.
- S. Han, Principles of Asian Contract Law: An Endeavor of Regional Harmonization of Contract Law in East Asia, *Villanova Law Review*, vol. 58, Iss. 4, 2013, pp. 589-599.
- E. Hondius, “Latin America Goes PECL”, *European Review of Private Law*, vol. 21, n.º 2, 2013, pp. 419-422.
- F. J. Infante Ruiz y F. Oliva Blázquez, “Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo”, *Indret*, julio 2009, pp. 1-58.
- B. Kain and D.T. Yoshida, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law”, *Annual Review of Civil Litigation*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, pp. 1-47.
- A. Khurana, “Public Policy In Contracts: Recent Trends”, January 30, 2015, *Lawctopus’ Law Journal + Knowledge Center*, disponible en <http://www.lawctopus.com/academike/public-policy-contracts-recent-trends/>.
- O. Lando, “The European Principles in an Integrated World”, *European Review of Contract Law*, 1/2005, pp. 3-18.
- O. Lando y H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law International, 2000 -edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz, *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II*, Madrid, 2003,
- *Principles of European Contract Law*, Part III, Kluwer Law International, 2003 - edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo, F. Martínez Sanz. Madrid, 2007.

- Y. J. Lee, "Characteristics of Non-Performance for Principles of Asian Contract Law (Drafts)", accesible en http://uncitralrcap.org/wp-content/uploads/2015/06/0604_session3_1_English_Young-June-Lee.pdf.
- M. Lehmann, "Chapter 15: Illegality", en *European Contract Law and German Law*, eds. S. Leible y M. Lehmann, Kluwer Law International, 2014.
- C. López Beltrán de Heredia, "La nulidad de los contratos", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- G. Luchetti y A. Petrucci (eds.), *Fondamenti di Diritto contrattuale europeo*, Patron editore, Bologna, 2006.
- A. Luna Serrano, "Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2010, vol. 2, n.º 2, pp. 140-148.
- H. L. Macqueen, "Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles", en *Towards a European Civil Code. Third Fully Revised and Expanded Edition*, eds. A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron y M. Veldman, Kluwer Law International, 2004, pp. 417 y ss.
- Id., en AA.VV., *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo – The Principles of European Contract Law Part III*, ed. A. Vaquer Aloy, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 549-566.
- M. A. Malo Valenzuela, "Requisitos de validez del contrato en el Derecho uniforme", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 708, 2008, pp. 1741-1779.
- M. J. Marín López, "El objeto del contrato", en AA.VV. *Tratado de contratos*, I (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- B. S. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract (A Comparative Treatise)*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2006.
- J. A. Martín Pérez, "La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición evidente y quizás aparente)", *Estudios de Derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid 2006, pp. 281-303.
- C. Martínez de Aguirre y Aldaz, "Notas sobre las condiciones relativas al contenido del contrato. (Utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Tomo I, C. Vattier, J. M.ª de la Cuesta y J. M.ª Caballerro (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 175-206.
- V. Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, II-1º, 7ª ed., París, 1985.
- E. Mckendrick, *Contract Law*, 11ª ed., Ed. Palgrave, London, England, 2015.
- R. Momberg, "Harmonization of contract Law in Latin America: past and present initiatives", *Uniform Law Review*, v. 19, n.º 3, 2014, pp. 411-428.
- A. Morales Moreno, "Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, 2014, pp. 227-254.
- M.ª A. Parra Lucán, "Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho Español. (Aproximación a la Sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos)", *Anuario de Derecho Civil*, 2004-2, pp. 549-638.
- E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 13ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2011.
- M.ª P. Perales Viscasillas, "El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)", 2001, accesible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.

- J. P. Pérez Velázquez, *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson, Madrid, 2013.
- J. M. Perillo, *Calamari and Perillo on contracts*, Hornbook Series, 6ª ed, Thomson Reuters, 2009.
- C. Pizarro Wilson (coord.), *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Ed. Fundación Fernando Fueyo-Universidad Externado de Colombia, 2012.
- P. Rescigno, "In pari causa turpitudinis", *Rivista di Diritto Civile*, 1966, I, pp. 1-57.
- Research Group On The Existing Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract 1, Munich, Sellier, 2007.
- L. Rojo Ajuría, "Validez del contrato de ámbito de aplicación sustantivo de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 21, diciembre 1996, pp. 11-28.
- P. Saborido Sánchez, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- R. Sánchez Lería, "Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo", *Indret*, julio, 2014, pp.1-32.
- S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero (eds.), *La cooperación judicial en materia civil por y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003.
- *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- U.G. Schroeter, "The Validity of International Sales Contracts: Irrelevance of the "Validity Exception" in Article 4 *Sales Convention and a Novel Approach to Determining the Convention's Scope* (I. Schwenzer & L. Spagnolo, eds.), en *Boundaries and Intersections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*, The Hague, Eleven International Publishing, 2014, pp. 95-117.
- I. Schwenzer, "Global unification of contract law", *Uniform Law Review*, vol. 21, 2016, pp. 60-74.
- "Divergent Interpretations: Reasons and Solutions", en *International Sales Law. A global Challenge*, ed. L. A. Dimatteo, Cambridge University Press, 2014, pp. 102-119.
- J.G. Starke, N.C. Seddon, M. P. Ellinghaus (eds.), *Cheshire & Fifoot's Law of Contracts*, 6ª Australian ed., Butterworths, Sydney, 1992.
- M. Stathopoulos, *Contract Law in Greece*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2009.
- M. E. Storme, "Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law", *Jurídica internacional*, n.º 11, enero 2006, pp. 34-44.
- F. Terre, P. Simler e Y. Lequette, *Droit Civil. Les obligations*, 5ª ed., Dalloz, París, 1993.
- S. Tod, J. F. Burrows y J. Fin, *Contract Law in New Zealand*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.
- M. Unceta Laborda, "Principios de UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 620-628.
- L. Vacca (dir.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997.A. Vaquer Aloy (ed.), *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.
- A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M.ª P. Sánchez González (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo I, Atelier, 2012.
- C. Vattier Fuenzalida, "Inexistencia y nulidad", en *Código Europeo de Contratos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Academia de Iusprivatistas

Europeos (Pavía), Tomo II, C. Vattier, J. M.^ª de la Cuesta y J. M.^ª Caballero (dirs.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 553-572.

E. Vazquez de Castro, "Los contratos ilegales en el *Common Law*", *Anuario de Derecho Civil*, Enero, 2002, pp. 115-162.

----- *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

S. Vogenauer (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2^a ed., Oxford University Press, 2015,

----- "General Principles of Contract Law in Transnational Instruments" en *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Bale*. L. Gullifer and S. Vogenauer (eds.). Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 291-310.

C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, H. Beale, J. Herre, J. Huet, M. Storme, S. Swan, P. Varul, A. Veneziano y F. Zoll (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Sellier, Munich, 2008.

----- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.

A. Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, traducción de W. Roces, Comares, Granada, 2007.

E. Zamir, "The civil codes-Israeli Report", Thematic Congress of the International Academy of Comparative Law. Taiwan, mayo 24-26, 2012, accesible en <https://www.researchgate.net/publication/228142349> The Civil Codes - Israeli Report.