

Los contratos ilegales en el derecho privado europeo

Francisco J. Infante Ruiz
Francisco Oliva Blázquez

Facultad de Derecho
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

*Abstract**

Todos los ordenamientos jurídicos europeos prevén normas relativas a la ineficacia de los contratos contrarios a la ley, la moral o buenas costumbres (bonos mores, bonnes moeurs, gute Sitten) y el orden público (ordre public, public policy). Con ellas se sancionan tanto los contratos “prohibidos por la ley” como también los contratos “contrarios a la moral o al orden público”. Si bien la terminología y la técnica legal varían de un lugar a otro, el principio es siempre el mismo: el derecho declara la invalidez o ineficacia de los contratos contrarios a los principios fundamentales de la moral o del orden público, así como aquellos que se oponen a las leyes imperativas y prohibitivas. El presente estudio abarca tanto el derecho comparado como el derecho español, así como el moderno derecho de la contratación (PECL y DCFR). En este trabajo se defiende la tesis de que los diferentes conceptos empleados en los diversos ordenamientos europeos para sancionar la ilegalidad o la ilicitud son funcionalmente equivalentes. Igualmente, se demuestra que las soluciones aportadas por los diferentes niveles de regulación estudiados (derecho comparado, derecho español y derecho privado europeo) para la determinación de los efectos jurídicos de los contratos ilegales e inmorales son muy similares; hay muchas más convergencias que divergencias y, en este sentido, tanto los PECL como el DCFR son un buen ejemplo de lo primero.

All European laws provide for rules regarding the inefficacy of contracts contrary to law, “bonne moeurs” (buenas costumbres, bonos mores, bonnes moeurs, gute Sitten) and public policy. They sanction both the contracts “forbidden by law” and the contracts which are “contrary to ‘bonnes moeurs’ or public policy”. Although terminology and legal technique change from one place to another, the principle still stays the same: law states the invalidity or inefficacy of the contracts contrary to the fundamental principles of ‘bonnes moeurs’ or public policy, as well as those which withstand mandatory rules. This paper includes not only comparative law, but also Spanish law, as well as modern contractual law (PECL and DCFR). Our thesis maintains the functional equivalence of the different concepts used in the various European laws to sanction illegality or illicity. Likewise, we prove the deep similarity of the solutions given by the different studied levels of regulation (comparative law, Spanish law and European private law) to establish the legal effects of illegal and immoral contracts. There are much more convergences than divergences and, in this sense, both PECL and DCFR are a good example of these convergences.

Title: Illegal Contracts in European Contract Law

Palabras clave: Contratos ilegales, Orden público, Derecho privado Europeo, Derecho comparado, Principios del derecho europeo de contratos, Borrador del Marco Común de Referencia

Keywords: Illegal Contracts, Public Policy, European Private Law, Comparative Law, Principles of European Contract Law (PECL), Draft Common Frame of Reference (DCFR)

* Este trabajo ha sido desarrollado en el seno de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC). Agradecemos al Dr. Miquel MARTÍN CASALS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona y Director del mencionado grupo de investigación los auspicios para la publicación del mismo.

Sumario

1. Introducción
2. Los contratos ilegales en el derecho comparado
 - 2.1. Sistema causalista. La ley, el orden público y la moral respecto a la causa
 - 2.2. Sistema germánico
 - 2.2.1. Generalidades
 - 2.2.2. Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)
 - 2.2.3. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)
 - a) Función normativa. Concepto de “gute Sitten” y caracteres
 - b) Requisitos del tipo
 - c) Supuestos
 - 2.2.4. Efectos
 - 2.3. El artículo 3:40 NBW. Efectos
 - 2.4. Los contratos ilegales en el Common Law
 - 2.4.1. Introducción
 - 2.4.2. Contracts contrary to law
 - 2.4.3. Contracts contrary to public policy
 - 2.4.4. Efectos de la ilegalidad contractual
3. Los contratos ilegales en el Código Civil español
 - 3.1. La causa ilícita: contratos contrarios a las leyes imperativas y contra bonos mores (art. 1275 CC)
 - 3.1.1. Causa ilícita: los motivos jurídicamente relevantes
 - 3.1.2. Los motivos opuestos a la ley o a la moral
 - 3.2. Efectos
 - 3.2.1. Nulidad absoluta
 - 3.2.2. Restitución: La regla general del artículo 1303 CC y las excepciones a la restitución en los contratos con “causa torpe” (arts. 1305 y 1306 CC)
 - 3.2.3. Indemnización del interés negativo
 - 3.3. Consideraciones críticas
4. Los contratos ilegales en los PECL
 - 4.1. Introducción
 - 4.2. Supuestos de hecho
 - 4.2.1. Contratos que infrinjan los principios fundamentales (art. 15:101 PECL y 7:301 DCFR)
 - a) Ámbito de aplicación: moral, orden público y otros principios fundamentales del derecho comunitario europeo
 - b) Contratos contrarios al principio de no discriminación (II.-2:101-2:105 DCFR)
 - c) Supuestos comunes
 - 4.2.2. Contratos que infrinjan una ley imperativa (art. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR)
 - a) Ámbito de aplicación: normas imperativas aplicables ex art. 1:103 PECL
 - b) Supuestos comunes

4.3. Efectos

4.3.1. Ineficacia del contrato ilegal

- a) Nulidad de los contratos contrarios a los principios fundamentales (arts. 15:101 PECL y II.-7:301 DCFR)
- b) Contratos contrarios a una ley imperativa: la consagración de un sistema flexible y discrecional (arts. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR)
- c) Ineficacia del contrato ilegal y derecho de propiedad [art. II.-7:303 (2) DCFR]

4.3.2. Ineficacia parcial (arts. 15:103 PECL y II.-1:108 DCFR): el principio de conservación del contrato en los PECL y en el derecho comparado

4.3.3. Restitución (art. 15:104 PECL)

- a) El régimen flexible del artículo 15:104 PECL
- b) La remisión a las normas sobre el enriquecimiento injustificado (Book VII DCFR) en el artículo II.-7:303 (1) DCFR

4.3.4. Indemnización de daños (art. 15: 105 PECL y II.-7:304 DCFR)

- a) Alcance: negative or reliance interest
- b) Requisitos

5. Conclusiones

6. Tabla de sentencias

7. Bibliografía

1. Introducción

Todos los ordenamientos jurídicos europeos prevén normas relativas a la ineficacia de los contratos contrarios a la ley, la moral o buenas costumbres (*bonos mores, bonnes moeurs, gute Sitten*) y el orden público (*ordre public, public policy*). Con ellas se sancionan, desde la codificación francesa —aunque no se encuentra aquí, ni muchos menos, el origen primigenio de estas normas— tanto los contratos “*prohibés par la loi*” (“prohibidos por la ley”) como también los contratos “*contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*” (“contrarios a la moral o al orden público”). Si bien la terminología y la técnica legal varían de un lugar a otro, el principio es siempre el mismo: el derecho declara la invalidez o ineficacia de los contratos contrarios a los principios fundamentales de la moral o del orden público, así como aquellos que se oponen a las leyes imperativas y prohibitivas.

La idea básica de la que se parte es que la libertad en la formación del contenido negocial finaliza allí donde el acuerdo contractual —sea sólo mediante su contenido, sea mediante su contenido en conexión con los móviles y motivos perseguidos— resulta contrario a las buenas costumbres, es decir, va en contra de los patrones de la moral social reconocidos en la comunidad jurídica, y en particular, la moral negocial o las exigencias éticas fundamentales del ordenamiento. Se trata de un “límite inmanente a la libertad contractual” (*immanente Grenze der Vertragsfreiheit*), que deriva del hecho de que el ordenamiento jurídico no puede acoger aquello que viola sus propios fundamentos o principios, como tampoco tolera los actos que contravienen la ley.

2. Los contratos ilegales en el derecho comparado

2.1. Sistema causalista. La ley, el orden público y la moral respecto a la causa

Bajo la denominación de “sistema causalista” proponemos estudiar los ordenamientos jurídicos de algunos países que, inspirados en el *Code civil* francés, anudan el fenómeno de la ilegalidad contractual a la existencia de una causa contractual ilícita, entendida, generalmente, como contraria a la ley, al orden público y a la moral o a las buenas costumbres.

Efectivamente, el *Code Civil* francés, bajo la decisiva influencia de la *auctoritas* de DOMAT y POTHIER, hizo de la causa un elemento esencial para determinar la validez del contrato¹.

“[L]’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet” (art. 1131 *Code Civil*).

“[La] cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public” (art. 1133 *Code Civil*).

Debe señalarse que el concepto de causa que se maneja a estos efectos no es el de “causa objetiva” de los contratos abstractamente considerados, sino el de *cause impulsive et déterminante*, es decir, los motivos o móviles concretos que llevan a cada contratante (causa impulsiva) a concluir un

¹ POTHIER (1825).

determinado acuerdo o *convention* (“*le but du contrat*”, “*les mobiles*”). Teniendo en cuenta esta premisa, el Código de Napoleón prevé tres posibles causas de ilicitud contractual: que el contrato sea contrario a la ley, debiéndose entender por tal a la ley imperativa; que sea contrario al orden público, fundamentalmente al “*ordre public économique*”; y, finalmente, que resulte contrario a las “*bonnes moeurs*”, entendidas como las reglas de moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo de una sociedad. La ilicitud de la causa, señala el artículo 1133 del *Code*, hace que los contratos no produzcan ningún efecto. La jurisprudencia gala no ha dudado en calificar a esta ineficacia como “*nullité radicale*” o “*nullité absolue*”, en cuanto que, se afirma, es la única forma de defender a la sociedad frente a las iniciativas individuales que pretenden atentar contra los intereses generales².

Por otro lado, en el derecho civil francés rige el principio general de que la anulación de un contrato, por cualquier causa, obliga a las partes a restituirse mutuamente aquello que hubieren recibido en virtud del convenio realizado (*quod nullum est, nullum effectum producit*). No obstante, la jurisprudencia ha recogido una excepción al régimen general de la *restitutio in integrum*, denominada “*exception d’indignité*”, para los casos en que la nulidad del contrato se funde en el carácter inmoral del mismo. Según esta excepción, ninguna persona que haya contratado con inmoralidad puede obtener la restitución de ninguna prestación que hubiere realizado en el marco de tal contrato ilícito. Se afirma que esta regla, deducible de los antecedentes del *Code civil*, se funda en la “*sauvegarde de la dignité de la magistrature*”, en la exigencia de respetar el orden público. No obstante, la excepción ha sido muy discutida y rebatida entre los juristas franceses. Un sector de la doctrina entiende que la regla, al denegar la restitución, implica de facto otorgar eficacia a un contrato nulo, lo cual, además de ser contradictorio con la propia literalidad del Código civil y con el principio de que el convenio nulo no puede producir ningún efecto, sirve para consagrar una suerte de enriquecimiento injustificado legal. Por otro lado, la excepción ni siquiera ha sido aplicada de manera uniforme por la jurisprudencia, que históricamente se ha mostrado muy oscilante y cambiante, considerándose posible en la actualidad la repetición en multitud de supuestos, especialmente en los contratos estrictamente ilegales, aunque también en los inmorales, en virtud de la apreciación caso a caso del grado de culpabilidad de cada una de las partes³. Así pues, todo parece indicar un retroceso de la excepción en favor de la *restitutio in integrum*.

2.2. Sistema germánico

2.2.1. Generalidades

En los sistemas romanistas, como hemos visto, la evaluación de la licitud del acto o contrato se realiza a través del expediente de la “causa”. En los sistemas germánicos las soluciones son

² TERRE *et al.* (1999, pp. 336-323).

³ La apreciación del grado respectivo de *turpitudes* permite explicar un cierto empirismo en la soluciones jurisprudenciales: no se rechaza sistemáticamente la restitución en los contratos anulados por causa inmoral, mientras que sí puede serlo en presencia de una simple causa ilícita, TERRE *et al.* (1999, p. 394).

prácticamente idénticas⁴, con independencia de que el péndulo sobre la licitud o ilicitud se incline en un sentido o en otro en relación con el supuesto concreto a valorar, pero sin la aplicación del expediente de la causa, por cuanto la sanción de la ilicitud se realiza a través de la enunciación de una fórmula general abstracta que tiene como referente normativo el propio concepto meta jurídico de la moral. En los sistemas germánicos, junto con las normas que declaran la ineficacia del contrato contrario a la ley —salvo que en ella se disponga otra cosa para el caso de contravención—, regla o principio común a otros ordenamientos, se disponen normas generales relativas a la contrariedad a las buenas costumbres. Así el § 138 BGB y el § 879 ABGB hablan de “violación de las buenas costumbres” (*Verstoß gegen die guten Sitten*), mientras que el Código Civil suizo de Obligaciones habla simplemente de “inmoralidad” (art. 20 OR)⁵.

Las normas jurídicas que sancionan la nulidad de los contratos contrarios a las buenas costumbres, el orden público o la ley se encuadran en el sistema germánico dentro de la tipología normativa conocida como “*Generalklauseln*” (“cláusulas generales”), cuyo contenido se concretiza en virtud de la intervención del juez caso por caso, lo cual ha dado lugar a una rica —y nunca exhaustiva— sistematización mediante la catalogación de diversos “grupos de casos”⁶ (contratos de crédito de carácter desproporcionado tales como la sobregarantía, el comprometer gravemente el patrimonio frente al resto de acreedores, la supresión de la libertad contractual del deudor, infracciones de los códigos éticos de profesiones liberales, contrariedad a la ética común de las relaciones familiares, o a la moral sexual, etc.). De este modo, en los sistemas germánicos la protección contra los contratos ilegales e inmorales se instrumentaliza mediante la formulación de dos disposiciones generales: una primera cláusula relativa a la ineficacia de los actos y contratos contrarios a la ley imperativa o prohibitiva (*gesetzliches Verbot*) y una segunda que declara la invalidez de los actos y contratos contrarios a las “buenas costumbres” (*gute Sitten*). Tomemos como ejemplo el derecho alemán.

2.2.2. Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

En el derecho alemán la norma que con carácter general trata la validez de los contratos contrarios a la ley es el § 134 BGB, colocado en la *Allgemeiner Teil* (Parte General) en sede de regulación del negocio jurídico. Si bien su ámbito de aplicación material se refiere principalmente al contrato, no hay que olvidar que se extiende también a cualesquiera otros actos de la autonomía de la voluntad (testamento, voluntad unilateral y relaciones jurídico-familiares de carácter negocial) considerados tradicionalmente en el concepto abstracto de “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*) y regulado éste en la Sección 3ª del Libro I del Código Civil alemán. Se excluyen, por tanto, los actos jurídicos no negociales y cualesquiera otras disposiciones, siendo posible una aplicación analógica, que debe ser probada, siempre que lo consienta la relación de semejanza entre el concepto de negocio jurídico y el acto jurídico de que se trate⁷.

⁴ Véase la apreciación de este paralelismo en ZWEIGERT y KÖTZ (1995, p. 80); RANIERI (2003, pp. 431 y ss.).

⁵ LANDO *et al.* (2003, p. 213), con breves referencias al estado legislativo de otros países.

⁶ KÖTZ y PATTI (2006); CANARIS (1983).

⁷ ARMBRÜSTER (2006), § 134, Mg. 23.

Frente a la cláusula general del § 138 (1), el 134, en cuanto norma especial que se concreta materialmente mediante cada ley de prohibición, tiene un carácter preferencial. Una mera violación de una norma prohibitiva no basta para la calificación del supuesto bajo el manto de la inmoralidad⁸. Pero cuando la infracción de la ley también alcanza al orden moral entonces debe aplicarse el precepto que se refiere a ella. La doctrina aclara que la realidad de una sanción diferente a la nulidad no deriva únicamente de que ley establezca expresamente otra sanción o, en cualquier otro modo, la validez del negocio prohibido, sino también cuando la falta de nulidad es el remedio que mejor se ajusta al sentido y finalidad de la ley⁹. En muchas ocasiones la inobservancia de la prohibición acarrea tan sólo una “eficacia débil”, como por ejemplo, la constitución de una obligación de indemnizar los daños.

2.2.3. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

a) Función normativa. Concepto de “gute Sitten” y caracteres

La libertad de los contratantes, como ya se ha indicado, no queda limitada exclusivamente mediante la sanción de los contratos ilegales en el precepto acabado de estudiar, sino también mediante la referencia a un orden no positivo, las “buenas costumbres” (*gute Sitten*), de acuerdo con el § 138 BGB que se coloca en la misma sede normativa que aquel. De este modo, el orden moral adquiere tanta importancia para la existencia de la comunidad jurídica que la ley rechaza la validez de los negocios jurídicos que no son tolerados por aquel. En este sentido, puede hablarse de que un objetivo primordial del precepto que sanciona la inmoralidad de los negocios jurídicos es el “eliminador” (*Eliminationszweck*)¹⁰.

La cuestión principal a dilucidar en relación con el § 138 evidentemente es qué se entiende por “gute Sitten”, muy especialmente si tenemos en cuenta que en una sociedad plural como la actual existen casos delicados en los que no hay un consenso generalizado acerca de los valores morales y su jerarquía. Se trata de un concepto jurídico indeterminado necesitado de concretización, a través del cual las normas existentes fuera del derecho y determinables como tales adquieren de hecho un significado jurídico¹¹. De este modo, se produce una recepción jurídica de otros órdenes del deber como la ética o la moral que por lo general caen fuera del derecho. Por lo demás, la doctrina alemana establece una conexión entre las buenas costumbres y el orden público. Este último es un concepto que resulta en Alemania tan difícil de definir como entre nosotros, pero que en definitiva viene a relacionarse con la moral en el sentido de que se trata de los principios de ética jurídica en los que descansan los preceptos legales¹².

⁸ ARMBRÜSTER (2006), § 134, Mg. 4.

⁹ ARMBRÜSTER (2006), § 134, Mg. 1.

¹⁰ Véanse todas ellas en TEUBNER (1971, pp. 65 y ss.); CANARIS (1983); ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 1-3.

¹¹ ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 11.

¹² ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 12, con cita, entre otros, de TEUBNER (1971, pp. 36 y ss.).

La descripción más usual de la jurisprudencia alemana acerca de este concepto viene repitiendo desde hace bastante tiempo una especie de fórmula de estilo: la moral es “la decencia de toda persona que se comporta justa y equitativamente” (“*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*”)¹³. Como quiera que sea, ninguna de las formulaciones conocidas (el “pensamiento justo y equitativo”, la “moral social”, el “orden público” o el “fin de protección” de determinadas instituciones), puede por sí sola acaparar toda la extensión de la aplicación del § 138, por lo que hay que renunciar a una definición unívoca y en su lugar el intérprete debe optar por la descripción de los diferentes “grupos de casos” en los que delimitar la contrariedad a las buenas costumbres.

b) Requisitos del tipo

(a) *El negocio jurídico mismo como objeto del enjuiciamiento.* Con el fin de determinar si un negocio jurídico cae en el ámbito del § 138, de acuerdo con la doctrina dominante, el intérprete no tiene que juzgar el comportamiento de las partes, sino el negocio jurídico que han celebrado. Al centrarse el enjuiciamiento en el propio negocio jurídico puede resultar, por tanto, que éste sea válido a pesar de que el comportamiento de las partes sea objetable. Y viceversa, un negocio jurídico puede ser contrario a la moral, pese a las buenas intenciones de las partes, cuando las consecuencias del mismo resultan insostenibles¹⁴. En consecuencia, es *indiferente el grado de conocimiento sobre la inmoralidad*, puesto que es una cuestión superflua, según la doctrina dominante, que las partes sean conscientes o no de la valoración de su negocio jurídico como contrario a la moral.

(b) *Momento de la valoración de la contrariedad a las buenas costumbres.* Entre la celebración del negocio y su ejecución pueden mutar tanto la valoración moral como las relaciones fácticas, de modo que un negocio que en un inicio era impensable en el momento actual ya no es contrario a la moral o, al contrario, puede suceder que el negocio que antes era posible ahora sea un negocio inmoral. En Alemania tanto la jurisprudencia del Tribunal Federal como la doctrina mayoritaria cifran, en un principio, el enjuiciamiento del negocio jurídico en el momento de su celebración, puesto que ello se corresponde con el principio jurídico de que las relaciones obligatorias deben valorarse en el momento de su nacimiento¹⁵. No obstante, en el caso de la sucesión por causa de muerte la valoración moral se centra en el momento de la apertura de la sucesión y no en la fecha del testamento, con el fin de no perjudicar a los instituidos en caso de una desaparición de la inmoralidad de la disposición testamentaria.

¹³ Con el fin de que la traducción al castellano tenga sentido hemos optado por una traducción libre. Véanse, entre otros, TEUBNER (1971, pp. 18 y ss.); MEDICUS (1997, p. 258), Mg. 682; ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 14.

¹⁴ MEDICUS (1997, p. 259), Mg. 685-686; ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 129-130.

¹⁵ ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 133; en el mismo sentido, MEDICUS (1997, p. 261), Mg. 691.

(c) *Repercusión de los derechos fundamentales*. Un elemento especialmente importante en la labor de concretización de las buenas costumbres está representado por los derechos fundamentales. Ya la antigua jurisprudencia constitucional alemana habló de que el negocio jurídico que lesione un derecho fundamental va contra las buenas costumbres. La doctrina alemana expresa que la eficacia mediata frente a terceros de los derechos fundamentales (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) también juega un papel importante en el marco del § 138 BGB, si bien no puede irse tan lejos como para considerar cualquier colisión entre negocio jurídico y mandato constitucional como una vulneración de las buenas costumbres: debe realizarse un enjuiciamiento conjunto y determinar si el negocio jurídico deriva de una limitación consentida del derecho fundamental o si por el contrario supone una violación del principio constitucional¹⁶.

c) Supuestos

Gracias a una rica jurisprudencia relativa a la apreciación de los contratos inmorales, la doctrina alemana, mediante una valiosa sistematización, ha logrado establecer los “grupos de casos” más destacados sobre los que parar mientes. En todos los comentarios importantes del BGB se recogen estas constelaciones de casos con exhaustividad. Exponemos aquí, sin ánimo de agotar la materia, los más importantes, y remitimos para más detalles a los comentarios al uso.

(a) *Contrariedad a la ética profesional*. El hecho de que en una determinada profesión exista un código ético no determina por sí solo que esta circunstancia sea relevante a efectos de la contrariedad a las buenas costumbres según el § 138, sino que más bien debe tratarse del cumplimiento de deberes públicos o estatales puestos al servicio del bien común y ligados a una ética profesional.

Entre los supuestos más destacados dentro de este grupo sobresalen los pactos sobre el éxito de la labor del abogado (*Erfolgshonorar*). La antigua jurisprudencia alemana, a semejanza de otros países de la Europa continental, consideraba el *pactum de litis quota* como contrario al principio ético del § 138 (RGZ 115, 141, 142; más recientemente, entre otras, BGHZ 133, 90, 93 y s., en NJW 1996, 2499, 2500). La razón de esta proscripción se halla en la creencia de que este tipo de pactos pone en peligro la independencia del abogado y su función como servidor de la justicia. En la actualidad estos acuerdos se encuentran desde el 8 de septiembre de 1994 regulados como nulos en relación con el § 134 (“contratos ilegales”) en el Reglamento de la Abogacía (§ 49 b [2] BRAO)¹⁷.

(b) *Desconsideración de los principios de la moral sexual y del orden familiar*. En este punto, como en otros países, la jurisprudencia alemana es bastante rica. En este grupo, entre otros casos, se cuentan los siguientes:

- *Negocios jurídicos sobre el tráfico sexual*. Los negocios jurídicos relativos al tráfico sexual son contrarios a las buenas costumbres por cuanto, evidentemente, en sí mismos, constituyen una

¹⁶ ARMBRÜSTER (2006), lug. últ. cit.; MEDICUS (1997, p. 261), Mg. 694.

¹⁷ ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 49; HERFERMEHL (1999b), § 138, Mg. 234.

lesión de la libertad sexual, sin perjuicio de los delitos que en torno a dicho tráfico puedan cometerse.

En este sentido el contrato celebrado con una prostituta es contrario a la moral pues la acción de cumplimiento es imposible, mientras que la transmisión pecuniaria es válida en sí misma en cuanto negocio de disposición neutral (BGHZ 67, 119, 122 y ss., en NJW 1976, 1883; BGH NJW 1984, 797; OLG Düsseldorf NJW 1970, 1852).

- *Negocios jurídicos contra el ordenamiento de la familia.* Los ejemplos de contratos inmorales por atentar contra las convicciones ético-jurídicas de la familia abarcan todos los campos del derecho de familia, desde el derecho matrimonial al derecho de la filiación.

Por ejemplo, como ocurre en otros ordenamientos, en el derecho alemán el “contrato de madre de alquiler” (*Leihmutter-Vertrag*) es contrario a las buenas costumbres, puesto que se establece una comercialización de la reproducción humana que atenta tanto a la dignidad de la “madre de alquiler” como a la del hijo resultante de este procedimiento (OLG-Hamm NJW 1986, 781; LG-Freiburg NJW 1987, 1486).

(c) *Limitaciones ilícitas de la libertad.* La limitación de la propia determinación puede acordarse contractualmente, pero a veces llega tan lejos que entonces debe aplicarse la regla de la contrariedad a la moral. En la jurisprudencia alemana hay una gran cantidad de casos que han sido estudiados bajo esta materia. Los elementos determinantes de la contrariedad a las buenas costumbres como consecuencia de la limitación de la libertad normalmente suelen conectarse con otros criterios como la “perturbación del equilibrio” (*Äquivalenzstörung*), el “abuso de un poder desmesurado” (*Ausnutzung der Übermacht*) y el “daño de un tercero” (*Schädigung Dritter*)¹⁸.

El ejemplo más interesante de esta última idea lo encontramos en los casos de las fianzas y asunciones de deudas prestadas por personas cercanas al deudor principal (*Bürgschaften und Schulbeitritte nahestehender Personen*). Desde 1987 la jurisprudencia alemana viene considerando que estos negocios pueden resultar contrarios a las buenas costumbres [MAYER-MALY/ARMBRÜSTER (4. Aufl. 2001), 138, Rdn. 92]. La inmoralidad no proviene de la naturaleza del propio negocio, sino de la relación de dependencia o de una patente falta de patrimonio del garante.

(d) *Usura (Wucher).* La usura encuentra su formulación positiva en el segundo párrafo del § 138 BGB. Se trata de un supuesto especial de negocio contra las buenas costumbres¹⁹. Si en el caso concreto existe usura no es necesario entonces probar que el negocio jurídico va contra las buenas costumbres según el párrafo primero del § 138. El negocio usuario existe cuando en el caso que se está enjuiciando concurren todos los requisitos propios del supuesto de hecho del segundo párrafo del mencionado precepto. Si no concurren estos requisitos, sin embargo, todavía es posible que el negocio pueda ser reconducido al primer párrafo, siempre y cuando pueda probarse la contrariedad a las buenas costumbres.

¹⁸ ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 72.

¹⁹ Se trata de una apreciación generalizada entre los comentaristas. Por todos, ARMBRÜSTER (2006), § 138, Mg. 140; HERFERMEHL (1999b), § 138, Mg. 73.

2.2.4. Efectos

En este punto, para la apreciación de los efectos jurídicos de la contravención, en primer lugar, hemos de diferenciar entre negocios jurídicos ilegales (§ 134) y negocios jurídicos inmorales (§ 138). En segundo lugar, haremos mención a la “restitución de las prestaciones” como efecto común y que en el derecho alemán tiene su encuadramiento legal en el denominado “derecho del enriquecimiento injustificado” (*ungerechtfertigtes Bereicherungsrecht*), así como a la posibilidad de conceder la indemnización de daños.

(i) *Nulidad de los negocios ilegales.* La consecuencia general que se establece en el § 134 para el caso de contravención es la nulidad (*Nichtigkeit*). Pero esta consecuencia se aplica sólo en caso de que no se derive otra cosa de la norma infringida. Por ello, es especialmente importante la interpretación de la norma prohibitiva de acuerdo con su sentido y finalidad. Sobre la base de la función de la norma de prohibición su contravención puede dar lugar a una nulidad total (*totale Nichtigkeit*) o una nulidad parcial (*teilweise Nichtigkeit*) del negocio jurídico, o bien a una modificación de sus consecuencias jurídicas en caso de que conduzca a una ejecución total o parcial del mismo²⁰. A la cuestión de la determinación de la nulidad total o de la parcial está destinado el § 139 BGB, el cual establece que en caso de duda el juez decretará la nulidad total.

(ii) *Nulidad de los negocios inmorales.* A diferencia de la reacción del ordenamiento frente a los negocios ilegales, los cuales pueden alcanzar el grado de eficacia previsto legalmente o que resulte del sentido y finalidad de norma de prohibición, en el caso de los negocios inmorales la consecuencia prevista por el § 138 BGB es siempre la nulidad. Esta consecuencia vale tanto para el supuesto general de inmoralidad (párrafo primero) como para el supuesto especial de los negocios usurarios (párrafo segundo). En principio, sólo es nula la parte inmoral del negocio jurídico siempre que sea posible aislarla, pero en caso de duda debe decretarse la nulidad de todo el negocio jurídico según ordena el § 139. Considerado un negocio jurídico de modo unitario, si resulta la inmoralidad de la totalidad de su carácter, la nulidad será total. En el caso de los negocios usurarios, la nulidad del negocio por su calificación como usurario de acuerdo con el § 138 (2) conlleva la nulidad de la prestación de la víctima de la usura, pero la prestación a realizar o realizada por el usurero es válida (nulidad parcial), como por ejemplo, en el caso del mutuo, se mantiene la validez de la cantidad prestada.

(iii) *Efectos comunes. Restitución de las prestaciones. Indemnización.* Para la apreciación de la disciplina de las prestaciones deben contemplarse dos normas diferentes e independientes colocadas en el mismo precepto. Por un lado, el § 817 (1) que regula un supuesto independiente de la *condictio indebitii*, de acuerdo con el cual el *accipiens* de una prestación realizada mediante la contravención de la norma prohibitiva o de las buenas costumbres está obligado a la restitución. Por otro lado, el segundo párrafo establece una exclusión de la *condictio* que en el pasado fue considerada como una sanción por la conducta reprobable, pero que hoy en día se aprecia como

²⁰ HERFERMEHL (1999a), § 134, Mg. 29.

un aspecto de la negación de la protección jurídica del derecho (*nemo auditur suam turpitudinem allegans*): quien se comporta de manera ilícita colocándose fuera del ordenamiento jurídico no puede recibir la protección del derecho ni tampoco pretender la restitución de la prestación que ha realizado²¹. No se trata de otra regla que de la aplicación del aforismo latino *in pari turpitudine melior est causa possidentis*. Para que tenga lugar la aplicación de esta norma se exige un requisito subjetivo, que el sujeto que realiza la prestación conozca la ilegalidad o inmoralidad del acto o actué con negligencia. Con la comisión del contrato contrario a la ley o a las buenas costumbres puede acontecer al mismo tiempo la lesión de los deberes precontractuales. En este caso el inductor del negocio ilegal o inmoral podrá ser demandado por los esfuerzos aplicados por la otra parte para la celebración del negocio y los daños causados (*Aufwand- und Schadenersatz*)²².

2.3. El artículo 3:40 NBW. Efectos

(i) *Regulación*. En el nuevo Código Civil holandés (NBW) el tratamiento de los contratos contrarios a las leyes y a las buenas costumbres se ha incluido en los tres apartados de un mismo precepto, el art. 3:40. Interesa, sobre todo, estudiar cómo ha venido a recogerse el tema en uno de los códigos europeos recientes de mayor importancia. La regulación holandesa de los contratos ilegales e inmorales aparentemente muestra una formulación similar a la del BGB, pero, observada con detenimiento, materialmente alcanza una dimensión diferente. Además, el tratamiento jurídico de la restitución, como veremos, es genuinamente peculiar.

El art. 3:40 establece en su primer párrafo que el acto jurídico que por su contenido o necesaria implicación sea contrario a las buenas costumbres o a la moral es nulo. En este sentido la regulación es muy similar a la del Código Civil alemán y otras codificaciones europeas, si bien añade la confrontación con el orden público, lo que le da una peculiar impronta. El concepto de orden público es en el derecho holandés tan vago y difícil de aprehender como en el resto de ordenamientos²³, pero se ha incluido en él probablemente influido por el art. 1131 del Código Civil francés²⁴. En cuanto al momento de la valoración de la moralidad del acto, el derecho holandés es más estricto que el alemán: sólo se tiene en cuenta el momento de la celebración del contrato, siendo totalmente irrelevante cualquier cambio moral posterior. En los párrafos segundo y tercero del art. 3:40 NBW se recoge la disciplina de los contratos ilegales de un modo idéntico a otros ordenamientos. Los contratos contrarios a la ley imperativa son nulos salvo que una necesaria implicación de la misma no establezca un efecto diferente.

²¹ LIEB (2004), § 817, Mg. 9.

²² MAYER-MALY y ARMBRÜSTER (2001), § 138, Mg. 166.

²³ HARTKAMP y TILLEMA (1995, p. 84), al hablar de esta vaguedad, destacan que la mayoría de los contratos que resultan contrarios al orden público son también contrarios a la moral.

²⁴ Recuérdese que el antiguo Código holandés era prácticamente una traducción del *Code Napoléon*. Véanse, CHORUS *et al.* (4th. revised ed. 2006); BUSCH *et al.* (2002); HIJMA (2000), <http://civil.udg.edu/Tossa/2000/Textos/p/2/HIJMA.htm>.

(ii) *Restitución*. A diferencia de otros ordenamientos europeos en los que en mayor o menor medida se recogen las reglas *nemo auditur suam turpitudinem allegans* o *in pari delicto potior est conditio defendentis* —una aplicación clara la hemos visto en el § 817 (2) BGB— con el fin de excluir la repetición de quien a sabiendas se comporta inmoralmente, en el derecho holandés la previsión legal acerca de la restitución es bien diferente, pues consiente con carácter general que el demandante pueda reclamar la repetición de las prestaciones realizadas en base a un contrato nulo aunque la nulidad provenga de la violación de la ley o de las buenas costumbres (art. 6:211 NBW). Excepcionalmente, el juez podrá rechazar la demanda de repetición si estima necesaria la decisión de acuerdo con la buena fe y la equidad²⁵. De este modo, el derecho holandés tiene como punto de partida la *restitutio in integrum* que mantiene tradicionalmente como regla general. Esta regla proviene de la antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad*) sobre el Código Civil anterior²⁶. El derecho holandés limita la defensa frente a la ilegalidad o la inmoralidad a los casos en los que la prestación no puede ser restituida, pero deja la decisión sobre si la prestación no debería evaluarse en dinero a los tribunales, y somete la restitución de cualquier prestación pecuniaria en las transacciones ejecutadas recíprocamente a la razón y la equidad (*redelijheid en billijheid*)²⁷. La *Hoge Raad* sostiene que las acciones de enriquecimiento injusto están sometidas con carácter general al mandato de la buena fe (HR 28 de junio de 1991, NJ 1992, No. 787, negocio ilegal de trabajo temporal), pero las aplicaciones de la regla *nemo auditur* son escasas, lo que supone que juegue un papel mínimo en la historia del derecho holandés²⁸.

2.4. Los contratos ilegales en el Common Law

2.4.1. Introducción

El concepto de *illegality* en el *common law* ha sido calificado como una cuestión de una “complejidad considerable”²⁹ porque, *inter alia*, no existe en el derecho inglés una norma o fórmula general oficial que establezca qué debe entenderse por contrato ilegal.

El *consultation paper* sobre “Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trust”³⁰, redactado en 1999 por la “Law Commission” inglesa sugería la siguiente definición: “[a]ny 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”.

²⁵ Véanse DANNEMANN (2000, p. 7), LANDO (2003, p. 224)(notes); KÖTZ y PATTI (2006, p. 290, nt 57).

²⁶ Véase acerca de la regla *nemo auditur*, FEENSTRA (1987, pp. 31-36).

²⁷ SCHRAGE (1994, p. 214)

²⁸ JONKERS (2008, pp. 1-2).

²⁹ FURMSTON (1996, p. 267); *ad rem*, VON MEHREN (1982, p. 30, nt. 148).

³⁰ Consultation Paper No. 154, www.lawcommission.gsi.gov.uk.

En cualquier caso, la ilicitud contractual, obviamente, no se hace depender de la causa (ni de su mal llamado equivalente, la *consideration*), ni se recurre en el *common law* a una cláusula general como en el derecho alemán. Para poder entender qué son los *illegal and immoral contracts* en el *common law* es necesario acudir al repertorio de sentencias que a lo largo de los siglos han abordado supuestos concretos de contratos calificados como ilícitos, dando lugar a una serie de precedentes judiciales vinculantes en torno a los cuales se construye la doctrina científica de la *illegality*³¹. En el derecho inglés suele distinguirse entre aquellos contratos que son contrarios a las leyes y normas imperativas ("*statutory illegality*") y aquéllos que son contrarios al interés público que emana de los principios generales del *common law*, categoría que comprendería los supuestos de violación del orden público o de las buenas costumbres ("*Illegality on grounds of public policy*")³².

2.4.2. Contracts contrary to law

En el derecho inglés se consideran usualmente *contracts contrary to law* los siguientes tipos de acuerdos contractuales:

- (i) Los contratos expresamente prohibidos por la ley imperativa (*contract forbidden by law*), cuya mera formación *per se* constituye *criminal offence* (*contrats amounting to a legal wrong*).
- (ii) Los contratos cuya finalidad es la de cometer un delito o un acto ilícito (*contrats to commit a crime or a civil wrong*).
- (iii) Los contratos cuya ejecución o forma de cumplimiento implique para una o ambas partes contratantes la vulneración de una ley (*unlawful method of performance*).
- (iv) Los contratos que se llevan a cabo para indemnizar frente a las responsabilidad penal o civil derivada de la comisión de actos ilícitos que implican culpabilidad o intencionalidad, o la promesa de pagar una cantidad a una persona en el supuesto de que cometa un acto ilícito.

Por ejemplo, es ilegal un contrato para amañar o especular en el mercado (*rig the market*) ofreciendo un precio inflado por las acciones de una determinada sociedad (*criminal conspiracy*), o los contratos de juego y apuesta (*Gaming and Wagering Contrats*) que vulneren la *Gaming Act* de 1968. Es ilegal el contrato llevado a cabo para engañar al fisco sobre el importe de la renta [*Corby v. Morrison* (1980) *I.R.L.R.* 218. *Tinsley v. Milligan* (1994) 1 *A.C.* 340], o el contrato realizado para defraudar a los accionistas de una sociedad privándoles de una parte de la utilidad de sus acciones (*contrats to commit a crime or a civil wrong*) [*Begbie v. Phosphate Sewege Co.* (1875), *L.R.* 10 *Q.B.* 491.]. Los contratos de compraventa internacional o de construcción sujetos a licencia u autorización administrativa que sean realizados sin la misma son ilegales por su *unlawful method of performance* [*Michael Richards Properties Ltd. V. St. Saviour's Parish* (1975) 3 *All E.R.* 416. *J. Dennis & Co. Ltd. V. Munn* (1949) 2 *K.B.* 327]. Finalmente, en el caso *Beresford v. Royal Exchange Assurance* se consideró que los sucesores de una persona insolvente que se había suicidado no podían exigir el cobro de la cantidad prevista en la póliza del seguro de vida que

³¹ Véase en nuestra doctrina, VÁZQUEZ DE CASTRO (2002, pp. 115-162).

³² Así, BIRKS (2008, p. 81) distingue entre "contracts contrary to Law" y "contracts contrary to Public Policy". Se refiere en general a los "immoral or illegal agreements", VON MEHREN (1982, p. 29)

había suscrito en tanto que permitir a una persona, o a sus herederos, que se beneficien de un acto ilícito propio es contrario a la *public policy* (*promises to pay Money on the commission of an unlawful act*).

2.4.3. Contracts contrary to public policy

Los contratos contrarios a la *public policy* son definidos como aquellos cuya “[t]endency its to bring about a state of affaire of which the law disapproves on grounds of public policy”. La jurisprudencia ha ido generando a lo largo del tiempo una tipología extremadamente rica de supuestos en los que un contrato puede ser contrario a la *public policy*. Generalmente, la doctrina jurídica inglesa expone los supuestos de esta ilicitud siguiendo la siguiente sistemática:

(i) *Contratos cuyo objeto es promover la inmoralidad sexual (contracts promoting sexual immorality)*. Se trata de contratos típicamente inmorales en relación con los cuales, de acuerdo con el criterio de un “hombre razonable” (*reasonable man*), resultaría escandaloso que los tribunales los consideraran como eficaces. Así, se ha calificado de inmoral el contrato de arrendamiento de un apartamento destinado a la prostitución³³ o la promesa de pagar una cantidad de dinero a una mujer a cambio de convertirse en su amante (*meretricious purposes*)³⁴.

(ii) *Contratos que afectan a la libertad matrimonial o que pretenden debilitar el vínculo matrimonial (contracts affecting the freedom and security of marriage)*. El derecho inglés ha considerado al matrimonio como uno de los pilares de su sociedad, de ahí que los *contracts affecting the freedom or security of marriage* se consideren ineficaces: por ejemplo, es ilícito el contrato por el que alguien se obliga frente a un tercero a no contraer matrimonio con una determinada persona³⁵.

(iii) *Contratos que afectan al ejercicio de la patria potestad (contracts affecting parental responsibility)*. Con la finalidad de proteger a los menores de edad sometidos a patria potestad se considera que el régimen de responsabilidad parental (*Children Act 1989*) no puede ser alterado bajo ningún concepto. Por ejemplo, es ilegal el contrato mediante el cual los padres pretenden transmitir sus derechos y deberes respecto a sus hijos a terceros, en cuanto que tales pactos resultan “*repugnant entirely to his parental duty*”³⁶.

(iv) *Contratos que excluyen la jurisdicción de los tribunales (contracts excluding jurisdiction of the courts)*. Bajo el *common law* no son válidos en un principio los contratos que excluyen la jurisdicción de los tribunales en tanto que su cumplimiento podría permitir a las partes evadir la aplicación de las reglas imperativas³⁷, así como los acuerdos de arbitraje que priven a las partes

³³ *Girardi v. Richardson* (1793), 1 Esp. 13.

³⁴ *Walker v. Perkins*. (1764), 1 W. Bl. 517. *Benyon v. Nettlefold* (1850) 3 Mac. & G. 94.

³⁵ *Lowe v. Peers* (1768) 4 Vurr. 2225.

³⁶ *Humphreys v. Polak* (1901), 2 K.B. 385. *Vansittart v. Vansittart* (1858), D.& J. 249, 259.

³⁷ *Anctil v Manufacturers' Life Insurance Co* (1899), AC 604.

de su derecho a recurrir ante los tribunales o que excluyan la posibilidad de que éstos controlen la legalidad del laudo arbitral.

(v) *Contratos dirigidos a alterar el curso normal de la justicia (contracts perverting the course of justice)*. Se consideran ilegales los contratos cuya mera conclusión constituye por sí misma “*a conspiracy to pervert the course of justice*”. Por ejemplo, no es válido el contrato por el cual alguien se obliga a falsificar una prueba judicial³⁸, aquél mediante el que una parte se obliga a cambio de un precio a no denunciar al autor de un delito³⁹ o los acuerdos conyugales destinados a predisponer pruebas útiles para obtener el divorcio⁴⁰.

(vi) *Contratos cuya ejecución lesiona los intereses del Estado (contracts affecting the State in its relations with other States)*. Los contratos concluidos con un Estado amigo, siempre y cuando puedan alterar las relaciones internacionales con el Reino Unido, son ilegales. Así, es ilícito el contrato de compra de armas realizado en el Reino Unido destinadas a ayudar a un movimiento de rebelión en un Estado regido por un gobierno amigo⁴¹.

(vii) *Contratos que promueven la corrupción en la vida pública (contracts promoting corruption in public life)*. Se trata de aquellos contratos que propagan la corrupción en la *res pública*, como los contratos mediante los que se compromete el voto parlamentario a cambio de una cantidad de dinero⁴², los de adquisición de un título honorífico o concesión de obras públicas⁴³, de venta de oficinas públicas, e incluso, en determinados casos, los contratos que implican *lobbying* para acceder a contratos gubernamentales⁴⁴.

(viii) *Contratos que vulneran la libre competencia (contracts in restraint of trade)*. Finalmente, son ilegales aquellos acuerdos contractuales que pretenden limitar la actividad comercial y el ejercicio libre de los negocios y profesiones, ya que, además de causar un daño evidente a la parte perjudicada por la práctica ilícita, atentan contra el orden público económico.

Pueden destacarse, a título meramente ejemplificativo, los siguientes casos:

- Acuerdos o pactos colusorios entre suministradores de bienes o servicios para limitar la competencia entre ellos (*restrictive trading agreements*) [*McEllistrims Case* (1919) AC 548].

- Acuerdos de exclusiva que impiden comprar o vender excepto a una determinada persona (*exclusive dealing*) [*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage (Stoutport) Ltd.* (1968), A.C. 269 at 394, 307, 336; *Donnell v. Bennett* (1883) Ch. D. 835. *United Shoe Machinery Co. of Canada v. Brunet* (1909) A.C. 33].

³⁸ *R. v. Andrews* (1973), Q.B. 422.

³⁹ *Keir v. Leemann* (1846), 9 (Q.B.) 371.

⁴⁰ *Emanuel v. Emanuel* (1946) P. 115.

⁴¹ *De Wutz v. Hendricks* (1824) 2 Bing. 314.

⁴² *Amalgamated Society of Railway Servants v. Osborne* (1910) A.C. 87.

⁴³ *Parkinson v. Colleague of Ambulance* (1925) 2 K.B. 1.

⁴⁴ *Lemenda Trading Co. Ltd. v. African Middle East Petroleum Co. Ltd.* (1988), Q.B. 448.

- Restricciones en el uso del suelo relativas a la posibilidad de edificar o transmitir (*restriction on land use*) [*Texaco Ltd. v. Mullberry Filling Station Ltd.* (1972) 1 W.L.R., 814; *Foley v. Classique Coaches* (1934) 2 K.B. 1].
- Contratos entre el vendedor de un negocio y el comprador o entre empresarios y trabajadores que restringen la libertad personal para poder llevar a cabo una actividad concurrente durante un determinado período de tiempo y en ciertas condiciones (*sale of business and employment*) [*Bull v. Pitney-Bowes* (1967) 1 W.L.R. 273; *Mason v. Provident Clothing and Supply Co. Ltd.*, (1913) A.C. 724].

2.4.4. Efectos de la ilegalidad contractual

(i) *Unenforceability*. La cuestión de los efectos de la ilegalidad o inmoralidad contractual dista mucho de ser nítida en el derecho inglés. Algunas sentencias afirman que el contrato es “*unenforceable*”, es decir, que no puede ejecutarse ni exigirse su cumplimiento ante los tribunales, mientras que otras sostienen que el contrato es “*void*”, “*void ab initio*” o “*enterly void*”⁴⁵. Puede decirse que en la actualidad la mayoría entiende que la ilegalidad hace a los acuerdos “*unenforceable*”, es decir, inexigibles⁴⁶, pero esto no excluye que la confusión con la figura de la “*voidness*” siga siendo todavía una fuente de dificultad en los tribunales.

En cualquier caso, la jurisprudencia inglesa, a efectos de reconocer la posible ejecución de este tipo de contratos, distingue entre la posición que ocupa la parte inocente y la de parte culpable de la ilegalidad. Con relación a la parte culpable, se considera, con carácter general, que no puede exigir el cumplimiento del contrato. No obstante, la regla ha sido objeto de considerables críticas, y por ello su rigor se ha visto atenuado en virtud de ciertas matizaciones introducidas por la jurisprudencia: se excluye la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato, pero no la de demandar por los daños padecidos cuando la conducta de la otra parte constituya no ya un mero incumplimiento del contrato ilegal, sino un “*independent tort*”; se considera que un contratante no es culpable por el mero hecho de que el método o la forma de cumplir el contrato sea ilegal.

Por otro lado, la jurisprudencia no es uniforme en cuanto a los efectos del contrato ilegal respecto a la parte inocente, ya que en unos casos considera que las prestaciones previstas pueden ejecutarse [*Bloxsome v. Willians* (1824) 3 B & C 232.] y en otros no [*Re Mahmoud and Ispahani* (1921) 2 KB 716]. La doctrina que ha intentado sistematizar criterios de distinción entre una y otra solución destaca que la demanda de cumplimiento del contrato instada por la parte inocente suele estimarse en los siguientes supuestos⁴⁷: cuando el contrato no sea *ex facie* ilegal; cuando la finalidad de la norma infringida no sea la de invalidar el contrato, sino sancionar al incumplidor [*Archbolds (Freightage) Ltd. V. Spanglett Ltd*]; cuando se trate de leyes establecidas para defender a una determinada clase de personas, ya que en tal caso la protección no se consigue rechazando el remedio instado por un miembro de dicha clase.

⁴⁵ *Archbolds (Freightage) Ltd. V. Spanglett Ltd.* (1961) Q.B. 374, 388. *Haseldine v. Hosken* (1933) 1 K.B. 822, 836.

⁴⁶ Para una comparación de la *unenforceability* con la categoría de la anulabilidad, VATTIER FUENZALIDA (2003, p. 554).

⁴⁷ BIRKS (2000, p. 92); TREITEL (1999, p. 448).

(ii) *Severance*. La nulidad parcial de los contratos (*severance*) también se reconoce en el derecho inglés, si bien se exige que concurran una serie de requisitos (*test of severability*), a saber: a) la promesa ilegal no debe ser tan importante como para contaminar la totalidad del contrato⁴⁸; b) debe ser posible separar la parte ilegal mediante una simple eliminación de palabras, esto es, sin necesidad de redactar nuevamente el contrato con la finalidad de convertirlo en legal (*blue pencil test*)⁴⁹; y c) la división o separación no debe modificar la naturaleza del contrato⁵⁰.

Así, en el caso *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.* [(1913) AC 724] la Cámara de Lores se negó a sustituir del contrato las palabras “*within 25 miles of London*” por las palabras “*in Islington*”, ya que de proceder de ese modo estaría redactando nuevamente el contrato. Por otro lado, en los supuestos de contratos ilegales por *restraint of trade* suele ser habitual que la nulidad no afecte a todo el contrato, sino exclusivamente a la cláusula que genera la restricción ilegal (*the stipulation in restraint of trade*). Tan sólo podrá ser considerado *void* o *wholly unenforceable* cuando el objetivo único o principal del contrato sea el de restringir la libre competencia.

(iii) *Restitution*. (a) *Non-recovery rule*. En el derecho inglés la norma que ha regido tradicionalmente la cuestión de la restitución ha sido la “*non-recovery rule*”, basada en el apotegma *in pari delicto potior est conditio defendentis*. Por lo tanto, la regla general es que el dinero que ha sido pagado o la propiedad que ha sido entregada a través de un contrato ilegal no puede recuperarse⁵¹. La explicación tradicional que justifica la “*general rule of non-recovery*” se basa en que, por un lado, debe impedirse que un contrato ilegal pueda llegar a tener eficacia y, por otro lado, en que los tribunales no pueden proporcionar auxilio legal a quien voluntariamente ha concluido un acuerdo contractual que vulnera la ley o la *public policy*. Además, se entendía que la regla, al dejar a una parte a merced de la otra, tendría un efecto disuasorio en la realización de los contratos ilegales.

(b) *Excepciones*. No obstante, esta regla, que ha sido muy criticada por la doctrina jurídica⁵², conoce un conjunto de excepciones bastante significativas.

- *Class-protection statutes*. Cuando un contrato es ilegal porque así lo establece una ley creada para proteger a determinadas clases de personas, cualquier miembro de dicha clase podrá ejercer la acción restitutoria respecto al precio o la propiedad transmitida siempre y cuando se base en un pacto que vulnere lo establecido en dicho *statute*.

- *Oppression*. Bajo esta genérica excepción se incluyen aquellos supuestos en los que el demandante de la restitución demuestra suficientemente que, de alguna forma, fue forzado a realizar el contrato por la otra parte [*Atkinson v. Denby* (1862) 7 H & N. 934] o por otras circunstancias extrañas concurrentes (*Kiriri Cotton Ltd. V. Dewani*).

⁴⁸ *Bennett v. Bennett* (1952) 1 KB 249, 252.

⁴⁹ Se denomina así porque el tribunal debería poder eliminar las palabras que provocan la nulidad de la promesa “*by running a blue pencil through the offending words*”, *Kall Kwick Printing (U.K.) Ltd. v. Rush* (1966) F.S.R. 114.

⁵⁰ *Goldson v. Goldman* (1915) 1 Ch. 292.

⁵¹ *Scout v. Brown* (1892) 2 QB 724.

⁵² BIRKS (2000, p. 94); TREITEL (1999, pp. 452-455); ENONCHONG (1995, p. 207).

- *Misrepresentation*. Si un contratante concluye un contrato ilegal tras haber sido inducido conscientemente a equívoco por la otra parte (*fraudulent misrepresentation*) respecto al carácter legal del convenio (*false statement*), podrá recuperar la prestación realizada [*Liverpool Victoria Legal Friendly Soc.*, (1916) 2 K.B. 482].
- *Mistake*. El error en el que ha incurrido una parte respecto a la legalidad del contrato puede ser causa suficiente para instar la restitución de la prestación realizada [*Oom v. Bruce*, (1810) 12 East 225] o incluso, en ciertos casos, le permitirá al *errans* exigir el cumplimiento del propio contrato.
- *Repudiation of illegal purpose*. Esta excepción permite que una persona reclame la restitución del dinero pagado o la propiedad transferida bajo un contrato ilegal siempre y cuando repudie o rechace “a tiempo” el propósito ilegal del mismo. La jurisprudencia exige la concurrencia de dos requisitos para estimar procedente la excepción: que exista un rechazo voluntario (*voluntary repudiation*) y que se produzca a tiempo (“*before it is too late*”) [*Harry Parker Ltd. v. Mason* (1940) 2 K.B. 590 – 608].

(c) *No reliance on illegal transaction*. Finalmente, la conocida como “*Bowmaker rule*” permite la restitución siempre y cuando el demandante, aun *in pari delicto*, pueda establecer o defender su derecho o título sin necesidad de invocar o recurrir al contrato o a su ilegalidad.

El litigio versaba sobre ciertos contratos de alquiler con opción de compra que fueron declarados ilegales por contravenir la normativa sobre precios y licencias en tiempos de guerra. Los arrendatarios no satisficieron los pagos en los plazos pactados y, además, vendieron algunos bienes y se quedaron con el resto, por lo que fueron demandados por los arrendadores, siendo su demanda estimada en tanto que su acción se basaba en su título como propietarios de los bienes y en el hecho de que los demandados incumplieron con su obligación de pago, no en la ilegalidad del contrato [*Bowmakers Ltd. v. Barnett Instruments Ltd.*, (1944), 2 All E.R. 579.]

La consagración de la regla llegó con el caso *Tinsley v. Milligan*, en el que se aplicó a un supuesto de *equitable title*.

Tinsley y *Milligan* eran dos amantes que adquirieron una casa. Aunque ambos pagaron el precio y tenían la intención de poseerla conjuntamente como *lodging house*, se puso a nombre de *Tinsley*, con la finalidad de que éste pudiera realizar ciertas reclamaciones falsas a la Seguridad Social. *Milligan* demandó a *Tinsley* alegando que éste detentaba la propiedad en *trust* para ambos y en igualdad de participaciones, planteándose en tal momento la cuestión de si resultaba aplicable la *non-recovery rule* en virtud de la ilegalidad del contrato celebrado. La mayoría de los magistrados de la *House of Lords* entendieron que la demanda podía prosperar puesto que la actora no tenía que apoyarse en la ilegalidad contractual para defender su acción, sino en el hecho de ser la titular dominical al haber contribuido con una aportación económica al *trust* constituido sobre la vivienda [(1994), 1 AC. 340].

(d) *Pervivencia de la regla tradicional y de la nueva*. Finalmente, debe tenerse en cuenta que en la actualidad tanto la “*non-recovery rule*” como la “*Bowmaker rule*” se aplican indistintamente dependiendo de la justicia del caso concreto. El desarrollo de la nueva regla no ha sustituido a la antigua⁵³

⁵³ ENONCHONG (1995, p. 206). Véase una solución diferente, aunque se sigue partiendo de la regla general de la irrepetibilidad de lo entregado, en la propuesta de Código Civil inglés de MCGREGOR (1997), arts. 511 y ss.

3. Los contratos ilegales en el Código Civil español

3.1. La causa ilícita: contratos contrarios a las leyes imperativas y contra bonos mores (art. 1275 CC)

3.1.1. Causa ilícita: los motivos jurídicamente relevantes

El ordenamiento jurídico español acoge el sistema causalista diseñado en el *Code civil* y, en consecuencia, vincula la ilegalidad contractual a la ilicitud causal. El esquema técnico es aparentemente muy sencillo. El artículo 1261 CC establece que la causa es uno de los elementos esenciales del contrato. Todos los contratos, por lo tanto, deben tener una causa (requisito de la existencia) que, además, sea verdadera y lícita. Un contrato con causa ilícita, en el sentido de opuesto a las leyes o a la moral, estará afectado por una nulidad radical y, por lo tanto, no producirá efecto alguno (art. 1275 CC). El Código civil español no define qué se entiende por causa de los contratos. Aunque el artículo 1274 CC parece hacerlo, este precepto se refiere más bien a la causa de la obligación (“causa general” según algunos) de cada uno de los tres tipos contractuales que contempla (contratos onerosos, gratuitos y remuneratorios). Esta ausencia de una pauta legal ha dado lugar a una conocidísima disputa doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la causa⁵⁴.

En nuestra opinión, carece de relevancia práctica la determinación apriorística del concepto o la naturaleza de la causa. Lo importante es interrogarnos sobre la función que asume la causa en el ordenamiento jurídico español, lo que no es otra cosa que preguntarnos sobre la finalidad cierta y empírica que está cumpliendo en la actualidad. MORALES MORENO contesta sagazmente a esta pregunta afirmando que la causa es un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad para apreciar en qué casos los vínculos jurídicos merecen la protección del derecho⁵⁵. En otras palabras, la causa actúa como un elemento que permite fiscalizar los pactos de los contratantes, evitando que puedan llegar a tener eficacia aquellos que el ordenamiento jurídico no considera dignos de tutela.

Es en este sentido donde la causa asume una importancia destacada en el control de los fines reales perseguidos por las partes en cuanto motivos incorporados a la misma. Efectivamente, la causa se vincula a la idea de “causa concreta” del contrato⁵⁶, esto es, a los propósitos o motivos que han dado lugar a su celebración: si los fines o motivos que los contratantes conscientemente incorporan a la causa son ilícitos entonces el contrato será nulo por ilicitud causal⁵⁷. Los motivos no incorporados a la causa no pasan de ser simples móviles internos que permanecen en el

⁵⁴ Como es sabido, se distinguen tres tesis distintas: objetivista, subjetivista y sincrética. Véase, DÍEZ-PICAZO (1996, pp. 228-230).

⁵⁵ MORALES MORENO (1994, pp. 958 y ss.)

⁵⁶ DE CASTRO (1991, p. 189).

⁵⁷ TORRALBA SORIANO (1966, p. 661 y ss.); RAMS ALBESA (2000, p. 453)

ámbito puramente privado. Para que se incorporen o integren en la causa hace falta que sean comunes, en el sentido de que sean al menos conocidos –no necesariamente compartidos– por ambos contratantes. En definitiva, los motivos o móviles tan sólo pueden gozar de relevancia jurídica cuando inciden realmente en la celebración del contrato, siendo su origen o razón, y cuando son comunes, conocidos, a ambas partes⁵⁸.

Este planteamiento general de la causa como herramienta de control de los motivos incorporados coincide básicamente con la posición dogmática que asume el Tribunal Supremo cuando recurre a la causa ilícita para decretar la nulidad de un contrato⁵⁹. Esta línea jurisprudencial comenzó a gestarse con la STS de 2 de abril de 1941, seguida por otras muchas otras (12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950, 29 abril 1951, 17 marzo 1956, 23 noviembre 1961, 23 diciembre 1966, 8 julio 1977, 30 diciembre 1985...). En este sentido, podemos destacar, dentro de este extenso conjunto de resoluciones judiciales de la Sala Primera, la Sentencia de 13 de marzo de 1997, la cual señala que “[la] ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (SS. 8 febrero 1963, 2 octubre 1972, 22 noviembre 1979, 14 marzo y 11 diciembre 1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (SS. 22 diciembre 1981 y 29 julio 1993)”.

En definitiva, la causa aparece como el instrumento técnico que se emplea para detectar los contratos que persiguen fines ilícitos y que, como tales, no pueden ser amparados por el ordenamiento jurídico dentro de la genérica libertad de contratación y autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). En cualquier caso, debe recordarse que se presume que la causa es lícita (art. 1277 CC), por lo que aquél que invoque la nulidad del contrato por ilicitud causal asume la carga de probar dicha ilicitud.

3.1.2. Los motivos opuestos a la ley o a la moral

El artículo 1275 CC determina que es ilícita la causa cuando sea contraria a las leyes o a la moral. El concepto de ley empleado en el precepto alcanza a cualquier norma imperativa o prohibitiva del ordenamiento jurídico. Igualmente, se incluyen los contratos contrarios a los principios fundamentales (derechos fundamentales y libertades públicas) constitutivos del orden público⁶⁰.

La jurisprudencia ha considerado como contratos con causa ilícita los dirigidos a perjudicar los derechos de los legitimarios (SSTS de 12 abril 1944, 11 diciembre 1957, 20 octubre 1961, 5 mayo 1995, 4 mayo 1998), los realizados en fraude de acreedores (SSTS de 10 julio 1896, 23 junio 1919, 15 abril 1951, 22 abril 1962, 24 enero 1977, 14 junio 1997), los dirigidos a lesionar los intereses de un tercero (SSTS de 5 mayo 1958 y 23 noviembre 1961), los usurarios (SSTS 9 enero 1933, 24 abril 1934 y 6 febrero 1940), los delictivos (STS de 26 enero 1956), los destinados a eludir el cumplimiento de la condena al pago de la pensión alimenticia (STS de 26 noviembre 1955), el pacto de *quota litis* (SSTS de 5 marzo 1956, 2 octubre 1972), el

⁵⁸ Véase, MORALES MORENO (2006, pp. 332 y ss).

⁵⁹ Véase, DE CASTRO (1991, pp. 191, 246 y 247).

⁶⁰ Díez-PICAZO (1996, p. 243); igualmente, VALPUESTA FERNÁNDEZ (2001, p. 246); CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998, p. 181).

contrato de transferencia de un solar a cambio de apartamento siendo el terreno inedificable (STS de 30 diciembre 1985), o, entre otros, el contrato concluido para evitar la interposición de una acción penal o una denuncia por infracción fiscal (SSTS de 11 de diciembre de 1986 y 30 de noviembre de 2000).

Por otro lado, son ilícitos los contratos contrarios a la moral. La moral es un concepto jurídico indeterminado que evoca al conjunto de convicciones sociales o la común opinión del ciudadano medio que impera en un determinado momento histórico (moral social). En palabras de DÍEZ-PICAZO, será inmoral un contrato cuyo resultado práctico repugne la conciencia social y lo considere indigno de amparo jurídico⁶¹.

La STS de 2 de abril de 1941 analiza el caso en el que un hombre casado concluyó un contrato con una mujer con el objeto de poner fin a las relaciones entre ambos, comprometiéndose a satisfacer una determinada cantidad fraccionada a lo largo de dos años. El TS entendió que el contrato contenía una causa ilícita, aclarando que el concepto de causa ilícita permite cobijar a las convenciones que “no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto”. En otro supuesto una persona que había donado a su amante joyas y objetos de valor solicitaba su restitución tras haberse roto la relación afectiva. El Tribunal Supremo, confirmando lo establecido por la Audiencia Provincial, llegó a la conclusión de que la donación era nula por causa inmoral (STS de 16 octubre 1959). Finalmente, la STS de 24 octubre 2006 analizó la legalidad del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de una sociedad de seguros que concedió al consejero delegado una “comisión de cartera del 2%”, para sí y para sus herederos, por el total de las cuotas que se cobren anualmente. La resolución judicial entendió que blindar una percepción económica para el futuro, alcanzando incluso a los herederos, era contrario a la moral, pues los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura.

3.2. Efectos

3.2.1. Nulidad absoluta

La consecuencia general que anuda el Código Civil a la ilicitud de la causa, que engloba tanto los contratos ilegales como los inmorales, es la nulidad de pleno derecho o absoluta (arts. 6.3, 1255 y 1275), pues se trata de una invalidez de interés público y no de protección al particular. Por lo tanto, se somete al régimen general de la nulidad y podrá ser apreciada de oficio por el juez, por cuanto en este supuesto concurren circunstancias relevantes que así lo aconsejan (STS de 12 de diciembre de 2000), si bien la declarabilidad de oficio de la nulidad como regla general es una cuestión muy discutida en la doctrina y ha encontrado líneas jurisprudenciales contradictorias⁶².

En la reciente “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” de 2009 realizada por la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil) se concede un tratamiento conjunto a ambos supuestos de nulidad (ilegalidad e inmoralidad), recogiendo como causas de nulidad del contrato, junto con la ausencia de causa, la falta absoluta de consentimiento y la

⁶¹ DÍEZ-PICAZO (1996, p. 243).

⁶² Un estudio jurisprudencial a fondo se encuentra en DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, pp. 166 y ss.).

ausencia de una forma especial, en el art. 1296, que abre el Capítulo IX dedicado a la nulidad y la anulabilidad del contrato.

No obstante, la previsión del art. 6.3⁶³ de que la consecuencia de la contravención del acto contrario a la ley imperativa o prohibitiva será la prevista en la norma, determina que debemos diferenciar entre contratos ilegales y contratos inmorales.

(i) *Nulidad de los contratos ilegales*. En el ámbito de los actos y contratos contrarios a la ley imperativa o prohibitiva la nulidad radical no es siempre la consecuencia prevista por la norma infringida. Por ello, en estos casos se estará a la advertencia de la concreta norma de prohibición en la que se podrá encontrar un efecto distinto a la nulidad. Para esta labor se hace imprescindible la interpretación del sentido y la finalidad de la norma, puesto que la eficacia del contrato contrario a la ley no es necesario que resulte expresamente de la propia norma infringida, sino que en muchos supuestos tras la interpretación de ésta puede llegarse a la conclusión de que la eficacia del contrato se ajusta mejor a su sentido y finalidad.

La jurisprudencia española así lo corrobora. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 (hipoteca celebrada en contra de la normativa de ordenación de la actividad bancaria) se consideran, a pesar de que la consecuencia general prevista para los actos y contratos ilegales sea la nulidad radical, diferentes niveles de eficacia: a) la invalidez para los actos que así se prevea en la ley (por ejemplo, STS de 31 de mayo de 2005 para un caso de nulidad radical por falta de forma escrita de un contrato de edición); b) la eficacia de los actos celebrados en contra de la ley pero cuyo efecto legal está previsto en ella; y c) un juego flexible de efectos a valorar por el juez en relación con aquellos actos cuya sanción no ha sido prevista en la ley (como es el caso de la STS de 18 de junio de 2002 en la que se reitera claramente la doctrina sobre los niveles de eficacia de los contratos contrarios a la ley imperativa en relación con el acuerdo de una cooperativa adoptado de forma irregular). En el primer grupo de casos los actos ilegales quedan desprovistos de cualquier efecto y en el segundo serán válidos; en relación con el tercer grupo el juez puede considerar para la eficacia del acto ciertos factores, como por ejemplo, la naturaleza y el objetivo del acto, su propósito y las circunstancias y efectos previsibles al llevarlo a cabo. Así pues, el juez puede declarar la validez considerando la escasa gravedad del caso, o establecer la nulidad si encuentra razones para determinar que el acto es seriamente contrario a las leyes imperativas o prohibitivas (inclusive las administrativas), al orden público o a la moral.

Así, la seriedad de la contravención de una norma administrativa establecida en la Ley de Aguas llevó al Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de noviembre de 2006 a declarar la nulidad de un contrato por el que un particular se comprometía a abastecer de agua clandestinamente a una urbanización. Especialmente relevante, por varios motivos, entre ellos por suponer un cambio de la jurisprudencia anterior, es la STS de 10 de octubre de 2008. El caso fue el siguiente: La sociedad gestora de un casino demandó a un cliente habitual al que prestó dinero en varias ocasiones hasta un total de diez millones de Ptas. entregándole fichas del casino contra la firma de varios pagarés y cheques (algunos enmendados y tachados) que no tenían otra finalidad que la de documentar la deuda. La concesión del crédito se hizo en contra de una prohibición administrativa, la de otorgar préstamos a los jugadores o apostantes en los

⁶³ Para un estudio a fondo del precepto, CARRASCO PERERA (1992a, pp. 769-842).

lugares de juego contenida en el art. 10 del Decreto de 1977 (Reglamento de Casinos). Frente a la reclamación de la cantidad, el demandado, entre otras cosas, alegó la nulidad del préstamo de acuerdo con el art. 6.3 CC por ser contrario a norma prohibitiva. Tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue estimada sobre la base de que la sanción de la prohibición debía establecerse en el orden administrativo pero no en el civil. El TS, en cambio, casa la sentencia de instancia, en razón al siguiente argumento: La prohibición de préstamos o créditos se corresponde, pues, con la finalidad de “tutela y protección social” que ya el Real Decreto-Ley de 1977 consideraba como uno de sus “objetivos ineludibles” y, por ello, las normas que la establecen se erigen en normas prohibitivas que por su carácter de orden público determinan la nulidad civil de pleno derecho de los actos contrarios a tales normas, por aplicación del art. 6.3 del Código Civil (FJ 10º). En consecuencia, la empresa explotadora del casino no tendrá derecho a exigir al jugador lo que éste perdió jugando o apostando a crédito o con dinero prestado, al poder aplicarse el art. 1306 CC (FJ 12º).

Cuando se trate de nulidad radical el juez, en un principio, podrá apreciarla de oficio, salvo que el acto tenga una apariencia jurídica correcta pues debe darse a la otra parte oportunidad para su defensa (SS. 31 de marzo de 1981, 15 de diciembre de 1993, 17 de enero de 2000).

(ii) *Nulidad de los contratos inmorales*. A diferencia de los contratos prohibidos por la ley que pueden, si es el caso, tener eficacia, los contratos inmorales encuentran siempre como sanción la nulidad de pleno derecho⁶⁴. Esta consecuencia, que deriva del art. 1275 CC, se prevé tanto para los contratos contrarios a la moral como para los contrarios al orden público

SSTS de 24 de octubre de 2006: nulidad por ilicitud de la causa respecto de un acuerdo del consejo de administración de una sociedad de seguros que concede una comisión de cartera perdurable a favor de los herederos del consejero; 20 de julio de 2006: la inmoralidad de un acuerdo para la compra de votos de determinados acreedores en la junta de graduación de un expediente de quiebra; 30 de noviembre de 2000: nulidad por causa ilícita de un reconocimiento de deuda y una dación en pago con el objeto de transigir para evitar el ejercicio de una acción penal; 26 de octubre de 1998: contrariedad al orden público de un contrato a perpetuidad de cesión de negocio de apuestas y loterías del Estado; 31 de diciembre de 1979: ilicitud de una asociación de varios mayoristas del aceite con el fin de constituir una comunidad común de pérdidas y ganancias.

También es la consecuencia prevista por la Ley de Represión de la Usura de 1908 para los contratos calificados como usurarios. La usura no es otra cosa que un supuesto especial de los contratos inmorales, de modo que para su apreciación deben cumplirse los requisitos establecidos en el art. 1 de la mencionada ley⁶⁵ (entre otras, SSTS de 24 de abril de 1991, 20 de junio de 2001, 12 de julio de 2001, 7 de mayo de 2002, 21 de febrero de 2003 y 21 de noviembre de 2006).

(iii) *Nulidad parcial*. Algunos Códigos Civiles regulan expresamente la nulidad parcial, como por ejemplo el Código alemán cuyo § 139, como ya hemos visto, distingue entre “nulidad total” (*totale Nichtigkeit*) y “nulidad parcial” (*teilweise Nichtigkeit*), siendo ambos tipos de invalidez una nulidad de pleno derecho o absoluta. En el derecho alemán, además, tanto los contratos ilegales como los inmorales, según hemos visto, reciben ambas sanciones dependiendo del caso. La doctrina española tiende a hablar de “nulidad parcial” como una modalidad distinta tanto de la

⁶⁴ Por todos, CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2007, p. 82); SABORIDO SÁNCHEZ (2005, p. 309, 320 y ss.).

⁶⁵ Véase por todos, ALBALADEJO (1995, pp. 33-50).

nulidad radical como de la anulabilidad, lo cual no es exacto, pues el fenómeno de la ineficacia parcial es compatible con estas dos modalidades de invalidez⁶⁶.

En las siguientes líneas sólo nos ocuparemos de la ineficacia parcial de los negocios nulos por contravenir las leyes, la moral o el orden público. Como es sabido, el derecho español no contiene norma general acerca de la nulidad parcial, pero hay algunos preceptos para casos concretos que establecen que la nulidad de una parte del contrato no afectará al resto (arts. 1155 –cláusula penal-, 1260 –juramento-, 1476 –exoneración de evicción del vendedor de mala fe-, 1608 –limitación de la remisión del censo-, 1691 –exclusión de un socio de las ganancias- y 1826 –fianza *in durio rem causam*-), así como fuera del Código; en particular, son paradigmáticas la nulidad parcial en materia arrendaticia (sólo nulidad de los pactos contrarios a las normas imperativas en arrendamientos rústicos y urbanos), de cláusulas abusivas (nulidad sólo de la cláusula o cláusulas estimadas como abusivas, siempre que el contrato pueda subsistir sin ellas después de haber realizado la integración del mismo) y de contrato de trabajo (si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y además será integrado de acuerdo con los preceptos correspondientes del ET, según establece el art. 9.1 ET). Por su parte, tanto la doctrina⁶⁷ como la jurisprudencia (entre muchas otras, SSTs de 7 de julio de 1978, 24 de noviembre de 1983, 21 de febrero de 1984, 17 de octubre de 1987, 12 de noviembre 1987, 20 de abril de 1988) admiten la categoría de la “ineficacia parcial”.

Pero existen dudas, en el caso de los negocios ilegales, cuando la norma infringida no establece la nulidad parcial, predominando la opinión de que procede esta consecuencia cuando se trata de normas de protección sobre la base de la interpretación de su sentido y finalidad y con el fin de evitar el fraude; asimismo, deberá atenderse a la interpretación de la voluntad de las partes en el concreto negocio realizado⁶⁸. Esta apreciación resulta, además, compatible con la jurisprudencia acabada de comentar acerca de los diferentes niveles respecto de los efectos jurídicos de los contratos ilegales.

En cuanto a los negocios inmorales (igualmente los contrarios al orden público) también es compatible la nulidad parcial con la consecuencia establecida en el art. 1275 (“no producirán efecto alguno”), si se considera que la previsión legal se refiere al aspecto inmoral del contrato. Sólo es nula la parte inmoral del contrato siempre que sea posible aislarla, si no, la nulidad alcanzará a todo el contrato. No obstante, es difícil apreciar supuestos en la práctica en los que pueda aislarse la inmoralidad del contrato a un aspecto independiente del mismo. Lo más normal, considerado un contrato de modo unitario, es que resulte la inmoralidad de la totalidad de su carácter. El derecho alemán nos muestra, como ha podido apreciarse en el apartado correspondiente, un ejemplo de nulidad parcial en el caso de la usura. De acuerdo, con el § 138 (2) BGB la nulidad alcanza a la prestación realizada por la víctima de la usura, pero no a la

⁶⁶ En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, p. 215).

⁶⁷ Por todos, GÓMEZ DE LA ESCALERA (1995); RUIZ MUÑOZ (1993).

⁶⁸ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, pp. 219, 221).

prestación realizada o que deba realizar el usurero (por ejemplo, la entrega de la cantidad de dinero pactada en el préstamo). No ocurre así en el derecho español donde el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura establece una nulidad total ordenando la restitución por el prestatario de la suma recibida y por el prestamista lo que exceda del capital prestado⁶⁹.

3.2.2. Restitución: La regla general del artículo 1303 CC y las excepciones a la restitución en los contratos con “causa torpe” (arts. 1305 y 1306 CC)

(i) *La regla general del art. 1303 CC.* Con el fin de desproveer de cualquier efecto jurídico al negocio declarado inválido el art. 1303 CC, que se aplica a todo supuesto de invalidez declarada, tanto nulidad como anulabilidad (entre otras, se vean SSTS de 28 de septiembre de 1996, 26 de julio y 30 de noviembre de 2000), ordena la restitución recíproca de las prestaciones con sus frutos y intereses. Se consagra en él una formulación legal de la tradicional regla de la *restitutio in integrum* basada en el principio de que el estado de cosas en relación con el contrato declarado ineficaz debe quedar como si no hubiese sido realizado⁷⁰. Se trata de una acción específica que se funda en la nulidad (o anulabilidad) del contrato a favor de quien fue parte en el contrato nulo (o anulable) con el fin de recuperar la prestación realizada, por lo que el demandante sólo ha de probar que se entregó algo en cumplimiento de un contrato inválido. Por lo tanto, la acción restitutoria no puede articularse sin una previa o simultánea declaración de invalidez, mientras que la acción de nulidad (también la anulabilidad) sí puede tener una existencia independiente⁷¹. Se debe demandar al contratante que recibió la prestación en virtud del contrato inválido, pues es una acción personal y no real, por lo que no exige demandar a otras personas, como por ejemplo el garante de la obligación de restitución (STS de 21 de noviembre de 2006). La acción corresponde sólo a las partes del contrato inválido, no al tercero que pide la nulidad del contrato. Éste último sólo tiene legitimación para pedir la declaración de nulidad por el interés público de ésta, pero no para solicitar la restitución, la cual corresponde exclusivamente a quien entregó algo que no debía (*condictio indebiti*). Los tribunales, según la jurisprudencia, pueden decretar al declarar la nulidad del contrato la restitución de las prestaciones sin incurrir en incongruencia (entre otras, SSTS de 9 de noviembre de 1999, 30 de noviembre de 2000, 11 de febrero de 2003).

(ii) *Las excepciones a la restitución en los contratos con “causa torpe” (arts. 1305 y 1306 CC).* El art. 1303 contiene la regla general en materia de restitución, mientras que los arts. 1305 y 1306, en cuanto normas especiales, contienen las excepciones respecto de los contratos con “causa ilícita”. En ellos se expresa la regla proveniente del derecho romano *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, presente también en otros ordenamientos. A pesar de que la realidad normativa es bien clara

⁶⁹ Defienden la nulidad parcial DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, p. 315), al considerar que la referencia en el art. 3 de la Ley de Represión de la Usura a la restitución de la cantidad recibida debe entenderse en el sentido de que habrá de devolverse la cantidad prestada a la fecha del vencimiento pactado. Se adhiere a este planteamiento, SABATER BAYLE (2006).

⁷⁰ *Nihil amplius consequeretur quamquod haberet si facta non esset.* Lo recuerda, por ejemplo, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, p. 234). Para el curso histórico de los modelos de restitución (el anglosajón y el escolástico de los teólogos y moralistas españoles), CARRASCO PERERA (1987, pp. 1055-1148) y (1988, pp. 5-151).

⁷¹ Por todos, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (1995, pp. 52 y ss).

—estos preceptos excluyen la reclamación de las prestaciones derivadas de un contrato con causa ilícita—, la tendencia de la doctrina ha sido la de fundamentar interpretaciones que permitan la regla de la restitución e incluso se ha llegado a defender la derogación práctica de ambos preceptos.

Para la interpretación de la regla *nemo auditur* en el derecho español poco ayuda la jurisprudencia, la cual no se caracteriza ni mucho menos por una línea de doctrina clara a la hora de aplicar los arts. 1305 y 1306, ni tampoco, en ciertas ocasiones, por la correcta calificación del caso enjuiciado por cuanto confunde otros vicios en la formación del contrato (sobre todo, la falta de causa y la causa falsa) con la ilicitud de la causa⁷².

Hay sentencias que niegan la aplicación del art. 1306 (contratos con “causa torpe”) y prefieren la regla de la restitución de acuerdo con el art. 1303, como por ejemplo, las SSTs de 16 de octubre de 1959 (donación con causa ilícita en la que se ordena la restitución de las joyas entregadas por el amante), 30 de octubre de 1985 (contrato simulado con el fin de sustraer los bienes a los acreedores, que confunde causa falsa con causa ilícita), 30 de noviembre de 2000 (contrato simulado de compraventa que esconde un reconocimiento de deuda y una dación en pago con el fin de que la empresa no denuncie al trabajador que le sustrajo una importante cantidad de dinero, en la que se decretó la restitución de lo entregado) o, más recientemente, 8 de febrero de 2008⁷³ (contrato de cesión de negocio de apuestas y loterías declarado nulo y respecto del cual se ordenó la restitución de las prestaciones de acuerdo con el art. 1303, lo que finalmente no fue posible en forma específica por no cumplirse las condiciones administrativas para que la titularidad volviera a quien en su día transmitió, por lo que decretó la aplicación del art. 1307, restitución del equivalente). No obstante, ha de tenerse en cuenta en relación con esta última sentencia el hecho de que el TS deniega la aplicación del art. 1306 porque fue una cuestión no solicitada en primera y segunda instancia. Otras sentencias, en cambio, aplican el artículo 1305 o el 1306, como la STS de 2 de abril de 2002 (contrato simulado de compraventa que esconde un convenio de cesión de uso de una farmacia, en la que erróneamente se apreció una causa torpe y, en consecuencia, se aplicó el art. 1306, cuando debería haberse apreciado como contrato simulado que encierra un contrato contrario a norma imperativa), o la de 31 de mayo de 2005 (contrato de cesión de explotación de quiosco en contra la normativa administrativa sobre el carácter personalísimo a favor de discapacitados de la concesión administrativa, calificado como un contrato con causa ilícita, de la que son culpables ambos contratantes, de modo que cabe aplicar el art. 1306.1º CC con el fin de impedir la reclamación o repetición de las prestaciones). Más recientemente, la STS de 10 de octubre de 2008, como ya hemos visto, viene a establecer la nulidad del préstamo concedido al cliente por una sociedad gestora de un casino para que pueda seguir jugando por su contrariedad a la disposición administrativa que prohíbe estos préstamos, y aplica el art. 1306 CC por tratarse de un contrato con “causa torpe”. La STS de 11 de diciembre de 1986 (“caso Galletas Cuétara”)⁷⁴, emblemática en esta materia, igualmente excluye la aplicación del art. 1306 en un supuesto en el que un empleado, al cesar en su relación laboral, amenazó con denunciar las irregularidades tributarias de la empresa si ésta no le entregaba una determinada nave⁷⁵.

⁷² Véase una análisis concienzudo de la jurisprudencia en SABORIDO SÁNCHEZ (2005, pp. 338 y ss.).

⁷³ Comentada por SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (2008, pp. 1379-1399).

⁷⁴ Comentarios de MORALES MORENO (1988, pp. 607 y ss.); CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1987, pp. 4281 y ss.) Por su parte, SABORIDO SÁNCHEZ (2005, pp. 247-342).

⁷⁵ MORALES MORENO (1988, p. 615). Se adhiere a este planteamiento, arrepintiéndose de su anterior opinión (“causa insuficiente”), CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998, p. 185).

Una cuestión debatida en la interpretación del art. 1306 (“contratos con causa torpe”) es si se aplica a los casos de contrariedad a la ley imperativa y prohibitiva, supuestos considerados habitualmente también como de ilicitud causal, o exclusivamente deben quedar circunscritos a los supuestos de contravención a la moral. En realidad todo depende de la interpretación que se realice de la expresión “causa torpe” contenida en él. Hay dos posibilidades. La interpretación literal lleva a considerar que sólo la causa torpe apunta a la inmoralidad de una *datio* que se enfrenta a las buenas costumbres y que en el caso de la contravención de la ley la causa también es ilícita pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesto, impúdico, lascivo, ignominioso, indecoroso o infame que son los significados del adjetivo “torpe” según el diccionario de la Real Academia⁷⁶. La segunda interpretación posible es la sistemática: el concepto de ilicitud causal de estos artículos debe ser el mismo que el del 1275, donde no se distingue entre inmoralidad e ilegalidad, declarándose la ineficacia de cualquier oposición a las leyes o a la moral⁷⁷. Esta segunda interpretación es más convincente, puesto que la primera no encuentra ningún fundamento lógico, salvo la loable intención de restringir la exclusión de la repetibilidad, la cual no puede llevar, sin embargo, a la distorsión del sentido del Código. Tiene como sustento, además, el hecho de ser la solución que se impone en la jurisprudencia más reciente y concordar con el derecho comparado. En efecto, es la solución que adoptan otros Códigos cuando formulan la regla *nemo auditur* refiriéndola tanto a los contratos ilegales como a los inmorales (por ejemplo, § 817, párrafo segundo, BGB). La jurisprudencia más reciente parece encaminarse en este sentido (SSTS de 10 de octubre de 2008, 2 de febrero de 2008 y 31 de mayo de 2005).

Con la finalidad de mitigar el rigor de la aplicación de la regla *nemo auditur* y evitar los resultados injustos en los que se consolidan atribuciones patrimoniales a favor de quien ha sido el artífice de la ilicitud, la doctrina ha defendido la tesis de la “graduación de la torpeza” o “culpabilidad”, de modo que la exclusión de la irrepitibilidad se aplicaría al contratante que con su conducta ha sido culpable en mayor medida de la ilicitud del contrato y quedaría abierta la vía de la restitución al contratante no culpable o menos culpable⁷⁸.

En verdad, los arts. 1305 y 1306 distinguen según la culpa esté de parte de ambos contratantes o de sólo uno de ellos, pero no distinguen entre mayor o menor culpabilidad. No conducen a otro expediente que al de la imputación subjetiva de la conducta, es decir, a la determinación de a cuál de los dos contratantes (o a los dos, si es el caso) corresponde el desvalor de la acción. Esta imputación sólo puede hacerse a título de dolo (a quien es consciente del desvalor) o de negligencia (a quien inexcusablemente ignora el desvalor o no hace lo posible por evitar la actuación). Nótese que en este punto, a pesar de la complicación en la formulación de la regla, el

⁷⁶ DELGADO ECHEVERRÍA (1991, pp. 558-559); DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, p. 292); también, Díez-PICAZO (1991, pp. 176, 177).

⁷⁷ En cierto sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1998, p. 186, nt. 367); más recientemente, SABORIDO SÁNCHEZ (2005, pp. 354-357).

⁷⁸ DELGADO ECHEVERRÍA (1991, p. 309); MORALES MORENO (1988, pp. 614 y ss.); CERDÁ OLMEDO (1980, p. 1200).

Código Civil español no es muy diferente al alemán, en el que igualmente se exige la imputación subjetiva para la exclusión de la repetición en el segundo párrafo del § 817. La doctrina española no ha acogido esta concepción, a pesar de encontrarse expresada en el propio Código, por temor a desencajar la concepción subjetiva de la causa (“causa concreta”). Esta concepción, como es sabido, establece que la causa es el fin común y determinante de ambos contratantes, de modo que para que haya causa ilícita debe ser compartida por los dos. Con ello se olvida de que, de acuerdo con los arts. 1305 y 1306, debe hacerse un juicio sobre el desvalor de la acción. Un contrato es inmoral cuando en sí mismo contraviene las buenas costumbres, lo cual es así, por la contravención objetiva de un orden extralegal, ya persigan la inmoralidad ambos contratantes o uno sólo de ellos con la aquiescencia, negligencia o, incluso, ignorancia del otro.

(iii) *Fundamentos jurídicos*. En el derecho inglés, la regla tradicional fue la de la irrepetibilidad fundada en el adagio *in pari delicto potior est conditio defendentis* con la que se persigue la defensa de la dignidad de los tribunales y al mismo tiempo la disuasión de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Históricamente se ha fundamentado esta regla en tres razones que han venido alegándose indistintamente en función de la justicia del caso⁷⁹: a) a nadie le puede estar permitido fundamentar su acción en un contrato ilegal, b) los tribunales quedarían maculados si atendieran a las demandas de los infractores y c) las demandas fundadas en la ilegalidad deben desestimarse con el fin de disuadir, incluso penar, la conducta ilegal o inmoral. Actualmente se aplican, según la justicia del caso concreto, tanto la regla tradicional como la regla moderna proveniente del “caso *Bowmaker*”, conocida como *Bowmaker rule*, que permite la restitución, tal y como hemos tenido la oportunidad de estudiar en el apartado correspondiente. De acuerdo con esta regla la demanda de repetición debe ser admitida incluso *in pari delicto* si no se hace depender de la propia ilegalidad⁸⁰. En el derecho español no se encuentra muy claro el principio filosófico en el que fundamentar la regla *nemo auditur* desde el punto de vista de la política jurídica. Los tres principales fundamentos han sido utilizados indistintamente por la doctrina⁸¹: la teoría de la compensación de culpas (*in pari delicto melior est causa possidentis*), la cuestión de la indignidad procesal (fundamento tradicional de la regla *nemo auditur*) que deniega la protección del derecho a quien se coloca fuera de él y la consideración de que se trata de una pena civil (con la que se priva de protección jurídica en razón de lo infame de la conducta de las partes).

Desde un punto de vista histórico, el fundamento de la inclusión de la regla *nemo auditur* no es otro que la protección de la dignidad de los tribunales, ya que desde su origen siempre ha causado repulsa escuchar en los tribunales a quienes con su conducta se han comportado ignominiosamente. Pero no es incompatible con esto, desde el punto de vista de una política jurídica adecuada, observar también un matiz sancionador a la conducta ilícita de las partes en la función normativa de los arts. 1305 y 1306 CC⁸². Sin embargo, no debe olvidarse que también

⁷⁹ DANNEMANN (2000, pp. 2, 3).

⁸⁰ Por todos, ENONCHONG (1995, p. 205).

⁸¹ Para una síntesis de los mismos DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, pp. 298-301).

⁸² DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005, p. 300): “[En] nuestro Código, la finalidad penal es evidente en el art. 1305, que tiñe todo el ámbito de éste y del siguiente artículo”.

causa repulsa y, en consecuencia, se sanciona, el hecho de que alguien pueda consolidar una atribución patrimonial proveniente de una conducta moral reprochable. De ahí que los tribunales de medio mundo acudan a una flexibilización de los principios o reglas con el fin de adaptarlos a la justicia del caso concreto. Probablemente aquí se encuentra la explicación por la que los tribunales españoles han rechazado la aplicación de los arts. 1305 y 1306 (sobre todo de este último) en numerosas ocasiones.

3.2.3. Indemnización del interés negativo

No existe en el derecho español una norma concreta relativa a la indemnización de daños por nulidad del contrato con causa ilícita. No obstante, la doctrina ha planteado la aplicación de la tesis de la *culpa in contrahendo* en relación con los daños causados en contra de la buena fe tanto por la ruptura injustificada de las negociaciones como los generados como consecuencia de la celebración de un contrato nulo⁸³. Los daños apreciables por esta vía, no obstante, no son cualesquiera que pueda sufrir la parte agraviada, sino tan sólo aquellos que comprenden su interés negativo (gastos y expensas realizados en atención al futuro contrato o al contrato que se reputa válido), es decir, la indemnización debe colocar al agraviado en una situación similar a la que tendría si el contrato no se hubiera celebrado. La jurisprudencia, igualmente, ha admitido la indemnización por la *culpa in contrahendo*. La mayor parte de casos en los que se ha admitido la doctrina de la culpa *in contrahendo* ha sido por ruptura injustificada de las negociaciones o de los tratos preliminares. Así lo ha reconocido claramente la STS de 16 de mayo de 1988⁸⁴, modelo de las posteriores, para un supuesto en el que el empleado de una banca y su esposa realizaron ciertos gastos y gestiones en previsión de un futuro puesto de trabajo que se iba a ofrecer en otro lugar y que finalmente no se realizó, y posteriormente las SSTS 26 de febrero de 1994 y 5 de abril y 16 de diciembre de 1999, las cuales, si bien no concedieron la indemnización que solicitaban los demandantes, sin embargo, sí acogieron la meritada doctrina. En el mismo sentido, la STS de 2 de junio de 2000 admite la hipótesis de la indemnización por *culpa in contrahendo*, aunque la materia no es objeto del fallo por no haber sido planteado por las partes, precisamente, en un supuesto de nulidad del contrato por contravención del derecho imperativo.

3.3. Consideraciones críticas

En nuestra opinión, hay que cuestionarse si, realmente, hace falta recurrir a la categoría de la causa para poder controlar la legalidad de los contratos y evitar los pactos ilícitos e inmorales. Entendemos que la causa no es un elemento imprescindible para regular los contratos ilícitos o contra *bonos mores* en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC) y de vulneración de los límites de la autonomía contractual (art. 1255 CC). En tal sentido, algunos importantes representantes de la doctrina jurídica han afirmado que, para decretar la nulidad de ciertos contratos en los que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas o la moral, no hacen falta los

⁸³ Cfr. por todos, GARCÍA RUBIO (1991); ASÚA GONZÁLEZ (1989).

⁸⁴ Comentario: GARCÍA RUBIO (1989, pp. 1112-1119).

artículos 1271 y 1275 CC, en cuanto que podría funcionar igualmente con lo establecido por los artículos 6.3 y 1255 CC⁸⁵. Es decir, para determinar si un contrato es nulo basta con comprobar si su contenido o los motivos conocidos de las partes vulneran la ley, la moral o el orden público, resultando el recurso a la institución de la causa hasta un cierto punto “artificioso”⁸⁶.

Por todo ello, nos parece que a efectos de garantizar un control efectivo de la licitud de los contratos la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema⁸⁷.

La “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” de 2009 realizada por la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil) mantiene la causa como elemento de referencia para determinar la ilicitud contractual. Efectivamente, en el artículo 1238 CC establece que son nulos los contratos sin causa “o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral”.

Asimismo, las reglas de la restitución de las prestaciones tal vez merezcan *de lege ferenda* una revisión con el fin de adecuarse a la realidad social. Últimamente parece que puede más el horror a consolidar atribuciones patrimoniales *ex turpi causa* que la protección de la dignidad de los tribunales, puesto que la nueva propuesta de la Comisión General de Codificación es la de formular con carácter general y sin excepciones debidas a la “causa torpe” el principio de la *restitutio in integrum* (nuevo art. 1306, “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, p. 61). La idea es acertada en parte al consagrar el principio de la restitución de las prestaciones siempre que sea posible como medida más adecuada para privar de efectos al contrato nulo o anulable. Sin embargo, lo más correcto habría sido, desde un punto de vista político legislativo, introducir una flexibilización en el derecho de las restituciones permitiendo la *restitutio in integrum* con carácter general y estableciendo la regla *nemo auditur* para los casos más graves de culpabilidad de los contratantes en la ilegalidad o inmoralidad del contrato, bajo un régimen flexible que permita al juez la adaptación de ambas reglas al caso concreto. Es lo que se ha hecho en el sistema de los PECL y al estudio de esta materia en el próximo capítulo nos remitimos.

⁸⁵ Díez-PICAZO *et al.* (2002, p. 175). En idéntico sentido se pronunció con anterioridad DE LOS MOZOS (1961, pp. 416 y 417). Igualmente, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2003, p. 424).

⁸⁶ ZWEIFERT y KÖTZ (1995, p. 80); GHESTIN (2005, p. 404).

⁸⁷ En este sentido, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2003, pp. 412, 422, nt. 91).

4. Los contratos ilegales en los PECL

4.1. Introducción

Inicialmente los PECL no regularon el problema de los contratos ilegales en las partes I y II. Se aclaraba en el artículo 4:101 que “el presente capítulo –relativo a la validez contractual- no trata de 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, que aconsejaba, en el parecer de los redactores de los Principios, cierta prudencia y reflexión. Cuando la Tercera Comisión sobre Derecho Contractual Europeo inició sus trabajos se cuestionó, aproximadamente en 1996, si debería abordar la regulación de los contratos ilícitos e inmorales. Hector L. MACQUEEN fue el encargado de analizar el problema y llegó a la conclusión de que los Principios tenían que incluir en su articulado la figura de los contratos ilegales ya que, en su opinión, si los PECL pretendían constituirse en un sistema completo de derecho contractual y en la base de un futuro Código civil europeo resultaba imprescindible que no se divorciaran de la realidad tanto del derecho nacional como del comunitario⁸⁸. Su propuesta fue aceptada y, finalmente, no sin obstáculos, se aprobó el régimen de los contratos ilegales en el Capítulo 15 de la Parte III de los PECL, intitulado “*Illegality*”.

La ubicación sistemática de la ilegalidad contractual en el conjunto de los Principios, prácticamente al final de la Tercera Parte de los PECL y entre los capítulos dedicados a la prescripción y las condiciones, puede resultar llamativa y hasta cierto punto sorprendente. Da la impresión de que los redactores han entendido que se trata de una cuestión extraña y compleja a la que no había donde colocar, de ahí esa curiosa solución final. Probablemente, el régimen de los contratos ilegales debería insertarse en el Capítulo 4, relativo a la validez de los contratos, puesto que en el fondo se resuelven problemas de ineficacia de ciertos acuerdos que contravienen la ley, la moral o el orden público. No en vano, en los comentarios oficiales se señala que “[in] any new edition of all three Parts this Chapter would probable form a separate section in a slightly modified Chapter 4”. Así pues, todo parece indicar que la cuestión de la ubicación será definitivamente resuelta y aclarada en próximas ediciones de los Principios⁸⁹.

El borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) también aborda la cuestión de los contratos ilegales en la Sección 3ª del Capítulo II del Libro II, bajo la rúbrica de “*Infringement of fundamental principles or mandatory rules*”. El contenido normativo es similar al de los PECL, lo que no impide que existan ciertas diferencias, algunas especialmente interesantes y llamativas, que iremos exponiendo a lo largo de las siguientes páginas.

⁸⁸ MACQUEEN (2005, pp. 550 y 551).

⁸⁹ LANDO *et al.* (2006, p. 552).

4.2. Supuestos de hecho

4.2.1. Contratos que infrinjan los principios fundamentales (art. 15:101 PECL y 7:301 DCFR)

a) **Ámbito de aplicación: moral, orden público y otros principios fundamentales del derecho comunitario europeo**

Los artículos 15:101 PECL y II.-7:301 DCFR comienzan abordando la cuestión de los contratos contrarios a los “principios fundamentales del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea”. ¿Qué son esos principios fundamentales? El comentario oficial del artículo 15:101 PECL declara que la finalidad del precepto es la de eliminar términos como “*illegality*” e “*immorality*”, o *public policy, ordre public* y *bonos mores*, a través del concepto global y general de “principios fundamentales del derecho” que se encuentran a lo largo y ancho de la Unión Europea, incluyendo los que emanan del derecho comunitario⁹⁰. Por lo tanto, resulta evidente la intención de crear un nuevo concepto, un neologismo que absorba los criterios de la contravención a la moral, las buenas costumbres y el orden público, con independencia de cómo sean denominados o conocidos cada uno de estos supuestos en los diferentes Estados de la Unión Europea.

Aclarado este extremo, ¿cuáles son esos principios fundamentales? Ante todo, los principios fundamentales deben buscarse en una serie de textos básicos del derecho europeo: el Tratado de la Unión Europea (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 empresa (art. 16), derecho de propiedad (art. 17), igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), derechos del menor (art. 24), protección de los consumidores (art. 38)].

Junto a estos principios reconocidos expresamente existen otros muchos cuya identificación y elucidación corresponde inevitablemente a los estudios comparatistas: habrá por lo tanto que determinar en cada caso concreto si un cierto contrato vulnera los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos europeos. Hay que señalar que algunos principios fundamentales del derecho de la Unión Europea están recogidos expresamente en otros lugares del propio texto de los PECL, como la prohibición de los pactos usurarios, reconocidos bajo el concepto de beneficio excesivo o ventaja indebida (*usura ex art. 4:109 PECL*), o la prohibición de cláusulas abusivas (*cláusulas no negociadas individualmente, art. 4:110 PECL*). No obstante, puesto que estos principios ya cuentan con su propio régimen jurídico, están excluidos del ámbito de aplicación del artículo 15:101 PECL⁹¹.

⁹⁰ Se trata, en palabras de MACQUEEN (2005, p. 553), del “*common weal*”, el bien público.

⁹¹ LANDO *et al.* (2006, p. 212).

b) Contratos contrarios al principio de no discriminación (II.-2:101-2:2105 DCFR)

(i) *Contexto europeo del “principio de no-discriminación”*. En el reciente derecho comunitario la prohibición de discriminación no sólo se extiende a las relaciones laborales o de empleo, sino que también se prevé que se aplique a las relaciones contractuales (acceso y puesta a disposición de bienes y servicios)⁹². En esta vía la última tendencia es la inducción mediante el derecho comunitario existente de la prohibición de discriminación como principio general del derecho de la Unión. La inclusión en el DCFR del “principio de no-discriminación”, tanto en la primera como en la segunda versión⁹³, tiene su origen en la labor desarrollada por un grupo científico vinculado al “Acquis Group”, denominado “Working Group on Non-Discrimination”⁹⁴. La investigación de este grupo en relación con el derecho comunitario antidiscriminación llegó a la conclusión de que no hay duda de que existe un principio general de derecho comunitario relativo a la “no-discriminación”.

(iii) *Los contratos contrarios a la prohibición de discriminación como contratos inmorales*. A diferencia de los PECL en los que la materia no fue tratada, el DCFR apuesta decididamente por la inserción con carácter general de reglas configuradoras del principio de no-discriminación en el seno del derecho privado. Se introducen en el Capítulo 2 (“*Non-Discrimination*”) del Libro II (“*Contracts and other Juridical Acts*”) dedicado a la formulación de los principios y reglas generales de los contratos y otros actos jurídicos y en el Capítulo 1 (“*General*”) –junto con otros principios– del Libro III (“*Obligations and Corresponding Rights*”) que contiene el derecho de obligaciones. Se trata, por tanto, de un principio que ilumina todo el derecho de los contratos y de las obligaciones y que dota de una eficacia hasta ahora desconocida a la lucha contra la discriminación en el derecho privado.

En atención a esta regulación, si consideramos los arts. 15:101 PECL y 7:301 del Libro II del DCFR en los que, como hemos visto, se declara la nulidad del contrato en la medida que infrinja un principio reconocido como fundamental en los derechos de los Estados miembros de la Unión Europea y el comentario oficial de que esta formulación se refiere también a los principios de Unión recogidos en el Tratado Constitutivo, la Convención de Derechos Humanos y la Carta de

⁹² [Directiva 2000/43/CE](#), del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE, n° 180, 19.07.2000, 022-0026), [Directiva 2000/78/CE](#), del Consejo, en virtud de la cual se fija un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la educación (DOCE, n° 303, 02.12.2000, 0016-0022), [Directiva 2002/73/CE](#), de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/297/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (DOCE, L 269, 05.10.2002, 0015-0020) y [Directiva 2004/113/CE](#), de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro (DOCE L 373, 21.12.2004, 0037-0043).

⁹³ VON BAR *et al.* (2008).

⁹⁴ Los trabajos del “Working Group on Non-Discrimination” y el borrador de los principios generales sobre no-discriminación, así como ulteriores referencias, pueden consultarse en LEIBLE (2006, pp. 76-89) y NAVAS NAVARRO (2007, pp. 1619-1640).

Derechos Fundamentales⁹⁵, es posible considerar, en buena lógica, que el contrato discriminatorio podrá resultar un contrato inmoral. La prohibición de discriminación deriva del derecho de la Unión Europea (tanto del derecho primario como de las directivas antidiscriminación) y del derecho de algunos Estados (por ejemplo, Alemania o, en menor medida, España), y se recoge en ellos como un “principio fundamental” (*right not to be discriminated against*). En esta materia deberá distinguirse entre el contrato discriminatorio inmoral y el contrato que da lugar a una discriminación en su ejecución o cumplimiento. En el primer supuesto el juez podrá establecer la nulidad del contrato o de la parte del mismo que resulta discriminatoria (arts. 15:101 PECL y 7:301 del Libro II del DCFR), junto con la indemnización de daños y perjuicios en el caso de que existan, que incluso podrá ser disuasoria (II.-2:104). En el segundo caso deberán aplicarse los remedios correspondientes frente al incumplimiento adaptados al caso concreto según ordena el art. 1:105 del Libro III del DCFR, es decir, tendrá lugar la aplicación de los remedios del incumplimiento de las obligaciones previstos en el Capítulo III del Libro III. Por otro lado, hay que identificar la discriminación en el acceso o suministro de bienes y servicios, es decir, la negativa a contratar, a la que se refiere propiamente el Capítulo II del Libro II del DCFR, en cuyo caso la consecuencia será el remedio indemnizatorio por responsabilidad extracontractual⁹⁶.

c) Supuestos comunes

A efectos de alcanzar una mínima uniformidad explicativa y aplicativa del concepto de “principios fundamentales del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea”, resulta conveniente presentar brevemente una serie de casos agrupados en torno a las categorías de contratos ilegales que consideramos más significativas y reiteradas en la práctica judicial europea⁹⁷.

(i) *Contratos que implican una violación de la moral sexual y de los principios de la vida familiar*. Se ha afirmado que intentar construir un concepto unitario y uniforme de “buenas costumbres europeas” es un empeño excesivo⁹⁸. En cualquier caso, los contratos que vulneran la moral sexual (la decencia y el pudor sexual, según puede leerse en la sentencia de la *Corte de Cassazione* de 23 de marzo de 1985⁹⁹) han sido considerados en la jurisprudencia europea como un claro supuesto de contratos ilícitos y nulos. Un tópico hasta cierto punto habitual es el de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados al ejercicio de la prostitución. En el pasado se ha considerado que este tipo de contratos eran nulos por vulnerar las buenas costumbres. No

⁹⁵ MACQUEEN (2005, p. 533) ; LANDO *et al.* (2003, p. 211).

⁹⁶ Véase, para el estudio de los remedios jurídicos frente a la discriminación a la luz de los arts. 10 y 72 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, GARCÍA RUBIO (2007); y para un estudio general de la ley, VALPUESTA FERNÁNDEZ (2007).

⁹⁷ Véase, BEALE *et al.* (2002, pp. 297 y ss.).

⁹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ (2003, p. 193).

⁹⁹ *Rivista del Notariato* (1985, p. 1276).

obstante, en la actualidad parece que tan solo pueden ser ineficaces cuando impliquen alguna suerte de abuso o explotación ilegal de las personas que llevan a cabo tales contratos. Otro ejemplo paradigmático es el de los contratos realizados a raíz de una relación extramatrimonial mantenida con la/el amante (por ejemplo, en Francia las Sentencias de la *Court de Cassation* de 3 febrero 1999 -Bull. N° 43- y 2 de diciembre 1981 -D. 1982, I.R. 474-, en Alemania las Sentencias del Tribunal Federal de 31 marzo 1970 -BGHZ, 53, 369- y 17 de enero de 1983 -BGE, 109, II, 15-, o en España la STS de 18 de noviembre de 1994). Los contratos de “alquiler” del vientre materno (maternidad subrogada), como ya hemos visto, en unos países se consideran ilícitos por resultar contrarios a las buenas costumbres y al orden público (como por ejemplo Alemania), y en otros resultan prohibidos expresamente por numerosas leyes (por ejemplo España, art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida).

(ii) *Contratos que limitan la libertad de actuar en los ámbitos personal y económico.* La “libertad de mercado” y, consecuentemente, la libertad de iniciativa empresarial, es un principio fundamental de los ordenamientos jurídicos europeos, por lo que los pactos o acuerdos contractuales que de cualquier manera lo contravengan por regla general son considerados como nulos. En este sentido, son ilícitos los contratos que contienen pactos que restringen el libre ejercicio de la actividad económica, profesional o artística de las personas. En la jurisprudencia europea existen numerosos casos en que se ha declarado la nulidad de los *contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual* por su carácter abusivo o leonino. Asimismo, los *contratos de larga duración* (normalmente contratos de distribución mercantil) también han recibido sanción en la jurisprudencia de los países europeos cuando restringen de forma indebida la libertad económica y profesional, como por ejemplo, en Inglaterra, el caso *Esso Petroleum Co. Ltd. V. Harper's Garage (Storport) [Ltd. (1968) AC 269]* que declara ilegalidad de una duración contractual de veintiún años, o en Alemania, las Sentencias del BGH de 9 de junio de 1969 (BGHZ, 52, 171, 176), 14 de junio de 1972 (NJW 1972, 1459), y 17 enero 1979 (NJW 1979, 865) en las que se establece que la duración máxima de los contratos de distribución de cerveza es de veinte años. Los pactos que vulneran la libre competencia son también objeto de reproche en los Estados de la Unión Europea. Son muy comunes los casos de *cláusulas de no competencia o no concurrencia* previstas en ciertos contratos de trabajo o prestación de servicios que impiden ejercer una determinada actividad profesional durante un plazo considerable tras la finalización de la relación contractual originaria. Como regla general, puede decirse que se excluye la validez de los acuerdos de no competencia cuando por su extensión espacial y temporal implican de *facto* la privación de la libertad de trabajar o de comerciar.

(iii) *Contratos que interfieren en la administración de la justicia.* En los comentarios oficiales a la Parte Tercera de los PECL se considera que el *pactum de cuota litis* atenta contra los principios fundamentales “en cualquier lugar”. Es cierto que en algunos países durante mucho tiempo la jurisprudencia ha entendido que este pacto podría provocar potencialmente que se confundiesen los intereses del abogado a su prestación con los de la parte defendida, perdiendo la objetividad que como “tutor de la ley” se le exige. Sin embargo, hoy en día ésta ya no es la única aproximación al tema. Las aproximaciones legislativas a este pacto se realizan desde dos puntos

de vista contrapuestos¹⁰⁰: la consideración del abogado como un agente de la justicia que debe sobreponerse a los intereses particulares y tutelar el derecho objetivo (el criterio tradicional del sistema europeo-continental) o la idea de que el abogado debe obtener con todos los instrumentos legales puestos a su disposición el resultado más ventajoso posible para su cliente (el criterio preponderante en el sistema anglosajón). Cada vez más esta última visión, más realista y acorde a la vivencia de la práctica forense, se va imponiendo con fuerza.

Así, nos encontramos con ordenamientos que lo prohíben, como por ejemplo Alemania, que primeramente lo sancionaba a nivel jurisprudencial bajo la tacha de los contratos inmorales del § 138 y que desde 1994 lo hace expresamente a nivel legal al calificarlo como contrato contrario a la ley en el § 49 b [2] del Reglamento del a Abogacía (BRAO). Hay otros ordenamientos que han acabado admitiéndolo tras un tortuoso camino, como es el caso paradigmático de España que lo había prohibido durante largo tiempo al declararlo la jurisprudencia como un acuerdo inmoral y, finalmente, al prohibirlo expresamente el Código Deontológico de la Abogacía incluyéndolo en su art. 16 por decisión del Consejo Nacional de la Abogacía tomada en su Sesión Plenaria del 30 de junio de 2000. Sin embargo, la STS (Sala 1ª) de 13 de mayo de 2004 declaró posteriormente que el pacto de *quota litis* no atenta contra la ley, la moral o el orden público. Y la reciente STS (Sala 3ª) de 4 de diciembre de 2008¹⁰¹ ha acabado por admitirlo al considerar que la prohibición reglamentaria del pacto de *quota litis* restringe de forma injustificada la libertad de negociación de precios entre cliente y abogado y, de forma indirecta, impone unos honorarios mínimos. Otros ordenamientos siempre lo han considerado sin problemas como es el caso de EE.UU.

4.2.2. Contratos que infrinjan una ley imperativa (art. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR)

a) **Ámbito de aplicación: normas imperativas aplicables ex art. 1:103 PECL**

Los arts. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR establecen que los contratos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas tendrán la eficacia señalada por la norma infringida y, a falta de previsión, el juez podrá declarar en función de una serie de factores la validez del contrato, la nulidad con efectos retroactivos total o parcialmente o la modificación del contrato o de sus efectos. El epígrafe general de estos preceptos se refiere a los contratos que infringen el derecho necesario, literalmente se habla de "*contracts infringing mandatory rules*", lo que abarca, sin lugar a dudas, tanto las normas imperativas como las prohibitivas. Estos preceptos no declaran cuando el contrato es ilegal, sino que para determinar la infracción deberá compararse el contrato celebrado con el supuesto de hecho de la concreta norma de prohibición, lo que se encuentra acorde con la técnica legal de todos los ordenamientos que sancionan la infracción de los contratos ilegales (por ej. art. 6.3 CC o § 134 BGB). La realidad de todos los ordenamientos europeos es que existe una gran cantidad de contratos que son ilegales por contravenir las leyes imperativas y prohibitivas, pero que no contravienen ni la moral ni el orden público ni ningún otro principio fundamental, de modo que resulta implícita en esta lógica que cuando la infracción también alcanza a la violación del orden moral entonces debe aplicarse el precepto que se refiere a ella. Según

¹⁰⁰ Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ (1995, pp. 84, 85).

¹⁰¹ Comentada por GÓMEZ LIGÜERRE y RUIZ GARCÍA (2009).

comentan los hacedores del Capítulo 15 de la tercera parte de los PECL¹⁰², en la práctica el art. 15:102 (lo que es extrapolable, indudablemente, al II.-7:302 DCFR) trata las violaciones menos importantes del ordenamiento en comparación con el art. 15:101 (y también el II.-7:301 DCFR), lo que permite un tratamiento legal del tema más flexible.

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 contrato¹⁰³. 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 de derecho necesario como derecho aplicable.

b) Supuestos comunes

La gama de contratos contrarios a las leyes imperativas y prohibitivas es enormemente amplia, inabarcable y a veces inextricable si atendemos al panorama de los diferentes Estados en un estudio de derecho comparado y muy compleja si el foco se centra en un solo Estado. Evidentemente, todos los Estados, con el fin de alcanzar sus propios fines económicos, sociales y políticos, establecen normas que prohíben determinados comportamientos o que condicionan la admisibilidad de ciertas actuaciones a una correspondiente autorización. He aquí la razón de la gran variedad de supuestos. En este punto el jurista no puede hacer otra cosa que sistematizar algunos grupos de casos. Los supuestos más comunes¹⁰⁴, sin ánimo de exhaustividad, de la realidad legislativa de los Estados europeos se encuentran en los siguientes campos: *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

¹⁰² MACQUEEN (2005, p. 556); LANDO *et al.* (2003, p. 214).

¹⁰³ MACQUEEN (2005, p. 550); LANDO *et al.* (2003, p. 214).

¹⁰⁴ Para el derecho inglés puede verse la excelente catalogación (*Statutory Invalidity*) sistematizada por materias de TREITEL (1999, pp. 473 y ss.); o la también excelente catalogación (*Statutory Illegality*) de BEATSON (1998, pp. 334 y ss.). Para el derecho alemán las exhaustivas enumeraciones de MAYER-MALY y ARMBRÜSTER (2001), § 134, Mg. 50 y ss.; HERFERMEHL (1999a), § 134, Mg. 50 y ss. En la perspectiva del derecho comparado, YOUNGS (1998, pp. 378 y ss.).

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 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).

4.3. Efectos

4.3.1. Ineficacia del contrato ilegal

a) Nulidad de los contratos contrarios a los principios fundamentales (art. 15:101 PECL y II.-7:301 DCFR)

El artículo 15:102 PECL establece que un contrato contrario a los principios fundamentales del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea "*is of no effect*". Los redactores de los Principios no han querido emplear otros conceptos acuñados y suficientemente conocidos en el derecho comparado, como "nulidad" o "anulabilidad", y en su lugar han preferido acudir a un término más amplio y a la vez inconcreto como el de "ineficacia" (*ineffectiveness*).

Pero, ¿qué significa exactamente que el contrato es ineficaz? Puede deducirse de los comentarios oficiales al artículo 15:101 PECL que la ineficacia implica el *non-enforcement* del contrato. En otras palabras, si el contrato vulnera los principios fundamentales no puede exigirse su ejecución o cumplimiento. En este caso el juez o árbitro tiene la obligación inexcusable de declarar al contrato ineficaz, por lo que carece de la facultad discrecional que se reconoce en el artículo 15:102 PECL para los contratos contrarios a las normas imperativas. A primera vista, parece que los PECL optan por una solución claramente anglosajona, ya que eluden el término "nulidad" (complejo y discutible para el derecho inglés) y en su lugar se refieren al concepto genérico de la ineficacia o la no ejecución de los contratos contrarios a los principios fundamentales.

Ahora bien, debe hacerse notar que en la redacción inglesa del artículo 15:101 PECL se emplea - pensamos y esperamos que deliberadamente- la expresión siguiente: "*A contract is of no effect to the extent that it is contrary to the principles...*". ¿Por qué no se recurrió al condicional *if*, y en su lugar se empleó la locución *to the extent that* (equivalente a la expresión *in so far as*)? ¿Tiene este juego de palabras alguna consecuencia jurídica? Según el padre del régimen de los contratos ilegales en los PECL, el profesor MACQUEEN, sí, y mucha. De acuerdo con sus propias palabras, un contrato "*in restraint of trade*" (y por lo tanto *ab initio* ineficaz por vulnerar un principio fundamental, el de la libertad de mercado) podría ser eficaz siempre que la limitación del

mercado que implica no llegara a producir una indebida restricción en la libertad del contratante o en la competencia¹⁰⁵. Así pues, parece ser que el criterio a tener en cuenta es el de la verificación de la vulneración efectiva de los principios fundamentales en cada supuesto concreto. Sin embargo, VAN SCHAICK cree que la expresión “*to the extent that*” empleada en el artículo 15:101 PECL lo que realmente hace es introducir la posibilidad de una especie de “nulidad parcial”¹⁰⁶. Creemos que esta interpretación es más correcta, ya que los propios Principios consideran posible que un contrato contrario a los principios fundamentales puede ser parcialmente nulo (15:103 PECL), por lo que una interpretación sistemática y armónica de ambos preceptos conduce a la “eficacia parcial”.

El enfoque del artículo II.- 7:301 DCFR es diferente. Según el precepto, un contrato contrario a los principios fundamentales reconocidos en el derecho de los Estados de la Unión Europea es nulo (*is void*). Así pues, el borrador del Marco Común de Referencia se inclina por recurrir a un concepto clásico y casi globalmente aceptado en este ámbito como el de “nulidad”. No obstante, el precepto añade que el contrato será nulo en tanto que (*to the extent that*) la nulidad se requiera para hacer eficaz al principio vulnerado (“*nullity is required to give effect to that principle*”). Parece ser que los redactores del proyecto han querido aclarar que la nulidad radical y total del contrato tan sólo se dará cuando resulte imprescindible para proteger la aplicabilidad del principio cuya conculcación se pretende con el contrato concluido. En caso contrario, la nulidad será parcial *ex* artículo II.- 1:108 DCFR, afectando exclusivamente a aquellas cláusulas que sean contrarias a los principios fundamentales y dejando vivo y plenamente eficaz al resto del contrato en tanto y en cuanto éste pueda mantenerse sin la parte inválida.

b) Contratos contrarios a una ley imperativa: la consagración de un sistema flexible y discrecional (arts. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR)

Los arts. 15:102 PECL y II.-7:302 conceden una amplia discreción al juez para la determinación de los efectos del contrato contrario a la norma imperativa o prohibitiva. El juez podrá declarar la validez del contrato, la nulidad total o parcial con efectos retroactivos o modificar el contrato y sus efectos. De este modo se facilita al juez una amplia gama de posibles efectos. Esta aproximación a la materia —cuenta MCQUEEN— fue bastante controvertida en el seno de la “Comisión Lando” por cuanto parecía atribuir a los PECL el poder de sobrepasar el derecho positivo aplicable y una discrecionalidad excesivamente amplia al juez¹⁰⁷. Las dudas se disiparon cuando la “*Law Commission of England and Wales*” emitió en 1999 su Dictamen sobre los efectos de la ilegalidad en los contratos y trusts¹⁰⁸. Dicho Dictamen concluyó, en relación con esta materia,

¹⁰⁵ MACQUEEN (2005, p. 555).

¹⁰⁶ VAN SCHAICK, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁷ MACQUEEN (2005, p. 558).

¹⁰⁸ LAW COMMISSION OF ENGLAND AND WALES (1999), *Consultation Paper No. 154, Illegal transactions: the effect of illegality on contracts and trusts*, www.lawcom.gov.uk. Para un comentario pormenorizado, SPTL SOCIETY OF LEGAL SCHOLARS (2002), “The Law Commission, commercial and common law. Team Illegality in Contract”, De Montfort University, Leicester, Conference 2002.

que el juez habría de gozar de un amplio margen para decidir si la ilegalidad debería valer o no como excepción frente a la demanda de cumplimiento contractual, teniendo en cuenta una serie de factores, tales como la seriedad de la ilegalidad y el conocimiento o la intención de la parte que solicita el cumplimiento, así como si la denegación de la demanda funciona o no como disuasión, facilita o no el propósito de la norma o si esta medida resulta o no proporcionada a la ilegalidad cometida.

Asimismo, los arts. 15:102 PECL y II.-7:302 DCFR invitan al juzgador a tener en cuenta una serie de circunstancias a la hora de determinar los efectos del contrato ilegal. Esta lista no es exhaustiva y, en consecuencia, el juzgador podrá apreciar otras circunstancias. Las circunstancias o factores enumerados en estos preceptos son los siguientes¹⁰⁹: (1) El propósito de la norma infringida, por lo que el juez deberá interpretar de acuerdo con las reglas hermenéuticas usuales el sentido y finalidad de la norma. (2) La categoría de sujetos para los que la norma existe, lo que está muy estrechamente relacionado con el anterior factor. En este sentido, si la norma prohíbe sólo a una de las partes la realización del contrato, esto no quiere decir que la otra parte pueda accionar la ilegalidad para prevenir los efectos del contrato. A nuestro juicio, esta regla conduce a la tradicional doctrina de los actos propios, que podrá ser invocada por la parte contractual inocente (o alegada como fundamento de la demanda) frente a la reclamación de la otra parte que a pesar de conocer la ilegalidad ha celebrado el contrato. (3) La existencia de otras sanciones, pues, en muchas ocasiones, cuando la propia norma en cuestión prevé una sanción penal o administrativa contra el infractor la imposición de ésta suele bastar sin necesidad de que se establezca también la ineficacia del contrato. (4) La seriedad de la infracción, de modo que si ésta es pequeña el juzgador podrá decretar la eficacia del contrato. (5) La intencionalidad de la contravención, lo que legitima al juzgador a tener en cuenta el conocimiento o la inocencia de las partes en la violación de la norma. (6) La relación entre infracción y contrato: este factor exige evaluar si el contrato expresa o implícitamente ha sido estipulado para un cumplimiento ilegal por una o por ambas partes.

Ninguno de estos factores tiene un rango jerárquico superior sobre los demás, salvo la necesidad de la interpretación teleológica de la norma infringida. Sólo gracias a la interpretación del sentido y finalidad de la norma infringida, a lo que coadyuvarán indudablemente el resto de las circunstancias señaladas y cualesquiera otras relevantes presentes en el caso que puedan ponerse en confrontación con la norma, podrá el juzgador fijar el objeto de la norma y con ello cuál es el remedio más adecuado para su consecución. La influencia de los factores enunciados por la “*Law Commission*” inglesa en la formulación de estos preceptos es más que evidente¹¹⁰. Ahora bien, esta influencia no quiere decir que en los ordenamientos continentales la flexibilidad a la hora de apreciar la eficacia del contrato ilegal esté ausente. La jurisprudencia de la mayor parte de los países europeos la establece sobre la base de una serie de factores muy similares a los vistos. Pongamos el ejemplo de la jurisprudencia española. La interpretación del Tribunal Supremo al aplicar el 6.3 CC es muy similar a la de los PECL y el DCFR. El juego de factores a considerar por

¹⁰⁹ Para el comentario de las mismas, MACQUEEN (2005, pp. 558-560); LANDO *et al.* (2003, pp. 216-219).

¹¹⁰ Cfr. MACQUEEN (2005), quien señala que es una influencia aparente.

el juez (todos los factores relevantes) tales como el propósito de la norma, la categoría de las personas para cuya protección existe, cualquier otra sanción que pueda imponerse por la infracción, etc., se encuentra también, como hemos visto, en el jurisprudencia española; la única diferencia formal, no de fondo, es que en los Principios estos factores son más numerosos y detallados.

Esta flexibilidad, a la que indudablemente se llega a través de las cláusulas generales previstas en los Códigos Civiles (art. 1131 *Code*, art. 6.3 CC, § 134 BGB, art. 3:40 NBW...), no es una realidad nueva en la historia del derecho¹¹¹. Ya estaba presente en el derecho romano donde las leyes se clasificaban en atención a la sanción a la que daban lugar, a saber: a) *leges minus quam perfectae*, que comenzaron a proliferar hacia la mitad del siglo II a. C., en las que se preveía una sanción pecuniaria por su incumplimiento pero no la nulidad del acto; b) *leges imperfectae*, ya presentes en los albores del derecho romano, que obedecían a diferentes motivos de política jurídica, pero no que no daban lugar a ninguna sanción (*quieta non movere*); y c) *leges perfectae*, aparecidas en la República tardía, cuya infracción daba lugar a la nulidad del acto.

c) Ineficacia del contrato ilegal y derecho de propiedad (art. 7:303 (2) DCFR)

Los redactores de los PECL no se ocuparon de los problemas vinculados con la transmisión de la propiedad en el marco de los contratos ilegales. Sin embargo, el artículo II.- 7:303 DCFR, establece lo siguiente: “[The] effect of nullity or avoidance under this Section on the ownership of property which has been transferred under the void or avoided contract, or part of a contract, is governed by the rules on the transfer of property”. Como puede verse, el DCFR opta por remitir la cuestión a lo que las normas sobre transmisión de la propiedad establezcan, por lo que deben tenerse en cuenta las siguientes reglas recogidas en el *Book VIII*:

(a) “Regla de la no-transmisión de la propiedad” (*no transfer of ownership rule*). “[W]here the underlying contract or other juridical act is invalid from the beginning, a transfer of ownership does not take place” (Art. VIII.- 2:202). Por lo tanto, la norma general es que si el contrato es nulo *ab initio* no se transmite la propiedad.

(b) “Regla del efecto retroactivo de la nulidad sobre la transmisión” (*retroactive proprietary effect rule*). “[W]here, after ownership has been transferred, the underlying contract or other juridical act is avoided under Book II, Chapter 7, ownership is treated as never having passed to the transferee (*retroactive proprietary effect*)”. Así pues, cuando el contrato, una vez se ha transmitido la propiedad, es anulado por considerarse ilegal, dicha nulidad tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, se entiende que la propiedad nunca ha sido transmitida (Art. VIII.- 2:202, 2).

El sistema opta, claramente, por la retroactividad de los efectos de la nulidad judicialmente declarada de un contrato ilegal, lo cual provoca, como en el sistema francés o español, que tenga que considerarse necesariamente que no se ha transmitido en ningún momento la propiedad. La

¹¹¹ Expresivamente ZIMMERMANN (1996, p. 701): “[O]nly comparatively recently has there been a return to a greater degree of flexibility”.

solución puede parecer completamente lógica para los juristas formados en el derecho continental latino, pero no lo será tanto para los procedentes del ámbito germánico o del *common law*.

En Alemania, como es conocido, rige el principio de la abstracción, y la propiedad se transmite con el consentimiento y la inscripción registral, no haciendo falta causa en el acto de voluntad. Por todo ello, aunque el contrato sea ilegal en un principio hay transmisión de la propiedad. En el Derecho inglés es posible que la propiedad se transmita a raíz de un contrato ilegal (*Tinsley v. Milligan*)¹¹².

4.3.2. Ineficacia parcial (arts. 15:103 PECL y II.-1:108 DCFR): el principio de conservación del contrato en los PECL y en el derecho comparado

El art. 15:103 PECL recoge la regla de la nulidad parcial del contrato (*partial ineffectiveness*) que se encuentra presente en la mayor parte de los ordenamientos europeos en consonancia con el principio de conservación del contrato (*principle of severability*). La mayor parte de los ordenamientos europeos suministra preceptos sobre la ineficacia parcial (§ 139 BGB, art. 20 del Código suizo de obligaciones, art. 3:41 NBW, art. 1419 del *Codice Civile*, arts. 1217 y 1218 del Código Civil belga, art. 181 del Código Civil griego), o se reconoce ampliamente su aplicación en la jurisprudencia como es el caso de Inglaterra (*Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.*, [1913] A.C. 724) o España. La idea de la que se parte es la minimizar el impacto de la ilegalidad o de la inmoralidad, a cuyo fin si el contrato es ilícito sólo en una parte el resto permanece válido a no ser que esto resulte irrazonable atendiendo a todas las circunstancias del caso. La misma regla se aplica con las convenientes adaptaciones en relación con la restitución (art. 15:104) y la indemnización de daños (art. 15:105). Según los comentarios al precepto, las circunstancias que pueden tenerse en cuenta incluyen la consideración sobre si el contrato tiene vida independiente o no sin la parte inválida, si las partes habrían querido o no un contrato sólo con la parte que permanece válida y la evaluación del impacto de la invalidez parcial en el equilibrio de las obligaciones respectivas de las partes¹¹³.

Este principio no aparece en la regulación concreta de los contratos ilegales e inmorales en el DCFR (arts. II.-7:301 a 7:305), sino que se recoge con mayor amplitud para cualquier supuesto de invalidez o ineficacia en el art. II.-1:108 (obsérvese que este Capítulo 2 del Libro II se dedica a preceptos de eficacia general para todo el derecho de contratos). Este último precepto establece que cuando sólo una parte del contrato o del acto jurídico sea inválida o ineficaz la parte restante será válida si razonablemente puede mantenerse sin la parte inválida o ineficaz. La expansión de la regla de la ineficacia parcial a todo supuesto de invalidez es un acierto, puesto que esta regla es compatible tanto con la nulidad como con la anulabilidad sin necesidad de distinguir las causas que dan lugar a la invalidez.

¹¹² Cfr. ENONCHONG (1995, p. 200).

¹¹³ Cfr. MACQUEEN (2005, p. 560); LANDO *et al.* (2003, p. 221).

4.3.3. Restitución (art. 15:104 PECL)

a) El régimen flexible del artículo 15:104 PECL

El art. 15:104 consagra en su primer párrafo el principio general de la *restitutio in integrum*. Cuando el contrato es declarado nulo por contravenir la ley o algún principio fundamental ambas partes podrán exigirse la restitución de cuanto hayan entregado. Pero la formulación de este principio no da lugar a una regla de carácter absoluto. El párrafo segundo la flexibiliza al ordenar al juez a la hora de valorar la necesidad de la restitución a que tenga en cuenta los factores indicados en el art. 15:102 (3) PECL. Así pues, el art. 15:104 prevé un régimen flexible de la restitución de las prestaciones en los contratos ilegales e inmorales¹¹⁴. Por lo tanto, el juez concederá o denegará la restitución, bajo su discreción, tras realizar una interpretación del sentido y finalidad de la norma infringida o una evaluación objetiva del orden extralegal en consideración del principio fundamental infringido, y en ambos casos atendiendo al resto de factores señalados en el precepto. Se incluye además una regla sobre la buena fe de quien pide la restitución (*clean hands rule*), pues no se concederá la repetición a quien conoció o debió haber conocido el motivo de la ineficacia (núm. 3, art. 15:104). El sistema se cierra con una cláusula subsidiaria para cuando no sea posible la entrega en forma específica de la restitución, en cuyo caso será sustituida por una suma razonable (núm. 4, art. 15:104).

b) La remisión a las normas sobre el enriquecimiento injustificado (Book VII DCFR) en el artículo II.-7:303 (1) DCFR

Señalábamos con anterioridad que la restitución de las prestaciones en el derecho alemán tiene su encuadramiento legal en el denominado “derecho del enriquecimiento injustificado” (*ungerechtfertigtes Bereicherungsrecht*). Pues bien, el DCFR opta por seguir el planteamiento dogmático alemán, como lo demuestra el artículo II.- 7:303.

“[The] question whether either party has a right to the return of whatever has been transferred or supplied under a contract, or part of a contract, which is void or has been avoided under this Section, or a monetary equivalent, is regulated by the rules on unjustified enrichment”.

Así pues, hay que recurrir a las normas específicas sobre el enriquecimiento injustificado recogidas en el *Book VII*. Del conjunto de normas que regula esta figura se deduce que, con carácter general, quien haya cumplido la prestación prevista en un contrato ilegal declarado nulo tiene derecho a solicitar la restitución de la misma con el fin de impedir el enriquecimiento injustificado del otro contratante. (arts. VII.- 1:101, VII.- 5:101 y VIII.-6:102 DCFR). Sin embargo, el artículo VII.- 6:103 prevé una excepción a la obligación general de restituir pensada exclusivamente para los casos en que el contrato haya sido anulado por contravenir los principios fundamentales de los derechos de la Unión Europea o las normas imperativas.

¹¹⁴ LANDO *et al.* (2003, p. 223). Véase también, VATTIER FUENZALIDA (2007, p. 27).

“[W]here a contract or other juridical act under which an enrichment is obtained is void or avoided because of an infringement of a fundamental principle (II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles) or mandatory rule of law, the enriched person is not liable to reverse the enrichment to the extent that the reversal would contravene the policy underlying the principle or rule”.

Puede observarse como la norma libera a la parte que se ha enriquecido indebidamente del deber de restituir cuando ello implique contravenir el propósito o la política que subyace en el principio o norma vulnerada (igualmente, 15:104 PECL). Así pues, es el juez el que debe determinar si la restitución de los bienes o, por el contrario, el rechazo de la misma, coadyuva mejor al cumplimiento y ejecución del objetivo perseguido con la ley violada o la moral o el orden público vulnerado.

Se ha dicho que los redactores del DCFR han sentido una “*hypnotic fascination*” hacia el BGB en este punto¹¹⁵. Pero debe recordarse que la exportación de instituciones típicas y específicas de otros ordenamientos jurídicos, por mucho que pueda justificarse en la aproximación metodológica comparatista de la búsqueda del *better law approach*, puede provocar problemas de adaptación y comprensión nada desdeñables, especialmente en aquellos ordenamientos jurídicos que no han previsto expresamente la institución del enriquecimiento injustificado (como el nuestro o el francés) y/o que no han podido forjar a través de la experiencia una teoría avanzada sobre la restitución y el enriquecimiento injustificado (como el inglés). Por ello, entendemos que la solución de los PECL puede resultar más clara y ser más fácilmente asumible por los operadores jurídicos europeos.

4.3.4. Indemnización de daños (art. 15: 105 PECL y II.-7:304 DCFR)

a) Alcance: negative or reliance interest

Tanto los PECL como el DCFR suministran normas sobre la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la invalidez del contrato contrario a la ley o a algún principio fundamental, pero existen algunas diferencias aparentes que han de esclarecerse.

El art. 15:105 PECL (*Damages*) contiene las siguientes reglas al respecto: 1ª. Legitimación activa de la parte agraviada para reclamar los daños, siempre y cuando no conociera el motivo de la ilicitud del contrato y no pueda esperarse razonablemente que lo debiera conocer (núm. 1) y, en correspondencia, legitimación pasiva de quien conoció o debió conocer dicho motivo (núm. 1). 2ª. Limitación de la indemnización al interés negativo (*negative or reliance Interest*): el demandante sólo puede exigir una indemnización que le coloque en una situación similar a la que tendría si el contrato no hubiere sido celebrado (núm. 1). 3ª. Negación de la indemnización (*denial rule*) a la parte culpable, por cuanto la indemnización no se concederá a quien conoció o debió haber conocido el motivo de la ineficacia del contrato (núm. 3). 4ª. Regla interpretativa: el juzgador deberá tener en cuenta —aunque no exclusivamente, según nos parece— los factores indicados en el art. 15:102 (3). En lo que se refiere al art. II.-7:304 DCFR (*Damages for loss*) dedicado a resolver la misma cuestión, las reglas son las siguientes: 1ª. Legitimación: los requisitos tanto de la legitimación activa como de la pasiva son los mismos (núm. 1). 2ª. Indemnización, en principio, de cualquier daño, puesto que el agraviado podrá pedir la indemnización de cualquier pérdida

¹¹⁵ SIRENA (2008, p. 450).

sufrida como consecuencia de la invalidez: “[A] party to a contract which is void or avoid (...) is entitled to damages from the other party for any loss suffered as a result of this invalidity (...)”. 3ª. Limitación de la indemnización al interés negativo (*negative or reliance Interest*), según declara el núm. 2 del precepto. 4ª. Negación de la indemnización a la parte culpable (*denial rule*), con el mismo alcance que en los Principios (núm. 1).

Ante este orden de cosas, cabe hacer dos observaciones. (1) En el art. II.-7:304 no se incluye ninguna regla interpretativa, por lo que el juzgador no deberá acudir obligatoriamente a los factores señalados en el art. II.-7:302, aunque indudable podrá hacerlo, lo que será muy aconsejable en los casos en que exista una concreta norma imperativa o prohibitiva. (2) Hay una clara contradicción entre la laxitud de la regla de la indemnización de cualquier pérdida y la regla de la limitación al interés negativo. El único modo de resolver esta cuestión es tener en cuenta el antecedente del art. 15:105 PECL y sus comentarios, así como el sentido común. Ante la duda sobre si cabe la indemnización de cualquier daño (por ejemplo, las ganancias dejadas de obtener) o sólo la indemnización del interés negativo, debe contestarse que el art. II.-7:304 contempla la indemnización bajo la aplicación de esta última regla, formulada expresamente en el núm. 2 de este precepto con la intención de no convertirlo en un “cajón de sastre”, por lo que la aparente amplitud con la que se regula la indemnización en el núm. 1 no es más que un exceso lingüístico de los *drafters*. Un error que deberá corregirse en el futuro o que deberá aclarar el comentario oficial al DCFR que se espera para su próxima edición.

En efecto, como se expresa en los comentarios del art. 15:105 PECL, el objetivo de la indemnización de daños por nulidad del contrato contrario a la ley o algún principio fundamental es el mismo que el de la restitución, colocar a la parte agraviada en la misma posición que tendría si el contrato no se hubiese celebrado, es decir, proteger su interés negativo¹¹⁶. 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. En consideración a estos datos, por lo tanto, el interés positivo queda excluido de este tipo de indemnizaciones.

b) Requisitos

Los presupuestos para la concesión de la indemnización sobre la base de los arts. 15:105 PECL y II.-7:304 DCFR son los siguientes:

¹¹⁶ MACQUEEN (2005, p. 563); LANDO *et al.* (2003, p. 226).

1º. Realización de expensas por la parte agraviada (*incidental expenditures*). Como hemos visto, sólo se indemniza el interés negativo del agraviado, es decir, las expensas o gastos que haya podido realizar en atención a la realidad del contrato que reputa válido. Quedan excluidas, indudablemente, las ganancias dejadas de obtener. Igualmente, como consecuencia de esta limitación de los daños indemnizables, deberá excluirse el daño moral. Bajo este concepto (*negative Interest*) se indemnizan cualesquiera gastos imaginables que tengan relación con el contrato inválido. Las cantidades que la parte inocente haya entregado a la otra como ejecución de la prestación que le corresponde se recuperarán por la vía de la restitución.

2º. Inocencia de la parte agraviada (*clean hands rule*). Quien reclama el daño no debe conocer o haber estado en condiciones de conocer el motivo de la nulidad. No podrá alegar la ignorancia de la norma de prohibición, aunque sí, dependiendo del derecho doméstico, el error de hecho y el de derecho siempre que sean excusables.

3º. Conexión entre las expensas o gastos realizados y la contemplación del contrato nulo. El nexo causal debe establecerse entre estos elementos, no puede alargarse más allá. En otras palabras, si el contrato ilícito celebrado no hubiese existido el demandante no habría realizado los gastos que reclama (*condicio sine qua non*).

5. Conclusiones

En todos los ordenamientos se sancionan la ilegalidad y la inmoralidad. Las convergencias son notables. Por un lado, es común a todos los ordenamientos articular consecuencias menos severas para los contratos que infringen las leyes imperativas o prohibitivas, salvo que en ellas se establezca expresamente la nulidad del contrato. Los contratos inmorales y contrarios al orden público, en cambio, siempre reciben la sanción de la nulidad radical. Tanto para la contravención de la ley como para la contravención de las buenas costumbres también es común en los diferentes ordenamientos, sobre la base del principio de conservación del contrato, la nulidad parcial siempre que el contrato pueda subsistir sin la parte inválida.

La única diferencia se encuentra en la aproximación histórica al tema. Los sistemas latinos lo hacen a través del expediente de la causa en función de los conceptos de la "causa ilícita" y la "causa torpe", mientras que los sistemas germánicos y anglosajones prefieren los conceptos de contrariedad a la moral, al orden público y a las leyes prohibitivas (*illegality, public policy, Sittenwidrigkeit* y *Verstoß gegen gesetzliches Verbot*). Se trata, por lo tanto, de dos técnicas legales funcionalmente equivalentes. Hoy en día, todas ellas, formuladas en el derecho de los diferentes Estados como cláusulas generales o sistematizadas en el *case law*, se comprenden en las modernas expresiones "*contracts infringing mandatory rules*" y "*contracts contrary to fundamental principles*" en los PECL y en el DCFR. Por otro lado, se ha detectado una transferencia histórica de un grupo a otro, en la medida que contratos que en el pasado eran contrarios al orden público o a la moral ahora resultan ilegales, al acabar siendo recogidos en una concreta norma prohibitiva o imperativa, como por ejemplo, acontece en con el *pactum de litis quota* o con ciertos pactos de no concurrencia y pactos de exclusividad que han venido a consagrarse en las diferentes de leyes de

protección de la competencia y del trabajo. No obstante, la ilicitud y la inmoralidad deben evaluarse en un contexto social e histórico determinado. Hay una gran coincidencia de supuestos comunes en los países europeos, pero también existen algunos que son valorados como inmorales o ilegales (según el caso) en algunos Estados y no en otros; el *pactum de litis quota* es un buen ejemplo de esto último.

No obstante, existen divergencias a la hora de tratar el tema de la restitución de las prestaciones. Unos ordenamientos las permiten con carácter general, mientras que otros no. Ahora bien, el decurso histórico de todos los ordenamientos camina hacia la flexibilización de los parámetros generales. Como ha podido constatarse en el anterior estudio del derecho comparado, los diferentes sistemas han mostrado históricamente una tensión interna entre la regla de la *restitutio in integrum* y la regla *nemo auditur* en cualquiera de sus variantes (especialmente, la máxima *ex turpi causa melior est conditio possidentis*)¹¹⁷. En síntesis, abstrayendo al máximo las reglas, existen dos modelos de aproximación al tema. Por un lado, el modelo europeo continental (modelo escolástico) en el que, primeramente, se establece una regla general de restitución de las prestaciones con el fin de privar de efectos al acto o contrato declarado ineficaz y, en segundo lugar, se articula una excepción (o excepciones) a esta regla con el fin de impedir la repetición de lo entregado en los casos en que la nulidad proviene de la contravención a la ley, la moral o el orden público. La excepción se formula de diversas maneras dependiendo del ordenamiento, pero siempre responde al mismo principio, *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*. Por otro lado, destaca el modelo anglosajón, donde se parte de la regla tradicional *ex turpi causa melior est conditio possidentis*, al tiempo que se admite en época más reciente la restitución de las prestaciones en los casos en que el propósito de las partes no se haga depender de la nulidad del contrato (*Bowmaker rule*). Con el tiempo, para evitar la injusticia, la tendencia del derecho continental ha sido la de limitar en la medida de lo posible la aplicación de la regla de la irrepitibilidad en los casos de los contratos ilegales o inmorales, mientras que en el derecho anglosajón la huida se ha producido hacia una mayor aplicación de la regla de la restitución a pesar de la *illegality*.

“[T]he obvious advantage of a discretionary approach is that it enables courts to avoid results which are unjust to one party or unwise as a matter of legal policy. But its obvious drawback is the legal uncertainty which it creates. On the other hand, this uncertainty needs to be placed in its context” (DANNEMANN, G. 2000, p. 8).

En definitiva, en ambos modelos los tribunales han sentido la necesidad de dotar de una alta flexibilidad a las reglas con la finalidad de buscar la justicia del caso concreto. He aquí la razón de la introducción de este “principio de flexibilidad” en el art. 15:104 PECL. La mejor medicina contra la ilegalidad o la inmoralidad de los contratos es un sano *discretionary approach*, con independencia de la aparente incerteza que en un principio pueda inspirar. Los resultados suelen ser justos en su contexto concreto.

¹¹⁷ Véanse KÖTZ y PATTI (2006, pp. 292 y ss.); DANNEMANN (2000, p. 7); SWADLING (2000, pp. 7 y ss.); ENONCHONG (1995, p. 211).

6. *Tabla de sentencias**Sentencias alemanas*

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Fuente</i>
Bundesgerichtshof [BGH]	9.6.1969	BGHZ 52, 171, 176
Oberlandsregericht [OLG] – Dusseldorf	27.7.1970	NJW 1970, 1852
Bundesgerichtshof [BGH]	31.3.1970	BGHZ, 53, 369
Bundesgerichtshof [BGH]	14.6.1972	NJW 1972, 1459
Bundesverwaltungsgericht [BVerwG]	15.12.1981	NJW 1982, 664
Bundesgerichtshof [BGH]	17.1.1979	NJW 1979, 865
Oberlandsregericht [OLG] – Hamm	2.12.1985	NJW 1986, 781
Bundesgerichtshof [BGH]	17.1.1983	BGE, 109, II, 15
Bundesgerichtshof [BGH]	7.12.1983	NJW 1984, 797
Landsgericht [LG] – Freiburg	25.3.1987	NJW 1987, 1486
Bundesgerichtshof [BGH]	13.6.1996	BGHZ 133, 90 [NJW 1996, 2499]

Sentencias españolas del Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado ponente</i>
1ª, 27.2.1964	RJA 11452	Emilio Aguado González
1ª, 7.7.1978	RJA 2755	Jaime De Castro García
1ª, 31.12.1979	RJA 4499	Jaime De Castro García
1ª, 31.3.1981	RJA 1144	Carlos De La Vega Benayas
1ª, 24.11.1983	RJA 6499	Carlos De La Vega Benayas
1ª, 21.2.1984	RJA 770	Carlos De La Vega Benayas
1ª, 30.11.1985	RJA 5133	Antonio Sánchez Jáuregui
1ª, 11.12.1986	RJA 7432	Rafael Pérez Gimeno
1ª, 17.10.1987	RJA 7293	Cecilio Serena Velloso
1ª, 12.11.1987	RJA 8375	Matías Malpica González-Elipe
1ª, 20.4.1988	RJA 3265	Adolfo Carretero Pérez
1ª, 16.5.1988	RJA 4308	Manuel González Alegre y Bernardo
1ª, 24.4.1991	RJA 3025	Jaime Santos Briz
1ª, 15.12.1993	RJA 9989	Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
1ª, 26.2.1994	RJA 1198	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 18.11.1994	RJA 8777	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 28.9.1996	RJA 1996/6820	Pedro González Poveda
1ª, 13.3.1997	RJA 2103	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 26.10.1998	RJA 8237	Francisco Morales Morales
1ª, 5.4.1999	RJA 1873	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 9.11.1999	RJA 8009	Román García Varela
1ª, 16.12.1999	RJA 8978	Ignacio Sierra Gil de La Cuesta

1ª, 17.1.2000	RJA 222	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 2.6.2000	RJA 5092	Francisco Marín Castán
1ª, 26.7.2000	RJA 9177	Jesús Corbal Fernández
1ª, 30.11.2000	RJA 9319	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 12.12.2000	RJA 9890	Francisco Marín Castán
1ª, 20.5.2001	RJA 4346	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 12.7.2001	RJA 5164	José Ramón Vázquez Sandes
1ª, 2.4.2002	RJA 2485	José De Asís Garrote
1ª, 7.5.2002	RJA 4045	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 18.6.2002	RJA 5224	Román García Varela
1ª, 11.2.2003	RJA 1004	Jesús Corbal Fernández
1ª, 13.5.2004	RJA 2739	Antonio Romero Lorenzo
1ª, 31.5.2005	RJA 4251	Francisco Marín Castán
1ª, 31.5.2005	RJA 4252	Alfonso Villagómez Rodil
1ª, 20.7.2006	RJA 4734	Román García Varela
1ª, 24.10.2006	RJA 6710	Jesús Corbal Fernández
1ª, 30.11.2006	RJA 9488	Francisco Marín Castán
1ª, 21.11.2006	RJA 8126	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 8.2.2008	RJA 2817	Clemente Auger Liñán
1ª, 10.10.2008	RJA 5687	Francisco Marín Castán
3ª, 4.12.2008	JUR 2800	Eduardo Espín Templado

Sentencias francesas

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Fuente</i>
Cour de Cassation (Chambre Civile)	2.12.1981	D. 1982, IR 474
Cour de Cassation (Chambre Civile)	3.2.1999	Bull. nº 43

Sentencias holandesas

<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>	<i>Fuente</i>
Hoge Raad [HR]	28.6.1991	NJ 1992, No. 787

Sentencias inglesas

<i>Caso</i>	<i>Ref./Fecha</i>
<i>Walker v. Perkins.</i>	1 W. Bl. 517 [1764]
<i>Lowe v. Peers</i>	4 Vurr. 2225 [1768]
<i>Girardi v. Richardson</i>	1 Esp. 13 [1793]
<i>De Wutz v. Hendricks</i>	2 Bing. 314 [1824]

<i>Keir v. Leemann</i>	9 Q.B. 371 [1846]
<i>Benyon v. Nettlefold</i>	3 Mac. & G. 94 [1850]
<i>Vansittart v. Vansittart</i>	D.& J. 249, 259 [1858]
<i>Begbie v. Phosphate Sewege Co.</i>	L.R. 10 Q.B. 491 [1875]
<i>Anctil v Manufacturers' Life Insurance Co</i>	A.C. 604 [1899]
<i>Humphreys v. Polak</i>	2 K.B. 385 [1901]
<i>Amalgamated Society of Railway Sevants v. Osborne</i>	A.C. 87 [1910]
<i>Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.</i>	A.C. 724 [1913]
<i>Parkinson v. Colleague of Ambulance</i>	2 K.B. 1 [1925]
<i>Haseldine v. Hosken</i>	1 K.B. 822, 836 [1933]
<i>Bomakers Ltd. vs. Barnet Instruments Ltd.</i>	2 All E.R. 579 [1944]
<i>Emanuel v. Emanuel</i>	P. 115 [1946]
<i>J. Dennis & Co. Ltd. V. Munn</i>	2 K.B. 327 [1949]
<i>Bennett v. Bennett</i>	1 KB 249, 252 [1952]
<i>Archbolds [Freightage] Ltd. V. Spanglett Ltd.</i>	Q.B. 374, 388 [1961]
<i>R. v. Andrews</i>	Q.B. 422 [1973]
<i>Michael Richards Properties Ltd. V. St. Saviour's Parish</i>	3 All E.R. 416 [1975]
<i>Corby v. Morrison</i>	I.R.L.R. 218 [1980]
<i>Lemenda Trading Co. Ltd. v. African Middle East Petroleum Co. Ltd.</i>	Q.B. 448 [1988]
<i>Tinsley v. Milligan</i>	1 A.C. 340 [1994]
<i>Goldsoll v. Goldman</i>	1 Ch. 292 [1915]
<i>Scout v. Brown</i>	2 QB 724 [1892]
<i>Tinsley v. Milligan</i>	1 AC. 340 [1994]
<i>McEllistrims Case</i>	AC 548 [1919]
<i>Esso Petroleum Co. Ltd. v. Harper's Garage [Stoutport] Ltd.</i>	A.C. 269 at 394, 307, 336 [1968]
<i>Donnell v. Bennett</i>	Ch. D. 835 [1883]
<i>United Shoe Machinery Co. of Canada v. Brunet</i>	A.C. 33 [1909]
<i>Texaco Ltd. v. Mullberry Filling Station Ltd.</i>	1 W.L.R., 814 [1972]
<i>Foley v. Classique Coaches</i>	2 K.B. 1 [1934]
<i>Bull v. Pitney-Bowes</i>	1 W.L.R. 273 [1967]
<i>Mason v. Provident Clothing and Supply Co. Ltd.</i>	A.C. 724 [1913]
<i>Bloxsome v. Willians</i>	3 B & C 232 [1824]
<i>Re Mahmoud and Ispahani</i>	2 KB 716 [1921]
<i>Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.</i>	AC 724 [1913]
<i>Atkinson v. Denby</i>	7 H & N. 934 [1862]

<i>Liverpool Victoria Legal Friendly Soc.</i>	2 K.B. 482 [1916]
<i>Oom v. Bruce</i>	12 East 225 [1810]
<i>Harry Parker Ltd. v. Mason</i>	2 K.B. 590 - 608 [1940]
<i>Bowmakers Ltd. v. Barnet Instruments Ltd.</i>	2 All E.R. 579 [1944]
<i>Esso Petroleum Co. Ltd. V. Harper's Garage [Storport] Ltd.</i>	AC 269 [1968]

7. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1995), "La nulidad de los préstamos usureros", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, Fascículo 1, pp. 33-50.

Christian ARMBRÜSTER (2006), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., Bd. 1 - Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 134 - Gesetzliches Verbot].

--- (2006), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., Bd. 1 - Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 138 - Sittenwidrigkeit; Wucher].

Clara Isabel ASÚA GONZÁLEZ (1989), *La culpa in contrahendo: tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos*, Universidad del País Vasco, D.L., Bilbao.

Hugh BEALE *et al.* (2002), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Jack BEATSON (1998), *Anson's Law of Contract*, 27th ed., Oxford University Press, Oxford.

Peter BIRKS (2000), *English Private Law*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford-New York.

Danny BUSCH *et al.* (2002), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Ars Aequi Libri - Nijmegen & Kluwer Law International, The Hague-London-New York.

Claus-Wilhelm CANARIS (1983), *Gesetzliches Verbot un Rechtsgeschäft*, Müller, Heidelberg.

Ángel CARRASCO PERERA (1987), "Restitución de provechos I", *Anuario de Derecho Civil*, Vol 40, Fascículo 4, pp. 1055-1148.

--- (1988), "Restitución de provechos II", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 41, Fascículo 1, pp. 5-151.

--- (1992), "Art. 6.3 CC", en Manuel ALBALADEJO (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. 1, EDERSA, Madrid.

--- (1992), "Comentario a la Sentencia 3 septiembre 1992", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, No. 30, pp. 869-863.

Miguel CERDÁ OLMEDO (1980), "Nemo auditor propiam turpitudinem allegans", *Revista de Derecho Privado*, No. 64, pp. 1187-1208.

Jeroen CHORUS *et al.* (2006), *Introduction to Dutch Law*, 4th revised ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (The Netherlands).

Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1987), "Sentencia de 11 de diciembre de 1986", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, No. 15, pp. 4281 y ss.

--- (1998), *La causa del contrato*, Studia Albornotiana LXX, Bolonia.

--- (2007), "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato", en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (Coordinador), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 59-88.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL (2009), "Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *Boletín de Información - Ministerio de Justicia*, Año LXIII, Imprenta Nacional del B.O.E., Madrid.

Gerhard DANNEMANN (2000), "Illegality as Defence Against Unjust Enrichment Claims", *Oxford U Comparative L Forum* 4 (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/dannemann.shtml>).

Federico DE CASTRO (1991), *El Negocio Jurídico*, ed. fasc., Civitas, Madrid.

José Luís DE LOS MOZOS (1961), "La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto", *Revista de Derecho Notarial*, pp. 283 y ss.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (1991), "Arts. 1300 a 1314", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y M^a Ángeles PARRA LUCÁN (2005), *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.

Luís DíEZ-PICAZO (1991), "Par delictum y par causa turpitudinis", *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo V, pp. 173-192.

--- (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, Civitas, Madrid.

Luís DíEZ-PICAZO, Encarna ROCA i TRÍAS y Antonio MANUEL MORALES MORENO (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid.

Hermann DILCHER (1993), *J. von Staudinger - Kommentar zum BGB*, 13^a ed., Sellier-de-Gruyter, Berlin [§ 138 - Sittenwidrigkeit].

Nelson ENONCHONG (1995), "Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, No. 1, pp. 196-213.

Javier FAJARDO FERNÁNDEZ (2003), "Forma, objeto y causa/consideration", en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, pp. 399-434.

Robert FEENSTRA (1987), "Nemo auditur suam turpitudinem allegans", en *Brocardia in honorem G.C.J.J. van der Bergh*, Kluwer, Deventer, pp. 31-36.

María Paz GARCÍA RUBIO (1989), "Responsabilidad por ruptura injustificada de negociaciones: A propósito de la Sentencia (Sala 1^a) de 16 de mayo de 1988", *La Ley*, No. 4, pp. 1112-1119.

--- (1991), *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Tecnos, Madrid.

--- (2007), "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho Privado y Constitución*, No. 21, pp. 131-166.

Jacques GHESTIN (2005), "Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats", *European Review of Contract Law*, Vol. 1, No. 4, pp. 396-416.

Carlos Rafael GÓMEZ DE LA ESCALERA (1995), *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad, D. L., Madrid.

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE y Carlos Alberto RUIZ GARCÍA (2009), "Honorarios de abogados, competencia y pacto de *quota litis* (Comentario a la STS, 3ª, 4.11.2008)", *InDret* 1/2009 (www.InDret.com).

Arthur S. HARTKAMP y Marianne M. M. TILLEMA (1995), *Contract Law in Netherlands*, Kluwer International, The Hague-London-Boston.

HERFERMEHL (1999a), *Soergel - Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2 (Redaktion: Manfred Wolf), W. Kohlhammer [§ 134 - Gesetzliches Verbot].

--- (1999b), *Soergel - Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2, Allgemeiner Teil 2 (Redaktion: Manfred Wolf), W. Kohlhammer [§ 138 - Sittenwidrigkeit].

Jacob HIJMA (2000), "Modern codification of Property Law and Contract Law (The Dutch Experience)", en *XI Jornades de Dret català à Tossa*, 21-22.09.2000 (<http://civil.udg.edu/tossa/2000/Textos/p/2/HIJMA.htm>).

Tobias JONKERS (2008), "Effects of illegality in Dutch and Common Law with special regards to the nemo auditur-rule", *Working Paper Annual Legal Research Network Conference*, University of Groningen.

Hein KÖTZ y Salvatore PATTI (2006), *Diritto europeo dei contratti* [*Europäisches Vertragsrecht* (1996), J. B. C. Mohr, Tübingen], trad. it. Sabine Buchberger, Giuffrè, Milano.

Ole LANDO *et al.* (2003), *Principles of European Contract Law*, Part. III, Kluwer Law International, The Hague-London-New York.

--- (2006), *Principles of European Contract Law*, 2nd ed, Part. III, Kluwer Law International, The Hague-London-New York.

Stefan LEIBLE (2006), "Non-Discrimination", *ERA - Special Issue European Contract Law*, pp. 76-89.

LIEB (2004), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5 - Schuldrecht - Besonderer Teil III (Redakteur: Peter Ulmer), 4ª ed., C. H. Beck, München [§ 817 - Verstoß gegen Gesetz oder Gütte Sitten].

Carmen LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (1995), *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Hector L. MACQUEEN (2005), "Illegality and Inmorality in Contracts: Towards European Principles", en Antonio VAQUER ALOY (Editor), *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo – The Principles of European Contract Law Part III*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 549-566.

Basil MARKESINIS *et al.* (2006), *The German Law of Contracts. A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2003), "Notas sobre las condiciones relativas al contenido del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", en Carlos VATTIER (Coordinador), *Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos*, Vol. 1, Dykinson, Madrid.

Theo MAYER-MALY y Christian ARMBRÜSTER (2001), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4ª ed., Bd. 1 – Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 134 - Gesetzliches Verbot].

--- (2001), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4ª ed., Bd. 1 – Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 138 - Sittenwidrigkeit; Wucher].

Harvey MCGREGOR (1997), *Contract Code*, traducción y nota preliminar de José Mª CUESTA SÁENZ y Carlos VATTIER FUENZALIDA, Bosch, Barcelona.

Dieter MEDICUS (1997), *Allgemeiner Teil des BGB*, 7ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

Antonio Manuel MORALES MORENO (1988), "Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 41, Fasc. 2, pp. 607-630.

--- (1994), "Causa", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid.

--- (2006), "El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, Fasc. 4, pp. 1529-1546.

Susana NAVAS NAVARRO (2007), "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 60, Fasc. 4, pp. 1619-1640.

Robert Joseph POTHIER (1825), *Traité des Obligations*, fasc. 9ª ed., Paris.

Joaquín RAMS ALBESA (2000), "Los contratos ilegales o conflictos", en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de Obligaciones*, Vol. I, Dykinson, Madrid.

Filippo RANIERI (2003), *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 2ª ed., Springer, Wien-New York.

Miguel RUIZ MUÑOZ (1993), *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid.

Elsa SABATER BAYLE (2006), "La invalidez de los negocios usurarios", *Principal* (Especial Coloquio) NUL. *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, document.php?id=264.

- Paloma SABORIDO SÁNCHEZ (2005), *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (2008), "Sentencia de febrero de 2008", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, No. 78, pp. 1379-1399.
- Eltjo SCHRAGE (1994), "Restitution in the new Dutch Civil Code", *Restitution Law Review*, pp. 208-221.
- Pietro SIRENA (2008), "The DCFR- Restitution, unjust enrichment and related issues", *European Review of Contract Law*, Vol. 4, No. 3, pp. 445-454.
- SPTL SOCIETY OF LEGAL SCHOLARS (2002), "The Law Commission, commercial and common law. Team Illegality in Contract", De Montfort University, Leicester, Conference 2002.
- William SWADLING (2000), "The Role of Illegality in the English Law of Unjust Enrichment", *Oxford U Comparative L Forum*, No. 5 (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/swadling.shtml>).
- François TERRE *et al.* (1999), *Droit Civil. Les obligations*, 7^a ed., Dalloz, Paris.
- Günther TEUBNER (1971), *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Athenäum - Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 8, Frankfurt a.M.
- Guenter H. TREITEL (1999), *The Law of Contract*, 10th ed., Sweet & Maxwell, London.
- Vicente TORRALBA SORIANO (1966) "Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del TS", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, Vol. 19, Fasc. 3, pp. 661-708.
- Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (2001), "Elementos esenciales del contrato", en Ángel LÓPEZ *et al.*, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2007), "Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres", *Teoría y práctica del Derecho*, No. 2, pp. 264-289.
- Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO (2002), "Los contratos ilegales en *common law*", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, Fasc. 1, pp. 115-162.
- (2003), *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Carlos VATTIER FUENZALIDA (2003), "Inexistencia y nulidad del contrato", en Carlos VATTIER (Coordinador), *Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos*, Dykinson, Madrid.
- (2007), "Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos", en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (Coordinador), *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- Christian VON BAR *et al.* (2008), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition.
- (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, revisión, Interim Outline Edition.

Arthur VON MEHREN (1982), "A general view of Contract", en *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol III, Chap. 1, J.C.B. Mohr, Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen-The Hague-Boston-London.

Raymond YOUNGS (1998), *English, French and German Comparative Law*, Cavendish Publishing, London-Sidney-Portland.

Reinhard ZIMMERMANN (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford.

Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ (1995), *Introduzione al diritto comparato*, Vol. II, Istituti, traducción de Estella Cigna, Giuffrè, Milano.