

Los contratos ilegales en el *Common Law*

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO

Profesor Titular E. U.

Universidad de Cantabria (I)

SUMARIO: 1. *Precisiones terminológicas.*—2. *Aspectos generales del Common Law (Statutes-Caselaw).*—3. *Clasificaciones usuales de los contratos ilegales en el Common Law:* 3.1 Introducción. 3.2 Contratos contrarios al derecho positivo, a la moral y a las buenas costumbres y al orden público. 3.3 Contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*. 3.4 Contratos ilegales en su formación y contratos ilegales en su realización. 3.5 Contratos con ilegalidad objetiva y contratos con ilegalidad subjetiva. 3.6 Contratos ilegales, *void*, *voidable* y *unenforceable*: 3.6.1 Aspectos generales. 3.6.2 Principales diferencias en los regímenes jurídicos: *Void contracts* e *Illegal contracts*.—4. *Peculiaridades del Derecho Estadounidense.*—5. *Tratamiento general de la ilegalidad contractual en el Common Law:* 5.1 Introducción. 5.2 Causa Ilícita *versus Public Policy*: 5.2.1 Dos conceptos diferentes: causa y *consideration*. 5.2.2 Causa, *consideration* y *Public Policy*. 5.3 Principios generales del *Common Law* respecto a los efectos del contrato ilegal: 5.3.1 *Ex turpi causa non oritur actio*. 5.3.2 El otro punto de partida de una discusión sobre la ilegalidad es la máxima *in pari delicto potior est conditio defendentis*. 5.3.3 Restitución o remuneración restitutoria cuando las partes no están en *Pari delicto*. 5.4 Casos en los que se admite que puedan prosperar pretensiones en base a un contrato ilegal: 5.4.1 Introducción. 5.4.2 Ignorancia de hechos y leyes. 5.4.3 Contrato ilegal en virtud de un propósito o una finalidad ilícitos de los cuales sólo una de las partes es culpable. 5.4.4 Cuando ambas partes no se encuentran en *Pari delicto*, porque algunas leyes (*Statutes*) están diseñados para proteger a un colectivo de personas frente a otras. 5.4.5 Los contratos laborales o de obra o de arrendamiento de servicios. 5.4.6 *Severance* (nulidad parcial). 5.4.7 Interpretación de propósitos y reforma judicial. 5.4.8 Arrepentimiento-*Locus poenitentiae*. 5.4.9 Ilegalidad por causa remota-contratos colaterales. 5.5 Efectos de los *Statutes* que exigen licencias o autorizaciones. 5.6 El cambio de la Ley o de la coyuntura después que el contrato ha sido celebrado.—6. *El Common Law como ordenamiento jurídico eminentemente liberal.*—7. *Conclusión. Variedades y grados de ilegalidad, con variaciones en los efectos legales.*

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En primer lugar, conviene hacer una matización en cuanto a la nomenclatura que usamos. En lo que se ha venido denominando derecho comparado la terminología usada por los autores que se han ocupado de realizar los estudios y análisis comparativos entre ordenamientos jurídicos ha variado dependiendo de su nacionalidad. Es decir, la terminología varía dependiendo del punto de vista desde el cual se posiciona la persona que realiza la comparación. En un principio, cuando el contraste de sistemas jurídicos provenía de autores europeos se distinguía entre el Derecho inglés y el Derecho continental. Cuando la comparación se hacía desde autores pertenecientes al Reino Unido podíamos encontrar hasta cinco expresiones: *English law*, *Common Law*, *Continental Law*, *Roman Law* y *Civil Law*¹.

Este continuo diálogo y comparación recíproca entre estos dos sistemas jurídicos occidentales dio lugar a su agrupación en dos «familias» que se vinieron a denominar genéricamente *Civil law* y *Common law*.

Castán, al clasificar los grandes sistemas jurídicos de cultura occidental, lo hace en tres grandes sistemas: sistemas de filiación romano-cristiana, sistemas de filiación anglosajona y sistemas escandinavos. Cuando se refiere al sistema de filiación anglosajona se refiere al Derecho común inglés o Derecho angloamericano².

Está claro que al heredar Estados Unidos o Norteamérica, más genéricamente, el sistema del *Common Law* el contraste y diálogo entre el *Civil Law* y *Common Law* se mundializa y adquiere extraordinaria relevancia³. Se trata de comparar los sistemas jurídicos de la mayoría de los países de cultura occidental que mayor desarrollo han adquirido.

No es óbice realizar este tipo de comparaciones para que se tengan en cuenta peculiaridades de concretos ordenamientos jurídicos nacionales. En realidad, actualmente existe una corriente europeizante que trata de unificar criterios para llegar a un Derecho privado europeo común. Aunque para ello se cuenten con numerosas trabas, sobre todo provenientes de las tendencias que podríamos denominar nacionalistas. Una tentativa por acercar el Derecho

¹ GORLA, G., *Il diritto comparato e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»* [relazione del congresso], Milano, 1983, p. 501.

² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 18.

³ GORLA, G., *Il diritto comparato e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»*: [relazione del congresso], Milano, 1983, p. 508.

Inglés al resto de los Derechos europeos se encuentra por ejemplo en el Proyecto de *Contract Code*, redactado por Harvey McGregor por encargo de la Law Comisión inglesa⁴. Por otro lado, no podemos pasar por alto que la tendencia actual del *Civil Law* es hacia lo que se ha dado en describir como la descodificación y constitucionalización⁵, con lo que estos ordenamientos jurídicos han sido permeables y se han adaptado a unas necesidades comunes a todos los sistemas legales o tradiciones jurídicas occidentales⁶.

Cuando nosotros hablamos de derecho del *Common Law* lo hacemos queriendo referirnos, fundamentalmente, a los sistemas jurídico inglés y estadounidense. Normalmente analizaremos el Derecho inglés, como base, para luego apuntar alguna peculiaridad del Derecho estadounidense. Podríamos también referirnos por tanto a él como Derecho angloamericano. Preferimos, sin embargo, usar en general el término *Common Law* para contraponerlo con el también genérico de *Civil Law*, aunque sobre este último nosotros nos hemos ocupado fundamentalmente del Derecho continental europeo codificado, deudor del Derecho romano.

Tenemos que advertir que el término *Common Law* puede ser polisémico, puesto que dentro del sistema jurídico inglés también sirve para designar al tradicional derecho jurisprudencial del precedente (*Case-law*) y se puede contraponer al Derecho legislado (*Statute Law*). Aunque por el contexto se puede elucidar, en cada momento, a qué sentido del término *Common Law* nos estamos refiriendo trataremos de clarificarlo expresamente.

Normalmente nos referimos al *Common Law* en sentido estricto (*Case-Law*) o Derecho tradicional, fundamentalmente jurisprudencial, sólo cuando lo contraponemos al *Statute Law* o Derecho legislado. En cambio, cuando se contrapone al *Civil Law* este término se usa de forma amplia y genérica para referirse al sistema que se desarrolla en Gran Bretaña (salvo las peculiaridades del Derecho escocés) y después se extiende, de forma dominante, a los Estados Unidos de América (a excepción de Luisiana); Canadá (excepto Quebec), Australia, Nueva Zelanda y antiguas colonias británicas tanto en Asia como en África⁷.

⁴ Proyecto recientemente traducido al castellano por los profesores De la Cuesta Saenz, J. M., y Vattier Fuenzalida, C., Barcelona, 1997.

⁵ IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. L. Rojo Ajuria, Barcelona, 1992.

⁶ MERRYMAN, J. H., *The Civil Law tradition*, 2.ª ed., California, 1987, p. 151.

⁷ GORLA, G., *El contrato*, I, trad. J. Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959, p. 375; DEKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, trad. F. J., Osset, Madrid, 1957, p. 280. Podemos observar gráficamente un mapa de los países con ordenamientos jurídicos de influen-

En este sentido, resulta más propia la denominación del sistema como *Common Law* que como *English Law* o Derecho inglés. En realidad, el Derecho inglés sólo se puede extender al utilizado en Inglaterra y Gales. No se extendería ni a toda Gran Bretaña o Reino Unido, ni mucho menos a los países de la *Common Wealth*. El Derecho escocés es un Derecho de los que podríamos denominar mixto puesto que en él se halla vigente, en parte, el *Civil Law*⁸. Pese a que el Derecho inglés no sea el que se aplica exactamente en todos estos países, cargados de cierto mestizaje jurídico, no se puede negar que todos adoptan un mismo sistema análogo al del Derecho inglés que siempre toman como referencia. Quizá se puede aquí destacar la peculiaridad del Estado de Luisiana que cuenta con una fuerte influencia del Derecho civil codificado francés. No en vano, el Código Civil de Luisiana que data de 1814 fue el primero de todo el continente americano.

¿Por qué no utilizamos el ya generalizado término de Derecho anglosajón para referirnos al derecho de influencia británica? No vemos tampoco demasiados inconvenientes en llamar convencionalmente «Derecho anglosajón» a los ordenamientos jurídicos que utilizan este peculiar sistema jurídico. Sin embargo, nos inclinamos por la expresión *Common Law* en lugar del término Derecho anglosajón tan utilizado por la doctrina española y que entre nosotros parece no plantear ningún tipo de confusión. La razón de esta preferencia no es caprichosa, estriba en que la denominación de Derecho anglosajón «*anglo-saxon law*», en sentido riguroso, se refiere a un derecho histórico que le hace impropio para la designación que pretendemos. En realidad, el Derecho Anglosajón en sentido estricto se refiere al derecho primitivo que existía en Inglaterra y se mantenía ajeno a cualquier tipo de influencia del derecho romano. El Derecho Anglosajón sería un Derecho consuetudinario heterogéneo e incompleto con normas diversas para los distintos pueblos y comunidades (sajones, anglos y daneses) que habitaban Inglaterra desde el siglo v hasta el año 1066 d. C.⁹ A partir de este año se fusionan dos naciones, las de los anglosajones y normandos, en un solo país inglés. En Inglaterra se desarrolló un Derecho territorial mucho más temprano que en otros países, el *Common Law*, que se

cia «*Common Law*» y de lo de influencia «*Civil Law*» en la obra de GALGANO, F., y otros, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, pp. 2 y 3.

⁸ GLENDON, M. A.; GORDON, M. W.; OSAKWE, O., *Comparative Legal Traditions*, St. Pablo, Minnesota, 1982, pp. 159-160.

⁹ Sobre el particular derecho anglosajón, *vid.* DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del derecho Inglés*, Valladolid, 1992, pp. 45 y 49-54; GORLA, G., *El contrato*, I, trad. J. Ferrandis, Barcelona, 1959, p. 375.

creó para la totalidad del reino del Inglaterra. Este Derecho fue desarrollado y aplicado por los tribunales reales desde el siglo XII y fue mostrado y comentado en trabajos jurídicos¹⁰.

Referirse en general, desde la óptica de un jurista español, al Derecho británico y los creados por su influencia como «Derecho anglosajón» no da lugar a equívocos pero no deja de ser inapropiado. Resulta como si al ordenamiento jurídico español se le designase como Derecho visigótico (salvando las distancias). Por otro lado, el término *Civil Law* es el utilizado por estos países del *Common Law* para referirse a aquellos de influencia romana que en su evolución desembocaron en la codificación y, ciertamente, también resulta más apropiado que su denominación como Derecho continental¹¹.

2. ASPECTOS GENERALES DEL *COMMON LAW* (*STATUTES-CASE-LAW*)

Las peculiaridades del Derecho del *Common Law* comienzan en la evolución histórica del Derecho inglés. Se puede afirmar que desde la formación del *Common Law* este Derecho se ha caracterizado por su continuidad histórica. No hubo una ruptura en el desarrollo del Derecho inglés comparable con el causado por la codificación en el *ius commune* del Derecho continental europeo¹².

Resulta especialmente interesante analizar el tratamiento que ofrecen los sistemas del *Common Law* a la ilegalidad porque pese a las diferencias técnicas, de construcción jurídica, de método y de interpretación, el derecho angloamericano tiende a obtener los mismos resultados que el nuestro¹³. Es decir, tenemos un problema común con resultados similares pero con planteamientos realizados desde ópticas muy diferentes que, una vez analizadas, enriquecen y facilitan enormemente su comprensión.

No puede pasar inadvertido el hecho de que tanto el Derecho inglés como, quizá en menor medida, el Derecho estadounidense,

¹⁰ Sobre la gestación histórica del *Common Law* puede consultarse VAN CAENEGEM, R. C., *Historia del nacimiento del Common Law*, trad. J. L. Moreno Torres, Madrid, 1998; DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del derecho Inglés*, Valladolid, 1992, pp. 55-87.

¹¹ GORLA, G., *El contrato...*, cit., p. 15; GLENDON, M. A.; GORDON, M. W.; OSAKWE, O., *Comparative Legal Traditions*, St. Pablo, Minnesota, 1982, p. 144.

¹² VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, p. 3.

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 81; DEKKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, trad. F. J. Osset, Madrid, 1957, p. 181.

fieles a la doctrina del precedente, son tradicionalmente reacios al intervencionismo estatal. Por esta razón, los tribunales suelen mirar con cierto recelo las políticas económicas y sociales que se presentan mediante un acopio de textos legales positivos (*Statutes*). En cuanto a la relación de convivencia del Derecho legislado (*Statutes*) y del Derecho tradicional del precedente (*Common Law* o *Case-Law*) se puede decir que tan sólo en el siglo XIX los jueces han reconocido la primacía del *Statute* y han abandonado expresamente cualquier pretensión de controlar la validez de los *Statutes* con relación a los principios generales del *Common Law*. Aunque todavía en el *Case-Law* se han tomado, algunas veces, sorprendentes libertades en la aplicación de *Statutes* cuyo texto parecía claro. De hecho, es todavía ampliamente sostenida la idea de que el *Statute* constituye una especie de derogación del *Common Law* y debe ser interpretado restrictivamente, como si el *Common Law* fuese la regla y el *Statute* la excepción¹⁴.

Ciertamente, no venía siendo una carga demasiado inusitada o complicada para un juez inglés decidir qué era o no era contrario al derecho positivo o a la moral conforme a la tradición, sobre todo en el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Pero cuando comienza a tener que tomar en consideración las ventajas o desventajas para la comunidad de las concurrentes políticas sociales y económicas que aparecen en las nuevas y prolijas decisiones legales, la tarea de los jueces se vuelve más compleja y difícil¹⁵.

Desde principios del siglo XIX el sistema sufre profundas transformaciones. El viejo y esquivo *Common Law* es reemplazado por claros y precisos *Statutes*. En este momento hay una influencia en la teoría, no en la práctica, del derecho inglés de los principios del Derecho romano continental. Son determinantes las obras de J. Benthan (1748-1832) adversario del *Common Law* y paladín de la codificación del Derecho privado inglés y las de J. Austin (1789-1859) siguiendo esta misma línea¹⁶.

En este momento, el legislativo trata de poner orden y aclarar la extraordinaria profusión de *Statutes* que se han promulgado sin coordinación alguna desde la Edad Media. Una comisión de la Cámara de los Comunes calculó en 1796 que un millar de *Statutes*, que ya no eran aplicados, estaban aún legalmente vigentes. Con la

¹⁴ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, p. 160.

¹⁵ HUGHES PARRY, D., *The sanctity of contracts*, Londres, reedición de 1986 de la publicación original de 1959, p. 54.

¹⁶ KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p. 315.

relativa democratización de la Cámara de los Comunes (*Reform Act* de 1832) se hizo un considerable esfuerzo por derogar muchos *Statutes* e instituciones que estaban obsoletos y establecer una verdadera colección moderna de *Statutes* vigentes, con gran oposición de los conservadores. Finalmente, se permitió la compilación de un vasto repertorio de *Statutes* que se hallaban vigentes. El gran volumen de éstos se apreció cuando, una vez se lograron reunir todos, se formó una colección oficial no menor de ocho tomos. Esta colección oficial realizada en 1870 supuso el punto de partida de una ulterior revisión más exhaustiva que continuó en el siglo xx. La tercera edición de la revisión de *Statutes* (1950), lejos de reducir el volumen de la colección, lo aumentó hasta 32 tomos. Muchos *Statutes* antiguos fueron derogados, pero muchos fueron conservados acumulándose junto a los más recientes y el *old law* nunca fue totalmente abolido¹⁷.

Obviamente, el trabajo del parlamento inglés no fue sólo el de derogar *Statutes* anticuados sino que también produjo resultados positivos. Se comenzó la reforma del Derecho civil en una escala mucho más modesta que la realizada con el Derecho procesal o penal. La nueva legislación civil sólo acometió la reforma de ciertas áreas específicas que habían suscitado la atención pública¹⁸. Hasta la creación en 1965 de la *Law Commission* no fue tomada ninguna iniciativa oficial hacia la codificación del Derecho Civil inglés. La práctica del Derecho en Inglaterra está marcada por la carencia de codificación. Las reglas y principios del Derecho inglés todavía han de ser encontradas en más de tres mil Acts of Parliament retrocediendo hasta la primera mitad del siglo xix y en alrededor de trescientos cincuenta mil Reported Cases¹⁹.

Lo cierto es que si comparamos la evolución de los sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law* podemos apreciar que caminan hacia una cierta convergencia. En la actualidad los países de *Common Law* tienden hacia una proliferación de las leyes escritas, que además van a obtener cada vez mayor relevancia, mientras que en los países de *Civil Law* se va a potenciar, cada vez más, la función de la jurisprudencia en la conformación de su ordenamiento jurídico²⁰.

¹⁷ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, pp. 161-162.

¹⁸ Estos incipientes movimientos legislativos se traducen en 1870 y 1882 en leyes para evitar ciertas discriminaciones a la mujer, en 1869 la abolición de la prisión por deudas, en 1882 la Bills of exchange Act, 1890 Partnership Act, 1893 Sales of Good Act, etc.

¹⁹ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, pp. 163 y 165.

²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed. Madrid, 1957, p. 89.

En lo que a la ilegalidad contractual se refiere, el Derecho británico y estadounidense en sus clasificaciones y exposiciones del derecho contractual siempre incluyen como una importante categoría independiente la de *Illegal contracts*, lo cual merece una especial atención por nuestra parte.

No todos los autores van a entender lo mismo por lo que ellos denominan *Illegal contracts*. Comenzando por la sistemática utilizada por los autores más relevantes, hemos de observar que no todos van a seguir exactamente las mismas pautas en cuanto a diferenciar cada tipo de contrato ilegal. Sin embargo, como se observará, todos ellos parten de una amplia y contrastada visión casuística de la que inducen los criterios de clasificación de los contratos.

Si observamos el sistema seguido por el *Common Law* nos encontramos ante un tratamiento individualizado de los problemas de ilegalidad dotándolos de cierta entidad y autonomía. Nos hallamos con que se aborda el análisis de la ilegalidad desde el casuismo característico en todo el Derecho angloamericano. Precisamente, en materia de ilegalidad contractual es donde este método tópico puede recibir mejor acogida. La falta de unidad de criterio no resulta inconveniente para el análisis y desarrollo de los problemas de ilegalidad contractual por parte de la doctrina del *Common Law*. Por esta razón, no resulta extraño que el tratamiento de esta situación contractual difiera de unos a otros autores a la hora de descender en la explicación de las clasificaciones y sistemática que proponen.

3. CLASIFICACIONES USUALES DE LOS CONTRATOS ILEGALES EN EL *COMMON LAW*

3.1 Introducción

Indudablemente, el casuismo que se emplea en todo el Derecho del *Common Law* lleva a una ulterior adopción de criterios de clasificación para englobar todos y cada uno de estos casos. Se trata de sistematizar y catalogar los casos haciéndoles encajar en las clasificaciones que previamente se han ido diseñando. Como ocurre en todo tipo de clasificaciones variarán según los criterios que se elijan para establecerlas. Al ser clasificaciones puramente convencionales, de una casuística inagotable, podemos encontrarnos numerosas clasificaciones diferentes.

Treitel expone algunas de las clasificaciones sistemáticas empleadas por los autores ingleses a la hora de dividir los casos en

los que los contratos se ven afectados por la ilegalidad²¹. La principal razón de las clasificaciones hechas por todos estos autores es el hacer posible una generalización de los efectos de los contratos ilegales. Podemos adelantar que es dudoso que se haya conseguido con éxito ni agotar todos supuestos ni generalizar sus soluciones.

3.2 Contratos contrarios al derecho positivo, a la moral y a las buenas costumbres y al orden público

Una primera clasificación, que es perfectamente asumible, es la que se basa en la naturaleza de la infracción y divide los contratos en contrarios al derecho positivo, a la moral o a las buenas costumbres y al orden público (*Public Policy*).

Esta primera y clásica clasificación es puramente ilustrativa y de carácter expositivo y tiene su origen en Sir Frederick Pollock quien ya advirtió que esta clasificación era «sólo aproximada». El principal problema era distinguir las dos últimas categorías, de tal forma que los contornos de ambas estaban bastante difusos. Por otro lado, la enorme amplitud y vaguedad de la categoría relativa al *Public Policy* podía incluir, perfectamente, a las otras dos²². Por esta razón otra de las posibles clasificaciones de los *Illegal contracts* sería contratos ilegales por contravenir un *Statute* y contratos ilegales por contravenir el *Public Policy*. Considerando como *Public Policy* un amplio conjunto de normas, tanto morales como de orden público, que en definitiva se va a reflejar o manifestar en las reglas del precedente o de la jurisprudencia, *Common Law* en sentido estricto²³.

Esta clasificación, tan familiar para nosotros (art. 1255 CC), tiene la ventaja de ser la de mayor claridad expositiva. En realidad, se limita a describir a qué se pueden referir las posibles infracciones. Las objeciones a esta clasificación, también para nosotros, está en la dificultad de definir la segunda y tercera categorías (moral y orden público) y aún no resultan claros los límites entre ellos. En la práctica es hartamente complicado el encasillar todos y cada uno de los contratos ilegales en una sola de las categorías expuestas. Podemos, sin embargo, mantener que existiría un cierto paralelismo entre los contratos contrarios al *Public Policy* del *Common Law* y los contratos con causa ilícita de nuestro derecho.

²¹ TREITEL, G. H, *The law of contract*, 9.ª ed., Londres, 1995, pp. 377-378.

²² WINFIELD, *Public Policy and the English Common Law*, 42, *Harvard Law Review*, 376, p. 260.

²³ CHESHIRE, FIFOOT AND FURMSTON, *The law of Contracts* (11.ª ed.), Londres, 1986, pp. 341-342.

3.3 Contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*

Un segundo intento de clasificación que, en principio, parecería que no nos puede servir de modelo en nuestro sistema legal, es atendiendo al tipo de derecho infringido. En realidad no vendría a ser sino una variante particular de la clasificación anterior con relación a la peculiaridad del derecho inglés. Se hace diferencia, de esta forma, entre el contrato que viola una Ley parlamentaria (*Statute*) y el contrato que viola el *Common Law* (en sentido estricto). Es fácilmente deducible que en este contexto «*Statute*» se refiere a todo el derecho positivo, esto incluye también las otras normas y regulaciones que los Ministros de la Corona y otros funcionarios emitan autorizados por el Parlamento. En cuanto al *Common Law*, en realidad se emplea ahora el concepto de *Common Law* en sentido estricto y sería el «*Common Law on grounds of public policy*», es decir, una especie de Orden Público recogido en la tradición jurisprudencial tal y como lo configuran Cheshire y Fifoot²⁴.

Aunque veremos más adelante la diferente suerte de regímenes jurídicos que siguen unos y otros contratos, generalizaremos aquí que las consecuencias en principio de una u otra ilegalidad serán diferentes. Los contratos ilegales por ser contrarios a un *Statute* tendrán los efectos previstos en la propia norma infringida o los deducibles del espíritu y finalidad de ésta. Los contratos ilegales por ser contrarios al *Public Policy* seguirán, generalmente, los efectos establecidos de forma general por el *Common Law* que se traducirá en dejar el contrato inexigible y seguir la regla «*ex turpi causa non oritur actio*».

No obstante, la generalización indiscriminada tanto del término «*illegal*» como los efectos de estos contratos contrarios al *Public Policy* es criticada y matizada tanto por algunos autores como por la jurisprudencia más moderna. Cheshire y Fifoot encuentran exageradas, en muchos de los casos incluidos tradicionalmente dentro del *Public Policy*, las consecuencias que se les asocian. Por esta razón, estos autores hacen una doble distinción dependiendo del grado del vicio que estos contratos contrarios al *Public Policy* envuelvan. Se distinguen los contratos con una ilegalidad más seria de los que comportan una ilegalidad más tenue. Los primeros los denomina «*contracts illegal at Common Law on grounds of Public Policy*» y los segundos «*contracts void at Common Law on grounds*

²⁴ CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON, *The law of Contracts* (11.ª ed.), Londres, 1986, pp. 334 y 341

of Public Policy». Para los segundos casos prefieren el término *void* al de *illegal*, pese a ser conscientes de los inconvenientes de aplicar de forma descriptiva este término a un número de contratos muy diversos, no aplicárselo a todos ellos en el mismo sentido o con un resultado uniforme²⁵.

3.4 Contratos ilegales en su formación y contratos ilegales en su realización

En tercer lugar, podemos advertir que, aunque no se haga explícitamente, se suele distinguir la ilegalidad dependiendo si recae directamente sobre la formación del contrato («*illegality as to formation*») o si recae, más bien, sobre la forma de ejecutar o de realizar las prestaciones («*illegality as to performance*»). La regla que se aplica supone que si se ejecuta el contrato de una manera ilegal, cualquiera de las partes que participó o tomó parte en esa ejecución ilegal queda excluida de una posible reclamación de daños y perjuicios por el incumplimiento (*breach*) del contrato. *Caso de Ashmore versus Dawson (1973)*, donde se había convenido el transporte de un equipo industrial pesado y se había aceptado el vehículo a utilizar pese a que quedaba sobrecargado contra lo que la Ley admitía. En el recorrido el equipo sufre daños y se pretende, con base en el incumplimiento (*breach*) del contrato, una indemnización. Se deniega la indemnización por entender que se había participado de la ilegalidad.

Sin embargo, generalmente, si la ilegalidad recae sobre la forma de realizar las prestaciones o sobre un determinado resultado del contrato y no se prohíbe el contrato en sí no se suele invalidar el contrato. Siempre se pone como referencia el caso *St. John Shipping Corp. versus Joseph Rank Ltd. (1957)* en el que por el hecho de haber sobrecargado el barco más de lo que la Ley permitía y haber realizado mal la estiba no era motivo suficiente como para anular o invalidar el contrato de transporte de bienes.

²⁵ Para estos autores habría seis casos dentro de los denominados *Contracts illegal at common law on grounds of Public Policy*: «A contract to commit a crime, a tort or a fraud no a third party»; «A contract that is sexually immoral»; «A contract to the prejudice of the public safety»; «A contract prejudicial to the administration of justice»; «A contract that tends to corruption in public life»; «A contract to defraud the revenue».

Y habría tres casos dentro de los que denominan «Contracts void at common law on grounds of Public Policy»: «A contract to the jurisdiction of the courts»; «A contract that tends to prejudice the status of marriage»; «A contract in restraint of trade». CHESHIRE, FIFOR and FURMSTON, *The law of Contracts* (11.^a ed.), Londres, 1986, pp. 343-344.

3.5 Contratos con ilegalidad objetiva y contratos con ilegalidad subjetiva

Por otro lado, podemos observar que el Derecho inglés pretende ser un derecho eminentemente objetivo. En materia contractual, este carácter objetivo no pasa de ser una pretensión más aparente que real. Se quiere analizar el contrato en sí mismo y comprobar si es contrario a la ley o a los intereses de la sociedad (*Public Policy*), evitando examinar la intención o voluntad de los contratantes²⁶.

La jurisprudencia inglesa, pese a suponer que se basa en fórmulas supuestamente de estricto carácter económico y comercial, no es de ninguna forma insensible al aspecto subjetivo de los supuestos y suele tener en cuenta la intención de las partes, la cual se refleja en las decisiones a las que llegan²⁷. Por esta razón, en la realidad se ha establecido un cierto compromiso en el Derecho inglés entre tendencias objetivas y tendencias subjetivas y moralizantes en materia de contratos. De esta forma, Criscuoli afirma que en este ordenamiento jurídico la ilicitud puede ser objetiva o subjetiva. Esta última se da cuando depende de un dato individual o subjetivo llamándose «*illegality of purpose*». Además esta ilegalidad subjetiva puede ser «unilateral» o «bilateral» dependiendo de si es imputable a una o a ambas partes contractuales respectivamente²⁸.

3.6 Contratos ilegales, *void*, *voidable* y *unenforceable*

3.6.1 ASPECTOS GENERALES

La última clasificación, bastante extendida entre los autores ingleses, se basa en las consecuencias y efectos de los contratos ilegales. De este modo tenemos: una primitiva distinción la de Sir John Salmond que distinguió entre «*nugatory contracts*» e «*Illegal contracts*» [que podría traducirse como contratos ineficaces e ilegales] y posteriores autores adoptaron la clasificación distinguiendo entre «*void contracts*» e «*illegal contracts*»²⁹ (que podría traducirse como contratos nulos e ilegales), incluso podemos encontrar también la categoría de «*voidable contract*» (contrato anulable) añadida a la clasificación³⁰. El problema está en que el término

²⁶ En este punto se centran sus críticas a la teoría de la causa ilícita del *Civil Law*. Vid. *infra* epígrafe: «Causa ilícita versus Public Policy.»

²⁷ DAVID, R., y PUGSLEY, D., *Les contrats en Droit Anglaise*, 2.ª ed., París, 1985, pp. 205-206.

²⁸ CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, p. 308.

²⁹ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contracts*, 5.ª ed., Oxford, 1996, pp. 46-48 y 318-355; CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON, *op. cit.*, pp. 307-410.

³⁰ WHITTAKER, S. J., *Chitty on contracts*, cit., pp. 22-23; ATIYAH, *op. ult. cit.*, p. 47.

«void» no tiene un sentido o efecto uniforme en el derecho contractual inglés y puede significar en unos casos que el contrato es *Unenforceable* (inexigible o inejecutable) y en otros que procede una *Severance* (nulidad parcial)³¹.

En realidad, como apunta Treitel, de esta distinción no se pueden deducir consecuencias concluyentes en cuanto a los efectos legales que se desprenden de cada categoría, porque los mismos autores que aplican la clasificación no se ponen de acuerdo sobre los exactos efectos que producen unos y otros, ni sobre los que podemos incluir en una u otra categoría. Clasificar los contratos ilegales por sus efectos tan sólo en dos o tres categorías supone simplificar ingenuamente la cuestión³². En este mismo sentido viene a coincidir Corbin, quien mantiene que la clasificación parece ser imposible por la complejidad de los casos, ya que la naturaleza de la ilegalidad que puede afectar a un contrato ciertamente tiene casi infinitas variantes³³.

Procedamos a aclarar los conceptos de esta clasificación. En primer lugar, hemos de tener presente que mientras que un contrato nulo (*void*) no tiene por qué ser necesariamente ilegal, un contrato ilegal suele ser a menudo nulo (*void*). Sin embargo, las consecuencias de un contrato ilegal difieren de alguna manera de las generalmente producidas por un contrato simplemente nulo (*void*).

3.6.2 PRINCIPALES DIFERENCIAS EN LOS REGÍMENES JURÍDICOS: *VOID CONTRATS E ILEGAL CONTRACTS*

La diferencia está en que ante un «*void contract*» (contrato nulo) no puede reclamarse su ejecución judicialmente, pero si una persona paga dinero o transfiere la propiedad bajo un contrato nulo se podrá pedir la restitución, pero no por el contrato en sí, sino precisamente porque se considera que no ha habido contrato.

Verdaderamente, no existe, en la mayor parte de estos casos, un interés público en denegar un derecho de restitución, como regla general, al fallar completamente los presupuestos o los propósitos por los que el dinero o los bienes fueron transmitidos. Un contrato nulo (*void*) no produce efectos legales. Por tanto, si los bienes se han entregado, estos bienes o su valor pueden ser recuperables por una acción de daños (*tort*), porque la propiedad no se ha transmitido. Si el dinero ha sido pagado, puede ser recuperable por una

³¹ WHINCUP, M. H., *Contract law an Practice, The English system and Continental comparisons*, 2.ª ed., Deventer, 1992, p. 225.

³² TREITEL, *op. cit.*, p. 378.

³³ CORBIN, A. L., *Corbin on contracts, op. cit.*, pp. 1154-1155

acción de restitución, puesto que el dinero pagado no se debía. Pero, sin embargo, existen numerosas objeciones a la restitución en numerosas circunstancias. Es decir, la regla general expuesta no significa que verdaderamente todos los contratos denominados como «*void*» por la Ley necesariamente produzcan estos efectos. Precisamente, donde más fácilmente se encuentran las excepciones es en los contratos que podrían ser «*void*» en casos de ilegalidad.

Las consecuencias de un «*Illegal contract*» son que al igual que en el anterior supuesto, en principio, no se admite la reclamación de ninguno de los contratantes en la vía judicial para obtener el cumplimiento o la ejecución de las prestaciones del contrato ilegal. Pero, en algunos casos, una de las partes contratantes que es inocente de cualquier propósito ilegal tendrá derecho a su acción. Otra consecuencia es que en estos casos no se va a permitir tampoco, como regla general, la restitución del dinero o las propiedades transmitidas, ni siquiera como remedio extracontractual. El contrato ilegal permite la transmisión de la propiedad y produce la irrepeticibilidad del dinero pagado. Difiere en este punto del contrato meramente «*void*» (nulo) cuya regla general era la de la restitución porque no hubo vínculo contractual. Pese a ello, se deben tener en consideración la culpa de las partes y el estado de ejecución o cumplimiento del contrato.

Atiyah afirma que puede resultar imprudente generalizar los efectos de la ilegalidad y que el equilibrio entre hacer justicia en el caso concreto y aplicar la regla general es muy delicado. Pero advierte de que la sugerencia que hizo en la anterior edición de su obra, en la que mantenía que probablemente la mejor aproximación al problema era teniendo cuidadosamente en consideración todas las circunstancias del caso, mejor que por una mecánica aplicación de la regla general, y que contaba con cierto número de decisiones de los tribunales menores que favorecían y avalaban este planteamiento, ha sido rechazado por una decisión de The House of Lords. Esta Institución ha insistido en que, al menos donde están en juego las reclamaciones de propiedad, éstas deben ser juzgadas por una regla fija y no por una de naturaleza discrecional³⁴.

4. PECULIARIDADES DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE

El Derecho estadounidense también se basa en el *Common Law* y su ordenamiento jurídico obedece a esa tradición. En este

³⁴ ATIYAH, *op. cit.*, p. 48.

sentido, sirva como muestra la concepción del juez Oliver Wendell Holmes Jr. que entendía por derecho «las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos»³⁵. No obstante, el ordenamiento jurídico norteamericano tiene sus peculiaridades con respecto al inglés. Una de las mayores diferencias del Derecho estadounidense respecto al inglés es la existencia de una constitución escrita. Por Estados Unidos pasó la escuela de derecho natural que dictó a los colonos americanos la «Declaración de Derechos» que precedió a la «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» en Francia³⁶.

En el Derecho estadounidense encontramos lo que se puede denominar libertad constitucional para contratar. Los autores de la Constitución norteamericana respetaban de una forma tan grande la autonomía negocial que diseñaron la Constitución con una específica disposición prohibiendo a los Estados crear cualquier Ley que perjudique o debilite la obligación contractual. Constitución de EE. UU., Convención de 17 de septiembre de 1787, artículo 1.º, sección 10, párrafo 1.º: «Ningún Estado podrá aprobar ninguna Ley que desvirtúe la obligación de los contratos.» En una interpretación amplia y literal se podría entender que se está declarando que las partes pueden, a través de sus contratos, excluir el poder del Estado para controlar la sociedad y regular sus comportamientos.

Sin embargo, no es posible interpretar literalmente esta cláusula constitucional sobre contratación. Realmente, esta llamada «*The Contracts Clause*» no prohíbe a un Estado modificar su derecho contractual como para prohibir ciertas formas de contratos o hacer algunos contratos ineficaces o sólo parcialmente eficaces (*Unenforceable or Partially enforceable*)³⁷. Como ha mantenido el *Common Law* –Ogden versus Saunders, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827)– la Constitución solamente se refiere a la protección de interferencias para los contratos que ya han sido perfeccionados. Pero incluso para aquellos contratos a largo plazo cuyo cumplimiento se ha de realizar en muchos años o de larga duración se mantiene que los ciudadanos no pueden ejercer su poder de contratar para evitar que el gobierno realice leyes para el bien público (*public good*).

Como podemos fácilmente deducir de lo expuesto sobre la Constitución estadounidense, la segunda gran diferencia con el sis-

³⁵ HOLMES, O. W., Jr., *La senda del derecho* (trad. esp. de la obra *The path of the law*, publicada en 1897 en *Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 19.)

³⁶ DEKKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, trad. F. J., Osset, Madrid, 1957, pp. 281-282.

³⁷ ROSETT, A., *Contract law and its applications*, 5.ª ed., New York, 1994, pp. 83-84.

tema jurídico británico radica en la existencia de dos fuentes materiales de derecho, la federal y la estatal. Precisamente, debido a la convivencia de dos tipos de legislaciones y de jurisdicciones, la estatal y la federal, en el Derecho estadounidense se va a otorgar mayor importancia a la ley escrita. Además, es precisamente en lo que nosotros denominamos Derecho privado donde el Derecho estatal es más pujante en la batalla entre la uniformidad y la diversidad, entre el centralismo y el localismo que son un tema persistente en el desarrollo del sistema legal americano, tema que continúa sin pausa y sin final³⁸. Esta dualidad permite que, por ejemplo, buena parte del Derecho Civil de algunos estados se hayan codificado, como los códigos de Louisiana, Alabama, California, Georgia, Montana, North Dakota, South Dakota, Oklahoma³⁹. Al contar, sin embargo, con una Constitución como base y fundamento de todas las libertades americanas el legislador se encuentra controlado por los jueces (U.S. Supreme Court o Tribunal Supremo Federal) que se encargan de realizar el control de constitucionalidad de la ley escrita.

En Estados Unidos se va a relativizar el principio del «*stare decisis*» o autoridad del precedente que no siempre vincula las propias decisiones del tribunal⁴⁰. Precisamente, debido a la dualidad de jurisdicciones y no existir una centralización de la justicia como ocurre en Inglaterra, encontramos tantos centros de jurisprudencia como estados componen la nación, lo cual para el sistema de «*judge made law*» da lugar a inconvenientes muy graves⁴¹. Estas circunstancias han hecho que se encuentren bastantes partidarios de una codificación del Derecho estadounidense, es la corriente racionalista partidaria de una uniformidad necesaria en un Derecho moderno (derecho de las *mass-market age*). En este empeño podemos encontrar algunos intentos de instituciones privadas de crear compilaciones que formulen definiciones y máximas del *Common Law* con aclaraciones y comentarios (*Restatements*), así como verdaderas tentativas de textos articulados para uniformar los *Statutes* como el Uniform Commercial Code, la más importante contribución a la uniformidad⁴². Fenómeno conocido como «*Law reform movement*» que se propuso uniformar numerosos ámbitos del Derecho priva-

³⁸ FRIEDMAN, L. M., *A history of American Law*, 2.ª ed., New York, 1984, pp. 660-661.

³⁹ GORLA, G., *El contrato...*, cit., pp. 380 y 446.

⁴⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos...*, cit., p. 92 (en especial nota 161 (bis)).

⁴¹ GORLA, G., *El contrato...*, cit., p. 378.

⁴² Después de la segunda guerra mundial, el Uniform Commercial Code, finalizado en 1950, se ocupó de refundir todos los *Statutes Law* relativos al comercio, mejorados (en teoría), y sustituyendo las antiguas leyes sobre ventas, la mayor parte de las cuales eran a su

do⁴³. Por ejemplo en materia de consumo el Uniform Commercial Credit Code propuesto en 1968 y revisado en 1974, o la Model Consumer Credit Act (originalmente The National Consumer Act) promulgada por el National Consumer Law Center at Boston College. Estos Códigos, aunque no adoptados por todos los Estados, ejercen una importantísima influencia en las diferentes legislaciones estatales que van proliferando para establecer serias limitaciones a la libertad contractual⁴⁴.

En realidad, el ordenamiento jurídico estadounidense es sumamente respetuoso con los contratos privados como lo demuestra, por ejemplo, el principio general que se establece la Sección 1-102(3) del Uniform Commercial Code, que establece que el efecto de las previsiones normativas de dicho Código puede ser objeto de variación por acuerdo de las partes, excepto lo que de otra forma se prevea en esa Ley y excepto las obligaciones de buena fe, diligencia y razonabilidad. En este Uniform Commercial Code se encuentran recogidas la práctica mayoría de las disposiciones que se encontraban el *Statute of Frauds* de 1677 del Derecho inglés y son aplicadas por gran parte de los estados⁴⁵. Curiosamente, mientras que el *Statute of Frauds* ha ido perdiendo aplicación en el ordenamiento inglés, donde se generó, ha sido acogido con gran convicción en los Estados Unidos donde ha recibido una indiscutible y adecuada aplicación⁴⁶.

En este sistema estadounidense se define el contrato ilegal con rigor analítico en la primera compilación (*Restatement*) sobre contratos⁴⁷: «*A bargain is illegal if either its formation or its perfor-*

vez ya objeto de «uniform» Laws. Se puede considerar artífice intelectual de este código al profesor Karl Llewellyn.

⁴³ FRIEDMAN, L. M., *A history of American Law*, 2.ª ed., New York, 1984, pp. 674-678.

⁴⁴ CALAMARI, J. D., y PERILLO, J. M., *Contracts*, 3.ª ed., San Pablo, Minnesota, 1987, p. 432.

⁴⁵ La base de las fuentes en el derecho contractual americano se halla principalmente en el *Common Law* y en numerosas leyes parlamentarias. Pero muy pocos *Statutes* han modificado los principios sobre los que discurre el derecho contractual. La mayor parte de las legislaturas se han ocupado de regular distintos tipos de contratos en particular como los de Seguros, de trabajo, etc. Sólo podemos destacar como relevante el artículo 2.º sobre la venta de mercancías de la Uniform Commercial Code. Código adoptado por la generalidad pero no por todos los estados.

⁴⁶ SÉROUSSI, R., *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, versión de E. Alcaraz Varó, Barcelona, 1998, p. 119.

⁴⁷ Las llamadas *Restatements* (Compilaciones) no son más que recopilaciones de carácter privado del derecho común de los Estados en materia contractual, ya que excepto en unas pocas jurisdicciones americanas las normas básicas del derecho contractual no se hallan codificadas. Estas compilaciones pese a ser de carácter privado y no ser oficiales gozan del prestigio de haberse realizado con el respaldo del American Law Institute (fundado en 1923) y son guía obligada tanto de estudios jurídicos como de la práctica profesional. Estas colecciones privadas son un compendio de las decisiones judiciales sobre la materia

mance is criminal, tortious or otherwise opposed to Public policy». Es decir, se establece una amplia definición del pacto ilegal. Podemos entonces deducir que lo que los norteamericanos llaman *illegal bargain* es el que viola una Ley penal, produce daños a terceros, tiene ciertos matices inmorales o va en contra de lo que ellos denominan genéricamente *Public policy* (que podría traducirse como Orden público pero que no coincide completamente con el concepto que nosotros utilizamos como tal, al tener el término sajón una mucho mayor amplitud que el nuestro da cabida a innumerables casos y es mucho más utilizado por sus tribunales que por los nuestros). Para los americanos la categoría de los contratos ilegales o «*illegal*» *contracts* es la general aplicable a aquellos contratos cuya fuente de ilegalidad sea la legislación ya sea mediante *Statute* o *Constitution*, el *Common Law* (decisiones judiciales precedentes), el *public Policy* o van en contra de las *bonos mores of the Community*⁴⁸. En definitiva, viene a coincidir con la concepción que tienen los autores británicos que distinguían entre contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*. Del mismo modo, en lo que se refiere a los efectos de los contratos ilegales, los autores estadounidenses distinguen prácticamente las mismas categorías relativas a la eficacia o ineficacia, siendo si acaso más minuciosos distinguen entre *enforceable*, *void*, *voidable* y *unenforceable contracts*⁴⁹.

La segunda compilación (*Restatement*) evita el termino *illegal* y subsume todos estos contratos *unenforceable* (inexigibles o inejecutables) bajo el concepto de *Public Policy*. La base de las reglas de la nueva enmienda en esta materia es la flexibilidad judicial a la hora de valorar la fuerza del conjunto de reglas reconocidas legalmente contra los efectos que pueda tener sobre las partes y en los terceros al declarar un contrato en particular como ilegal a los ojos del *Public Policy*⁵⁰.

que han sido consolidadas durante años. Ordenadas, sistematizadas y completadas por prestigiosos juristas lo que hace que, pese a no tener oficialmente carácter de cuerpos legales, sean obras de obligada referencia y manejo por todos los operadores jurídicos del país. La primera de estas Compilaciones cuya elaboración comenzó a finales de los años veinte fue acabada en 1932.

⁴⁸ Esta es la definición de las fuentes de ilegalidad de los contratos dada por CORBIN, uno de los principales autores de la segunda Recopilación (*Restatement*), cuyo borrador fue hecho a mediados del siglo XX por el American Law Institute, pp. 1155-1160.

⁴⁹ CALAMARI-PERILLO, *Contracts*, 3.ª ed., St. Pablo, Minnesota, 1987, pp. 18-19.

⁵⁰ Resulta interesante notar todos los factores que son tenidos en cuenta por la segunda Compilación (*Restatement*) sobre Contratos:

«Section 178, Restatement Second of Contracts:

(1) A promise or other term of an agreement is unenforceable on grounds of Public Policy if legislation provides that it is unenforceable or the interest in its enforcement is

El *Public Policy* puede ser articulado por la legislación, la Constitución o los tribunales en cualquier momento e independientemente de que haya habido o no una expresión *a priori*, los tribunales pueden rehusar hacer cumplir o ejecutar cualquier contrato que juzguen contrario a los mejores intereses de los ciudadanos como una materia referente al *Public Policy*. Este concepto se ha utilizado por los tribunales como razonamiento para invalidar contratos o cláusulas de contratos debido a inmoralidad, incapacidad, leyes económicas, intrusismo profesional, paternalismo y otros criterios diversos. Como observa Rosett⁵¹, hoy el *Public Policy* es más frecuentemente manifestado en la legislación: leyes que regulan el crédito y el consumo, licencias de comercio, profesiones... Pero cuando una ley no controla directamente el asunto, los jueces, a menudo, apuntarán a la existencia o ausencia de legislación relacionada como base de una declaración judicial de *Public Policy*.

5. TRATAMIENTO GENERAL DE LA ILEGALIDAD CONTRACTUAL EN EL *COMMON LAW*

5.1 Introducción

Se puede comenzar destacando, en un primer momento, la similar forma de tratamiento y de soluciones de la ilegalidad contractual en el *Common Law* con respecto al *Civil Law* en lo referente a los contratos contrarios al derecho legislado. Para aquel contrato que contraviene un precepto de derecho positivo (*Statutes*), la primera regla a seguir coincide en ambos sistemas. Si un contrato infringe una ley o su desarrollo reglamentario (*Statutes*) en primer lugar deberemos atenernos a lo que esta misma ley dispone para la eventualidad. Si no se ha previsto en la ley vulnerada la posible sanción civil aplicable al contrato infractor, entonces lo que proce-

clearly outweighed in the circumstances by a public policy against the enforcement of such terms.

- (2) In weighing the interest in the enforcement of a term, account is taken of
 - (a) the parties justified expectations,
 - (b) any forfeiture that would result if enforcement were denied, and
 - (c) any special public interest in the enforcement of the particular term.
 - (3) In weighing a public policy against enforcement of a term, account is taken of
 - (a) the strength of that policy as manifested by legislation or judicial decision,
 - (b) the likelihood that a refusal to enforce the term will further that policy,
 - (c) the seriousness of any misconduct involved and the extent to which it was deliberate,
- and
- (d) the directness of the connection between that misconduct and the term.

⁵¹ ROSETT, *op. cit.*, p. 84

de es interpretar las expresiones y construcciones empleadas en la Ley y ponerlas en relación con el propósito o finalidad de ésta.

Treitel, al tratar la invalidez legal (*Statutory invalidity*), dice que donde una ley (*Statute*) prohíbe o regula imperativamente la elaboración, creación o desarrollo de un contrato, infringir dicha ley puede hacer el contrato *illegal*, *void* o *unenforceable*, o bien dejarlo perfectamente *valid*. Los efectos de la infracción dependen esencialmente de sus expresas previsiones. Los casos más difíciles son aquellos en los que la ley no ofrece claramente el camino a seguir. Estos casos los divide Treitel en tres, pero en definitiva lo que propugna es desentrañar cuál es la finalidad o el propósito de la Ley⁵². También podemos ver que en este sentido apuntan Cheshire y Prentice. El primero va a considerar al igual que Treitel que una Ley (*Statute*) puede hacer un contrato *void* o *illegal*, dependiendo de sus expresas prevenciones o de su finalidad, por ello puede haber contratos *illegal* por ley (*Statute*) o por *common law*⁵³. Prentice primero afirma que los propios *Statutes* suelen prever expresamente las consecuencias civiles de sus infracciones y que ésta es con diferencia la solución preferible. Añade este autor que además un contrato puede ser *void* sin ser *illegal*, la única sanción de un contrato hecho en contravención a una ley es dejarle ineficaz para crear derechos. También un contrato puede ser *unenforceable* sin ser ni *illegal* ni *void*, en cuyo caso es efectivo cambiar o alterar los derechos o pretensiones de las partes, sin embargo los derechos modificados no son alegables o ejecutables por ellos. Es decir, la Ley puede adaptar el contenido ilegal del contrato a lo en ella preceptuado pero, en principio, no puede hacerse valer directamente este cambio en provecho de las partes⁵⁴.

Por consiguiente, ante un contrato contrario a un *Statute* los tribunales deben tratar de descubrir en primer lugar el propósito básico de la prohibición. En consecuencia, el tratamiento de un contrato ilegal va a ser el que establezca la propia norma violada, la cual bien puede fijar ella misma la propia sanción aplicable o puede, en otro caso, reenviarla (implícita o explícitamente) a las soluciones del *Common Law* (en sentido estricto) que, en última instancia, serán las medidas supletorias a aplicar.

La cuestión es si se trata de prohibir una particular clase de contrato en conjunto o si la prohibición sólo afecta incidentalmente al contrato y la intención que se propone conseguir se dirige hacia

⁵² TREITEL, *op. cit.*, p. 455.

⁵³ CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 307-341.

⁵⁴ PRENTICE, D. D., *Chitty on Contracts, General Principles*, 26.ª ed., Londres, 1991, p. 1243.

otro objetivo. En el primer caso, el resultado normal es que el contrato es *unenforceable* en su totalidad. El término *unenforceable* se refiere o se puede traducir como inexigible, lo cual significa que la eventual ineficacia del contrato no va a conferir a los contratantes derechos de restitución sino en casos muy determinados. En el caso, en el que la incidencia de la ilegalidad sea mínima, puede suponer una nulidad parcial (*severance*) o puede mantener el contrato como «*enforceable*» por resultar irrelevante la infracción.

En definitiva, según lo expuesto, para los contratos contrarios a la legislación (*Statutes*) sólo en última instancia deberemos buscar las reglas aplicables en los principios generales del *Common Law*. Por el contrario, si la ilegalidad no se debe a la infracción de medidas de legislación positiva sino a la infracción del *Public Policy*, entonces la solución aplicable se tiene que buscar principalmente en los principios generales del *Common Law*. Observemos, sin embargo, que no siempre es así, puesto que existen un grupo de contratos tradicionalmente incluidos dentro de los contrarios al *Public Policy* como lo son los contrarios a las reglas de libre competencia para los que se prevén reglas especiales. Para estos contratos pese a pertenecer al denominado *Public Policy* se prevé un remedio intermedio que sería una especie de nulidad parcial junto a otras medidas correctoras y la misma solución se posibilita en el caso de los contratos de consumidores. Son los que Cheshire y Fifoot llamaban *contracts void on grounds of Public Policy*⁵⁵.

La verdad es que la terminología empleada para establecer las consecuencias de un contrato ilegal, como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, es un tanto caótica. Según Treitel nos podemos encontrar con los siguientes supuestos: si un determinado *Statute* establece prohibiciones o mandatos respecto un determinado contrato sin imponer posteriormente sanción alguna y sin especificar las consecuencias civiles de la infracción hemos de considerarlo como *illegal contract*. Si en el *Statute* se prohíbe el contrato y se establece que el contrato es *void* (nulo), dicho contrato será declarado como *void* pero por causa de ser *illegal*. Si en el *Statute* no se prohíbe expresamente el contrato pero se establece una declaración de nulidad, se considera el contrato como *void* pero no como *illegal*⁵⁶.

⁵⁵ *Vid. supra* nota 9.

⁵⁶ TREITEL, *op. cit.*, pp. 455-456.

5.2 Causa ilícita versus Public Policy

5.2.1 DOS CONCEPTOS DIFERENTES: CAUSA Y CONSIDERATION

A simple vista podríamos vernos tentados a traducir *consideration* como equivalente de causa al resultar ambos elementos contractuales con relativas similitudes. Sin embargo, si nos fijamos en las funciones que se atribuye a sendos elementos contractuales en cada sistema jurídico, enseguida podemos comprender que tal traducción se podría considerar basada en lo que se denominan «falsos amigos» porque dichas funciones son diferentes y sólo habría en ellas algún solapamiento muy incidental. En todo caso, la confusión sería comprensible si tenemos en cuenta que tanto históricamente como, incluso, legislativamente la nomenclatura ha sido ocasionalmente intercambiable⁵⁷.

Sin embargo, las diferencias entre causa y *consideration* salen fácilmente a relucir al ser analizadas sus funciones por la doctrina. Para los ordenamientos basados en el *Common Law* no resulta fácil asimilar nuestro concepto de la causa del contrato. No les parece demasiado útil en su concepción contractual incluir un elemento tan abstracto y teórico⁵⁸. Por otro lado, las múltiples teorías doctrinales que han surgido para tratar de dar distintos criterios para definir y, en su caso, justificar una determinada noción de causa no ayudan a su comprensión⁵⁹. Además, incluso podemos encontrar entre los autores del *Civil Law*, movimientos doctrinales «anticausalistas» que se proclaman detractores de esta categoría⁶⁰.

⁵⁷ El juez Holmes nos ilustra sobre cómo en lo que respecta al uso de las palabras la *consideration* es claramente llamada causa («*cause*») en los primeros años del reinado de Isabel I, identificándola con la causa romana tomada en su sentido más amplio. (HOLMES, O. W.: *The Common Law*, trad. esp. de la 45.ª ed. por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964, pp. 230 y 256-257.)

En el plano legislativo, puede servir como ejemplo el Código Civil del Estado de California (1873) al enumerar los elementos esenciales del contrato en el artículo 1550 en su número 4.º se refiere a la «*cause or consideration*». Sin embargo, si analizamos el régimen jurídico al que se refiere este elemento, enseguida se comprueba que se está refiriendo a la *consideration*, aunque con ciertos matices (Section 1605-1615).

⁵⁸ En este sentido resulta demoleadora la «autocrítica» de GORLA a la concepción de causa al estudiar el *Civil Law* (GORLA, G., *El contrato...*, cit., vol. I, pp. 370-371, «La causa nel pensiero dei juristi di Common Law», en *Rivista dei diritto commerciale*, 1951, I, pp. 344 ss.)

⁵⁹ Podemos encontrar entre las explicaciones dadas por diversos autores a la llamada teoría de la causa unas teorías objetivas que se fijan en la función económico-social del contrato, otras teorías subjetivas de la causa que la identifican con los motivos y fines de ambos contratantes, encontramos también teorías que podemos llamar mixtas en las cuales se considera que cabe compatibilizar las dos tendencias en un mismo concepto de causa y, por último, unas teorías que cabría llamar pluralistas para las cuales existen distintas clases de causa.

⁶⁰ CAPITANT, H., *De la causa en las obligaciones...*, cit., pp. 39-41; PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, ... cit., núm. 1037-1039; DABIN, *La teoría de la causa...*, cit., pp. 66 y 81; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, vol. III, cit., pp. 50 y 468-471.

También resulta revelador el que en los países del *Civil Law* se acaben por imponer concepciones generalizadas de la causa que difieran sustancialmente entre sí. Puede sorprender a los autores del *Common Law* que por ejemplo el concepto que se ha acabado por adoptar mayoritariamente en Francia como causa se refiera a los motivos impulsivos y determinantes del contrato⁶¹, mientras que en Italia se considera como función económico-social del contrato diferenciada, incluso normativamente, de los motivos⁶².

Por otro lado, cuando encontramos un concepto medianamente claro y convincente de la causa se presentan complicaciones en cuanto a la distinción de si la ilicitud del contrato resulta imputable a la causa o al objeto del mismo. Todos estos factores son los que perturban cualquier afán de comprensión de los juristas del *Common Law*⁶³. Consecuentemente, no nos puede extrañar el recelo con el que los juristas ajenos a nuestro sistema jurídico observan la causa como elemento esencial y como filtro de licitud de los contratos⁶⁴. Sin embargo, pese a la posible confusión que pueda desprenderse de las múltiples discusiones doctrinales sobre la causa en el *Civil Law* también los autores del *Common Law* pueden atisbar su funcionalidad. Estos autores se percatan de que tanto «franceses y alemanes consideran la cuestión de si es justo criticar la causa

⁶¹ La concepción moderna de la causa del contrato en Francia es fundamentalmente subjetiva aunque atemperada por algún elemento objetivo. Los mejores exponentes de esta teoría son: CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, trad. E. Tarragato y Contreras, Madrid; JOSSERAND, L., *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado: teleología jurídica*, trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, 1946; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, pp. 59-69.

⁶² La expresión mejor articulada de esta teoría es la expuesta por su artífice: BETTI, E., *Teoría General del Negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959, pp. 132-166; voz «Causa del negozio giuridico», en *Novissimo Digesto Italiano*, t. III, Torino, 1959, pp. 32 ss. En el codificador italiano de 1942 esta teoría resulta inconfundible, GORLA, G., *El contrato*, I, cit., pp. 243-267.

⁶³ Esta afirmación se comprende mejor, habida cuenta que en el derecho inglés toda la licitud del contrato gira en torno al objeto «no contract for an unlawful object is valid». Sin embargo, para ellos el término «objeto» tiene un sentido bastante más amplio que el que nosotros le damos y vendría a equivaler al contenido del contrato, incluyendo comportamientos y circunstancias que le rodean. De esta forma se entiende que comprende tanto los términos explícitos como los implícitos del contrato. Además se alude a la finalidad o contenido general del contrato con relación al problema específico de la ilicitud; no es un concepto análogo a nuestra teoría del objeto como requisito del contrato. El *Common Law* establece cuatro requisitos del contrato: *consent, consideration, form and capacity*, sin incluir el requisito del objeto. (GORLA, G., «La teoría dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil Law)», en *JUS*, 1953, p. 295; ALPA, G., *Contratto e Common Law...*, cit., pp. 74-78; CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese...*, cit., p. 307.)

⁶⁴ Por esta razón se considera artificial e insostenible por los autores ajenos a la tradición del *Civil Law* una distinción entre objeto ilícito y causa ilícita. (ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, 2.ª ed., traducida al inglés por T. Weir, Oxford, 1994, p. 410; GORLA, G., «La causa nel pensiero dei giuristi di common law», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1951, I, pp. 344 ss.)

como una complicada y oscura doctrina ya que, en el fondo, consigue el camino de una útil herramienta funcional»⁶⁵.

También en el *Common Law* se ha creado una teoría para contemplar todas las aplicaciones y utilidades que puede desplegar ese elemento contractual denominado *consideration*⁶⁶. Sin embargo, podemos comprobar cómo tampoco la teoría de la *consideration* pasa, actualmente, por su mejor momento. Como indica Atiyah, una insatisfacción generalizada con la doctrina de la *consideration* condujo a una referencia en el *Law Revision Committee* en 1934, pero el informe del comité, publicado en 1937, no satisfizo ni a los defensores ni a los críticos detractores de la doctrina. Incluso no pocos abogados y juristas prefieren ver abolida la doctrina de la *consideration*, aunque el tema no es por el momento preferente en la agenda de reformas legales⁶⁷. La corriente favorable a la abolición de la doctrina de la *consideration* es su carácter superfluo, puesto que se pueden racionalizar todos los casos en los que se aprecia deficiente *consideration* y tratarlos a través de la noción de *Public Policy*, o a través de extorsiones o presiones indebidas. También, a favor de la abolición de la doctrina de la *consideration* está la idea de que esta doctrina a menudo opera como un invento «paternalista» limitando la libertad de las partes en las relaciones privadas⁶⁸. Pese a estas corrientes, podemos manifestar siguiendo a Zimmermann que la teoría de la *consideration* —como la teoría de la causa en Francia— ha sobrevivido con extraordinaria tenacidad los ataques de todos aquellos críticos que han cuestionado su utilidad⁶⁹.

Lo que hace inconcebible en el sistema del *Common Law* un elemento causal del contrato y una teoría de la causa ilícita como medio fiscalizador del contenido del contrato es su diversa concepción del contrato en sí mismo. Por influencia del Derecho canónico o Derecho intermedio la base sobre la cual se fundamenta el derecho contractual del *Civil Law* es una base moral⁷⁰. La fuerza obligatoria del contrato se construye sobre la doctrina del *pacta sunt servanda* o lealtad a la palabra dada, que deriva en un consensualismo puro. Precisamente, por seguir esta doctrina se tiende a atempe-

⁶⁵ VON MEHREN, A. T., y RUSSELL GORDLEY, J., *The civil law system. An Introduction to the comparative study of law*, 2.ª ed., Boston, Toronto, 1977, pp. 984-985.

⁶⁶ ATIYAH, P. S.: «Consideration: a restatement», en *Essays on contract*, Oxford, 1986, pp. 179 ss.

⁶⁷ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5.ª ed., Oxford, 1995, p. 149.

⁶⁸ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5.ª ed., Oxford, 1995, p. 151.

⁶⁹ ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition, South Africa*, 1992, p. 554.

⁷⁰ Influencia directa del Derecho Canónico.

rar su aplicación indiscriminada a través de la idea de causa. La causa sería el elemento estructural del contrato que condicionaría la obligatoriedad del contrato a que los contratantes se sujetaran tanto a la ley como a la moral como límite de sus promesas y prestaciones.

Esta concepción se opone a la concepción eminentemente económica en la que se basa el derecho contractual inglés. En Inglaterra la Reforma protestante anglicana consigue postergar o eliminar el Derecho canónico. En el *Common Law* la obligatoriedad de los contratos no se basa en la máxima «*pacta sunt servanda*» sino en la *consideration*. La *consideration* fundamenta el vínculo obligatorio en la concepción de que una promesa o prestación únicamente es legalmente eficaz si a cambio de ella se ofrece una contraprestación que la ley reconoce como apreciable (*valuable consideration*) o se realiza una forma legalmente determinada (v. gr. *Under seal*). Es decir, es en los contratos puramente consensuales (*simple* o «*parol*» *contracts* y *contracts made by deed*) donde se establece como requisito la *consideration*. En estos casos se puede concebir la *consideration* como *quid pro quo*, como lo que el contrayente va a obtener por su contrato. Por lo tanto, en el *Common Law* no se parte del principio inicial de que cualquier acuerdo de voluntades es jurídicamente obligatorio⁷¹.

En principio, mediante la *consideration* no se va a valorar ni la ilegalidad ni la inmoralidad del contrato. Como observa Capitant, la gran diferencia que existe entre la *consideration* de los contratos onerosos y la noción de causa, está en que aquél no admite que la obligación moral sea causa suficiente y, por lo tanto, la noción de *consideration* es menos amplia que la de causa⁷². Originariamente, con la *consideration* simplemente se va a comprobar la seriedad en la intención de obligarse. Función esencialmente formal que con las exigencias del tráfico jurídico fue convirtiéndose en simbólica necesidad de que existiese una proporcionalidad o conmutatividad en los recíprocos sacrificios de las partes. Este concepto puede tener su origen en el principio de derecho romano de «*ex nudo pacto non oritur actio*»⁷³. Mientras la reforma anglicana consigue desterrar el derecho canónico, el derecho romano recibe un notable

⁷¹ HOLMES, O. W., *The Common Law*, trad. esp. de la 45.ª ed. por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964, p. 230, cuestión también destacada en obras generales de Derecho Comparado: DAVID, R., *Les contrats en droit anglais*..., cit., p. 134.; MARS, P., *Comparative Contract Law*..., cit., p. 104.

⁷² CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*..., cit., p. 190.

⁷³ ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition, South Africa*, 1992, p. 555.

impulso de los Tudor y los Estuardo utilizándolo como apoyo para sus ideas absolutistas⁷⁴. Consecuentemente, en un principio, la *consideration* funcionaría de forma parecida a los contratos innominados en derecho romano (*do ut des, do ut facias, facio ut des o facio ut facias*) y sólo se admitiría la *executed consideration* al exigir siempre una prestación ya ejecutada⁷⁵.

Aunque este origen romano de la regla de la *consideration* no parece discutible, sí que resulta cuestionable la simplificación de quien mantiene que sencillamente la Cancillería toma la regla del Derecho Romano y tras someterla a diversas modificaciones pasa al *Common Law*. Más bien, parece que la aparición de la teoría de la *consideration* en las sentencias es gradual⁷⁶.

Los problemas de ilicitud se alejan del fundamento estructural del contrato y serán objeto de las doctrinas de la ilegalidad y del *Public Policy*. Por lo tanto, el diferente papel que juegan la causa en el *Civil Law* y la *consideration* en el *Common Law* hace que no se puedan ni equiparar ni contraponer la teoría de la causa de la teoría de la *consideration*, simplemente se refieren a distintos problemas⁷⁷.

5.2.2 CAUSA, CONSIDERATION Y PUBLIC POLICY

Algunos autores han puesto de relieve un cierto cambio en la función que a la *consideration* se le ha venido otorgando en el *Common Law*. Estos autores analizando sobre todo el derecho estadounidense descubren una nueva función de control que los jueces han encontrado en la noción de *consideration*⁷⁸. La *simple failure of consideration* o cuando uno de los obligados no cumple su prestación y por ello el otro le deniega su respectiva prestación no es la verdadera doctrina de la *consideration*. Esta nueva función de la teoría de la *consideration* consistiría en controlar de una forma más efectiva no sólo la seriedad de la voluntad de los contratantes en obligarse sino como instrumento para controlar la igualdad de

⁷⁴ KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p. 313

⁷⁵ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1988, p. 119.

⁷⁶ HOLMES, O. W., *The Common Law...*, cit., pp. 230 y 240 ss.

⁷⁷ OSSORIO MORALES, «La doctrina de la «consideration» en derecho contractual inglés», en *Estudios de derecho privado*, Barcelona, 1942, pp. 7 ss.; CRISCUOLI, G., «Causa e consideration» o della loro incomunicabilità», en *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, pp. XIII-XVI; VON MEHREN, A. T.; RUSSELL GORDLEY, J., *The civil law system. An introduction to the comparative study of law*, Boston, Toronto, 1977, p. 1028.

⁷⁸ Sobre todo en las obras de GRANT GILMORE y en particular la obra conjunta de KESSLER y GILMORE, *Contracts, Cases and Materials*, 2.^a ed., Boston-Toronto, 1970.

poder contractual y la proporcionalidad de los sacrificios recíprocos de las partes. Por tanto, esta función de la *consideration* va a tener relevancia práctica como un instrumento difuso en manos de los jueces para evitar los abusos de poder contractual en la determinación del contenido del contrato y contra la violación de particulares valores ético-sociales.

Se puede observar una primera aplicación judicial de la teoría de la *consideration* en las teorías de frustración del fin del contrato. Como explica Espert en este aspecto: «la evolución de la jurisprudencia inglesa desde un sistema de *ius strictum* a unas decisiones de derecho equitativo es en función de una apreciación por los tribunales cada vez más en concreto del papel que la *consideration* juega en la eficacia de los contratos, tanto en trance de perfección de los mismos como durante la vida de ellos»⁷⁹. Es decir, tratan de buscar un elemento equivalente a lo que nosotros conocemos como la cláusula *rebus sic stantibus*. También en este sentido Atiyah destaca que la doctrina de la *consideration* ha sido desde hace tiempo aplicada, no meramente a la formación de los contratos sino también a la variación y exención de obligaciones contractuales⁸⁰.

En concreto, Espert pone de relieve la relevancia que adquiere la valoración judicial de la *consideration* en lo que se refiere a ineficacia sobrevenida del contrato por acontecimientos posteriores a su perfección y que conducen a la resolución contractual. Las causas a las que puede ser debida esta ineficacia sobrevenida son: «la sobrevenida ilegalidad (de la causa), incumplimiento de una condición tácita (*implied terms*), imposibilidad física sobrevenida, pérdida de utilidad para el acreedor, mutación sobrevenida de la base objetiva del contrato».

Como podemos comprobar, todas y cada una de las causas expuestas por Espert tienen cabida en la resolución contractual y no son casos de ilegalidad y, desde luego, no existe tanta similitud con nuestro concepto de causa como este autor pretende⁸¹.

La instrumentalización más novedosa que realizan los jueces y tribunales del *Common Law* con la figura de la *consideration* se manifiesta, fundamentalmente, en la jurisprudencia relativa a las cláusulas limitativas de la responsabilidad y en el *estoppel* (impedimento legal derivado de la doctrina de los actos propios)⁸². Ante esta nueva perspectiva han sido numerosos los estudios comparati-

⁷⁹ ESPERT SANZ, V., *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, p. 50.

⁸⁰ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5.ª ed., Oxford, 1995, p. 141.

⁸¹ ESPERT SANZ, V., *op. cit.*, p. 51.

⁸² WHEELER, S., y SHAW, J., *Contract law, Cases, materials an commentary*, Oxford, 1994, pp. 358-395.

vos de la *consideration* del *Common Law* respecto a la noción de causa imperante en Italia como función económico-social o práctica⁸³. Concepción que como apunta Jordano Barea quedó reflejada en el Código Civil italiano de 1942⁸⁴.

Cuando Alpa afirma que la conexión de la noción de *Public Policy* como límite de la autonomía privada con la noción de *consideration* es evidente y que los dos conceptos están recíprocamente influenciados, en realidad, parece que está pensando, más bien, en nuestro concepto de causa y no en el tradicional de la *consideration*⁸⁵. Sin embargo, esta afirmación no se debe a un mero descuido del autor sino que se hace con la consciencia de que existe cierta tendencia a alterar el concepto tradicional de la *consideration* yendo más allá de la fórmula históricamente consolidada como *something bargained for and given in exchange for the promise*. De esta forma, numerosos autores italianos se han hecho eco de esta aparente evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto de *consideration* en el derecho estadounidense⁸⁶. Aunque alguno de ellos se haya mostrado crítico con estas corrientes⁸⁷.

Podemos concluir esta comparación conceptual causa-*consideration*, afirmando que el requisito de la *consideration* que «muchas veces y de manera un tanto superficial se estima como requisito equivalente al de la causa»⁸⁸, desde luego no sirve para intervenir

⁸³ Vid. *supra* nota 62 e *infra* n. 86.

⁸⁴ JORDANO BAREA, J. B., «La causa en el sistema del código civil español», en *Centenario del código civil*, I, Madrid, 1990, p. 1043.

⁸⁵ ALPA, G., *Contratto e Common Law*...cit. p. 72.

⁸⁶ ALPA, G., «La morte del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del «Common Law», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, pp. 260 y 264-266.; FRANCESCHELLI, R., «Causa e consideration nel diritto privato italiano e anglosassone», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, p. 92; BARCELLONA, P., «Sui controlli della libertà contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, 1965-II, pp. 585-603; BESSONE, M., «Dalla freedom of contract al controllo sociale» (Osservazioni sul metodo di una raccolta si cases and materials), en *Rivista di Diritto Civile*, 1965-II, pp. 455; BESSONE, M., «Strategia d'impresa e teoria oggettiva della responsabilità contrattuale dal dogma della consideration alla politica del diritto dell'emerging capitalism», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, pp. 236-240; MANCINI, F., «La consideration nel diritto nordamericano dei contratti», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, p. 209.

⁸⁷ Como ejemplo destacado encontramos a Barcellona. Este autor expone como una conclusión de la obra de Von Hippel la tentativa de reconducir a la falta o ilicitud de la *consideration* los acuerdos negociales que contrastan con la *Public Policy*. Partiendo de esta conclusión, a continuación, critica este sistema por poder obtener análogo resultado sólo basándose en la *Public Policy*, ahorrando la inconveniencia de obtener resultados excesivos y desproporcionados y la inseguridad que produce al desembocar, en definitiva, en una indiscriminada ampliación del poder del juez al consentir un margen más amplio de discrecionalidad. (BARCELLONA, P., «Sui controlli della libertà contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, 1965-II, pp. 597-598 y 602.)

⁸⁸ Según palabras de PUIG BRUTAU, *vid. supra* nota siguiente.

en problemas de ilegalidad. Según Puig Brutau los rasgos más parecidos están en ser objeto de interminables discusiones en torno a su significado o alcance y que ambas palabras se usan en más de un sentido⁸⁹.

Hecha esta precisión sobre la causa y la *consideration* y la más reciente evolución de esta última en el derecho estadounidense podemos afirmar que, en general, la función que realiza la causa de los contratos en el *Civil Law* al fiscalizar la legalidad y moralidad de los propósitos o finalidades de los contratantes y del contrato en su conjunto se va a trasladar en el *Common Law* a la doctrina del *Public Policy*. Para muchos autores del *Common Law* la teoría de la causa o del objeto ilícitos no es más que una innecesaria duplica de elementos a los que se recurre para indicar de forma retórica que el contrato no tiene validez por contravenir la ley o la moral⁹⁰. La libertad contractual debe ser siempre objeto de vigilancia en atención al *Public Policy*, en el cual se pueden incluir todos los casos de ilicitud e ilegalidad⁹¹.

En el sistema del *Common Law* no se trata, por tanto, de vincular la ilegalidad o inmoralidad a un concreto elemento estructural del contrato sino que, atendiendo más al concepto funcional, van a integrar la mayor parte de estos casos en la figura genérica del *Public Policy*. Aunque no tiene un concepto de causa ilícita el sistema del *Common Law* podía haber adoptado un sistema de control estructural de la legalidad del contrato a través del objeto. Sin embargo, por un lado tampoco tienen una concepción del objeto similar a la del *Civil Law* y, por otro lado, no les ha parecido útil hacer un esfuerzo de unificación de los diversos casos sobre la idea de «defecto del objeto del contrato». La teoría del objeto como requisito de validez del contrato es una de las manifestaciones del espíritu lógico y sistemático del *Civil Law*, con todas sus ventajas e inconvenientes. La nulidad por objeto ilícito, es decir, de la prestación, puede ser mejor apreciada desde el punto de vista de la concepción general del contrato ilícito. Se puede demostrar lo superfluo de la teoría del objeto ilícito mediante la observación del sistema del *Common Law*. El *Common Law* contiene, como ocurre en el *Civil Law*, unos conceptos generales sobre los requisitos del contrato (*consent, consideration, form, capacity*), sin comprender entre ellos el requisito del

⁸⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 125-127.

⁹⁰ Puig Brutau encuentra expresiva esta idea en las palabras de M. S. Mason (PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 125-126).

⁹¹ KEENAN, D., *English Law*, 8.ª ed., Londres, 1986, pp. 168-169.

objeto⁹². En cuanto a las funciones que entre nosotros atribuimos al objeto es frecuente que podamos encontrarlo en el *Common Law* referidas, de forma general, a lo que podríamos denominar como contenido del contrato. Contenido constituido no por cada una de las prestaciones pactadas, sino por el conjunto de la reglamentación contractual⁹³.

De esta forma, podemos encontrar dentro de los contratos contrarios al *Public Policy* una clasificación muy amplia y abierta, al estar referida tanto al contenido de los contratos como a los fines o propósitos que van a invalidar los contratos:

«— Aquellos que resultan ilegales por ir contra el derecho consuetudinario y jurisprudencial (*Common Law* en sentido estricto) o contra la legislación (*Statute Law*) vigente (dirigidos a cometer un ilícito penal o civil).

— Aquellos que perjudican los intereses gubernamentales tanto en su política interior como en su política exterior.

— Aquellos que interfieren en el correcto funcionamiento de los mecanismos de justicia.

— Aquellos que perjudican la institución del matrimonio y la moralidad.

— Aquellos que van económicamente en contra del interés público (aquellos que promueven la corrupción en la vida pública y los contratos contrarios a la libre competencia).

— Ciertos casos que no encajan claramente en ninguno de los supuestos anteriores y que tampoco se pueden englobar como una categoría propia. En el ámbito de los propósitos ilegales se desbordan las clasificaciones»⁹⁴.

Al enunciar con fórmulas tan genéricas este elenco abierto de casos en los que se puede aplicar la doctrina del *Public Policy*, y sobre todo en el último apartado, está reconociendo que nos encontramos ante un «cajón de sastre» utilizado por la jurisprudencia como instrumento para controlar la juridicidad y moralidad de los convenios. Otros autores tratan de precisar y afinar más los casos en los que interviene el *Public Policy* pero tampoco pueden evitar las fórmulas abiertas y los conceptos indeterminados⁹⁵. Si nos fija-

⁹² GORLA, G., «La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil Law). Saggio di critica mediante il metodo comparativo», en *JUS*, p. 295

⁹³ ALPA, G., *Contratto e Common Law*, Padova, 1987, p. 74; GORLA, G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale...*, cit., pp. 296-298.

⁹⁴ Reproducidos aquí los recogidos por Prentice que consideramos de las enumeraciones más completas (PRENTICE, D. D., *Chitty on Contracts...*, cit., pp. 686-687.)

⁹⁵ Recordemos por ejemplo el intento que vimos de Cheshire y Fifoot por distinguir dentro de los contratos contrarios al *Public Policy* dos categorías diferentes (*vid. supra* nota 23).

mos, la herramienta que para este cometido usan los jueces y tribunales del *Civil Law* no es otro que la teoría de la causa ilícita.

5.3 Principios generales del *Common Law* respecto a los efectos del contrato ilegal⁹⁶

5.3.1 *EX TURPI CAUSA NON ORITUR ACTIO*

Como ya hemos expuesto, en el caso en el que la propia norma positiva infringida no exprese directamente ninguna sanción especial para el contrato, ni se pueda deducir de su espíritu, se entienden aplicables las reglas generales del *Common Law*.

La primera regla general que se aplica a los contratos ilegales en el *Common Law* se contiene en la máxima «*Ex turpi causa non oritur actio*». Resulta contrario a la política del *Common Law* permitir cualquier tipo de acción basándose en un contrato que contiene un elemento ilegal. Esto iría en detrimento de la dignidad de los tribunales (*clean hands*). Esta regla está basada en un principio de Orden Público (*Public Policy*) que responde a la formulación: «*ex dolo malo non oritur actio*».

En este punto, la diferencia con nuestro sistema es sobresaliente. La regla general en el sistema de Derecho Civil continental es que todo acto o contrato contrario a la Ley lleva aparejada la nulidad de pleno derecho, salvo que otra cosa se disponga en la misma. La nulidad de pleno derecho lleva aparejada, en caso de haberse ejecutado ya alguna o todas las prestaciones contenidas en contrato, la restitución recíproca de prestaciones. Mientras que nuestra nulidad implica permitir un nuevo desplazamiento patrimonial para deshacer los efectos que, en su caso, el contrato ilegal hubiese ya desplegado, en el *Common Law* se opta por mantener, en todo caso el *Status Quo*. Esta postura de indiferencia del Derecho ante el contrato ilegal parte de la base de que la administración de justicia debe ignorar cualquier acción o pretensión contaminada de ilegalidad para evitar contagios (*clean hands*).

Las consecuencias del principio serán⁹⁷:

a) No puede prosperar ninguna acción para recobrar el dinero pagado o la propiedad transmitida por un contrato ilegal. Aunque la

⁹⁶ Para exponer todos los principios generales del *Common Law*, tras examinar distintos manuales y tratados de derecho inglés y estadounidense, hemos tenido a bien tomar como base del tratamiento del específico problema de la ilegalidad el expuesto por J. D. CALAMARI y J. M. PERILLO en su obra *Contracts*, ya citada, por considerarlo como uno de los de mayor claridad expositiva.

⁹⁷ MAJOR, W. T., *Law of contract*, revisado por A. Harvey, 8.ª ed., Londres, 1993, p. 200.

propiedad puede recobrase si la alegación de la ilegalidad no es la base esencial de la acción. El ejemplo más gráfico es el caso *Amar sngh v Kulubya*. En este caso existía una ley en Uganda por la cual un africano no podía vender ni arrendar tierras a un no africano sin el consentimiento del gobernador. El demandante africano alquila una finca registrada a su nombre al demandado indio sin recabar esta autorización. Después de que el demandado ha ocupado las tierras algunos años el demandante le notifica que le concede siete semanas para desocupar y finalmente le demanda para recuperar la propiedad. Prosperó la acción del demandante porque la basó no en el acuerdo, de cuya ilegalidad había sido partícipe, sino en consideración a la cuestión independiente e irreprochable de su titularidad registral⁹⁸.

b) No puede prosperar ninguna acción basada en el incumplimiento (*breach*) de un contrato ilegal.

c) Donde una parte del contrato ilegal hubiera sido legal en sí misma, los tribunales no pueden separa lo legal de lo ilegal. El contrato entero se ve contaminado y afectado por la ilegalidad.

d) Cualquier contrato que sea colateral al declarado como ilegal se encuentra también afectado de la ilegalidad, y es tratado como tal, incluso aunque hubiese sido legal en sí mismo. Esta regla opera claramente cuando las partes del contrato colateral son las mismas que las que intervinieron en la formación del primitivo contrato ilegal. La regla también es aplicable cuando el contrato colateral o sucesivo es realizado con un tercero.

e) El título de los bienes puede transmitirse mediante un contrato ilegal si éste se ha ejecutado.

Verdaderamente, el enunciado de esta máxima no parece que sea tan extraño a los planteamientos de política legislativa del *Civil Law*. La solución del *Common Law* puede ser reconocida en normas de muchos de los sistemas legales de Derecho comparado. Lo que se observa, y es lo que puede resultar chocante, es que literalmente se invierte el papel de las reglas en uno y otro sistema. Es decir, que lo que en el sistema del *Common Law* aparece como la regla general, en el Sistema del *Civil Law* es la regla excepcional y viceversa. Ciertamente, observando uno y otro sistema se puede notar que, en ambos, las excepciones a la regla son tan numerosas que en muchos casos se puede incluso cuestionar su generalidad. No puede pasar inadvertido que una variante de esta misma solución la encontramos

⁹⁸ CHESHIRE, G. C.; FIFOOT, C. H. S.; FURMSTON, M. P., *Law of Contracts*, 11.ª ed., Londres, 1986, pp. 363-365; BEALE, H. G.; BISHOP, W. D.; FURMSTON, M. P., *Contracts. Cases and materials*, 2.ª ed., Londres, 1990, pp. 771-774.

en los artículos 1305 y 1306 de Código Civil español, referentes a cuando existe causa torpe en el contrato. También existen similitudes, en otro caso, con la medida adoptada en el artículo 1683 del Código Civil chileno o el 1047.2 del Código Civil argentino.

Además, hay que tener en cuenta que en el propio *Common Law* pueden ofrecerse otros remedios a las partes además de los contractuales. Como apunta Atiyah, si una persona paga dinero o transfiere la propiedad a través de un contrato nulo podría recobrarlos no como consecuencia de ese contrato sino, al contrario, por la inexistencia de tal contrato (*void*) a resultas de que ha habido un fallo total de la *consideration*. Es decir, no existiría contrato cuando se han frustrado totalmente los propósitos por los cuales se pagó el dinero o los bienes se transmitieron y como regla general no habría interés público en rehusar un derecho de restitución en tales circunstancias⁹⁹.

En definitiva, como se puede comprobar, estas soluciones ya sean como regla general o como excepcional no se encuentran tan alejadas entre sí. Tomemos un sistema jurídico u otro observamos que existe una tendencia a la confluencia pues, en todo caso, se acude al análisis casuístico de cada supuesto de forma previa a la aplicación de cada remedio. En realidad, se trata meramente de opciones de política legislativa. Otras soluciones alternativas podrían haber sido: la confiscación de réditos o productos de ilegalidad por el Estado como se prevé en el Estado de Nueva York, la restauración integral del *status quo* anterior como prevé el artículo 2239 del Código Civil mejicano, o bien un decreto exigiendo un pago de los réditos o productos ilícitos a la caridad como se recogía en el artículo 692 del Código Civil portugués de 1879.

5.3.2 EL OTRO PUNTO DE PARTIDA DE UNA DISCUSIÓN SOBRE LA ILEGALIDAD ES LA MÁXIMA *IN PARI DELICTO POTIOR EST CONDITIO DEFENDENTIS*

En caso de igual culpa de ambas partes contratantes respecto a la ilegalidad cometida, la condición en la que se encuentra la parte que se defiende es la mejor posición (es la posición preferida). En este caso el juez dejará a ambas partes probablemente tal y como las encontró.

Como regla general un contrato ilegal es inexigible o inejecutable y es a menudo *void*. La base de este último resultado se encuentra en la *Consideration*, aunque una de las partes se haya comprometido a hacer algo de acuerdo con la Ley no puede haber acción para nadie

⁹⁹ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract...*, cit., p. 340.

porque la contraprestación es ilegal. Al ser regla general, en principio se va a presumir siempre que ante un contrato ilegal ambas partes contratantes se ven involucradas en la infracción de la misma manera.

Cuando el demandante trata de ejercer cualquier tipo de acción sobre la base del contrato ilegal los tribunales dirán que no tiene derecho a ser asistido. Los tribunales continuarán sobre este presupuesto. No se deniega la acción por causa del demandado o la situación de éste, sino porque ellos no prestan su ayuda a tal demandante. Es decir, no se entra a analizar la mejor o peor condición del demandado o si éste merece o no la protección que se le va a brindar. De tal forma que si el demandante y el demandado cambiasen sus puestos, invirtiendo las tornas del proceso, y el demandado trajese su acción contra el demandante, este último tendría la ventaja de que hasta entonces disfrutaba el demandado. Esto es lo que significa el principio de que cuando ambas partes son iguales en la infracción o ilegalidad cometida resulta de mejor condición el que se encuentra en la posición de defensa frente al que actúa para obtener cualquier tipo de pretensión, *in pari delicto potior est conditio defendentis*.

5.3.3 RESTITUCIÓN O REMUNERACIÓN RESTITUTORIA CUANDO LAS PARTES NO ESTÁN EN *PARI DELICTO*

Cuando un contrato es aparentemente legal en su formación pero hay un propósito o finalidad ilegal conocidos por uno de los contratantes y no por el otro, la parte «inocente» puede repetir. En estos casos vemos que una de las partes, la que no conoce ni debe razonablemente conocer la ilicitud de un contrato, puede conseguir la restitución basándose en el contrato. Cuando lo que se pretende es dar vigor a contratos exigibles y obtener indemnizaciones obtendrá la ejecución de la parte del contrato que se pueda cumplir por no ser ilegal y reclamar la correspondiente indemnización. Pero, por el contrario, un contrato que resultaría *ex facie* legal será tratado como ilegal si ambas partes conocían el propósito ilegal.

Aparte de estos casos, en particular la doctrina de «*No Pari Delicto*» abarca y admite un grupo más grande de reclamaciones que en términos generales pueden resumirse en dos:

A) *Leyes de protección*

Hay casos en los cuales una transacción se considera que está fuera de la Ley, precisamente, para de esta manera poder proteger una clase de personas a las cuales pertenece el demandante. *V. gr.* Una persona que haya pedido dinero prestado puede recu-

perar el dinero en exceso del interés, e incluso penalizaciones pagadas, de un prestamista usurero.

B) *Posición preeminente de una de las partes*

Otro tipo de casos en los que no se da la *pari delicto* es en aquellos en los que una de las partes se encuentra en una posición preeminente o de superioridad (Leyes anti trust). Consideraciones similares dan base a la regla que dice que cuando un acuerdo ilegal se hace entre partes que están en una relación fiduciaria, como *v. gr.* entre cliente y abogado o procurador, éste no está en *pari delicto* con aquél por lo menos en el caso en el que el cliente se supone que actúa bajo el consejo del abogado o procurador que además es fiduciario.

Además, dentro de estas categorías generales, perteneciendo a una u otra o participando de las dos, podemos encontrar de forma bien diferenciada distintos supuestos en los cuales los tribunales no van a considerar que los contratantes se hallan en igualdad de condiciones y va a permitir la restitución amparando las pretensiones de la parte merecedora de protección. Abordaremos el análisis de cada uno de estos supuestos a continuación.

5.4 Casos en los que se admite que puedan prosperar pretensiones en base a un contrato ilegal

5.4.1 INTRODUCCIÓN

Pese a que existen las reglas generales de no restitución ya expuestas como punto de partida, una vez que se haya determinado que un contrato es ilegal, hay un gran número de situaciones en las que una de las partes puede demandar con éxito a la otra por contrato ilegal bilateral. Como ya se ha expuesto la regla general va a admitir numerosas excepciones en virtud de las cuales se va a permitir que exista restitución de prestaciones que se han obtenido o ejecutado mediante un contrato ilegal. En general, podemos afirmar que todos los supuestos en los que se admite la restitución de prestaciones basándose en un contrato ilegal se van a fundamentar en consideración a que los contratantes no se hallan «*in pari delicto*».

La decisión de otorgar o no un remedio, entendiendo por remedio la forma por la cual la violación de un derecho se previene o compensa, se basa en las alternativas de elección de políticas legislativas y precedentes y no sólo en los conceptos.

En el sistema americano se asume que por encontrar un acuerdo que implique una conducta real o especulada que viole los *Statutes* o el *Public Policy*, los tribunales no etiquetarán automáticamente

este acuerdo como ilegal. De otra forma, encontraríamos una vasta lista de regulaciones administrativas cuya violación sería penalizada indiscriminadamente. Si la legislación establece o declara los efectos de la violación de una ley necesaria por un contrato, la expresión de intención de ésta debe ser, por supuesto, seguida y aplicada. Las legislaciones, sin embargo, no se encargan por lo general de las consecuencias civiles de la violación de la Ley administrativa o penal. En tal caso el problema se determina judicialmente.

Lo que ocurre es que en los tiempos modernos, una gran parte de la vida comercial, cada vez mayor, se gobierna por regulaciones de un tipo u otro. Esta extenuante avalancha normativa, aunque sin malas intenciones, pueden ser violadas directa o tangencialmente por alguna de la multitud de operaciones económicas que realiza una gran empresa. Muchos hombres de negocio que en estas situaciones casi de inconsciencia han transgredido una o más normas pueden pensar que por ello no han perdido su derecho a la justicia.

Un ejemplo que ilustra el problema: Los Estatutos que penalizan el soborno industrial. En 1905 New York fue la primera jurisdicción en tipificar y poner en efecto el soborno como delito. El castigo era una multa no superior a 500 \$ y el encarcelamiento por no más de un año. En el caso *Sirkin* contra *Fourteenth Street Stores*, el tribunal rehusó de juzgar lo concerniente al precio de compra pese a que el *Statute* no dijera nada sobre los efectos civiles de su violación. Una opinión contraria y minoritaria incriminaba a la mayoría de las decisiones judiciales al permitir el enriquecimiento injusto del demandado.

El debate entre la mayoría de la Jurisprudencia y la disidente se repite en numerosos casos. Mientras que algunos de estos casos manifiestan que la Ley o regla general dice que hay que dar fuerza vinculante a los contratos sin contar con la violación del *Statute*, en otros casos manifiestan que la ley general defiende el no dar fuerza a estos contratos.

En realidad, lo que ocurre es que al haber una variedad tan grande de tipos de ilegalidad una sola regla general no puede abarcarlos todos.

Aun así, cuando una parte ha actuado bajo un acuerdo ilegal, esta parte puede obtener una sentencia favorable si la ofensa es meramente *malum prohibitum* y la negación del pago no está en proporción con los requerimientos del *Public Policy* o un castigo individual apropiado.

Mientras el resultado se presenta a menudo con un propósito legislativo comprobable, los tribunales a menudo determinan este propósito por el grado de hostilidad manifestado por la legislación

en contra de la práctica que se ha prohibido, en el caso de *Sirkin* el tribunal dejó bien clara su animosidad y la de la legislación en contra del soborno industrial.

Los casos y circunstancias por los cuales se va a permitir restitución de prestaciones son, de forma resumida, todos los siguientes:

5.4.2 IGNORANCIA DE HECHOS Y LEYES

Una parte puede justificar y probar su ignorancia sobre los hechos que hacían que el contrato fuese ilegal y que la otra parte conocía. La parte inocente deberá probar, de alguna forma, que por su parte hubiera ejecutado ese contrato sin ningún problema al no saber nada sobre la ilegalidad. El encontrarse dispuesto y estar preparado y plenamente capacitado para ejecutar el contrato facilita esta prueba.

Casos como éstos no quebrantan la regla general que dice que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, pero hay incluso una excepción a esta regla cuando la ilegalidad se puede considerar como menor y la parte que ignora esa ilegalidad confía en un especial conocimiento de los requerimientos de la ley asumido por la otra parte. Esto suele ocurrir cuando esa otra parte pertenece al gremio del negocio con el cual se relaciona el contrato. Geldart nos ofrece un ilustrativo caso de 1978 en el cual una mujer en Inglaterra había pagado 9.400 £ por la adquisición de una casa en España, pero inconscientemente no había obtenido el permiso de la Tesorería necesario en ese momento por la legislación de control de cambios para enviar dinero a personas en el extranjero. El vendedor de la casa resultó que no tenía título ni poder de disposición alguno sobre dicha casa, y por eso fue hallado culpable de fraude. El tribunal, por lo tanto, decidió que el hecho de que la demandante no hubiese infringido deliberadamente la ley era suficiente para permitirle recobrar el dinero que había pagado¹⁰⁰.

5.4.3 CONTRATO ILEGAL EN VIRTUD DE UN PROPÓSITO O UNA FINALIDAD ILÍCITOS DE LOS CUALES SÓLO UNA DE LAS PARTES ES CULPABLE

El mero hecho de que la parte «inocente» conozca el propósito ilegal de la otra no quiere decir que no vaya a obtener una sentencia favorable por el incumplimiento del contrato, a no ser que el propósito se vea envuelto en una depravación moral seria o incluso ayude

¹⁰⁰ GELDART, W., *Introduction to English Law*, 9.ª ed., pp. 121 y 122.

o contribuya a llevar más lejos o a buen término el propósito ilegal del otro. Cuando una parte ha sido inducida a incorporarse a un contrato ilegal mediando engaños fraudulentos o cuando una persona, lega o profana, accede a un contrato ilegal por la influencia de una persona más astuta y perspicaz no estamos ante una misma falta o culpabilidad. La parte «inocente» en estos casos tendrá derecho a una restitución.

Un claro ejemplo nos lo ofrece el *caso Hughes versus Liverpool, etc. Friendly Society (1916)*. Caso en el que una persona fue inducida mediante dolo fraudulento de una agente de seguros a adherirse a un contrato ilegal de seguro de vida. El tomador del seguro pretendió recobrar las primas pagadas y como las partes no estaban *In pari delicto* las primas eran recuperables.

5.4.4 CUANDO AMBAS PARTES NO SE ENCUENTRAN EN *PARI DELICTO*, PORQUE ALGUNAS LEYES (*STATUTES*) ESTÁN DISEÑADOS PARA PROTEGER A UN COLECTIVO DE PERSONAS FRENTE A OTRAS

La mayor parte de los pleitos civiles concernientes a acuerdos hechos en violación de tales *Statutes* son causantes de una restitución, hay muchos casos en los cuales los daños producidos por el incumplimiento de tales contratos han sido concedidos u otorgados. Por ejemplo, en lo referente a la legislación del control de rentas. Esta legislación está diseñada para proteger al inquilino. Consecuentemente, un inquilino puede demandar por daños producidos por el incumplimiento de un arriendo a pesar de la violación de las regulaciones de renta de las que se habla en las condiciones del arrendamiento. Se ha sugerido que una posibilidad de demanda debería existir para proteger a un grupo de personas contra acuerdos que violen los derechos que legalmente les protegen y la posibilidad de una demanda por daños, si existen.

5.4.5 LOS CONTRATOS LABORALES O DE OBRA O DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

La restitución es algo apropiado en la mayoría de los casos de contratos laborales o de obra o de arrendamiento de servicios, ya que el rehusar dar una remuneración puede redundar en el enriquecimiento injusto de la parte que ha recibido el beneficio del trabajo realizado y la confiscación de la propiedad o los servicios realizados por la otra parte. La parte que ha realizado un trabajo dentro de un contrato ilegal tiene el derecho a una remuneración cuasi-

contractual si esa parte no se considera culpable de una falta moral seria y aunque tenga algo de culpa dentro de este contrato ilegal no se le considera igualmente culpable como a la otra parte. Por supuesto, lo que se llama una falta moral grave es obviamente una cuestión de grado que depende del tipo de esa falta. Por ejemplo, el soborno es una falta moral grave pero los Tribunales no lo consideran tal si se trata de un acuerdo hecho por una persona que tuviese una necesidad extrema o se viera motivado por el instinto de supervivencia.

La segunda pregunta que se deben de hacer a la hora de determinar si ambas partes se hayan en *pari delicto* o no es: ¿Cuándo ambas partes tienen la misma culpabilidad? La respuesta a esta pregunta determinará los casos en los cuales se permite una remuneración en base a que el esfuerzo realizado por el demandante no se puede considerar con una ilegalidad pareja a la de la otra parte. Este tipo de casos se ven dentro de unas categorías bastante flexibles.

5.4.6 SEVERANCE (NULIDAD PARCIAL)

Si un acuerdo, por cualquier razón, acaba teniendo una disposición de ilegalidad que realmente no se incluye en la parte esencial o central del acuerdo puede que no se extienda a todo el contrato. Para alcanzar tal conclusión se han de tomar en cuenta dos principios: 1.º Si esa disposición ilegal no entraña una depravación moral seria, esa parte del acuerdo se tiene por no puesta y el balance del acuerdo es ejecutable si el propósito principal del contrato no se ve anulado. 2.º No se debe alterar la naturaleza de la convención.

La divisibilidad del contrato no siempre se puede determinar por unas reglas fijas sino que más bien se determinan por un instinto judicial de justicia¹⁰¹. Pero existen algunos criterios para determinar si el propósito principal de un acuerdo se vería afectado por la anulación. En un principio el criterio a seguir parece ser el tener en cuenta si las partes hubieran entrado o no a formar parte de acuerdo sin haberse estipulado las disposiciones ilegales del contrato. Se puede determinar al valorar la igualdad o equilibrio del intercambio acordado antes y después de la anulación propuesta. La técnica de «*The blue pencil test*» consiste únicamente en quitar (nunca reformar ni añadir nada) aquellas palabras del contrato que lo hacen ilegal, no determina el alcance de doctrina de la severance¹⁰². Cuando la ilegalidad alcanza o comprende el acuerdo por

¹⁰¹ CALAMARI, *op. cit.*, p. 899.

¹⁰² TREITEL, *op. cit.*, p. 462.

completo la nulidad parcial generalmente no se permite. Aun así, en estos casos el tipo de multa o confiscación y el enriquecimiento injusto entrarán en consideración al determinar si la nulidad parcial debe ser otorgada. Este tipo de nulidad parcial (*severance*) suele aplicarse sobre todo en los contratos de competencia desleal y contrarios la libre competencia (*Contracts in restraint of trade*)¹⁰³.

5.4.7 INTERPRETACIÓN DE PROPÓSITOS Y REFORMA JUDICIAL

Al existir la posibilidad de leer un acuerdo de forma que se le puede dar un sentido legal o ilegal, será preferida siempre la interpretación que le da un sentido legal.

Además de esta regla de interpretación cabe la posibilidad de la reforma judicial o integración de un contrato escrito, sin embargo hay muy pocos casos en el Derecho inglés y americano en los que un remedio de reforma judicial haya sido otorgado. Hay un reconocimiento general y una expansión gradual de la idea de que la reforma o integración es factible si la ilegalidad es a causa de un error de hecho o de la legislación y más en particular cuando es un error que entraña el defecto legal de un escrito. Las puertas de la reforma o integración están abiertas cuando ambas partes hayan atravesado inadvertidamente más allá de las barreras de la legalidad.

De hecho la reforma suele ocurrir bajo las doctrinas de nulidad parcial, en su caso, sustitutiva y divisibilidad (*severance*). Pero, además, también hay casos en los que el tribunal esencial o simplemente vuelve a escribir el contrato para concordarlo con la Ley, sin contar con ningún tipo de doctrina en particular. En el Derecho inglés se denomina «*The court's statutory power to revise the contracts*». Pero sólo se da en aquellos casos en los que existe una Ley del parlamento que contiene previsiones normativas que lo permiten¹⁰⁴.

5.4.8 ARREPENTIMIENTO *LOCUS POENITENTIAE*

Otra excepción a la regla general, en la cual los Tribunales dejan a ambas partes que han entrado a formar parte de un contrato ilegal de la misma forma en la que les encontraba, es la doctrina del *locus poenitentiae* o desistimiento voluntario y a tiempo del propósito ilegal. Esta figura reconocida tanto en el Derecho inglés como en el

¹⁰³ BEALE, H. G.; BISHOP, W. D.; FURMSTON, M. P., *Contracts. Cases and materials*, 2.ª ed., Londres, 1990, p. 775.

¹⁰⁴ TREITEL, *op. cit.*, p. 465.

norteamericano es bastante original con respecto al Derecho continental. Incluso si el demandante se encuentra en *pari delicto*, y por lo tanto tiene la misma culpa o es incluso más culpable que el demandado, se le da el derecho de resolver el contrato y obtener una remuneración o restitución si actúa a tiempo de prevenir el propósito ilegal por el cual se hizo el contrato. A no ser que el mero hecho de realizar el contrato ya envuelva un tipo de falta moral sería. Es decir, salvo que la mera actividad contractual envuelva la ilegalidad independientemente de que el desarrollo del contrato o de alguna de sus prestaciones llegue a término.

Esta doctrina ha sido justificada basándose en que frustra el llevar a cabo esquemas ilegales y que, en cuanto a justicia y moralidad se refiere, el demandante debería tener una oportunidad para arrepentirse. De todas maneras, este arrepentimiento no es requerido, por lo general, en un sentido moral y los tribunales no se meten generalmente en las razones que pueda tener el demandante a la hora de repudiar el contrato. Al demandante habitualmente no se le permite salir del acuerdo cuando una parte de este contrato ilegal había sido consumado de alguna forma. Aun así, en algunos casos se le permite que salga del acuerdo antes, eso sí, de que cualquier aspecto ilegal del contrato haya sido sustancialmente llevado a cabo. Es decir, cuando ninguna parte esencial del contrato ilegal se ha ejecutado, aquel contratante que está verdaderamente arrepentido puede recobrar.

El problema se centra en discernir cuándo cabe apreciar el arrepentimiento en un contrato ilegal en el que se ha comenzado a ejecutar alguna prestación o se ha llevado a efecto parcialmente. La cuestión es saber, cuando se abandona por parte de un contratante sin que finalice el proceso de ejecución del contrato, si se tiene o no derecho a recobrar. En principio, se pueden acoger a la doctrina del *Locus penitentiae* cualquiera de los dos contratantes siempre que no se haya llegado demasiado lejos «*before things go so far*», el problema es determinar hasta cuándo «*How is so far?*». Los *Leading Cases* sobre este asunto suelen referirse a contratos celebrados en fraude de acreedores ¹⁰⁵.

De esta forma la ley incentiva el arrepentimiento o la denuncia de la ilegalidad. Pero aquel contratante que busque obtener la aplicación de esta regla debe mostrar que su arrepentimiento es genuino, y que no está repudiando el contrato por meras razones de conveniencia.

¹⁰⁵ CHESHIRE, G. C.; FIFOOT, C. H. S.; FURMSTON, M. P., *Law of Contracts*, 11.ª ed., Londres, 1986, pp. 367-368; BEALE, H. G., BISHOP, W. D.; FURMSTON, M.P., *Contracts. Cases and materials*, 2.ª ed., Londres, 1990, pp. 768-769.

La cuestión de verdad, en cualquier caso, es si la finalidad de la ley triunfará o se verá satisfecha al ofrecer una gratificación al cumplimiento de ésta si se denuncia a tiempo la ilegalidad. Aunque generalmente se dice que el arrepentimiento viene demasiado tarde: 1.º Si viene única y exclusivamente después de que la otra parte del contrato haya indicado que no llevará a cabo lo que se haya acordado o 2.º Después de que el logro del propósito ilegal se vea como imposible. Esta regla también tiene sus excepciones puntuales.

5.4.9 ILEGALIDAD POR CAUSA REMOTA-CONTRATOS COLATERALES

Estas situaciones en las que las partes no están en igualdad de condiciones se dan a menudo en lo que es llamado Ilegalidad por causa remota. Éstos son los casos en los que la ilegalidad de la que trae causa el contrato proviene de actos o conductas anteriores a la celebración del mismo o de otros contratos o relaciones jurídicas de las que depende o ha dependido aquél. Es decir, los contratos posteriores o colaterales que están basados o dependen de una negociación ilegal son también considerados o *illegal* o *void*.

Esto puede ocurrir con cartas de pago, reconocimiento de deudas, o contratos en sí mismo neutros o inocuos que no forman parte principal del contrato original que se considera ilegal pero traen causa de él. Son contratos independientes en sí mismos (por ejemplo contratos *under seal*) pero con indisoluble relación con el contrato ilegal. Muchas veces la contratación posterior es realizada por las mismas personas que cometieron la primitiva ilegalidad y otras veces a través de apoderado o persona interpuesta. Cuándo lo remoto puede resultar demasiado remoto o qué pueda ser demasiado remoto es ya una cuestión de medidas o graduaciones. Aquí se puede traer a colación un tradicional principio jurisprudencial que reza: «La línea de proximidad a la ilegalidad varía, de alguna manera, de acuerdo a la gravedad del mal producido.» La solución viene a ser casuística al depender del contexto de la conducta ilegal.

5.5 Efectos de los *Statutes* que exigen licencias o autorizaciones

La exigencia de distintas licencias y autorizaciones administrativas obedece a multitud de razones. Puede venir determinada por un sencillo afán de información estadística de la administración, por ejercer un mínimo control de calidad evitando fraudes, por realizar controles de sanidad en determinados productos, por finalida-

des recaudatorias, etc. Habrá que deducir el propósito legislativo o finalidad de la norma jurídica (*Statute*) que exige la autorización. Deberemos tratar de ver si la exigencia es una mera formalidad, ideada por ejemplo para promover ingresos, o es un requisito sustancial que certifica la posibilidad de entrar en el tráfico económico sin peligro de causar daños. También habrá que calibrar si la cuantía del beneficio era esperado o no por el demandado y su relación con la cuantía de la multa o sanción (beneficios muy altos compensan la multa). También se mira si la falta de licencia ha causado algún daño o ha supuesto una gran alarma social.

5.6 El cambio de la Ley o de la coyuntura después que el contrato ha sido celebrado

Las reglas a aplicar en los casos de legalidad o ilegalidad sobrevenida en los contratos van a ser prácticamente idénticas en todos los ordenamientos jurídicos por lo que no difieren sustancialmente del tratamiento que reciben estos casos en el *Civil Law*. Sin embargo, se puede apreciar que en los ordenamientos jurídicos angloamericanos se va a considerar con mucha preeminencia a la nueva ley que trata de modificar determinadas conductas contractuales o variar en cierto sentido el tráfico económico. Por esta razón, pese a no ser muy partidarios de la intervención estatal en el ámbito contractual, o quizá por ello, no van a abrazar tan férreamente como los ordenamientos codificados un Principio General de Irretroactividad.

a) Contrato legal en el momento de su formación y después se convierte en ilegal por un cambio en la legislación.

El tratamiento que recibe el contrato que deviene ilegal en un momento posterior al de su celebración es como si lo que sobreviene fuese una imposibilidad de la prestación ¹⁰⁶. Para estos casos, como hemos tenido ocasión de explicar, se ha ido utilizando el concepto de la *consideration* en un sentido más moderno y flexible ¹⁰⁷.

b) Contrato ilegal en el momento de su formación que luego se convierte en legal por un cambio de un hecho o resultado del cambio de una ley.

La regla general dice que el cambio de una ley no dará validez al contrato. Sin embargo, tiene excepciones cuando las reglas de la nueva Ley ponen en duda la conveniencia de atacar dicho contrato.

¹⁰⁶ CALAMARI, *op. cit.*, pp. 547-548.

¹⁰⁷ *Vid. infra* epígrafe: *causa, consideration y Public Policy*.

Si se produce un cambio de hechos que hacen que desaparezcan las causas de ilegalidad el contrato no se convierte en válido, salvo que cualquiera de ambas partes desconociesen la ilegalidad. Si debido al cambio de hechos desaparece la ilegalidad ambas partes pueden ratificar el acuerdo ¹⁰⁸.

6. EL *COMMON LAW* COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO EMINENTEMENTE LIBERAL

Una de las peculiaridades que diferencian los ordenamientos jurídicos con Derecho codificado de aquellos derivados del Derecho del *Common Law* es, sin duda, la menor permeabilidad de estos últimos para impregnarse de principios sociales. En contraposición a la naturalidad con la que se ha asimilado en los ordenamientos jurídicos continentales, y especialmente en el nuestro, la inevitable aparición de lo que se ha dado en denominar Orden Público Económico, tanto de protección como de dirección, en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona se contempla con muchos recelos.

Tanto el ordenamiento jurídico inglés como el estadounidense son reacios a las legislaciones intervencionistas de signo proteccionista. El intervencionismo en la mentalidad de estas culturas jurídicas es un mal necesario que se ha de tender a evitar en lo posible. En términos generales esta mentalidad marca su política legislativa pese a que sea inevitable en estos tiempos responder normativamente a las demandas de las fuerzas sociales que parecen ir desperdando poco a poco.

El Derecho legislado inglés va paulatinamente aumentando su volumen. En muchas ocasiones el parlamento debe promulgar leyes (*acts of parliaments* o *statutes*) obligado por las directivas de la Unión Europea. Además, se ha ido delegando el desarrollo de ese derecho legislado a la Administración Central y Local. En esta legislación delegada (*delegated legislation*) se cede a la Administración el poder de adoptar decisiones de carácter económico o social, proporcionándole el marco legal. De hecho, afirma Alcaraz Varó, en el Reino Unido, como en la mayoría de los estados modernos, la legislación delegada o subordinada es hoy, paradójicamente, más voluminosa que la que emana directamente del parlamento ¹⁰⁹.

Muchas veces el Derecho legislado (*Statutory Law*) es tildado con el adjetivo de paternalista. El término «*paternalism*» es bastan-

¹⁰⁸ CALAMARI, *op. cit.*, p. 904.

¹⁰⁹ ALCARAZ VARÓ, E., *El inglés jurídico, textos y documentos*, Barcelona, 1994, p. 14.

te usado por los autores anglosajones ¹¹⁰. En el pensamiento tradicional de esta cultura jurídica alcanza un sentido un tanto despectivo, pues la mayoría de estos autores lo consideran poco compatible con la síntesis judicial de costumbres y la regla del «*stare decisis*» que componen el *Common Law* y con las teorías democráticas liberales ¹¹¹. Por ello, los más favorables a la incursión en el terreno privado de la política social del Estado tratan de hacer muchas precisiones y distinciones del término, e intentan justificarlo apoyándose en otros motivos conexos no paternalistas como los de eficiencia y los distributivos, la protección de la integridad personal, de intereses económicos o morales de terceras personas ¹¹², etc.

En general, podemos afirmar que la mentalidad norteamericana dominante, aunque sigue siendo la tradicional ¹¹³, también va poco a poco tolerando el «*social paternalism*» legislativo con no pocos recelos y reservas ¹¹⁴. Su avance se debe a la evolución de la política social que conduce a cierto dirigismo legislativo a través de normas administrativas derivadas de leyes (*Acts of Congress*) que será bastante criticado por la doctrina (denominándolos «*Paternalist statutes*») ¹¹⁵ y no siempre bien entendido por los tribunales cuyo pensamiento permanece reacio al intervencionismo y al control social de la libertad contractual, materia en la que aplican el principio de «*the right to be alone*» ¹¹⁶. Esta concepción les lleva a advertir la inconveniencia de extender arbitrariamente el concepto de *Public Policy*. Esta doctrina neoliberal se puede resumir así «... *men of full age and competent understanding shall have the utmost*

¹¹⁰ La mayoría de los autores anglosajones «antipaternalistas» basan sus concepciones en la tradicional teoría de J. S. MILL expuesta en su *Ensayo sobre la libertad* (comenzado en 1855 y publicado tras su muerte en 1859). Por el contrario, los autores de tendencia más «paternalista» tienen su modelo en H. L. A. Hart y su obra.

¹¹¹ COLLINS, H., *Contract and legal theory*, en *Legal Theory and Common Law*, Oxford, 1986, p. 144.

¹¹² KENNEDY, D., *Distributive and paternalist motives in contract and tort Law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, pp. 570-574, 586-590; KRONMAN, *op. cit.*, pp. 766-774.

¹¹³ KRONMAN, *op. cit.*, p. 764.

¹¹⁴ En general, existe en la tradición angloamericana cierta animadversión contra el derecho legislado (ley, decreto, resolución, circular...). Pero podemos distinguir ciertas diferencias entre la importancia que adquiere en Estados Unidos y en Gran Bretaña. Comenzando porque los Estados Unidos disponen de una Constitución federal que sirve de marco jurídico de derecho escrito. El derecho legislado para los juristas americanos suele ser contemplado con el tradicional prejuicio anglosajón de que éste no supone más que una derogación del *Common Law*. Sin embargo, los juristas americanos van a ir modificando su actitud de hostilidad al derecho legislativo por influencia del juez Holmes y aceptan que este tipo de derecho puede ser digno de una interpretación liberal y no tan restrictiva. Por ello, los juristas americanos serán mucho más receptivos a las modificaciones legislativas y, en esto, se acercan más a las concepciones del Derecho continental europeo que los británicos.

¹¹⁵ SHAPIRO, D. L., *Courts, Legislatures and paternalism*, pp. 519, 530-531, 533, 545, 572.

¹¹⁶ SHAPIRO, D. L., *op. cit.*, pp. 538-545.

liberty of contracting»¹¹⁷. Sobre todo los autores estadounidenses con argumentos de derecho económico tratan de que nos replanteemos la necesidad o utilidad de tanto intervencionismo estatal en la economía, por extensión, también los más radicales se cuestionan la oportunidad de la intervención social. Ésta es una doctrina que empieza a adquirir cierto eco también en nuestro continente¹¹⁸.

Por otro lado, la corriente contraria también tiene numerosos adeptos y representantes en el Derecho estadounidense como ponen de manifiesto Kessler y Gilmore, quienes aportan una original innovación a la concepción norteamericana tradicional de la disciplina contractual, tratando de adaptarla a la rápida evolución que se ha venido desarrollando en los últimos tiempos¹¹⁹. Lo que han producido los nuevos esquemas legales que fijan condiciones obligatorias (*compulsory terms*) es producir la confusión sobre qué vía utilizar para realizar las reclamaciones, llegando a la conclusión de que se puede utilizar tanto la vía del *contract law* como la del *tort law* (Derecho de daños) para conseguir las pretensiones basadas en estas leyes¹²⁰. Esto es lo que se ha denominado el moderno paradigma contractual o «*Neo-classical law of contract*», que partiendo de los problemas del derecho contractual clásico acomoda los valores conflictivos a través de métodos flexibles y pragmáticos. Se permite a los jueces la discrecionalidad suficiente en los casos difíciles para alcanzar justo los resultados socialmente deseables¹²¹.

7. CONCLUSIÓN. VARIEDADES Y GRADOS DE ILEGALIDAD, CON VARIACIONES EN LOS EFECTOS LEGALES

Se ha puesto de manifiesto con la resumida exposición del tratamiento británico y estadounidense de la ilegalidad contractual la

¹¹⁷ Fórmula textual clásica entre la doctrina jurisprudencial británica, *Co. v. Simpson* (1875) L.R. 19 Eq. 462, p. 465.

¹¹⁸ VALIANI, R., «L'Economia Della Deregolamentazione», en *Quadrium*, 1985, pp. 78-102.

¹¹⁹ Estos autores añaden a la ideología del dogma del *freedom of contract* las regla antagónicas que sirven de instrumentos de control social para evitar una indiscriminada aplicación de los principios de la libertad contractual, éstos son el concepto de la *equity*, la doctrina de la *consideration* y las innumerables posibilidades que ofrece el concepto de *Public Policy*. (KESSLER y GILMORE, *Contracts. Cases and materials*, Boston and Toronto, 1970, p. 1396.)

¹²⁰ De esta forma se produce una especie de invasión del *tort law* (Derecho de daños) en áreas tradicionalmente reservadas al *contract law*, ya que será más beneficioso para la parte lesionada acudir a las indemnizaciones que le otorga el *tort law* (SHAPIRO, D. L., *op cit.*, p. 537-538; KENNEDY, D., *op cit.*, p. 590-595. Entre la doctrina inglesa también se recoge este hecho WHITTAKER, S. J., *Chiti on Contracts* podemos encontramos numerosas clasificaciones diferentes).

¹²¹ WHEELER, S., y SHAW, J., *Contract law, Cases, materials an commentary*, Oxford, 1994, pp. 52-55.

enorme diferencia que la separa de nuestro planteamiento continental. Podemos destacar que con el sistema usado por los juristas anglosajones se puede llegar a soluciones más matizadas y más apropiadas a las circunstancias que las conseguidas por nuestro sistema. Sin embargo, como señalan David y Pugsley esta ventaja tiene una contrapartida que consiste en que se encuentran ante soluciones mucho más fragmentarias, dejando cabida a un margen de incertidumbre. Las soluciones, a fuerza de ser matizadas, corren el riesgo de parecer contradictorias o paradójicas. Además, como ya hemos comprobado, la terminología y nomenclatura usadas aumentan la confusión, ya que se encuentran mal adaptadas a la variedad de regímenes puestos de relieve en las distintas situaciones. Lo cual añade tantas variables que nos van a hacer dudar a la hora de determinar el régimen que va a resultar aplicable a un concreto contrato que se encuentra en una situación de ilegalidad ¹²².

El razonamiento para articular todas las posibles soluciones que encontramos en el *Common Law* parte de unas reglas generales y de la consideración de numerosas circunstancias que modulan esas reglas. A primera vista podríamos pensar que se supone que un contrato ilegal está necesariamente anulado de efectos legales y que ha perdido toda cobertura legal. Sin embargo, la materia no es tan simple.

Los razonamientos para establecer adaptaciones de las reglas generales a las distintas circunstancias toman como referencia otros modelos de derecho sancionador. De esta forma, se argumenta que en la regulación de la conducta humana sabemos que no es suficiente clasificar meramente actos como delictuales o no delictuales. Los actos delictuales varían enormemente en consideración a su clase y calidad. Se clasifican convencionalmente y las penas y otros efectos legales se modulan o hacen variar con el grado y el carácter del acto. *V. gr.* Asesinato es peor que homicidio, e incluso dentro del homicidio hay distintos grados. También hay una amplia gama de penas, desde la pena de muerte hasta la mera amonestación. Dentro de una misma pena también hay grados. *V. gr.* Condena a prisión puede ser larga o corta y la multa alta o baja. Lo mismo ocurre con los contratos ilegales; sus efectos varían con el carácter de los factores que producen su inclusión en la categoría de la ilegalidad ¹²³.

Un contrato puede ser ilegal si las prestaciones por las que fue concluido son ilegales; y las prestaciones pueden ser ilegales por-

¹²² DAVID, R., y PUGSLEY, D., *Les contrats en Droit Anglais*, cit., p. 205.

¹²³ CORBIN, A. L., *Corbin on contracts*, op. cit., pp. 1154-1155.

que la autoridad gubernativa las ha declarado como «delictuales» (*crime*) en cualquiera de sus múltiples grados o porque de cualquier manera se las ha declarado como «dañinas» (*tort*). Por otro lado, un contrato puede ser ilegal incluso aunque las prestaciones no sean ilegales (*consideration*); puede ser ilegal porque el hacer tal contrato esté, en sí mismo, prohibido y sujeto a pena-sanción.

Según el *Common Law*, un contrato es un acuerdo entre dos partes sobre un intercambio de prestaciones, valen tanto las ya ejecutadas como las aún prometidas. Por lo tanto, se necesitan dos prestaciones para hacer un contrato o una promesa formalmente expresada (*consideration*); y debemos ser conscientes que la ilegalidad puede ser restringida totalmente a una de esas prestaciones. También una de esas partes puede ser considerada por la ley como completamente inocente; o una de las partes puede ser considerado como de menor culpa (*fault*) –*not in pari delicto*– y por tanto hallarse legitimado para obtener algún remedio legal (*legal remedy*). Este sistema legal proporciona una buena variedad de remedios legales y son aplicados por los tribunales con un alto grado de flexibilidad.

Como conclusión, siguiendo a Corbin, podemos decir que la ilegalidad no es un concepto simple. Tiene muchas formas y una gran variedad de efectos. Hay zonas en las cuales incluso un diligente ciudadano no puede determinar si un contrato propuesto es o no ilegal. Pero a lo largo del límite de la legalidad hay numerosos signos de aviso que dan protección razonable a un hombre probo y serio. Aunque hay un área de incertidumbre, ésta es pronto incluida en el campo donde la ilegalidad se convierte en plena y clara, sin embargo su calidad y grado y sus efectos en los remedios judiciales pueden, desde alguna distancia, mantener la flexibilidad que también encontramos como tendencia en nuestro ordenamiento jurídico ¹²⁴.

¹²⁴ Arthur L. CORBIN es uno de los autores cuyos puntos de vista han influido más y han sido tomados más en cuenta en la segunda *Restatement* cuya última redacción fue aprobada en 1979 y publicada en 1981. Así como en la primera publicada en 1932 se reflejaban las ideas de Williston que pertenece a la llamada escuela positivista, la segunda, como hemos adelantado, refleja las ideas de Corbin que es uno de los representantes de la escuela realista. Esta última es una escuela escéptica a la formulación de generalizaciones y definiciones. Creen que los tribunales, para llegar a una decisión, deberían tomar en cuenta, y de hecho lo hacen, la situación social, económica, ética y moral.