

PRINCIPIOS DE UNIDROIT E ILICITUD DEL CONTRATO INTERNACIONAL

MIGUEL UNCETA LABORDA

*Profesor de Derecho internacional privado
Universidad CEU San Pablo de Madrid*

Recibido: 15.07.2013 / Aceptado: 22.07.2013

Resumen: En una encuesta que realizó UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias que serían incluidas en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue la ilicitud. Los nuevos artículos sobre ilicitud que aparecen en la última versión de los Principios de UNIDROIT (2010) son el 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y 3.3.2 (Restitución) (Sección 3: Ilicitud, dentro del Capítulo 3: Validez). Estos artículos se ocupan del contrato que infringe normas imperativas, bien sea por medio de sus cláusulas, su ejecución, su finalidad o de otra manera. Más concretamente, regulan los efectos que produce dicha violación en el contrato, estableciendo los criterios a seguir para determinar si, a pesar de la violación, las partes siguen gozando de remedios de naturaleza contractual (Artículo 3.3.1) o de la posibilidad de restitución (Artículo 3.3.2).

Palabras clave: Principios de UNIDROIT, ilicitud, contrato, normas imperativas y restitución.

Abstract: In an inquiry conducted by UNIDROIT in order to identify additional topics for inclusion in the new edition of the Principles, one of the most widely supported topics was illegality. The new provisions on illegality in the last version of UNIDROIT Principles (2010) are Articles 3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules) and 3.3.2 (Restitution) (Section 3: Illegality, of Chapter 3: Validity). These provisions are concerned with a contract that infringes mandatory rules, whether by its terms, performance, purpose or otherwise. More precisely, this new section on illegality deals with the effects of the infringement on the contract, by laying down the criteria to be followed in determining whether, despite the infringement, parties may still be granted remedies. And if so, whether there will be remedies under the contract (art. 3.3.1) or restitution (art. 3.3.2).

Key words: UNIDROIT Principles, illegality, contract, mandatory rules and restitution.

Sumario: I. Una novedad en la última versión de los Principios de UNIDROIT. II. Los trabajos preparatorios. III. Formas en que un contrato puede infringir normas imperativas. IV. Efectos de la infracción de una norma imperativa en el contrato. 1. Efectos de la infracción expresamente previstos por la norma imperativa. 2. Efectos de la infracción no previstos por la norma imperativa y determinados según lo que es razonable. 3. Criterios para determinar lo que es razonable atendiendo a las circunstancias. V. La restitución. 1. Consideraciones generales. 2. Criterios para determinar si la restitución es razonable. 3. Reglas que rigen la restitución.

I. Una novedad en la última versión de los Principios de UNIDROIT

1. La regulación de la ilicitud del contrato internacional es una de las novedades de la última versión de los Principios de UNIDROIT¹. Junto a ella se han introducido otros artículos nuevos sobre

¹ La nueva regulación sobre la ilicitud del contrato internacional aparece recogida en una sección independiente (Sección 3), dentro del capítulo sobre la validez (Capítulo 3) y está formado por dos artículos, el 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y el 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

la restitución de lo entregado en caso de anulación del contrato²; sobre las obligaciones condicionales³, distinguiéndose entre condiciones suspensivas y resolutorias, y un capítulo nuevo sobre la pluralidad de deudores y acreedores⁴, diferenciándose entre las obligaciones y los créditos solidarios, mancomunados y separados⁵.

2. En relación con la ilicitud del contrato internacional, hay que señalar que la libertad de contratación en los Principios de UNIDROIT no es ilimitada. Las partes no solamente deben celebrar el contrato sin que medie error o intimidación, sino que además el contrato no debe infringir las normas materiales imperativas que sean aplicables en virtud de las normas de Derecho internacional privado⁶. Mientras que los vicios del consentimiento son tratados en la Sección 2 (Causas de anulación) del Capítulo 3 (Validez), la Sección 3 (Ilicitud) se ocupa del contrato que infringe normas imperativas, bien sea por medio de sus cláusulas, su ejecución, su finalidad o de otra manera⁷. Más concretamente, esta sección regula los efectos que produce dicha violación en el contrato, estableciendo los criterios a seguir para determinar si a pesar de la violación, las partes siguen gozando de remedios de naturaleza contractual (Artículo 3.3.1) o de la posibilidad de restitución (Artículo 3.3.2).

3. Conviene recordar que tanto la primera versión de los Principios de UNIDROIT (1994) como la segunda (2004) excluían expresamente la ilicitud, como causa de invalidez del contrato, del ámbito de aplicación de los mismos. El artículo 3.1 señalaba que estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por: la falta de capacidad; inmoralidad o ilegalidad⁸. Y, en el Comentario al artículo, se explicaba que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluía en el ámbito de los Principios, como es el caso de la inmoralidad o ilegalidad. Esto se debía a la complejidad que conllevan estas cuestiones, así como al diverso tratamiento que reciben en los diferentes ordenamientos nacionales. Consecuentemente, el contenido ilegal o inmorales de los contratos continuaba siendo una materia regulada por la ley nacional aplicable.

Sin embargo, en una encuesta que realizó el Instituto de UNIDROIT con el fin de identificar nuevas materias que serían incluidas en la tercera versión de los Principios, una de las cuestiones más demandadas fue, precisamente, la ilicitud⁹. Además, otro de los motivos relevantes para su inclusión fue que esta institución ya había sido incluida en instrumentos jurídicos de la misma naturaleza como los Principios de Derecho Contractual Europeo o en el borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*). En concreto, la ilicitud, que tampoco aparecía inicialmente en los Principios de Derecho Contractual Europeo, fue incorporada a los mismos en su Parte III (capítulo 15 «Ilicitud») y publicada en 2003¹⁰. Y, de igual modo, diversas disposiciones sobre la ilicitud aparecen recogidas en el borrador del Marco Común de Referencia, en el Libro II, Sección 3¹¹.

² Art. 3.2.15 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

³ La Sección 3: Obligaciones condicionales, está dentro del Capítulo 5: Contenido, de los Principios de UNIDROIT.

⁴ Capítulo 11: Pluralidad de deudores y acreedores, de los Principios de UNIDROIT.

⁵ Sobre los nuevos artículos de los Principios de UNIDROIT 2010, *vid.* M.J. BONELL, «The new provisions on illegality in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 517-536; B. FAUVARQUE-COSSON, «The new provisions on conditions in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 537-548; M. FONTAINE, «The new provisions on plurality of obligors and obligees in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 549-562; R. ZIMMERMAN, «The unwinding of failed contracts in the UNIDROIT Principles», *Uniform Law Review*, 2011-3, pp. 563-588.

⁶ El artículo 1.4 de los Principios de UNIDROIT (Normas de carácter imperativo) señala que estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado.

⁷ *Vid.* Comentario 1 (Ámbito de esta Sección) del Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) de la Sección 3 (Ilicitud) de los Principios de UNIDROIT.

⁸ Artículo 3.1 (Cuestiones excluidas), dentro del Capítulo 3: Validez, de los Principios de UNIDROIT (Versiones 1994 y 2004).

⁹ *Cf.* UNIDROIT. 2005 – C.D. (84) 19 rev. 2, para. 18.

¹⁰ El capítulo 15 «Ilicitud» de los Principios de Derecho Contractual Europeo comprende los artículos 15:101-15:105.

¹¹ El borrador del Marco Común de Referencia ha sido preparado por el Grupo de estudio sobre el Código Civil Europeo y el Grupo de investigación en Derecho privado de las Comunidades Europeas y fue publicado en 2009. La ilicitud aparece regulada en los Arts. II.7:301 y II. 7:302 del borrador del Marco Común de Referencia.

II. Los trabajos preparatorios

4. En los trabajos preparatorios que dieron lugar a la regulación actual de la Ilícitud¹² en los Principios de UNIDROIT, se hizo un estudio de la misma desde el punto de vista del Derecho comparado¹³. En él se constató que en el *Common law* se distingue entre los contratos cuya formación está prohibida por ley (*statutory illegality*) y los contratos que son ilegales por ser contrarios al orden público (*public policy*) (*common law illegality*)¹⁴. Sin embargo, en los sistemas de Derecho civil continental hay que diferenciar dos formas de regulación. Por un lado, un grupo de Derechos nacionales, como el alemán, austriaco o suizo, que distinguen entre contratos ilegales y contratos contrarios a la moral¹⁵. Y, por otro lado, un grupo de Derechos nacionales, como el Derecho francés o italiano, que consideran que un contrato es inválido si están basados en una causa ilícita. Por ejemplo, un causa prohibida por la ley o contraria a la moral o al orden público (art. 1133 Código civil francés) o una causa contraria a una norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres (art. 1343 Código civil italiano).

En el caso de la legislación española, la ilicitud del contrato aparece regulada en diversos artículos de nuestro Código civil¹⁶. Conforme al mismo, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 Código civil español). Además establece que pueden ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271.3 Código civil español). Y, por último, se señala que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Siendo ilícita la causa cuando se oponga a las leyes o a la moral (art. 1275 Código civil español).

5. Hay que señalar que hubo un cambio entre la primera versión de estos artículos y la definitiva¹⁷. En los primeros borradores del capítulo sobre Ilícitud, se distinguía entre «contratos contrarios a principios fundamentales», concretamente, «principios ampliamente aceptados como fundamentales en los sistemas legales de todo el mundo» y «contratos que infringen normas de carácter imperativo», en particular, «normas de carácter imperativo que resulten aplicables en virtud del Artículo 1.4 de los Principios». Pero al final se decidió prescindir de los «principios ampliamente aceptados como fundamentales en los sistemas legales de todo el mundo» por considerarlos demasiado imprecisos y porque podrían dar lugar a interpretaciones divergentes en las distintas partes del planeta. Además se iría en contra de uno de los objetivos principales de los Principios de UNIDROIT como es la seguridad jurídica en la contratación internacional.

Por tanto, se decidió que los Principios se centrarían en una clase de Ilícitud, la violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional. Y así es como aparece en el Artículo 3.3.1. Pero, a la vez, se modificaron los Comentarios al Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo), con el fin de clarificar que la noción de «normas de carácter imperativo» debe entenderse en un sentido amplio, de tal manera que abarque tanto las disposiciones legislativas específicas como los «principios generales de orden público»¹⁸. La

¹² Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) y 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

¹³ El Borrador del Capítulo sobre Ilícitud fue preparado por un Grupo de trabajo formado por los profesores M.J. BONELL (Profesor emérito de Derecho, Universidad Roma I «La Sapienza», Roma, Italia. Presidente del Grupo de trabajo), B. FAU- VARQUE-COSSON (Profesor de Derecho, Universidad Panteón-Assas, París II, París, Francia), M. FONTAINE (Profesor emérito de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina, Louvain-la-Neuve, Bélgica), M. FURMSTON (Decano de la Facultad de Derecho y profesor de Derecho, Universidad de Singapur), R. GOODE (Profesor emérito de Derecho, Universidad de Oxford, Oxford, Reino Unido) y R. ZIMMERMAN (Profesor de Derecho, Director del Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo, Alemania). *Vid.* UNIDROIT 2008 – Study L- Doc. 106, para el primer borrador y UNIDROIT 2009 – Study L- Doc. 111, para el segundo borrador.

¹⁴ *Vid.* E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, 4th ed., 2004, pp. 313 ss. y M.J. BONELL, «The new provisions ...», *loc. cit.*, p. 518.

¹⁵ *Vid.* Artículos 134 y 138 del Código civil alemán (BGB), art. 879 del Código civil austriaco (ABGB) y art. 20 de Código de obligaciones suizo.

¹⁶ *Vid.* Artículos 1255, 1271.1 y 1275 del Código civil español.

¹⁷ *Vid.* UNIDROIT 2008 – Study L- Doc. 106, para el primer borrador y UNIDROIT 2009 – Study L- Doc. 111, para el segundo borrador. M.J. BONELL, «The new provisions ...», *loc. cit.*, pp. 519 ss.

¹⁸ *Vid.* Comentario 2. (Noción amplia de «normas de carácter imperativo») del Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo) de los Principios de UNIDROIT.

redacción del Artículo 3.3.2 (Restitución) resultó más sencilla. De hecho, los miembros del Grupo de trabajo estuvieron de acuerdo desde el principio en que se podría proceder a la restitución, en el caso de contratos que violasen normas imperativas, siempre que aquella fuese razonable atendiendo a las circunstancias¹⁹.

III. Formas en que un contrato puede infringir normas imperativas

6. Existen diversas formas en que un contrato internacional puede infringir una norma material imperativa. En el tercer comentario al Artículo 3.3.1 aparecen recogidas las maneras más relevantes en que un acuerdo contractual puede infringir una norma material imperativa²⁰. En particular, se hace referencia a que un contrato internacional puede vulnerar normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas, durante el proceso de ejecución, durante su proceso de celebración o por su finalidad. Por tanto, en primer lugar, un contrato puede vulnerar normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas. Así, por ejemplo, si una empresa extranjera le pide a un intermediario local que, a cambio de unos honorarios, soborne a un asesor gubernamental de alto rango para que, al final, la empresa extranjera sea la designada como la encargada de la construcción de una nueva planta eléctrica, las cláusulas de dicho contrato de comisión serán contrarias a las leyes de ambos países que prohíben el soborno de funcionarios²¹.

En segundo lugar, un contrato también puede violar normas imperativas durante el proceso de ejecución. Este es el caso de un comerciante minorista que celebra un contrato para la fabricación de juguetes con un fabricante extranjero. El comerciante sabía o debía saber que los juguetes ordenados serían fabricados por niños. Como en ambos países el trabajo infantil es contrario al orden público, la ejecución del contrato vulneraría estos principios de orden público²².

Y, en tercer lugar, un contrato puede infringir las normas imperativas durante su proceso de celebración o por su finalidad. Un ejemplo lo encontramos en un contrato de suministro celebrado entre un fabricante de explosivos de un país y una empresa de otro país. En virtud del mismo, el fabricante se comprometió a suministrar grandes cantidades de semtex, un producto utilizado tanto para fines pacíficos como para la fabricación de bombas. El fabricante sabía o debía saber que la empresa pretendía hacer llegar la mercancía a una organización terrorista. Por tanto, el contrato de suministro viola el principio fundamental de orden público que prohíbe el apoyo a actividades terroristas²³.

IV. Efectos de la infracción de una norma imperativa en el contrato

7. A la hora de analizar los efectos que puede tener un acuerdo que infringe una norma imperativa hay que distinguir entre dos supuestos. Por un lado, cuando la propia norma imperativa prevé de manera expresa los efectos que su vulneración produce en el contrato y, por otro, cuando la norma imperativa no prevé estos efectos.

1. Efectos de la infracción expresamente previstos por la norma imperativa

8. Hay veces que la misma norma imperativa determina expresamente los efectos que tendrá la violación de esta norma en el contrato²⁴. De este modo, la norma imperativa puede especificar los remedios de naturaleza contractual o los derechos de restitución que las partes podrán hacer valer en caso

¹⁹ Vid. UNIDROIT 2006 – Study L- Misc. 26, para. 147 y UNIDROIT 2009 – Study L- Misc. 29, para. 388 y 450.

²⁰ Vid. Tercer comentario al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT (3. Formas en que un contrato puede contrariar normas imperativas).

²¹ Ejemplo 1 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

²² Ejemplo 5 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

²³ Ejemplo 8 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

²⁴ Vid. Comentario 4 (Efectos de la violación expresamente previstos por la norma imperativa violada) al Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) de los Principios de UNIDROIT.

de su violación. Un ejemplo, lo encontramos en el artículo 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁵, el cual establece expresamente que los acuerdos entre empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, prohibidos por el artículo 101.1, serán nulos de pleno derecho.

De igual modo, la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente²⁶, en su artículo 5, prevé que un Estado contratante podrá solicitar la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente²⁷. Si bien, en su artículo 6, tiene en cuenta al poseedor de buena fe cuando establece que el poseedor de un bien cultural que haya adquirido ese bien tendrá derecho al pago de una indemnización equitativa, por parte del Estado requirente, si el poseedor no supiese que dicho bien se había exportado ilícitamente en el momento de su adquisición²⁸.

²⁵ Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C nº 326 de 26-10-2012) (antiguo artículo 81 del Tratado de Roma (TCE)). 1) Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2) Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3) No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

²⁶ Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995). *Vid.* <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/translations/culturalproperty-spanish.pdf>.

²⁷ Artículo 5 de la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. 1) Un Estado contratante podrá solicitar al tribunal o cualquier otra autoridad competente de otro Estado contratante que ordene la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado requirente. 2) Un bien cultural, exportado temporalmente del territorio del Estado requirente, en particular con fines de exposición, investigación o restauración, en virtud de una autorización expedida de acuerdo con su derecho que regula la exportación de bienes culturales con miras a la protección de su patrimonio cultural y que no haya sido devuelto de conformidad con las condiciones de esa autorización, se considerará que ha sido exportado ilícitamente. 3) El tribunal o cualquier otra autoridad competente del Estado requerido ordenará la devolución del bien cultural cuando el Estado requirente demuestre que la exportación del bien produce un daño significativo con relación a alguno de los intereses siguientes: a) la conservación material del bien o de su contexto; b) la integridad de un bien complejo; c) la conservación de la información, en particular de carácter científico o histórico, relativa al bien; d) la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona o tribal, o que el bien reviste para él una importancia cultural significativa. 4) Toda demanda presentada en virtud del párrafo 1 del presente artículo deberá ir acompañada de cualquier información de hecho o de derecho que permita al tribunal o a la autoridad competente del Estado requerido determinar si se cumplen las condiciones de los párrafos 1 a 3. 5) Toda demanda de devolución deberá presentarse dentro de un plazo de tres años a partir del momento en que el Estado requirente haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, en un plazo de cincuenta años a partir de la fecha de la exportación o de la fecha en la que el bien hubiese debido devolverse en virtud de la autorización a que se hace referencia en el párrafo 2 del presente artículo.

²⁸ Artículo 6 de la Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente. 1) El poseedor de un bien cultural que haya adquirido ese bien después de que éste ha sido exportado ilícitamente tendrá derecho, en el momento de su devolución, al pago por el Estado requirente de una indemnización equitativa, a condición de que el poseedor no supiese o hubiese debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se había exportado ilícitamente. 2) Para determinar si el poseedor sabía o hubiese debido razonablemente saber que el bien cultural se había exportado ilícitamente, se tendrán en cuenta las circunstancias de la adquisición, en particular la falta del certificado de exportación requerido en virtud del derecho del Estado requirente. 3) En lugar de la indemnización, y de acuerdo con el Estado requirente, el poseedor que deba devolver el bien cultural al territorio de ese Estado, podrá optar por: a) seguir siendo el propietario del bien; o b) transferir su propiedad, a título oneroso o gratuito, a la persona que elija, siempre que ésta resida en el Estado requirente y presente las garantías necesarias. 4) Los gastos derivados de la devolución del bien cultural de conformidad con el presente artículo correrán a cargo del Estado requirente, sin perjuicio de su derecho a hacerse reembolsar los gastos por cualquier otra persona. 5) El poseedor no gozará de condiciones más favorables que las de la persona de la que adquirió el bien cultural por herencia o de cualquier otro modo a título gratuito.

2. Efectos de la infracción no previstos por la norma imperativa y determinados según lo que es razonable

9. En otras ocasiones, la norma imperativa no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato²⁹. En estos casos, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias, como prevé el párrafo (2) del Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT. Esta fórmula tan amplia ha sido utilizada de manera deliberada con el fin de que las partes tengan la mayor flexibilidad posible.

De este modo, a pesar de la violación de una norma imperativa, cualquiera de las partes podrá ejercitar los remedios ordinarios disponibles en el caso de un contrato válido, incluido el derecho al cumplimiento. Entre otros remedios, podrán considerar el contrato como ineficaz, adaptarlo a las nuevas circunstancias o bien optar por su resolución, en las condiciones que sean determinadas. Este último tipo de remedio puede ser especialmente apropiado cuando, como consecuencia de la infracción, solamente una parte del contrato resulte ineficaz.

3. Criterios para determinar lo que es razonable atendiendo a las circunstancias

10. Los Principios de UNIDROIT contienen una lista, no exhaustiva, de diferentes criterios para determinar los remedios contractuales que las partes podrían ejercitar atendiendo a las circunstancias, concretamente, en el párrafo (3) del Artículo 3.3.1. Hay que señalar que en algunos casos existirá más de un criterio pertinente y la decisión implicará una ponderación de dichos criterios.

- a) La finalidad de la norma violada. Uno de los factores más importantes a tener en cuenta es la finalidad de la norma imperativa y si dicha finalidad resultase afectada en el caso de que se concediese, a alguna de las partes, un remedio por incumplimiento del contrato³⁰. Por ejemplo, A, un fabricante de aeronaves en el país X, a sabiendas de que C, el Ministro de Defensa del país Y, tiene la intención de adquirir un cierto número de aviones militares, celebra un contrato con B, una consultora ubicada en el país Y. Conforme al contrato, B debe negociar la posible adquisición por parte de C de las aeronaves fabricadas por A (el contrato de representación). Una norma jurídica del país Y prohíbe recurrir a intermediarios para la negociación y celebración de contratos con entes gubernamentales. Ni A ni B pueden ejercitar los remedios por incumplimiento del contrato de representación, porque la finalidad de la prohibición del empleo de intermediarios es combatir la corrupción³¹.
- b) La categoría de personas que la norma busca proteger. Es decir, ver si la norma imperativa infringida está dirigida a proteger los intereses del público en general o los de una categoría particular de personas, por ejemplo, usuarios o clientes. De este modo, si un contrato es celebrado por una parte que carece de licencia, sería razonable conceder al cliente algún remedio de naturaleza contractual como el resarcimiento del daño³².
- c) Cualquier sanción que imponga la norma violada. Las disposiciones legales que prohíben determinadas actividades o imponen limitaciones, suelen ir acompañadas de sanciones penales o administrativas. Cuando la norma imperativa no especifique el efecto que la violación produce en el contrato, la existencia y naturaleza de estas sanciones podrán ofrecer indicaciones relevantes para determinar el efecto de una infracción en los derechos y los remedios de origen contractual³³.
- d) La gravedad de la violación. Según este criterio, los remedios de naturaleza contractual pueden ser ejercidos si la naturaleza de la norma imperativa es meramente técnica y su violación

²⁹ Comentario 5 al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT (4. Efectos de la violación determinados de conformidad con lo que es razonable atendiendo a las circunstancias.)

³⁰ Ejemplos 9, 10 y 11 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³¹ Ejemplo 10 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³² Ejemplo 12 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³³ Ejemplo 13 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

no afecta a la otra parte. Así, por ejemplo, si el ganadero de un país X vende ganado al ganadero de otro país Y, cuya legislación exige que el ganado importado esté debidamente marcado y que la información contenida en la marca lo esté también en los documentos anexos. En el caso de que el ganado entregado haya sido marcado debidamente pero, sin embargo, los documentos anexos estuvieran incompletos, el ganadero del país X, que vendió las reses, conservaría su derecho al pago del precio³⁴.

- e) Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes. El ejercicio de los remedios de naturaleza contractual también puede depender de si una o ambas partes conocían la norma imperativa o su violación³⁵.
- f) Si el cumplimiento del contrato conlleva violación. Por tanto, si las mismas cláusulas del contrato prevén la violación de una disposición legal o la suponen implícitamente, sería razonable no conceder ningún remedio por incumplimiento del contrato a las partes³⁶.
- g) Las expectativas razonables de las partes. Si una de las partes (B) crea en la otra (A) una expectativa legítima en relación con la validez de un contrato de inversiones, por ejemplo, la sumisión al arbitraje en caso de controversia. B no podría, posteriormente, invocar una prohibición legal prevista en su propio ordenamiento con el fin de evitar el arbitraje como, por ejemplo, la existencia de una norma imperativa de su país que establece la competencia exclusiva de sus propios tribunales nacionales para ese tipo de contratos³⁷.

IV. La restitución

1. Consideraciones generales

11. Los Principios de UNIDROIT también contemplan la posibilidad de la restitución al establecer que, en el caso de haberse cumplido un contrato que infringe una norma imperativa, se podrá proceder a la restitución, siempre que sea razonable atendiendo a las circunstancias, como establece el artículo 3.3.2³⁸. Aunque las partes no puedan ejercer los remedios de naturaleza contractual por violar una norma imperativa, hay que ver si las partes pueden exigir la restitución de las prestaciones cumplidas en virtud del contrato.

En primer lugar, hay que tener en cuenta si la norma imperativa contempla expresamente los derechos de restitución. Un ejemplo lo encontramos en la mencionada anteriormente Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente³⁹. En su artículo 5, se prevé que un Estado contratante podrá solicitar la devolución de un bien cultural exportado ilícitamente del territorio del Estado adquirente. Y, en su artículo 6, se establece que el poseedor de buena fe tendrá derecho al pago de una indemnización equitativa, por parte del Estado requirente, si no supiese, en el momento de su adquisición, que dicho bien se había exportado ilícitamente⁴⁰.

En segundo lugar, si la norma imperativa no dice nada al respecto, los Principios de UNIDROIT prevén que se podrá proceder a la restitución siempre que sea razonable atendiendo a las circunstancias, como establece el primer párrafo del artículo 3.3.2. Esta norma, siguiendo la tendencia moderna, adopta una perspectiva flexible. De este modo, la restitución es posible y habrá que ver lo más adecuado para cada caso concreto. Unas veces lo más conveniente será permitir conservar la prestación recibida a quien la recibió y otras permitir reclamarla a quien la ejecutó. La concepción tradicional, por el contrario,

³⁴ Ejemplo 14 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁵ Ejemplos 16 y 17 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁶ Ejemplo 18 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁷ Ejemplo 19 de los comentarios al Artículo 3.3.1 de los Principios de UNIDROIT.

³⁸ *Vid.* Primer párrafo del Artículo 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

³⁹ Convención de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente (Roma, 24 de junio de 1995). *Vid.* <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/translations/culturalproperty-spanish.pdf>.

⁴⁰ *Vid.* Comentario 4 (Efectos de la violación expresamente previstos por la norma imperativa violada) del Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo) de los Principios de UNIDROIT.

señalaba que cuando las partes son conscientes de la violación de la norma imperativa deben permanecer en la situación en que se encontraban, negando por tanto el derecho a recuperar las prestaciones ejecutadas.

2. Criterios para determinar si la restitución es razonable

12. Para determinar si la restitución es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el párrafo (3) del Artículo 3.3.1. a) La finalidad de la norma violada; b) La categoría de personas que la norma busca proteger; c) Cualquier sanción que imponga la norma violada; d) La gravedad de la violación; e) Si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; f) Si el cumplimiento del contrato conlleva violación; g) Las expectativas razonables de las partes. Ahora bien, dado que los remedios de naturaleza contractual y el derecho a la restitución son diferentes, los mismos criterios pueden conducir a resultados diferentes frente a hechos idénticos⁴¹.

Por ejemplo, el contratista A del país X entabla negociaciones con D, el Ministro de economía y desarrollo del país Y, con el fin de celebrar un contrato sobre un gran proyecto de infraestructura. Para celebrar el contrato, D exige el pago de una comisión del 7,5% del valor del contrato. A paga la comisión exigida y el contrato se celebra. Después de que A haya cumplido todas sus obligaciones derivadas del contrato, un gobierno nuevo llega al poder en el país Y el nuevo Ministro de economía y desarrollo, alegando el pago de la comisión, se niega al pago del precio del contrato restante. A tendría derecho a una compensación en dinero por las obras realizadas, proporcional al valor del proyecto de infraestructura⁴².

3. Reglas que rigen la restitución

13. En el caso de que se reconozca la restitución, en virtud del Artículo 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT, ésta se regirá por las reglas establecidas en el Artículo 3.2.15, sobre la restitución en el contexto de la anulación, pero con las adaptaciones necesarias⁴³. Según el artículo 3.2.15 de los Principios de UNIDROIT: 1) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió con base en el contrato o en la parte del contrato que fue anulada. 2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable. 3) Quien recibió el beneficio del cumplimiento no está obligado a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte. 4) Puede exigirse una compensación por los gastos que fueren razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido. Las adaptaciones necesarias consistirían, por un lado, en que la referencia a la anulación, que hace el primer párrafo del artículo 3.2.15, debe entenderse como una referencia al caso en el que el contrato no produzca efectos como resultado de la violación de una norma imperativa. Y, por otro lado, la referencia a la anulación de una parte del contrato debe entenderse para el supuesto en el que solo una parte del contrato no produzca efectos como resultado de la violación de una norma imperativa.

Un caso real en el que se planteó el derecho a la restitución, por encontrarnos ante un supuesto de contrato ilegal, fue el asunto Hydracar SRL v. Italspazi SRL, que resolvió el Tribunal de Bérgamo (Italia), mediante sentencia de 19 de abril de 2006⁴⁴. En él, dos empresas italianas, Hydracar e Italspazi (en adelante A y B), celebraron un contrato en virtud del cual B se comprometía a instalar para A, un cartel o valla publicitaria al lado de una autopista a las afueras de Milán. B instaló la valla publicitaria y A la utilizó durante dos años, pagando a B, como contraprestación, una renta periódica. Sin embargo, al cabo de estos dos años el propietario de la autopista pidió retirar la valla publicitaria porque su instalación era

⁴¹ Ejemplos 1, 2 y 3 de los comentarios al Artículo 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT.

⁴² Ejemplo 2 de los comentarios al Artículo 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT.

⁴³ *Vid.* Comentario 3 (Reglas que rigen la restitución cuando es reconocida) del Artículo 3.3.2 (Restitución) de los Principios de UNIDROIT.

⁴⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Bérgamo (Italia), de 19 de abril de 2006, Hydracar srl v. Italspazi srl, (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1508>).

contraria a la ley. Consecuentemente, A invocando la ilicitud del contrato que había firmado con B, acudió a los tribunales solicitando la restitución de la renta que le había pagado a B durante estos dos años.

El tribunal rechazó la demanda de restitución solicitada por A porque, como A no podía restituir a B lo que había recibido de este último, esto es, la concesión del uso de la valla publicitaria durante dos años, tampoco podía reclamar la restitución de su prestación, es decir, la renta pagada periódicamente a B. Y menos aún por el hecho de que se había beneficiado de la prestación de B. El tribunal admitió que esta situación era una cuestión abierta y todavía no resuelta por el Derecho italiano. Conforme a este Derecho no se establece con claridad la regla según la cual una parte sólo podrá reclamar la restitución de la prestación que ha realizado, bajo un contrato ilegal, si ella misma puede restituir la prestación que ha recibido. Sin embargo, para optar por esta solución el tribunal se refirió expresamente a los Principios de UNIDROIT y al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. En particular, hizo referencia del artículo 81.2 del Convenio de Viena de 1980 y, sin citarlo directamente, del artículo 7.3.6 (actual 7.3.7 (1)) de los Principios de UNIDROIT. Hay que señalar que el artículo 7.3.6⁴⁵ de los Principios trata sobre la restitución en el supuesto de terminación del contrato, mientras que en el presente caso estamos ante un supuesto de contrato ilegal. En los comentarios a esta sentencia se señala que, cuando se dictó la decisión, la ilicitud todavía no estaba contemplada en los Principios de 2004, como sí lo está actualmente en los artículos 3.3.1 y 3.3.2 de los Principios de UNIDROIT 2010.

14. Como vemos en el presente caso, estos nuevos artículos colman una laguna que tenían los Principios de UNIDROIT, ya que hasta ahora la restitución no estaba prevista para el supuesto de contratos que infringen normas de carácter imperativo. Esto es un ejemplo de cómo los Principios constituyen un *Restatement* internacional del derecho de contratos que se va actualizando constantemente y que nunca llega a ser una obra totalmente acabada⁴⁶. Al igual que los *Restatements of the law* norteamericanos, que son continuamente actualizados y mejorados por el *American Law Institute*⁴⁷, UNIDROIT va progresivamente incorporando a los Principios artículos nuevos y mejorando los ya existentes. Precisamente, este ha sido su objetivo al incorporar las cuatro instituciones jurídicas mencionadas al principio de este trabajo y, en particular, los nuevos artículos que regulan la ilicitud del contrato.

⁴⁵ Art. 7.3.6 (*Restitución*) de los Principios de UNIDROIT (2004) (1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

⁴⁶ Vid. M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers, New York, 3^o ed., 2005.

⁴⁷ Vid. H. WECHSLER, «Restatements and legal change: problems of policy in the restatement work of the American Law Institute», *St. Louis University Law Journal*, vol. 3, 1968-1969, pp. 185 ss.