
Ejemplaridad pública y Derecho en la Filosofía de Javier Gomá. Una propuesta de aplicación en el Derecho Privado

*Public Exemplarity and Law in the Philosophy of Javier Gomá.
A Proposal for Application in Private Law*

Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO

Instituto de Estudios Bursátiles

dvigil@registradores.org

<https://orcid.org/0000-0002-5905-5888>

RECIBIDO: 24/03/2022 / ACEPTADO: 03/10/2022

Resumen: La idea de ejemplaridad, presente en el discurso público de modo especial los últimos años, presenta una serie de conexiones necesarias con el Derecho. La consecución de la ejemplaridad en el ámbito ciudadano, requiere en primer lugar tener claro el papel que para la misma haya de tener la ley. Además requiere saber cómo hacer interactuar esta con la costumbre y los códigos de conducta y otros instrumentos de *soft law*. Ello implica una cierta revisión de la doctrina de las fuentes del Derecho. La introducción de la idea de ejemplaridad, con una revalorización de la costumbre, afectará también a diversos ámbitos del Derecho privado, pudiendo apreciarse la actuación de la exigencia de ejemplaridad de diferente modo en el ámbito de las obligaciones o de los derechos reales.

Palabras clave: ejemplaridad; derecho; filosofía; fuentes del derecho.

Abstract: The idea of exemplariness, present in the public discours, especially in recent years, presents a series of necessary connections to the Law. Achieving exemplariness in a citizen level requires firstly be clear about the role that Law has to have to it. Furthermore, it requires knowing how to make it interact with costum and Codes of conduct and other soft law instruments. This implies a certain revision of the doctrine of the sources of Law. Exemplariness idea's introduction, with a revaluation of custom, will also affect various areas of Private Law, appreciating the performance of the exemplariness requirement differently in the area of obligations or rights in rem.

Keywords: exemplariness; Law; Philosophy; Sources of Law.

* El presente trabajo se realiza en el marco del PROYECTO DE INVESTIGACIÓN «LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA HABITUAL: UN ENFOQUE GLOBAL Y DISCIPLINAR» PID2021-124953NB-I00.

I. INTRODUCCIÓN¹

Los últimos años, marcados por la crisis económica, la transformación del orden mundial, el descubrimiento y persecución de una serie de casos de corrupción (entre otros factores) se han caracterizado por un importante descontento ciudadano. Un descontento que afecta a las estructuras políticas, pero también a los fundamentos morales y jurídicos de los diferentes sistemas políticos. Partiendo de la total aceptación de las democracias modernas como sistema menos malo, existe una constante tensión y un permanente descontento que han dado lugar a una revisión filosófica de los fundamentos de la convivencia. En ella se identifican diferentes aportaciones que pretenden ir tras la virtud², sentar las bases de un nuevo republicanismo³ o reivindicar límites jurídicos a la libertad de mercado⁴.

Dentro de esta tensión, en los últimos años se ha tenido especial resonancia la idea de ejemplaridad. Así, en su primer discurso ante las Cortes, el actual Jefe del Estado de España afirmaba que «Hoy, más que nunca, los ciudadanos demandan con toda la razón que los principios morales y éticos inspiren –y la ejemplaridad presida– nuestra vida pública. Y el Rey, a la cabeza del Estado, tiene que ser no sólo un referente sino también un servidor de esa justa y legítima exigencia de todos los ciudadanos⁵».

Entre los autores que han hecho dicha reivindicación, destaca por derecho propio el jurista y filósofo Javier Gomá Lanzón, cuyo teorema de la experiencia y la esperanza dedica el tercer volumen al análisis de la *Ejemplaridad pública*, habiendo sido incluso la ejemplaridad la que ha marcado el título común de la tetralogía que se ofrece como «de la ejemplaridad»⁶.

Dicha teoría contiene afirmaciones sumamente interesantes para el Derecho privado. Afirmaciones que permiten comprender aspectos tales como el

¹ La idea de ejemplaridad en la realización del Derecho atravesaba por completo el contenido de la tesis doctoral defendida por el autor en enero de 2016 en la Universidad Complutense bajo el título «Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario», dirigida por la Prof. Dra. Alicia Real Pérez.

² Aunque no es una aportación reciente, resulta especialmente difundido MCINTYRE, A., *Tras la virtud*, Paidós, Barcelona, 2001.

³ PETTIT, P., *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999.

⁴ SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, Democracys Discontent. America in Search of a Public Philosophy. Harvard University Press, 1996.

⁵ <http://www.casareal.es/ES/Actividades/Paginas/actividades_discursos_detalle.aspx?data=5359> [consulta: 29/03/2023].

⁶ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid, 2014.

valor de la costumbre en el sistema de fuentes, el valor de la buena fe en el Derecho patrimonial, o bien que el Derecho de obligaciones esté hoy por hoy atestado de códigos de conducta además de los contratos. En tanto no se ha planteado un estudio iusfilosófico al respecto, creo que cabe profundizar en estas páginas en algunos aspectos en los que la ejemplaridad pública necesita del Derecho privado para ser alcanzada, partiendo de las aportaciones de Gomá.

Para ello, partiremos de las propias obras de Gomá Lanzón, toda vez que no existen por el momento estudios sobre el mismo, siendo el presente el primero de tipo jurídico. Las limitaciones que en el texto siguiente puedan encontrar, son en realidad una invitación a que el investigador profundice en la aportación filosófica de Gomá y sus posibles aplicaciones jurídicas.

II. LA IDEA DE EJEMPLARIDAD PÚBLICA EN GOMÁ Y EL DERECHO PRIVADO

II.1. *Notas de la teoría de la ejemplaridad que pueden ser relevantes desde el Derecho privado*

La teoría de la ejemplaridad, en la presentación de Javier Gomá Lanzón parte de que, tras un proceso de emancipación (el tenido lugar desde la ilustración hasta la actualidad), es necesario un proceso civilizatorio en el que el ideal de la ejemplaridad pública, igualitaria y secularizada, ejerza su papel persuasivo para conseguir un bien que ya no se puede ni se debe imponer por medio de la fuerza ni la coacción⁷.

Gomá propone, en palabras suyas, «el ideal de la ejemplaridad pública, igualitaria y secularizada, como principio organizador de la democracia en la convicción de que, en esta época postnihilista, en la que el autoritarismo y coerción han perdido definitivamente su poder cohesionador, sólo la fuerza persuasiva del ejemplo virtuoso, generador de costumbres cívicas, es capaz de promover la auténtica emancipación del ciudadano».

Pero más allá de los aspectos propiamente filosóficos, la propuesta filosófica de Javier Gomá toca a muchos aspectos jurídico-políticos y también jurídico-privados. En efecto, su teoría contiene muchas afirmaciones que, leí-

⁷ GOMÁ LANZÓN, J., *Tetralogía de la ejemplaridad*, t. I, «Imitación y experiencia», Taurus, Madrid, 2014, p. 12.

das desde el Derecho privado, pueden aportar mucha luz a cómo se ha transformado recientemente y cómo se va a transformar (en función del proceso político) el Derecho privado los próximos años.

La idea fundamental es que la victoria por parte de la libertad frente a la coacción⁸ ha generado un «subjektivismo romántico y antisocial» que conlleva, según el esquema de MARCUSE⁹, una liberación de las personas respecto de las dos tradicionales instituciones de la eticidad: trabajo¹⁰ y familia. Llegados a una sociedad así, la generación de «buenas costumbres»¹¹ capaces de sustituir a las costumbres generadoras de virtudes que fueron propias de la época de la que se ha emancipado el mundo, constituye una verdadera necesidad. La generación de dichas «buenas costumbres» choca con la dificultad de que la generación de virtud a través del sometimiento a un orden coactivo no es admitida para los casos en que la libertad individual se vea condicionada, debiendo cubrirse esta necesidad por vías diferentes que los órdenes coactivos tradicionales. ¿Cómo cubrirla? A decir de la teoría, es precisa una nueva *paideia* democrática¹².

Una *paideia* que parte de la existencia de una red de influencias mutuas¹³ en la que todos somos personajes públicos, y en la que hay sujetos cuyo ejemplo es además ejemplar¹⁴. Retomando el esquema de las formas de legitimidad de WEBER¹⁵ (legal-razional-burocrática; tradicional; carismática), y a partir de sus elaboraciones previas, Gomá sugiere el ejemplo concreto como el generador de buenas costumbres a partir de la dinámica que el carisma de ciertos sujetos es capaz de infundir en la sociedad. Para ello, eso sí, reclama una nueva concepción del carisma¹⁶, no como cualidad extraordinaria irreconciliable con

⁸ Al respecto del cual, cita las obras de KANT y MILL. *Vid. Ejemplaridad pública* II. 6.

⁹ Cfr. MARCUSE, H., *Eros y civilización*, Ariel, Barcelona, 2010.

¹⁰ La liberación del trabajo entendida en el sentido de las posibilidades (subsídios, pensiones, redes de cobertura etc.) de vivir obteniendo el sustento mínimo sin necesidad de trabajar.

¹¹ Lo cual afecta, como veremos, tanto a la efectividad de la ley, en tanto esta interactúa con la costumbre, en la forma de desarrollarse los principios; así como el cumplimiento de las obligaciones

¹² GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, cap. IV, *op. cit.*, pp. 139 a 173.

¹³ *Ibid.*, capítulo VIII, 24, pp. 281 a 288.

¹⁴ *Ibid.*, capítulo VII, 21, pp. 247 a 253.

¹⁵ WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 2.ª ed. en español (trad. J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. García Maínez, E. Imaz, J. Ferrater Mora), de la cuarta en alemán, reimpresión primera, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

¹⁶ La concepción del carisma que se reclama implica, en realidad, entenderlo como algo más ordinario de cómo lo entiende WEBER. WEBER considera que viene a ser una suerte de cualidad extraordinaria capaz de engendrar una forma de legitimidad. Desde ese punto de vista, el carisma sería contrapuesto a la institución: por ello WEBER considera que, pasado un tiempo, el carisma o bien se desencanta (y se integra en la legitimidad legal-burocrática) o bien se rutiniza

el mundo moderno (que es lo que entiende WEBER al considerar que «el carisma es siempre una energía extraña a las reglas»¹⁷) sino como cualidad capaz de ejercer en el mismo de levadura. El carisma no es algo irracional, sino que un carisma ejemplar¹⁸ gozaría de una racionalidad que además es necesaria para una dinámica creadora de buenas costumbres¹⁹ (y por ende, para un correcto ejercicio de los derechos subjetivos patrimoniales). Dinámica en la que la virtud carismática juega un importante papel²⁰.

II.2. Aspectos jurídicos de la teoría de la ejemplaridad

Llevado el esquema de la teoría de la ejemplaridad al Derecho, se siguen importantes consecuencias, especialmente en las relaciones jurídico privadas.

Por un lado, en el esquema ley-costumbre, se observa la necesidad de que las costumbres permitan un desarrollo de la ley. Costumbres que no se reputan ni mucho menos incompatibles con la ley. Algo que ocurre incluso dentro del esquema de Derecho y poder que se sigue de las formas de legitimidad de WEBER, pues este no niega el Derecho en las formas de organización no sometidas a la dominación legal, sino que simplemente señala la superioridad de esta sobre otras formas de dominación²¹. Ello abre un campo interesante a la costumbre *secundum legem* en el marco de las fuentes del Derecho, como veremos.

(y se integra en formas de legitimidad tradicionales). Si, en cambio, entendemos el carisma en un sentido más ordinario, el mismo no tiene por qué ser extraño a la racionalidad y a la estructura legal-burocrática, sino que puede fermentar la misma. No tiene por qué ser contrapuesto a la institución, sino que puede ser fiel a ella, y servir al bien de la institución.

¹⁷ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 327.

¹⁸ «La ejemplaridad presta al carisma un fundamento racional. No todo ejemplo es ejemplar, sólo aquel que se abre al orden simbólico y universal del que es ejemplo» (*ibid.*, p. 327).

¹⁹ «Sin carisma (sin el sentimiento de atracción de la espontaneidad del sujeto y el libre consentimiento de este), el recurso a la coacción se hace inevitable porque la virtud cívica, despojada de la inclinación sentimental del yo, es injustificada anulación de la individualidad, que no puede exigirse a nadie sino sólo imponerse con violencia» (*ibid.*, p. 323).

²⁰ «La ejemplaridad finito-igualitaria, entendida como virtud carismática creadora de costumbres, recupera para la modernidad preteridas fuentes de legitimidad moral y política que en las presentes circunstancias se muestran más necesarias que nunca porque sólo ellas proveen al yo, y nunca la espada de la ley, de razones atractivas a su corazón y convincentes en conciencia para optar por la vida cívica» (*ibid.*, p. 324).

²¹ Señalando al respecto ATIENZA que «hablar de «dominación legal no significa, sin embargo, que, de acuerdo con Weber no exista –o haya existido– Derecho en los sistemas de dominación distintos al que se establece en Occidente a partir de la Edad Moderna. Lo que sí puede decirse es que ese Derecho –de acuerdo con Weber– vendría a ser en cierto modo superior a los que le

Del planteamiento de Gomá se sigue que, aunque la forma de dominación legal sea superior (y que por tanto exista una jerarquía de fuentes en la que la ley está por encima: cfr.art. 1 CC), no implica ni mucho menos que se pueda prescindir de la costumbre (y por tanto del carisma) en la realización de la ley. De otro modo (si se prescinde) ocurrirá que a una ley fallida seguirán otras...²².

Frente a este resultado lamentable del proceso político-legislativo²³, cabe la opción de contar con la costumbre y con la buena fe contractual, no como un enemigo (que es como parecieron verla sus contradictores del siglo XIX) sino como un aliado «de manera que...la *vis atractiva* del ejemplo» se ponga «al servicio de la *vis directiva* de la ejemplaridad»²⁴.

Y tal vez a esta demanda de ejemplaridad realizable mediante costumbres complementarias de la ley responden los muchos códigos de conducta promovidos por el propio poder político²⁵. En mi opinión (desarrollada en otra parte²⁶) serían una expresión perceptible²⁷ y en forma similar a la de las leyes,

antecedentes, por ser la máxima expresión del tipo de racionalidad a la que el autor llama racionalidad formal» (ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 143).

²² «El estatismo burocrático aprueba una ley y, cuando comprueba que no ha reformado los estilos de vida de las personas y el problema moral de fondo persiste como antes o agravado, reacciona aprobando una docena más. Supera su impotencia concentrando más poder» (GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 328).

²³ Que afecta muchas veces al ejercicio de derechos reales y de crédito. Basta ver la sucesión de reformas hipotecarias.

²⁴ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 328.

²⁵ Ténganse en cuenta las previsiones al respecto de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales (art. 32); la Ley 34/2002, de 11 de enero sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (art. 18, que ha sido modificado por la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información); el Reglamento del Registro de Fundaciones aprobado por R.D. 1611/2007 de 7 de diciembre (art. 10); Los artt. 52 a 54 de la Ley 7/2007 de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público; La Ley 3/1991 de 10 de enero, de competencia desleal (arts. 37 a 39) o la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (art. 12).

²⁶ Sobre el particular puede verse la primera parte de mi tesis: VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., *Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario*. Universidad Complutense de Madrid: <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/41041/>>, 2017 [01/08/2017].

²⁷ Hay que comprender que la persona necesita de elementos visibles. Necesita reducir a palabras lo que tal vez sean creencias que todos comprenden. Por otro lado, el Derecho propio de la forma de dominación legal-burocrática se reputa racional por la previsibilidad de normas generales y abstractas, producidas con formalidades ciertas «La previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales y abstractas, dictadas por órganos preestablecidos por el propio Derecho; no se recurre, por lo tanto, ni a medios que están fuera de la razón... ni a procedimiento arbitrarios no guiados por normas... Además la racionalidad del Derecho y del Estado modernos es formal, procedimental, en cuanto las decisiones jurídicas son eminentemente el resultado de

de las buenas conductas generadoras de costumbres que se estiman como necesarias y ejemplares para el proceso civilizatorio en marcha. Ahora bien, el que se estimen buenas no implica que se considere apropiado imponerlas por ley: primero, porque en el esquema de libertades propio del Estado democrático no cabe imponer ciertas conductas por muy virtuosas que sean; y segundo, porque aunque las impusiesen, si no van acompañadas de costumbres, no lograrán el resultado práctico pretendido, con lo cual la ley sola no llega²⁸. Ante dicha impotencia, no queda más remedio que persuadir, promover, y suscitar la autorregulación. Algo que Gomá plantea como una consecuencia jurídica de la doctrina de la ejemplaridad.

Costumbres, principios, buena fe, códigos de conducta,...son todos elementos de vital importancia para que la ejemplaridad ocupe su puesto en la realización del Derecho privado. Algo que la teoría de Gomá plantea muy bien, como intentaré desarrollar a continuación, centrándome en tres aspectos: las fuentes del Derecho, el Derecho de obligaciones, y los derechos reales.

III. ¿PUEDE EL DERECHO MOVER A CONDUCTAS EJEMPLARES? LA NECESIDAD DE UN DERECHO PERSUASIVO

III.1. *Cuestión previa: ¿hay Derecho sin coacción?*

El planteamiento jurídico de Javier Gomá contempla la posibilidad de un mayor papel de la persuasión frente a la coacción en la construcción de la convivencia, pero también en la realización del Derecho. Ello nos abre a un problema previo no menor y es el de si existe realmente Derecho sin coacción, lo cual conecta con el tema más profundo del alcance del deber jurídico. No estamos hablando de si existe Derecho sin sanción, pues hasta los usos que

procedimientos lógicos, que se basan en principios extraídos del propio sistema jurídico y no en principios de justicia sustantiva» (ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 144).

²⁸ Podemos ver un ejemplo de esto en el ámbito de las políticas de igualdad: como recuerda FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, sobre la base de las cuatro etapas de desarrollo del *mainstreaming* de género que sugiere ALONSO, un primer paso de incorporación discursiva se puede alcanzar tanto mediante leyes como mediante instrumentos no vinculantes (cfr. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Mainstreaming de género y cambio social», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49 (2015), pp. 333-365, p. 356).

no llegan a ser Derecho imponen sanciones aunque de otro tipo²⁹. Lo que plateamos es si una norma, sin ser mero uso, puede llegar o no a ser jurídica en tanto no se produzca la intervención coactiva del Estado. A esta cuestión se dan diferentes respuestas desde las escuelas filosófico-jurídicas.

Para el iusnaturalismo, el Derecho sólo es Derecho cuándo regula la conducta fijando una consecuencia jurídica que se impone de modo coactivo para el caso de incumplimiento (*vis coactiva*). Pero a esa conducta se está obligado en tanto buena (ordenada al bien y de acuerdo con la razón³⁰), lo cual justificaría la obligatoriedad en conciencia³¹, o *vis directiva*³². Si no se llega a producir dicha fijación de una consecuencia susceptible de imposición coactiva, se entiende que estamos ante una norma moral que no podrá obtener sino sanción moral. Pero si existe sanción coactiva, la norma no sólo obliga por la sanción sino también en conciencia, lo cual permitiría una aplicación del Derecho sin sanción o normas con consecuencia no coactiva.

En la concepción positivista, por el contrario, se rechaza la idea de deber jurídico si no existe sanción, dejándose todo en la obediencia únicamente por miedo a la sanción, y negando que exista deber si no hay un derecho subjetivo correlativo³³. Ésta separación tan clara Moral – Derecho nos llevaría a negar que exista Derecho sin sanción y a considerar en consecuencia limitado el papel del deber jurídico.

La realidad reciente muestra que existen normas que describen una conducta que se considera como ejemplar, sin que por ello conlleven una sanción para el caso de incumplimiento y sin que por ello dejen de considerarse Derecho. Por ejemplo, los artículos 52 a 54 de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, disponen una serie de conductas que el empleado público debe observar, agrupando éstos artículos con el título de «código de

²⁹ Cfr. Las diferencias entre el Derecho y los usos según las exponen los iusfilósofos. Vid. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca 1999, pp. 67 y 68.

³⁰ AQUINO, T., *Suma de teología*, I-II, q. 90, 1 y 2.

³¹ *Ibid.*, I-II, q. 96.

³² «En la ley misma se distinguen dos efectos y consiguientemente como dos virtudes: una para obligar en conciencia, la cual se llama directiva, y otra para someter y obligar a la pena: y ésta se llama coactiva», SUÁREZ, F., *Las leyes*, EGUILLOR, J. R. (ed.), Instituto de estudios políticos, Madrid, 1967, p. 79.

³³ A decir de WINDSCHEID «el Derecho no conoce ninguna obligación sin su correspondiente derecho subjetivo». Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España* (Reedición facsimilar de la edición de 1949), Civitas, Madrid, 1984, p. 523.

conducta». En principio, tratándose de deberes que se imponen por ley, hemos de pensar que se trata de deberes jurídicos y que la desobediencia a sus normas ha de acarrear sanción. Sin embargo, si en esa misma ley observamos la tipificación de infracciones que se lleva a cabo en el art. 95, resulta que no está tipificada la desobediencia a todas las conductas «exigidas» por el «código de conducta» de los art. 52 a 54 que el empleado público debe observar. El ámbito de lo exigible coactivamente es más estrecho que el de lo debido según la propia ley. Ello nos colocaría ante el problema del valor que tienen las normas que definen una conducta³⁴ sin determinar una sanción para el caso de inobservancia: dichas normas están, de algún modo, contando con que van a ser obedecidas. Buscan lograr un comportamiento justo, virtuoso y adecuado en beneficio del común. Reducidas a la teoría pura del Derecho, se diría que recortan un ámbito de la realidad sin juzgar el resto. Sin embargo, el recorte de las infracciones es más reducido que el de los deberes enunciados, lo cual puede llevar a pensar que se cuenta con un comportamiento virtuoso que no puede definirse sólo negativamente por los actos contrarios y que es más amplio que lo sancionable (por cuánto requiere una colaboración del sujeto obligado). Éstas normas, la regulación de la conducta y la autorregulación, nos permiten redescubrir que «el concepto mismo del Derecho determina la existencia del deber jurídico, como efecto sustantivo de toda norma» (DE CASTRO³⁵). La regulación de la conducta, en cambio, es mucho más complicada de comprender desde concepciones que niegan la idea de deber jurídico³⁶.

Sería defendible que estas normas determinan deberes, aun sin coacción y de modo meramente persuasivo. Incluso en el orden coactivo hay que valorar que tienen la virtualidad de ser informadoras y de contar con un valor interpretativo (art. 1 y 3 del Código Civil) de las normas coactivas³⁷.

³⁴ SANTAMARÍA critica la forma en que está estructurado el código (principios éticos y principios de conducta, de acuerdo a unos principios de actuación inspiradores), diciendo que «la estructura de ésta regulación es peculiar e innovadora». SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2009, p. 701.

³⁵ DE CASTRO, F., *Derecho civil de España, op. cit.*, p. 525.

³⁶ Concepción esta que «no sólo es contraria a la conciencia del pueblo, sino que deja reducido el Derecho a un aparato coactivo, apoyado y justificado en nada» (DE CASTRO, F., *Derecho civil de España, op. cit.*, p. 524).

³⁷ En el ámbito administrativo se valora especialmente el criterio de normas y circulares sin sanción determinada como criterio interpretativo para determinar la culpabilidad. En el ámbito tributario, por ejemplo, una interpretación razonable de la norma es determinante de la exención de la responsabilidad (cfr. art. 179. 2 Ley General Tributaria). La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003 apreció culpabilidad en atención a que una Circular marca un criterio al que

Estos ejemplos nos muestran que el Derecho va más allá de lo estrictamente sancionado, y que por tanto habría Derecho sin coacción, lo cual encaja además con las necesidades de la práctica. Y es que es un hecho constatable en la historia de la humanidad que el Derecho, por muy coactivo que haya sido, no ha logrado imponerse en tanto no existiese un comportamiento de la inmensa mayoría conforme al mismo, hasta el punto de que si existen costumbres contrarias el Derecho contenido en las leyes, éstas no se llega a observar y en la práctica se siguen las costumbres (aun *contra legem*)³⁸. Todo ello determina la necesidad de que los gobernantes valoren el estado de las costumbres, la realidad previa, y solo entonces promuevan dicha ley. En otro caso el «trasplante de instituciones»³⁹ no dará buen resultado⁴⁰.

Sin una costumbre o convención social de que es necesario cierto comportamiento, no podemos hablar de que exista una realización plena del Derecho. Esto lo recoge muy bien Gomá en su teoría al decir que «la ley más coactiva, invasiva y represora, será papel mojado ante un hábito general de desobediencia por parte de la ciudadanía»⁴¹.

Y es que a la luz de la teoría de la ejemplaridad, y del papel que en la misma se concede a las normas sin sanción, se está señalando como cuestión iusfilosófica de fondo una cierta crisis de las concepciones filosófico-jurídicas en que hemos vivido hasta ahora. A decir de Gomá, el postulado de la idea clásica del Estado de Derecho según la cual «cumplir la ley es condición única y suficiente para una sociedad justa, no es cierto, puesto que cumplir la ley no es suficiente para una sociedad civilizada y bien organizada, se necesita un plus

atenerse. Al respecto cfr. SARMIENTO, D., *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 192.

³⁸ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 70.

³⁹ Joaquín Costa, en *Oligarquía y caciquismo, como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, destaca la necesidad de que las instituciones que se pretenden implantar se adapten a la realidad social subyacente. A decir del experto en economía institucional Benito ARRUNADA el texto debería ser considerado «para quienes aún pretenden resolverlo todo con sencillos trasplantes institucionales» ARRUNADA, B., «Costa sobre el trasplante de instituciones»: <<https://www.arrunada.org/es/blog/costa-sobre-el-trasplante-de-instituciones>> [13/01/2014].

⁴⁰ A decir de GOMÁ, «para que la ley despliegue este efecto pedagógico en la ciudadanía, configurador de costumbres cívicas, es importante que antes el legislador haya respetado las costumbres del país decantadas en principios, usos, estilos, convicciones, aspiraciones, expectativas y valores que informan el espíritu de esa comunidad política» (GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 156).

⁴¹ *Ibid.*, p. 156.

extra-jurídico que puede estar bien compendiado con cierta ejemplaridad» (Gomá⁴²).

Desde este planteamiento, leído con perspectiva jurídica, es preciso entonces entrar en la cuestión del valor de las costumbres.

III.2. *La necesidad de un Derecho persuasivo y el valor de la costumbre*

Si consideramos esta idea de que la fuerza de la ley descansa en la costumbre cívica, se hace entonces necesario un Derecho persuasivo que complementa el coactivo.

Este Derecho persuasivo, en los tiempos recientes, ha sido objeto de disposiciones escritas. No es infrecuente encontrar en una ley o en un código de conducta pautas de comportamiento insusceptibles de aplicación coactiva. Pese dicha falta, dichas pautas gozan del importante valor de determinar una mejor aplicación de la ley, una realización del Derecho más completa, un comportamiento más cívico, aunque no haya sanción determinada.

Las normas sin sanción determinada, o los múltiples códigos de conducta, instrumentos de *soft law*, circulares u otras proposiciones no vinculantes... responderían en realidad a esta necesidad que la doctrina de la ejemplaridad pone de manifiesto y contribuye a explicar.

Serían entonces una suerte de propuesta de costumbre *secundum legem*, a través de las cuales el legislados o los llamados a aplicar la ley (la sociedad, los agentes de un sector determinado) describen cuál es el comportamiento que les parece más valioso y más adecuado, más allá incluso de las estrictas obligaciones legales, pero contribuyendo a modalizar el contenido de los deberes que de las mismas nacen. Y en la medida en que estos conjuntos normativos muchas veces proceden del poder, serían una descripción de comportamientos que, sin llegar a constituir ley, persuaden la generación de una determinada costumbre, promoviendo un comportamiento ejemplar y debido (aunque no haya sanción). Una descripción que está más cerca del Derecho que de los meros usos, sobre todo si consideramos que el sujeto (promulgación por el Es-

⁴² IGLESIA, A. M., «Entrevista a Javier Gomá», *Revista de Letras*, <<http://revistadeletras.net/goma-la-presencia-del-ideal-permite-desarrollar-la-critica/>> [22/09/2014].

tado –a veces directamente, a veces solo mediante la producción paccionada⁴³, a veces llamando por medio de una ley a la elaboración de un CDC por los particulares–) y la forma⁴⁴ (instrumentos, fuentes formales, modo de expresarse) son propios del Derecho.

COSTA, al reivindicar la costumbre entre las fuentes del Derecho, fija un esquema de producción de la ley en el que es la costumbre *secundum legem* la que permite que la ley sea eficaz, que el Derecho se realice. Rechaza con ello las teorías contrarias a la costumbre habituales en su tiempo, pone la costumbre en valor, y recuerda que la ley en realidad es una propuesta de costumbre⁴⁵.

Considerado esto desde la problemática de la ejemplaridad dice Gomá, sobre la base del principio de facticidad⁴⁶, que un proceso civilizador completo reclama un republicanismo de *mores* que ponga el énfasis más en la consolidación de buenas costumbres que en la actuación estatal⁴⁷.

Este esquema requiere de una articulación Derecho –usos sociales, Derecho– Moral que no resulta ni mucho menos extraña a las elaboraciones doctrinales de iurisfilósofos. LLAMBIÁS DE AZEBEDO⁴⁸, sobre la base de la idea de

⁴³ Cfr. El análisis del *soft law* que SARMIENTO, D., *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., pp. 133 y ss.

⁴⁴ Uno de los elementos que ha servido tradicionalmente para diferenciar el Derecho de los usos sociales ha sido, precisamente, el origen estatal y la existencia de una formalidad determinada que de formulación frente a lo vago e impreciso de los usos (RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 67).

⁴⁵ Cfr. COSTA, J. *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre*. <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6>, Cap. IV [consulta: 19/05/2014].

⁴⁶ La idea fundamental sería «que todo yo se encuentra, siempre y en todo lugar, de hecho, en una red de influencias mutuas. De donde se sigue que el individuo, antes de ser sujeto, con una prioridad no sólo temporal sino también en el orden del ser, se encuentra arrojado en un mundo poblado de modelos. Vive, se mueve y existe, sin poder evitarlo, en un horizonte de modelos que constituyen su personalidad, la moldean, la redondean» (GOMÁ LANZÓN, J., «Ejemplaridad y fe pública», *El Notario del siglo XXI*, n.º 11 (2007), <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-11/academia-matritense-del-notariado/2602-ejemplaridad-y-fe-publica-texto-integro-0-41563122385705936>>, apartado 3.

⁴⁷ «El único programa republicano viable...sería un *republicanismo de mores*, es decir, uno que no ponga tanto el énfasis en la actuación estatal y en sus intervenciones coactivas en la vida moral de los ciudadanos como en la consolidación de aquellas costumbres que inducen a la virtud por persuasión y sin menoscabo de la libertad individual». GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 160.

⁴⁸ LLAMBIÁS DE AZEBEDO, J., *Eidética y aporética del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1958, pp. 13 a 140.

RADBRUCH de que los usos siempre tienen una relación con la Moral o con el Derecho (sin que tengan fundamentación normativa propia), considera que los usos tienen detrás una serie de valores que el llama «de acceso» porque están a la entrada y a la salida de los valores éticos fundamentales (que serían los valores primarios). De este modo los usos estarían antes o a continuación de la Ley, pero jugando con carácter secundario respecto de ella. Si se piensa que esos usos en una sociedad urbana son convencionales y no naturales (como ocurre en una sociedad rural⁴⁹), no es extraño que existan instrumentos normativos persuasivos para aclarar o suscitar dichos usos.

Sin embargo, se podría decir que faltaba una fundamentación clara del por qué de todo este Derecho persuasivo. El planteamiento indicado de Gomá contribuye, como digo, a explicar el mismo.

III.3. *La virtud carismática como creadora de costumbres: Gomá vs Weber*

El anterior razonamiento sobre el valor del Derecho sin coacción como complementario del coactivo, con una revaloración de la costumbre *secundum legem*, podría resultar inexplicable en una sociedad moderna, que *a priori* no debería estar regida por costumbres sino por normas taxativas escritas ¿Cómo explicar ésta reviviscencia de la costumbre en un tiempo donde el orden legal burocrático lo había absorbido todo (al menos en teoría)?

Para responder a dicha pregunta, Gomá parte de la doctrina de Max WEBER sobre las formas de legitimidad. A decir de WEBER, la dominación-legitimidad de unos sobre otros puede adoptar tres formas: la tradicional, la carismática, o la legal-burocrática⁵⁰. La primera sería la dominación que tiene lugar en virtud de reglas racionales (y que recibe el nombre de «dominación legal con administración burocrática»⁵¹). La segunda la que se produce cuando se siguen reglas heredadas desde tiempo inmemorial, por la fuerza de la tradición⁵². En las sociedades modernas (industrializadas, posteriores a la emancipación operada por las revoluciones, con Estado de Derecho),

⁴⁹ Ténganse en cuentas las diferencias que establece TONIES entre comunidad y sociedad. TONIES, F., *Comunidad y sociedad* (trad. J. ROVIRA), Losada, Buenos Aires, 1947.

⁵⁰ WEBER, M. *Economía y sociedad*, op. cit., p. 172.

⁵¹ *Ibid.*, p. 173.

⁵² *Ibid.*, p. 180.

la forma de legitimidad propia es la legal-burocrática. La dominación carismática, por su parte, es la que se produce cuando la fuerza ejemplar de un determinado sujeto lleva a la adhesión de otros al mismo⁵³. Ésta forma de dominación, aun cuando se caracteriza por su carácter revolucionario respecto de las reglas previas, suele rutinizarse con el tiempo, adaptándose a las formas de dominación tradicionales o legales pre-existentes en cierto modo⁵⁴. Ésta rutinización tiene como consecuencia la generación en torno al sujeto carismático y sus sucesores, de un cuadro administrativo. WEBER atribuye en general ésta forma de dominación a sociedades primitivas⁵⁵. En cambio, en las sociedades modernas, dichas costumbres son reemplazadas por leyes racionales y abstractas.

Frente a ésta explicación, Gomá objeta que «si ello fuera cierto, habría que admitir que las sociedades democráticas modernas carecen, en el ámbito político, de toda fuerza creativa e innovadora, lo que sería la apoteosis de la resignada burocratización del mundo»⁵⁶. Por ello sugiere la necesidad de recuperar la virtud carismática como generadora de buenas costumbres.

Leídas estas ideas desde el Derecho en su concepción contemporánea, se podría alegar que una fría y racional ley debería bastar en pura teoría legal-burocrática weberiana. Sin embargo, si ello fuese simplemente así, sería muy complicado que la ley fuese capaz de generar dinámicas virtuosas, necesarias para la construcción de una comunidad madura. Los sujetos podrían conformarse con cumplir la ley y no se verían llamados a nada más en beneficio del común. Es más, lo que acabaría pasando (y de hecho pasa) es que la función de los juristas podría terminar consistiendo en ser unos hábiles ingenieros jurídicos⁵⁷ que se dedicasen a estudiar los modos de permitir (en la total amo-

⁵³ *Ibid.*, pp. 193-194.

⁵⁴ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, *op. cit.*, pp. 197 y ss.

⁵⁵ Pone como «ejemplos principales: Japon antes de la burocratización; China en gran medida sin duda (las «viejas familias») antes de la racionalización ocurrida en los estados fraccionados; India con la ordenación de las castas; Rusia antes de la introducción del Miestnitschestvo y después en otra forma; e igualmente por todas partes, los estamentos hereditarios fuertemente privilegiados» (WEBER, M. *Economía y sociedad*, *op. cit.*, p. 200).

⁵⁶ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplo y carisma*, Cuadernos ESADE de Liderazgo, Barcelona, 2008, p. 9.

⁵⁷ A decir de GONZÁLEZ-MENESES, «Tomamos a nuestro licenciado en derecho con sus rudimentos de dogmática jurídica un tanto frágiles, o bastante más firmes y sistematizados si se trata de un opositor que ha dedicado ya cierto tiempo a estudiar los temas de los ejercicios orales, pero en todo caso con una visión normalmente muy plana e inocente de la vida jurídica, y le introducimos mediante los dictámenes en un estudio más desengañado y relativista del derecho, mediante el que le hacemos ver no sólo el haz sino también el envés de las construcciones y discursos

ralidad jurídica⁵⁸) cómo lograr siempre la aplicación de la ley más ventajosa⁵⁹ para su cliente.

Sin embargo, como indica Gomá, «esta perspectiva podría modificarse... si se hallara vigente en el mundo moderno un elemento que, por ser portador de cualidades carismáticas intrínsecas, tuviera la energía de generar en la sociedad, al rutinizarse, un cuerpo sólido y articulado de buenas costumbres democráticas»⁶⁰. Al fin y al cabo el propio WEBER admite que «con la rutinización o adaptación a lo cotidiano, la asociación de dominación carismática desemboca en formas de la dominación cotidiana: patrimonial o burocrática», quedando el carisma original en un puesto determinado en el nuevo orden (honorarios, mandos, etc)⁶¹. Siendo esto así, el carisma, cualidad ejemplar –virtud creativa– fuente de legitimidad, está llamado a desempeñar según Gomá un papel en la realización del Derecho (con aplicaciones creativas, que incluyen la costumbre *extra legem*) y en la generación de prácticas que dan lugar más tarde a nuevas normas⁶².

Ahora bien, la comprensión de éste esquema requiere de la superación de dualidades público-privadas. La sociedad necesita de la ejemplaridad (pú-

jurídicos. Le damos la vuelta al traje y le mostramos las costuras y los zurcidos. Y le terminamos enseñando que en derecho casi todo es defendible y, además, le enseñamos cómo hacerlo. No es esto nada nuevo, sino, en definitiva, el problema clásico de toda sofística: su relativismo, su neutralidad como técnica que lo mismo sirve para defender la virtud que para justificar el crimen. Y de ahí al «ingeniero» –que es a lo que ahora voy– tampoco hay mucho» (GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., *Cómo hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*, Colegio Notarial de Madrid, 2007, p. 216).

⁵⁸ Continúa GONZÁLEZ-MENESES señalando que resulta preocupante «la ligereza con que muchos juristas se prestan –o nos prestamos– a una concepción «amoral» del derecho, como una mera forma o tecnicismo neutro que manipulamos a voluntad al servicio del cliente de turno, sin sentirnos moralmente concernidos por el uso que el mismo haga de ese «artefacto» que le diseñamos (*ibid.*, p. 216).

⁵⁹ «Y no se trata sólo de la argucia propias de la casi siempre eufemísticamente llamada «economía fiscal», sino de múltiples construcciones negociales que no reflejan en absoluto la realidad de la combinación económica subyacente, dando lugar a un evidente desajuste entre propósito y medio jurídico, y sobre todo de las mil y una maniobras e inventos cuyo único propósito final es la absoluta elusión de responsabilidad por los propios actos, algo que para mí –la irresponsabilidad generalizada– es la más grave lacra que padece nuestra sociedad» (*ibid.*, p. 216).

⁶⁰ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, *op. cit.*, p. 172.

⁶¹ WEBER, M., *Economía y sociedad*, *op. cit.*, p. 202.

⁶² Sobre la posible aplicación de este esquema a un problema práctico de la realidad como las novatadas universitarias, ver mi post «De nuevo sobre las novatadas», a propósito de una moción del Senado. En <http://hayderecho.com/2014/10/22/de-nuevo-sobre-las-novatadas/>

blica) de los principales agentes de la misma (personas físicas o jurídicas), entendida como *decorum* en el sentido de «uniformidad de toda la vida y de cada uno de sus actos» (CICERÓN). Una ejemplaridad también de los agentes del mercado. Ejemplaridad que sin embargo no puede conseguirse sólo con el Derecho escrito y legal. No puede conseguirse sólo a base de la legitimidad legal-burocrática, sino que requiere de una legitimidad carismática que lo secunde. Requiere de una costumbre y una realización que lo lleve a efecto.

La realidad práctica del Derecho da la razón a este esquema en los códigos de conducta y otros instrumentos del *soft law*. En efecto, no pudiendo llegar el Derecho a todo, serían una respuesta⁶³ a la necesidad⁶⁴ de que los agentes del mercado observen una conducta ejemplar y decorosa, sin necesidad de imponer necesariamente todas las conductas valiosas, sino simplemente persuadiéndolas, como motor de costumbres (según veremos a continuación). Ello es así en tanto la ley no puede prever todo ni puede ser tan formalista como a veces sería necesario, pues además, si así fuese, incitaría a pensar «que el cumplimiento es una formalidad vacía de contenido»⁶⁵. Ese contenido ejemplar es el que hace que las conductas no siempre se hayan de lograr por la coacción, sino que en ocasiones habrían de lograrse por medio de la persuasión⁶⁶ en tanto «el Derecho es necesario, pero no suficiente»⁶⁷.

La teorización de la ejemplaridad llevada a cabo por Gomá ha replanteado la necesidad del Derecho persuasivo. Al hacerlo, ha incidido sin duda en el concepto de Derecho y ofrece una respuesta a la ingente cantidad de

⁶³ Respuesta que encierra el *animus iuris introducendi* que se ha predicado siempre de la costumbre.

⁶⁴ A decir de GONZÁLEZ-MENESES, el reciente Derecho Mercantil, «en la práctica de los bufetes profesionales» se ha convertido en «el derecho de la disimulación de la riqueza personal y de la elusión generalizada de responsabilidades», lo cual ha llevado a que «derecho» mercantil moderno» acabe siendo «una reacción por diversas vías ante esta irresponsabilidad: la cada vez más abundante y exigente normativa de protección del consumidor, el mayor rigor de la responsabilidad de los administradores sociales, en especial en las situaciones de insolvencia de la compañía, la doctrina del administrador de hecho, el derecho de grupos, los códigos de conducta, etc». (GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., *Como hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*, op. cit., p. 217).

⁶⁵ GOMÁ LANZÓN, J., «Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios», *XI Seminario Harvard-Complutense «Restructuring of the financial system and new negotiation strategies»*, Harvard Law School. Universidad Complutense, 2014 <<http://eprints.ucm.es/24123/>>, p. 43, [consulta: 26/05/2014].

⁶⁶ Cfr. GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., cap. 18.

⁶⁷ GOMÁ LANZÓN, J., «Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios», op. cit., p. 44.

disposiciones persuasivas que hoy en día contribuyen a la realización del mismo.

IV. LA EJEMPLARIDAD PÚBLICA Y EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

IV.1. *Las normas persuasivas: ley y códigos de conducta «llamados por la ley»*

Ahora bien, el planteamiento de Gomá plantea no pocos problemas en el sistema de fuentes del Derecho que conocemos ¿Qué serían esas normas persuasivas?, podríamos preguntarnos. La pregunta en realidad puede ser formulada más bien a lo que las normas persuasivas son, pues ya existen en la realidad como hemos dicho. El caso más claro que encontramos en ciertos códigos de conducta (en adelante CDCs) invocados por una ley, pero que no forman claramente parte del contenido de la misma (ni gozan, por tanto, de su fuerza).

Para analizarlos debemos diferenciar el caso de los CDCs que son propiamente ley⁶⁸, de aquellos que son invocados por la misma. Respecto de los primeros, MALUQUER, constatando que determinados CDC forman parte de la ley, afirma que éstos son «directamente ley»⁶⁹. Sin embargo, el propio autor señala que en ocasiones hay códigos que son «llamados por una ley»⁷⁰. En tal caso, no podemos decir que nos encontremos propiamente ante una norma con fuerza de ley. ¿Qué sería entonces lo que nos ocupa? *A priori*, una norma no vinculante en sentido jurídico coactivo. Norma que se comprende en cambio desde la teorización de la ejemplaridad realizada por Gomá y sus consecuencias en el Derecho expuestas: la construcción de una república ma-

⁶⁸ Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 52 a 54 de la Ley 7/2007 reguladora del estatuto básico del empleado público, ya mencionado.

⁶⁹ MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Los Códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho Privado y Constitución*, 17 (2003), p. 375.

⁷⁰ Tal sería el caso del código de buenas prácticas de las entidades bancarias regulado por el Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, cuyo valor y efectos se analizan, fieles al planteamiento de este trabajo, en VÍGIL DE QUINONES OTERO, D. «El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores», *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 47 a 69. Se podría defender en contra de esta postura que estamos ante una norma coactiva, pero lo cierto es que lo más que se ha pretendido ha sido la imposición de las sanciones previstas en la Ley de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, por parte de la Defensora del Pueblo: <<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/aplicacion-obligatoria-del-codigo-de-buenas-practicas-bancarias-tras-la-resolucion-favorable-del-banco-de-espana-a-la-reclamacion-presentada-por-el-interesado-2/>> [consulta: 28/03/2023].

dura requiere de la plena realización del Derecho, no sólo a través de la coacción, sino a través del cumplimiento no forzado que se logra en la gran mayoría de los casos. Dado que dicha consecución de comportamientos virtuosos no puede lograrse sólo mediante leyes, la ley llama o se remite a códigos de conducta. En efecto, de pretenderse el resultado solo con leyes, ello obligaría al Estado a un perfeccionismo que originaría hiperlegislación y que además no terminaría de dar sus frutos en tanto no contase con una costumbre que secundase los comportamientos de la ley. Estos códigos son expresión de la necesidad señalada de un Derecho que además de obligar persuade, siendo la persuasión extensiva a más ámbitos que la obligación procedente de leyes coactivas.

Los códigos de conducta «llamados por una ley» (acertadísima expresión de MALUQUER⁷¹), serían entonces la persuasión que el legislador lleva a cabo para suscitar la generación de ciertas costumbres⁷² que logren comportamientos que, reputándose valiosos, no se considera en cambio conveniente, posible o lícito imponer por la fuerza de la ley. Y no se considera conveniente ni lícito, o bien porque en un esquema liberal de Estado de Derecho sujeto a los límites constitucionales hay comportamientos que no se consideran susceptibles de imposición, o bien porque hay aspiraciones que no se pueden reconducir a un cumplimiento taxativo, sino que se cumplen en grado⁷³. Este parece ser, por ejemplo, el sentido del art. 12 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y el art. 75 de su Reglamento, o el sentido del art. 6 de la Directiva 25/2009 cuando contempla que se fijen aspiraciones y no compromisos medibles.

Éste fenómeno de los códigos llamados por una ley, plantea con todo algunos problemas a la hora de determinar sus contornos. En efecto, dicha prolongación persuasiva del efecto de la ley resulta difícil de comprender en un esquema rígido de fuentes en el cual se platease el problema de la aplicación coactiva. Algunos directamente considerarían que el código llamado por la ley, es ley en si misma, y por tanto participa de la misma obligatoriedad *ex*

⁷¹ MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. «Los Códigos de conducta como fuente de Derecho», *op. cit.*, p. 375.

⁷² A modo de *continuum* de la ley, como llama GARCÍA RUBIO (cfr. GARCÍA RUBIO, M.P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, n.º 2141 (2012), p. 11).

⁷³ Lo cual deriva de la diferenciación que hace ALEXY entre normas y principios, situándose la ley entre las normas, y los CDC entre los principios. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

vis coactiva que la ley. Otros podrían ser más finos y plantearse que se trata de costumbres *secundum legem* a las que se remite la propia ley, las cuales, en tanto legales «suben de rango y ocupan el que le asigna la ley remitente» (ALBALADEJO)⁷⁴.

Todas estas teorías parten de la consecución de un resultado coactivo, de lograr una fuerza vinculante por la coacción. Sin embargo, de lo que tratamos (y que adquiere su explicación en una lectura jurídica de la doctrina de la ejemplaridad) es más bien del problema de los deberes jurídicos no coactivos: no estamos tanto en el terreno de la aplicación coactiva, sino de la aplicación voluntaria que demanda la ejemplaridad. No sería por tanto, únicamente un «test de incumplimiento» lo que deberíamos hacer (ver la reacción del Derecho cuando no se cumplen), sino tal vez un test de cumplimiento (viendo que pasa cuando se logra el comportamiento deseado), y cómo el camino de la ley junto a la norma no vinculante, de la regla junto a la pauta conforme al principio, son útiles para el resultado final⁷⁵, lo cual vendría a confirmar el esquema de fuentes planteado por Gomá al hablar de una nueva articulación ley-costumbre.

IV.2. *El redescubrimiento de la costumbre*

Si algo resulta con claridad del planteamiento jurídico que se desprende de la teorización de la ejemplaridad de Gomá, es que el juego de la ejemplaridad en la realización del Derecho demanda un redescubrimiento de la costumbre.

A los alegatos a favor de la costumbre que, tras su supresión como fuente del Derecho en el *Code de Napoléon*, surgieron de diferentes lugares de Europa y que en España tuvo en Joaquín COSTA uno de sus grandes valedores⁷⁶, hemos de unir ahora la reivindicación que *Ejemplaridad pública* contiene en el capítulo que lleva por título «coacción vs persuasión: o sobre la articulación ley costumbre»⁷⁷.

⁷⁴ ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. I, Bosch, Barcelona, 1996, p. 106.

⁷⁵ Con todo, es evidente que nos situamos en un terreno en el que los límites del Derecho y la Moral resultan algo confusos.

⁷⁶ COSTA, J., «El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre», *op. cit.*, cap. IV.

⁷⁷ GOMÁ, LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, *op. cit.*, cap. 18, pp. 151-160.

Parte Gomá de que las costumbres comienzan por generarse a partir de la conducta virtuosa de ciertos sujetos, lo cuales tienen el oficio de, por su virtud y prudencia, «excitar» en sus semejantes sus «naturales inclinaciones prontas y dispuestas a acrecentar la felicidad común» (en expresión ciceroniana). Ésta generación se lleva a cabo normalmente por la moral del pueblo. Una moral que, dado que la generación de las normas morales en las sociedades de masas dista mucho de lo tradicional, necesita del Estado en un papel mucho mayor que en el pasado. El Estado, además de imponer, habría de persuadir determinados comportamientos. Determinados comportamientos que, eso sí, sólo serán llevados a la práctica en tanto una determinada costumbre popular obligue a ellos por reputarlos valiosos.

No es por ello extraño que ciertos autores (así MALUQUER DE MOTES⁷⁸) considerasen que los códigos de conducta (en ocasiones promovidos por el Estado, pero casi siempre por grandes empresas) son fuente de costumbres⁷⁹.

Por mi parte, en otro momento he defendido que los CDC no debían considerarse como costumbres en tanto dicha consideración plantea problemas probatorios⁸⁰, y daba lugar a resultados inseguros si en la generación de

⁷⁸ A juicio de quien los Códigos de Conducta «son un estilo, son usos normativos o legislativos. Son una forma de hacer que se crean en el marco de una comunidad de empresas, o en una asociación de éstas, o en un sector de actividad determinado. Y, en la medida en que los asumen, es obligatorio para todos sus miembros. Como no atenta a la libertad, ni a la moral ni al orden público, puede decirse que constituyen una norma originaria creada por un conjunto de personas o entidades y a la que se someten sus propios creadores de forma absolutamente voluntaria. Para constituir y regular las relaciones y los problemas entre las personas puede establecerse por el Ordenamiento Jurídico unos mecanismos absolutamente impositivos, o bien permitir que sean los propios individuos quienes principalmente constituyan de forma voluntaria sus relaciones, con un cierto control y dentro de ciertos límites. El mecanismo principal para llevar a cabo tal regulación de intereses lo constituye la declaración de voluntad dirigida a la obtención de un efecto que, en la medida en que es exteriorizado, es reconocido y se le atribuyen determinados efectos jurídicos. Consiguientemente, la declaración en cuanto se exterioriza y está en consonancia con las determinaciones legales, da lugar al nacimiento de una norma» (MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Los Códigos de conducta como fuente de Derecho», *op. cit.*, pp. 361 y ss).

⁷⁹ Aunque sobre el particular no hay unanimidad en la doctrina. Cfr. DE LA CUESTA, J. M.^a, «La autorregulación como regulación jurídica». En REAL PÉREZ, A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 36.

⁸⁰ Cfr. art. 281.2 Ley de Enjuiciamiento Civil exige la prueba de la costumbre para su aplicación por los tribunales. Problemas que no son comunes a toda España considerada la apuesta por la costumbre notoria que hace el art. 2 de la Ley de Derecho civil de Galiza (2/2006, de 14 de junio) o el art. 2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

efectos vinculantes coactivos pensamos⁸¹. Sin embargo, tras leer a Gomá, admito que cambié de parecer⁸². Y es que si no pensamos sólo en una realización coactiva del Derecho, sino que contemplamos también la aplicación de la ley voluntariamente por parte de los ciudadanos y el papel directivo que para los ciudadanos cumplidores tiene la ley⁸³, podemos valorar adecuadamente el papel de la costumbre. En efecto, si en lugar de anclarnos en un exceso de legalismo, seguimos el esquema propuesto antaño por COSTA⁸⁴ a la hora de articular la relación entre ley y costumbre, entonces las normas llamadas no vinculantes tienen un gran papel que jugar como redacción que propone una costumbre *secundum* y *extra legem*, fundamentalmente en los casos de cumplimiento voluntario, sin que los problemas que pueda ocasionar el intento de aplicación coactiva de la ley o de la costumbre deban ser los únicos que se tengan en cuenta para estudiar el encaje entre las costumbres de los CDCs.

Para valorar el papel de la costumbre (y respecto de ella de los instrumentos de *soft law*) creo que se deben eliminar los prejuicios⁸⁵ que frente a la costumbre se suelen tener por arrastre de una concepción del Derecho en la que la coacción y la jerarquía entre fuentes juegan un papel superior al que les atribuye la realidad. En efecto, si contemplamos la realidad sin prejuicios, resulta que en la vida práctica, para la inmensa mayoría de la gente, la costumbre tiene un poder normativo evidente. Su consideración como fuente de Derecho ha llevado a que la doctrina considere que «la costumbre –puede decirse sin vacilación– cabe que exista al lado de la ley, como una fuente independiente» (DE CASTRO⁸⁶). Una fuente independiente que de acuerdo con el art. 1 del CC está jerárquicamente sometida a la ley (lo cual es indudable en la actual redacción del Código). Ahora bien, dicho sometimiento no debe verse en el sentido

⁸¹ Cfr VIGIL DE QUÍÑONES OTERO, D. *Autorregulación y publicidad registral*, Colegio de Registradores, Madrid, 2010, p. 30.

⁸² Cfr. de mi tesis doctoral, *Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario*, op. cit., pp. 47-64.

⁸³ Aspecto sobre el cual volveremos en la parte filosófica.

⁸⁴ Que es el de Covarrubias, Azpilcueta Navarro, Escobar, Caramuel y otros, que Costa cita en su favor (COSTA, J., «El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre», op. cit., cap. IV).

⁸⁵ Prejuicios que, no obstante, no puede decirse que sean comunes a toda la doctrina. Basta leer los manuales clásicos en sus versiones recientes, y también los manuales recientes. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, Reus, Madrid, 2005 (revisada y puesta al día por A. ROMÁN GARCÍA), pp. 479 a 518. Entre los recientes el citado DE PABLO *et al.*, *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado y Derecho de la Persona*, COLEX, Madrid, 2011, p. 116 y GARCÍA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2012, p. 100.

⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, op. cit., p. 379.

negador de la costumbre que tuvieron los defensores de una visión del Derecho más «pura» (en el sentido kelseniano), sino simplemente en el sentido de la prohibición de la costumbre *contra legem*. Tratándose de costumbres *extra legem*, es evidente que las mismas juegan un papel independiente pero complementario del de la ley, de gran importancia. Un papel que si se mira desde concepciones estrictas, coactivas, jerárquicas y muy estatistas, puede reputarse inseguro. Pero que ello sea así, o que lo haya sido en un momento determinado, no supone que sea el único criterio posible: no debe olvidarse que el sistema de fuentes es mutable en el espacio y en el tiempo⁸⁷. A las consideraciones de seguridad, habría que unir las de eficacia, y es precisamente criticando la ineficacia como Gomá sugiere revalorizar la costumbre.

Una revalorización que no desconoce la doctrina civil más reciente. Entre los manuales más recientes de Derecho civil, DE PABLO CONTRERAS admite el gran papel de la costumbre en el presente en los siguientes términos: «desde un punto de vista sociológico, se ha afirmado como la uniformidad de los hábitos del mundo moderno, fomentada por los medios de comunicación, es difícilmente compatible con la vitalidad de la costumbre, ligada más bien a sociedades aisladas y poco comunicadas. Ello, sin embargo, acaso pueda referirse a la costumbre de ámbito territorial, pero no parece aplicable a la de ámbito funcional, por sectores de actividad: en este, la autonomía privada hace nacer constantemente soluciones nuevas que con frecuencia acaban convertidas en verdadera costumbre-norma; y, en todo caso, el que, por razones sociológicas, se reduzca la operatividad práctica de la costumbre, no resulta –a nuestro juicio-razón suficiente para negar a la misma la condición de fuente»⁸⁸. Y en cuando a los problemas que pueda suponer la costumbre desde un punto de vista jerárquico añade que «desde un punto de vista jurídico se viene incluso a negar a la costumbre, por algún autor, la condición de fuente, con fundamento en su dependencia respecto de la ley, que es la que al reconocerla o remitirse a ella, le traslada su fuerza de obligar. Más este argumento carece de fundamento, sencillamente porque ese es el único modo en que pueden suceder las cosas en un Estado de Derecho, caracterizado por la absoluta primacía del Derecho

⁸⁷ «El rango de las fuentes es un hecho histórico, dependiente de la organización política vigente» y que «no puede afirmarse la supremacía general de la costumbre ni de la ley». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, op. cit., p. 377.

⁸⁸ DE PABLO CONTRERAS et al., *Curso de Derecho civil I*, op. cit., p. 116.

decidido o legislado: admitirlo conduciría a negar la condición de fuente también a la ley, que recibe su fuerza de obligar de la Constitución»⁸⁹.

IV.3. *El problema probatorio*

Profundizando en el tema, para valorar el papel de la costumbre, creo que se deben eliminar también los prejuicios basados en la dificultad probatoria que la costumbre pueda plantear. En efecto, la aplicación de la costumbre a la que estamos haciendo referencia, es una aplicación no coactiva. Una aplicación que llega por la puesta en práctica y a la que obliga la moral comunitaria. Ese y no otro debe ser el sentido en que debe entenderse el riesgo reputacional resumido en la regla «cumplir o explicar» (en que se apoyan los códigos de conducta, y tan relacionada con la ejemplaridad). No estamos discutiendo de una aplicación coactiva de costumbres *extra legem*, que sería la ocasionadora de problemas de prueba. Estamos discutiendo de una aplicación voluntaria⁹⁰. A ello deberíamos unir que, aun en ordenamientos donde se precisan plazos para la aceptación de las costumbre (como el Derecho canónico⁹¹, cfr. Cánón 26), no se requiere plazo alguno para la generación de la costumbre *secundum legem*⁹².

Las anteriores consideraciones, deben ser asimismo valoradas desde los fines que se pretenden al promover la ejemplaridad con instrumentos no vinculantes. Como he dicho, en mi primera aproximación al fenómeno autorregulatorio, cuestioné que los códigos de conducta pudiesen encajarse en las costumbres, deviniendo fuentes de Derecho, en base al problema probatorio y a que tal vez el principal fin que se debía perseguir con la autorregulación era lograr coactivamente ciertos comportamientos, en aras de la seguridad del

⁸⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁰ No podemos olvidar que, como señaló DE CASTRO a la hora de intentar concretar los requisitos de la costumbre «no es precisa, sin embargo, su alegación o prueba mientras no sea contradicha su existencia, pues se presume, salvo demostración en contrario, la buena fe de todos en su observancia». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, op. cit.*, p. 391.

⁹¹ La concepción canónica del deber (que además de en ley es en conciencia, de modo que actúan conjuntamente *vis directiva* y *vis coactiva*) lleva necesariamente a una valoración de la costumbre más intensa en línea con lo demandado por la teoría de la ejemplaridad y por los defensores de la costumbre como COSTA. No es preciso que la ley diga todo, por cuánto no se siente el sujeto obligado sólo a la obediencia de la ley por sí misma y por coacción sino también por su fuerza directiva. Ello hace que la articulación ley-costumbre sea más sencilla, más realista, y menos rígida.

⁹² Según se desprende a contrario del propio Canon 26. Cfr. CENALMOR, D. y MIRAS, J., *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 127.

mercado y de conseguir una transformación efectiva de las conductas. Efectividad que, en el orden teórico y *a priori*, parece más segura con la coactividad garantizada. En efecto, varios autores habían cuestionado los problemas que planteaban los CDCs a la hora de lograr su observancia, y no era en absoluto descabellado pensar que una aproximación a los mismos desde el Derecho debiese buscar la consecución del resultado coactivo (que según Kelsen caracteriza a lo jurídico)⁹³. Siendo el resultado coactivo lo perseguido, es evidente que la costumbre juega en un terreno bastante más inseguro que el de las leyes publicadas y promulgadas.

Sin embargo, revisando esas primeras afirmaciones a la luz de la teoría de la ejemplaridad y del papel que en la consecución de la misma haya de tener la costumbre, es evidente que no se busca siempre y en todo caso un resultado por vía de la coacción, sino por vía del cumplimiento voluntario. Se trata de crear unas determinadas condiciones de voluntariedad, acordes a la idea de buena fe. Se trataría, por tanto, más que de una exigibilidad en juicio, de un comportamiento en la realidad, de una eficacia del Derecho en esa inmensidad de casos en los que la ley se cumple voluntariamente. Importaría por tanto más la *vis directiva* que la *coactiva*: deberíamos hacer más un test de cumplimiento que un test de incumplimiento. Un cumplimiento de costumbres. Costumbres que la práctica considera necesarias a juzgar por la cantidad de códigos de conducta que afloran procurando suscitarlas. Si, además consideramos el papel que al Estado se le concede respecto de la costumbre modernamente (no hay costumbre sin consentimiento del poder, se dice, de modo que esta tolerancia es más decisiva que la vieja *opinio iuris*)⁹⁴, tiene también su sentido el papel del Estado suscitando las costumbres por medio de normas persuasivas (a las que algunos llaman no vinculantes, y otros *soft law*).

IV.4. *El papel de la costumbre secundum legem*

Lo anterior lleva necesariamente a un replanteamiento en particular del papel y valor de la costumbre *secundum legem*. Lo que la ejemplaridad deman-

⁹³ Pueden verse las principales aportaciones en REAL PÉREZ, A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁹⁴ No debemos olvidar que, como señala DE CASTRO, no se dan sin que el poder lo consienta. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, *op. cit.*, p. 389.

da, lo que los instrumentos de *soft law* pretenden, lo que la articulación ley-costumbre que planea Gomá supone, pasa necesariamente por la costumbre *secundum legem*.

Esta consideración, plantea no pocos problemas en tanto que la redacción actual del Código Civil dispone que la costumbre sólo se rige en defecto de ley aplicable. Ello *a priori*⁹⁵ cerraría las puertas a las costumbres *secundum legem* en tanto podrían considerarse costumbres que fijan una dirección interpretativa determinada.

La redacción actual del Código Civil no desconoce las reticencias de SUÁREZ a éste tipo de costumbres por la «extraordinaria dificultad de determinar su alcance, ya que un cambio cualquiera hará que no se trate de mera interpretación, que deje de ser ley para convertirse en sobreañadida a la ley»⁹⁶. Recuperadas dichas reticencias por DE CASTRO en el siglo XX, dicha costumbre *secundum legem* se excluyó del Código⁹⁷. Bajo la redacción primitiva del mismo, el irrepetible civilista señaló ya que su falta de mención debía interpretarse en el sentido de su exclusión⁹⁸.

Ni que decir tiene que en pura teoría (en «teoría pura» kelseniana, más bien), lo más «seguro»⁹⁹ es lo que dice Don Federico. Sin embargo, a veces el Derecho y la teoría relativa al mismo establecen cauces que la realidad acaba desbordando, abriendo otros nuevos. Es más, cabría decir que a veces, con el paso de los siglos, se llevan a cabo como obras de ingeniería que pretenden lo que (en el ejemplo fluvial) son las mutaciones artificiales del cauce de los ríos. Mutaciones cuya artificialidad suele pasar factura cuándo una crecida extraordinaria hace volver al río al cauce original¹⁰⁰. Y tal vez esto es lo que ha pasado con la concepción que usualmente se maneja de la costumbre *secundum legem*:

⁹⁵ No obstante, como recuerda ALBALADEJO, hay quienes admiten la costumbre *secundum legem* «apoyándose en que sólo ha sido excluida la costumbre contra ley» (ALBALADEJO, M. *Derecho civil I*, op. cit., p. 105).

⁹⁶ *De legibus*, VII, c.4. Citado por DE CASTRO, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, op. cit., p. 381, nota 5.

⁹⁷ En redacción vigente del Código civil (resultante de la reforma del título preliminar en 1974) tuvo un papel capital la elaboración doctrinal de la parte general del Derecho civil realizada por DE CASTRO a mediados del siglo XX. Elaboración claramente influida por la escolástica española del siglo XVI, en concreto SUÁREZ, a quien CASTRO loe en varios momentos de su *Derecho civil de España*.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 381.

⁹⁹ En el sentido de fácil de explicar.

¹⁰⁰ Una reflexión sobre la imagen propuesta a la luz del artículo 372 CC podría llevar a conclusiones certeras.

PAULO consideró a la costumbre óptima intérprete de la ley¹⁰¹, Las Partidas decían que la costumbre «*puede interpretar la ley cuando acaeciese duda sobre ella*» (Partida I, 2, 5), y el vigente Derecho canónico (siempre menos variable que el profano) afirma todavía con rotundidad que «*La costumbre es el mejor intérprete de las leyes*» (Canon 27). COSTA reivindicó su papel en la generación y la aplicación de la ley. Y Gomá en nuestro tiempo, desde la teoría de la ejemplaridad, reclama un papel para la costumbre que implica necesariamente la consideración de la costumbre *secundum legem* al partir con COSTA de que la ley es «propuesta de costumbre» y de la necesidad de suscitar (vía normas persuasivas) costumbres. Si a ello unimos que en los Derechos civiles hoy vigentes¹⁰² de Aragón (art. 2 del vigente Código de Derecho Foral) y Navarra (art. 3 del Fuero Nuevo) la costumbre *secundum legem* sigue estando contemplada expresamente (y que son, no puede negarse, vestigios de una concepción prekantiana del Derecho), hemos de admitir que el cauce original (usando aquí el adjetivo original con extrema prudencia) es otro. Y que tal vez lo que plantea Gomá (confirmado por el desbordamiento de códigos de conducta añadidos a la ley que nos muestra la realidad), sea un desbordamiento del cauce artificial fijado por el Código Civil¹⁰³.

Esta visión, tal vez equivocada, pero hipótesis posible (piénsese que el valor jurídico que la doctrina publicista da al *soft law* respecto del *hard law* es

¹⁰¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, op. cit., p. 381, nota 2.

¹⁰² Si nos remontamos a los Derechos civiles previos al Código, el papel de la costumbre en los territorios forales es muchísimo mayor aún. Al respecto señalaba MANRESA, comentando el artículo 5 del Código en su primitiva redacción, que «en Aragón, según Molino y los más reputados juristas, la costumbre inmemorial podía derogar el Fuero. En Guipúzcoa prevalecen sobre la ley las costumbres que se justifique que tuvieron la aprobación del señor de la tierra y que se habían dado juicios sobre ellas (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1859). Los tratadistas de derecho catalán citan, generalmente, en éste punto los preceptos del Derecho romano, que, aparte de una constitución de Constantino, acepta la costumbre *contra legem*...». MANRESA I NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, t. I, p. 129, nota 2.

¹⁰³ Cauce que, todo hay que decirlo, es más natural de lo que podía haber sido. En efecto, no debe olvidarse que el *Code* de Napoleón solo fijó como fuente del Derecho la ley, y que dicha opción se llegó a barajar en la elaboración del Código español. Sin embargo, por entonces obtuvo cierto peso la doctrina partidaria de no cerrar la producción del Derecho a solamente la ley, sobre la base de que la cesión que de la soberanía se produce en el mandato representativo, no es total. Así se defendió «en el Congreso Jurídico español de 1886, en la notable ponencia presentada por los señores D. Bienvenido Oliver, D. José María Pantoja, D. Francisco Giner de los Ríos, y D. Joaquín Costa» (cfr. MANRESA I NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, op. cit., p. 128).

precisamente el valor interpretativo¹⁰⁴, y que la doctrina privatista ha valorado los CDC sobre todo como elemento de interpretación e integración de los contratos¹⁰⁵), podría llevarnos a una necesaria revalorización de la costumbre. Explicación a la que no está ajena la doctrina al señalar respecto del *soft law* que «los CDC no suponen una regulación alternativa a la del ordenamiento jurídico, cuyos mínimos no pueden obviar, sino más bien un *continuum* con él que, de alguna manera, quiere reforzarlo» (GARCÍA RUBIO¹⁰⁶). *Continuum* que bien puede ser una costumbre *secundum legem*, aunque con ello se obtenga una interpretación determinada de las leyes, interpretación que por otra parte está en ocasiones persuadida por el propio poder. Interpretación que, en el esquema de Gomá, sería la conducta ejemplar necesaria.

En efecto, una simple mirada a los códigos de conducta de determinadas entidades, podría generar un hondo desconcierto si se analiza desde las categorías conocidas en el Derecho y se pretende meter la realidad autorregulada en los moldes jurídicos conocidos. Por ejemplo, la multinacional española Inditex, redactó un código de conducta en 2012 con determinadas reglas¹⁰⁷. Entre dichas reglas, se establecen muchas que ya forman parte de las leyes¹⁰⁸ que rigen el comportamiento de Inditex y sus agentes, empleados y proveedores en ciertos territorios. También se contienen prescripciones que forman parte del contrato que vincula a unos y otros con Inditex. Todo ello puede llevar a plantearse, ¿para qué se redacta pues un CDC? Y, ¿qué valor tienen sus prescripciones? Una primera respuesta, podría ser que como las leyes de todos los países no son iguales, Inditex se compromete a nivel mundial¹⁰⁹ a más

¹⁰⁴ SARMIENTO, D., *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, op. cit., pp. 96 y ss.; 168 y ss.

¹⁰⁵ Véanse las referencias al tratar de la ejemplaridad en las obligaciones.

¹⁰⁶ GARCÍA RUBIO, M. P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho», op. cit., p. 11.

¹⁰⁷ <http://www.expansion.com/2012/07/20/empresas/1342798343.html> [consulta: 28/03/2023].

¹⁰⁸ CAVANILLAS se ha planteado hasta que punto constituye una práctica desleal el reproducir leyes en un CDC (CAVANILLAS, S., «Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones», *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 237 a 241, p. 240) El autor concluye que no es desleal, pues el CDC no necesariamente tiene que recoger reglas, sino que en palabras de la propia Directiva Europea sobre prácticas desleales, puede recoger aspiraciones genéricas, lo cual a contrario implica que puede referirse a la ley.

¹⁰⁹ Los compromisos globales muestran la importancia de la autorregulación y del juego de la ejemplaridad en el Derecho, las cuales se manifiestan de modo especial si valoramos las carencias en orden a un Derecho global de los ordenamientos nacionales (al respecto *vid.* DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el Derecho global?*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 158 a 163.

de lo que le piden las leyes de diferentes lugares. Ésta primera hipótesis nos colocaría en el ámbito de la costumbre *extra legem* en los respectivos espacios donde la ley no exige lo que dispone el CDC¹¹⁰, y confirmaría en plenitud las intuiciones que sobre el papel de la costumbre en la consecución de la ejemplaridad plantea Gomá.

Esta realidad, demuestra que para la consecución de la ejemplaridad pública se precisa, además de lo que ponga la ley (que, diga lo que diga el art. 6 del CC, suele ser ignorada¹¹¹), un comportamiento ejemplar. Y para el mismo, el papel de la costumbre es más fuerte que el de la ley, y la propia ley necesita de la misma. Las pautas de comportamiento «no vinculantes» pero *secundum legem* (que son lo habitual en códigos de conducta), no serían entonces un «brindis al sol»¹¹², sino un compromiso o propuesta de costumbre *secundum legem* (sobrepasando evidentemente el texto de la ley, pues aspiran a más y sugieren comportamientos no exigibles constitucionalmente). Una costumbre llamada más a ser aplicada voluntariamente que de forma coactiva, de indudable valor directivo e interpretativo, creadora de riesgo reputacional (cumplir o explicar), y de indudable valor publicitario... generador de ejemplaridad.

La anterior explicación tal vez nos haya de conducir, eso sí, a reabrir un problema, y es el de la posible artificialidad del cauce por el que se pretende que discurra la costumbre según el Código Civil, cauce por el que la ejemplaridad discurre peor de lo que cabía esperar. Un replanteamiento en el que la teoría de la ejemplaridad puede jugar un rol muy clarificador,

¹¹⁰ Ello plantea además el interesante problema de hasta que punto las costumbres derivadas de la Moral occidental pueden llegar a condicionar el comportamiento de agentes occidentales en otra parte del mundo.

¹¹¹ Como indica DE CASTRO «nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada en el Derecho», pues la inexcusabilidad del artículo 6 CC «se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho». En DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, op. cit.*, p. 529. A decir de CABANILLAS SANCHEZ, es precisa una «llamada de atención al legislador para que se esfuerce en facilitar tanto el conocimiento como el entendimiento de las leyes, no sólo por los especialistas, sino, sobre todo, por sus destinatarios» (ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. I, EDESA, Madrid, 1992, p. 674.).

¹¹² Como ha criticado la doctrina a partir de su encaja entre las prácticas desleales según el Derecho comunitario. Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S. «Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones», *op. cit.*, p. 129.

sobre todo en un tema considerado oscuro¹¹³ como es el de la costumbre de la misma, en el que encontrar reglas claras consuetudinarias no siempre es sencillo¹¹⁴.

IV.5. *Las costumbres no jurídicas*

Una última precisión es necesaria. Hemos hablado en los últimos párrafos de costumbres jurídicas que son fuente de Derecho. Dichas costumbres, aun las *secundum legem* que hemos defendido, tienen naturalmente unos requisitos de repetición-aceptación para ser tales y ser fuente de Derecho. Generadas las mismas, se hacen socialmente obligatorias. Una obligatoriedad que es igualmente debida a los usos normativos, dada la moderna equiparación de los mismos con la costumbre (art. 1.3-2 CC).

Ahora bien, pueden existir igualmente costumbres que, sin llegar a ser jurídicas, lo sean sociales. Cuando Gomá dice que «se necesita un plus extra-jurídico que puede estar bien compendiado con cierta ejemplaridad»¹¹⁵, pienso que se refiere tanto a unas como a otras. En una lectura jurídica nos hemos fijado en las costumbres que son Derecho por lo que aporta la teoría de la ejemplaridad a la teoría de las fuentes del Derecho.

Finalmente, puede que se trate de un uso no normativo sino interpretativo. El papel de los mismo es limitado en nuestro Derecho¹¹⁶, pero real: se puede acudir a ellos para dar una interpretación (tal vez una interpretación más ejemplar) a un contrato en el que existan vacíos o dudas (art. 1258, 1287 CC). Ello nos hace saltar de las normas a las obligaciones, y requiere de un nuevo apartado.

¹¹³ Al comienzo del capítulo dedicado a la costumbre en el celeberrimo *Derecho civil de España*, DE CASTRO señaló la «oscuridad y dificultad». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, *op. cit.*, p. 363.

¹¹⁴ DE CASTRO, Analizando el valor de la costumbre, recordaba que autores como HEDEMANN o GRAY habían señalado la dificultad de encontrar reglas jurídicas claras, deducidas de la costumbre, que no sean usos sociales o jurisprudencia. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, *op. cit.*, p. 385.

¹¹⁵ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁶ «Sólo podrá acudirse a él –al art. 1258 CC– cuando lo permita la naturaleza del contrato y lo requiera la buena fe», pues «constituye una norma de Derecho dispositivo de segunda clase, que sólo podrá tener eficacia cuando lo permitan o no existan las normas legales» (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, *op. cit.*, p. 394)

V. EJEMPLARIDAD PÚBLICA Y DERECHO DE OBLIGACIONES

V.1. *Las obligaciones en una teoría «pura» del Derecho y la ejemplaridad: Gomá vs Kelsen*

La concepción del Derecho predominante en la actualidad es, hasta cierto punto¹¹⁷, hija de la concepción positivista del Estado moderno. Aun cuando en el ámbito del Derecho de obligaciones hay una cierta tendencia moralizadora (cfr. art. 1258 CC¹¹⁸), predomina (sobre todo en la práctica) un Derecho concebido según la teoría pura (en sentido de dicha expresión en KELSEN) en la cual, «desde el punto de vista de la teoría del Derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí, es decir, sin consideración de la consecuencia que estatuye para él el orden jurídico, sea un acto ilícito o delito. No hay *mala in se*, sino *mala prohibita*»¹¹⁹.

Según esta teoría, si el sujeto obligado estuviese dispuesto a aceptar las consecuencias que se derivan del incumplimiento, él mismo cumpliría con pagar la indemnización correspondiente sin que se reputase más valiosa la conducta cumplidora que la incumplidora (y el mismo principio regiría en el ámbito penal...): no hay conductas malas, sino conductas sancionadas.

Este planteamiento procede de una dualidad público-privada en la que se estima que hay un ámbito de orden público regido por el Derecho que debe ser moralmente neutral, y un ámbito privado en el que tendrían su juego las opciones morales privadas.

Esta dualidad público-privado, con una perfecta neutralidad moral por parte del legislador, plantea sin embargo no pocos problemas que en la conciencia popular suelen resumirse en que hay cosas que serán legales pero no parecen justas, y que en la doctrina jurídica ha llevado a afirmaciones tan gra-

¹¹⁷ Sea de modo consciente, sea de modo inconsciente, y aunque lo es con ciertos vestigios pre-revolucionarios.

¹¹⁸ El último tiempo ha tendido a «la introducción de corrientes de moralización en los negocios jurídicos con el fin de impedir resultados que de otra manera se considerarían contrarios a los postulados de la justicia» (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2001, p. 59).

¹¹⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (trad. R. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 201-283.

ves como que «un hombre puede ser un perfecto diablo y guardar exteriormente una conducta jurídica irreprochable» (CORTS GRAU)¹²⁰.

El dualismo pretendió una emancipación moral de los individuos. Sin embargo, este plantea una gran paradoja, a decir de Gomá, la cual se aprecia en un aspecto básico del Derecho privado como es el cumplimiento de los contratos: «La pregunta es aquí la siguiente: si una persona se obliga mediante contrato a realizar una prestación a otra, ¿tienen dicha persona del deber moral de hacer aquello para lo que se ha obligado, o se le ofrecen dos opciones, las dos igualmente lícitas y justas, a saber, cumplir lo prometido, o bien no cumplir y aceptar la sanción prevista para los supuestos de incumplimiento? En tanto el Derecho no obliga en conciencia sino por la fuerza y el temor, el ciudadano podrá, desoyendo todo escrúpulo, calcular cuál de las dos soluciones le conviene más a sus intereses particulares y preferir, en igualdad de condiciones, imparcialmente, el respeto a la ley o acaso el coste de la sanción, sin tener, en éste segundo caso, nada que reprocharse»¹²¹.

Según la doctrina pura, los contratos no son moralmente obligatorios, sino que la exigibilidad de los mismos procede de la posibilidad de que se imponga coactivamente su cumplimiento, ya que el Estado no impone obligaciones de conciencia sino que debe limitarse a mantener el orden público¹²². Es decir, que el ciudadano podría calcular y nada se le podría reprochar en «pura» teoría del Derecho.

Lo mismo cabría decir de alguien que incumpliese los contratos reiteradamente asumiendo las indemnizaciones correspondientes, de quien llevase la ley al extremo de los tipos de infracción, logrando librarse de sanciones, pero produciendo los efectos perversos deseados. Por ejemplo, forzar a inquilinos a abandonar casas de renta antigua sin llegar a cometer infracción o delito, pero bordeando¹²³ permanentemente el precipicio de la legalidad, o de una empresa cuya publicidad fuese siempre polémica y escandalosa para

¹²⁰ CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho Natural*, 4.^a ed. revisada, Editora Nacional, Madrid, 1970, p. 280.

¹²¹ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 121.

¹²² «Un Estado meramente jurídico-positivo... no obliga en conciencia a los ciudadanos y contrae su misión al mantenimiento del orden público en su versión más elemental» (*ibid.*, p. 121).

¹²³ «Dista de ser un ideal la proliferación de hombres que puedan vivir bordeando las leyes sobre la cuerda floja de lo ilícito» (CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho Natural*, op. cit., p. 280).

llamar la atención (bordeando los límites de los derechos al honor, intimidad o propia imagen).

Un Derecho que se limita a mantener el orden público con perfecta neutralidad respecto de opciones morales, no convence a la conciencia cívica, pues aunque dicho Derecho «es el que mejor tolera todas las extravagancias privadas», el que «más las protege y deja florecer su sabor», deja cierta insatisfacción¹²⁴ en el común y en los no extravagantes, pues se realiza «sin preguntarse si acaso una polis poblada de millones de almas extravagantes satisfechas de serlo y al abrigo de toda censura moral, cuando ya no existen los antiguos frenos que retienen a un yo aún por civilizar, acaba comprometiendo el mismo orden público que se trataba de mantener» (Gomá¹²⁵).

Frente a esto, opina Javier Gomá que la exigencia de ejemplaridad pública plantea la necesidad de que, además de ponderar el avance que implica un proceso liberatorio, valoremos la necesidad de un proceso civilizatorio en el que el ensanchamiento de la libertad no acarree necesariamente ausencia de virtud ni neutralidad respecto de las opciones morales¹²⁶. Una reivindicación que, leída desde el Derecho, implica sin duda un cambio en la adhesión consensuada a la «teoría pura», lo cual vemos que tiene especiales consecuencias en el ámbito del Derecho de contratos.

La teoría de la ejemplaridad plantea, por tanto, que no basta con que las personas sean libres para llevar a cabo todas las excentricidades que puedan fluir del subjetivismo, sino que la construcción de una democracia madura requiere de conductas ejemplares y comprometidas, aún cuando éstas no procedan del miedo a las posibles sanciones jurídicas¹²⁷.

IV.2. *Reflejo de la doctrina jurídica de la ejemplaridad en la práctica contractual: los códigos de conducta*

¹²⁴ En buena medida, la potenciación del fenómeno autorregulatorio por parte de los Estados (y la UE) y por parte de los agentes del mercado, viene a responder a dicha insatisfacción. Viene a dar una respuesta más allá de lo que la ley estrictamente exige, pues la misma no llega. Vendrían pues los CDC a llenar la insatisfacción que produce el orden jurídico estrictamente liberal que se desprende de la teoría pura del Derecho de Kelsen.

¹²⁵ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., p. 121.

¹²⁶ Cfr. Gomá recogiendo las aportaciones de los llamados neorrepublicanos: Pettit, Sandel, Skinner o Viroli (GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, op. cit., pp. 142-143 y sección 17).

¹²⁷ Pues «una democracia *sine moribus* es...un conjunto de leyes de incierto porvenir», *ibid.*, p. 171.

Cabría entonces preguntarse como obtendremos esas conductas sin coacción. Para responder a dicha cuestión habría que comenzar por precisar que la coacción en Derecho de obligaciones puede alcanzar aspectos morales que sean conformes a la naturaleza del contrato (art. 1258 CC). Más allá de ello, en la actualidad no es infrecuente la floración en el ámbito de las obligaciones de códigos de conducta como instrumentos complementarios del contrato. Algunos de dichos códigos son parte del contrato. Otros, en cambio, son de valor y efectos dudosos. Ello ha llevado a la doctrina a postular su valor publicitario¹²⁸, su potencial consideración como contrato normativo¹²⁹, como condiciones generales¹³⁰, o su ponderación como elemento de integración del contrato¹³¹, de modo que del contrato nacerían acciones para exigir su cumplimiento por la fuerza¹³².

¹²⁸ En opinión de CAVANILLAS MÚGICA «la utilización y presentación por un empresario y en una relación de consumo de un código de conducta está destinada a crear la confianza del consumidor y, por lo tanto, a influir en su conducta económica; por tanto, es un acto de naturaleza publicitaria» (CAVANILLAS MÚGICA, S. «Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones», *op. cit.*, pp. 238 y ss).

¹²⁹ SORO RUSELL ha analizado esta posibilidad. Al respecto, destaca como en el ámbito de los contratos de distribución, en el que la conducta es un aspecto de gran relevancia, es habitual que se complemente un contrato con un CDC. Códigos que no forman parte del contrato como tales, pero que evidentemente norman la conducta de las partes en el ámbito de la correspondiente relación contractual. En éste sentido, y en opinión de SORO, estaríamos ante un nuevo fenómeno de la autonomía privada: las partes de una determinada obligación consentirían la incorporación del CDC como contenido suplementario de un determinado contrato. Esto incorporaría evidentemente el CDC al contrato e incluso haría del mismo propiamente un contrato. Contrato, eso sí, suplementario de otra relación contractual. SORO RUSELL, O., *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Reus, Madrid, 2014, p. 206.

¹³⁰ Posibilidad planteada por MALUQUER (MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Los Códigos de conducta como fuente de Derecho», *op. cit.*, p. 371), que he analizado en mi trabajo *Autorregulación y publicidad registral*, *op. cit.*, pp. 63 a 72.

¹³¹ ÁLVAREZ MORENO, al analizar la relación de la autorregulación con el arbitraje, afirma tajante que «mediante el recurso a la buena fe y al artículo 1258 CC, las buenas prácticas o códigos de conducta serían exigibles, mediante la integración del contrato» (ÁLVAREZ MORENO, M.T., *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons Madrid, 2010, p. 394). En el mismo sentido, LLACER MATACÁS afirma que «se percibe...que la asunción de un código repercute directamente sobre el contenido contractual y conforma las obligaciones del adherente». Señala esta autora que cabrá la incorporación del código al clausulado, pero siempre cumpliendo las exigencias de puesta a disposición que son necesarias para su incorporación (*vid.* LLACER MATACÁS, R. M., «Códigos de conducta y *on-line dispute resolutions*: una aproximación a la privatización del derecho», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. IV (2009), p. 1550).

¹³² O como dice SORO «un código de conducta aprobado por la libre voluntad de las partes puede ser fuente de obligaciones de naturaleza contractual», y por tanto «su incumplimiento puede

Estos códigos expresan en parte la inquietud e insatisfacción que señala la doctrina de la ejemplaridad: ya no vale con el contrato, sino que se buscan otras seguridades. Por otro lado, aun admitiendo que desde una estricta teoría pura los mismos carecen de fuerza coactiva, se busca una suerte de fuerza directiva lo cual es tanto como superar el dualismo filosófico en el que se sustentaba la teoría pura: no basta con cumplir la ley, sino que de algún modo se pretende además una conducta ejemplar, aunque no sea obligatoria.

Este esquema en el que la ley, como veíamos, pide la colaboración de la costumbre, se reproduce entonces en el Derecho de obligaciones: el contrato coactivo pide con instrumentos auxiliares como los códigos de conducta un comportamiento ejemplar que se siga por *vis directiva* y no coactiva.

Un esquema este que en el Derecho público parece tener también su campo de juego desde el momento en que, como ya hemos señalado, las Administraciones combinan instrumentos de Derecho vinculante (en sentido coactivo, llamado *hard law*) con instrumentos de Derecho no vinculante (*soft law*) lo cual ha resultado útil para conseguir determinados fines dentro de la subsidiariedad que es principio esencial del Derecho comunitario¹³³.

Un esquema que, en fin, se corresponde con la diferenciación que suele hacer la Filosofía del Derecho entre reglas y principios como componentes del ordenamiento¹³⁴, donde los principios serían «mandatos de optimización» que pueden ser cumplidos en diferente grado, en tanto que las reglas «son normas que sólo pueden ser cumplidas o no» (ALEXY¹³⁵).

fundamentar perfectamente una acción de incumplimiento o resolución contractual» SORO RUSSELL, O. «Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada», *InDret.com*, Barcelona, abril de 2010, p. 26.

¹³³ Al respecto, cfr. SARMIENTO, D., *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Cizur menor, 2008. En especial la construcción dogmática que se lleva a cabo en pp. 151 y ss.

¹³⁴ «Además de reglas, esto es, pautas relativamente específicas de conducta, los Derechos contienen también principios, que pueden ser de dos tipos: las policies o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como la de que nadie pueda beneficiarse de su propio comportamiento ilícito), que establecen derechos. Lo que caracteriza a los principios frente a las reglas es que, mientras estas últimas pueden aplicarse en la forma todo – nada, los principios tienen una dimensión de peso» (ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 84).

¹³⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2001, pp. 86 y 87.

La ejemplaridad llegaría entonces al Derecho privado por vía de los principios, que muchas veces pretenden hacerse efectivos por medio de los códigos de conducta. Esta realidad práctica se comprende mejor a partir de la fundamentación filosófica que nos ofrece Gomá.

V.3. *Ejemplaridad y causa de los contratos: rebus sic stantibus y ejemplaridad*

Vale la pena concretamente profundizar en el juego jurídico de la ejemplaridad en un elemento esencial de los contratos como es la causa. Como es sabido, un elemento fundamental del contrato en Derecho continental es la causa o razón de ser del mismo (cfr. 1261, 1274 del Código civil español).

Al tratar de la doctrina de la causa en la relación negocial en su monumental obra *El negocio jurídico*, don Federico DE CASTRO dedicó un generoso número de páginas¹³⁶) a la discutida cláusula implícita «*rebus sic stantibus*»¹³⁷. La cuestión fundamental que llevaba a valorar dicha cláusula era saber si los contratos pueden seguir produciendo las «mismas obligaciones aunque circunstancias imprevistas hagan que si continúa su cumplimiento ellas pierden su originario carácter recíproco»¹³⁸, lo cual tiene una importancia capital desde la causa pues, en el sentido del art. 1274 CC, la alteración de las circunstancias para cada parte contratante puede conllevar a una pérdida de lo que *ab initio* del contrato se tuvo por causa¹³⁹.

Considerar que el contrato se entiende de acuerdo con su base¹⁴⁰, y que la alteración de las circunstancias debe dar lugar a la alteración de las obligaciones que nacen del contrato, ocasiona «una ilimitada incertidumbre sobre la

¹³⁶ En esa sede, y no en la del efecto de los contratos, que es donde la cláusula *rebus* se suele estudiar.

¹³⁷ DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico* (reproducción facsimilar de la edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971), Civitas, Madrid, 1985, pp. 314 a 321.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 317.

¹³⁹ «Esta cuestión no hay por qué plantearla en el plano subjetivo: ¿Qué hubieran querido las partes? Sería abandonarse al juego de las hipótesis y suposiciones adivinatorias. En cambio, en el objetivo se presenta de forma más clara y directa: ¿Qué respuesta es la adecuada a la naturaleza del contrato?, ¿un contrato oneroso puede originar consecuencias propias de un contrato gratuito o de un contrato aleatorio?» (*ibid.*, p. 318).

¹⁴⁰ La base del negocio, concepto manejado en más de una ocasión por la doctrina del TS, tiene también su importancia en relación a la causa, siendo tratada por CASTRO inmediatamente después de la cláusula *rebus sic stantibus* (*ibid.*, p. 321 a 326).

eficacia de los contratos»¹⁴¹. Por ello el Tribunal Supremo ha sido restrictivo en la admisión de la cláusula¹⁴².

La cuestión no es baladí vista desde la óptica de la ejemplaridad que estudiamos. En efecto, en una sociedad madura la aspiración de los contratantes debe ser el cumplimiento seguro de los contratos, pero también ejemplar. Aspiramos a una plena realización del principio de buena fe, y ello incluye ese plus de fuerza directiva al que venimos haciendo referencia. Sin él, el contrato tal vez se respeta en letra, pero no en espíritu. Y con ello la percepción es que la causa resulta dañada.

Tal vez a eso responde la abundancia de códigos de conducta complementarios de los contratos. CDCs que tienen y han tenido una singular importancia en el ámbito de los contratos de distribución¹⁴³, uno de los pocos ámbitos en donde realmente surten los efectos propios de un contrato como elemento complementario¹⁴⁴ del mismo¹⁴⁵. Las relaciones de distribución, como en general los contratos de tracto sucesivo, están necesariamente afectadas por la incertidumbre. Dicha incertidumbre ha dado lugar a toda clase de discusiones sobre si se debe o no admitir la alteración de la obligación por la alteración de las circunstancias. Incertidumbres que se han ido solucionando a base de aplicar la cláusula *rebus*, o bien mediante pactos en donde el nivel de previsión de la aleatoriedad fuese más intenso. Cuando los CDCs se

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 318.

¹⁴² Con ocasión de la crisis, parece que se ha admitido su aplicación a contratos en los que no era frecuente tenerla presente como por ejemplo los bancarios o el de compraventa. En general se considera que no es aplicable cuando la alteración de las circunstancias es consecuencia de riesgos inherentes a la naturaleza del contrato. En este punto resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013. Al respecto, *vid.* MARTÍN NARROS, H. D., «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos bancarios y su interpretación por la Sentencia de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 747, pp. 532 a 559. Desde la Filosofía del Derecho son especialmente valiosas las aportaciones de FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «*Rebus sic stantibus*» y crisis económica orden público económico «versus» especulación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 33 (2017), pp. 63-98, y *Rebus sic stantibus y metodología jurídica: una aproximación iusfilosófica en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

¹⁴³ Cfr. SORO RUSSELL, O., *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁴⁴ Lo cual los hace especialmente valiosos desde la óptica del contrato normativo, sede en la que los estudia SORO en la obra citada.

¹⁴⁵ Lo cual ha dado lugar a la escasa jurisprudencia en la materia, estudiada por el mismo autor: SORO RUSSELL, O., «Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada», *op. cit.*

incorporan al contrato en calidad de tales pactos, los mismos procuran disminuir dicha incertidumbre. Aun sin dicha incorporación, es evidente que un CDC procura generar una determinada confianza o reputación que disminuya la incertidumbre en los contratos de larga duración. En ellos, es evidente que los CDC procuran suplir la falta de aplicación de la regla *rebus*, disminuyendo incertidumbres, y con ello sirven a la estabilidad de la causa inicial a lo largo de la vida de la relación obligatoria mediante el compromiso de una conducta contractual ejemplar. En este sentido, los CDCs desempeñan un papel en relación con la causa de los contratos, pues en aquellos casos en los que las circunstancias no llegan a generar una alteración de la base tal que determine la alteración de la causa en grado bastante para revisar el contrato, introducen un compromiso de revisión que suscita confianza en la ejemplaridad frente a la aleatoriedad a la que a veces se ven sometidos contratos con causa onerosa.

Otro ejemplo destacado de esto lo tenemos en el préstamo hipotecario, al que va destinado el código de conducta llamado por el Real Decreto Ley 6/2012. Para los mismos, la Ley ha promovido la ejemplaridad pública de las entidades de crédito mediante normas persuasivas. Una prueba más de que no basta la simple norma (sea legal o contractual), sino que además hace falta una conducta ejemplar, que se intenta inducir por la vía de instrumentos complementarios como los códigos de conducta. Unos códigos que, aunque no formen parte de la cosa ni de la causa, pueden sin embargo contribuir a la determinación de las mismas en condiciones más confiables en la ejemplaridad, siendo en ocasiones determinantes de la prestación del consentimiento.

VI. ¿EJEMPLARIDAD EN EL EJERCICIO DE DERECHOS REALES?

Siendo el tema claro en el Derecho de obligaciones, cabría preguntarse si la ejemplaridad se podría fomentar por medio de normas persuasivas en el ejercicio de derechos reales.

Para responder a dicha pregunta, habría que remontarse (en mi opinión) a la diferenciación entre comunidad y sociedad. Se ha destacado por varios autores, que lo propio de los Estados modernos serían las sociedades en tanto estructuras artificiales y nuevas, mientras lo propio de las sociedades donde no existe el mismo tipo de Estado formal que el moderno serían

las comunidades en tanto estructuras naturales y antiguas. Esta concepción es en opinión de la doctrina tradicional la que marca al Código Civil español vigente cuando, al regular la comunidad, ofrece todo tipo de facilidades para cesar en la misma y la considera como una situación indeseada y transitoria (facilitando el ejercicio de la acción de división, favoreciendo la partición de la herencia, etc.)¹⁴⁶.

Pese a la opción que se hizo a finales del siglo XIX por el CC en contra de la comunidad y a favor de la sociedad (opción no alterada como regla general, pero si con múltiples especialidades), la realidad práctica reciente no ha parado de ofrecer diversas formas de comunidad, algunas muy novedosas. Formas de comunidad que permiten un disfrute conjunto de ciertos bienes por varias personas, aun sin llegar a existir entre ellas *affectio societatis*¹⁴⁷ y que constituyen una respuesta interesante y novedosa para nuevas necesidades de vivienda¹⁴⁸. Formas de comunidad en las que, aun prescindiendo de los vínculos familiares o tradiciones propios de las comunidades naturales que la doctrina refiere a etapas antiguas¹⁴⁹, se pretende retener a veces el componente humano que no siempre existe en las sociedades, y más si estas son capitalistas con número de socios ilimitado. Ello permitiría cuestionar la contraposición entre comunidad y sociedad que se ha querido hacer tradicionalmente (cfr. MIQUEL¹⁵⁰).

Sin embargo, en este ámbito también se hace interesante la aportación filosófica de GOMÁ. En efecto, frente a la explicación weberiana que refiere la comunidad a lo antiguo (tradicional o carismático) y la sociedad a lo nuevo (burocrático, racional), GOMÁ objeta que la aportación personal propia de las comunidades contiene la fuerza creativa e innovadora necesaria y que la bu-

¹⁴⁶ Véase el tratamiento de la distinción entre comunidad y sociedad que se lleva a cabo por MARTÍN MORON, M. T. «Concepto de comunidad», *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 54 y ss.

¹⁴⁷ A este respecto basta ver los tipos dudosos de comunidad en cualquier manual general como DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* III. *Las relaciones jurídicas reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2009.

¹⁴⁸ Cfr. MUNÍZ ESPADA, E., «Bienes en común y diferentes estatutos de ocupación de la vivienda», *Bienes en común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

¹⁴⁹ A decir de RODRÍGUEZ PANIGUA, la comunidad responde a tipos afectivos o tradicionales y la sociedad a tipos racionales» (RODRÍGUEZ PANIGUA, J. M.ª, *Derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 57).

¹⁵⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, «Comunidad y sociedad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 53 (2012-2013), p. 354.

rocratización es incapaz de proporcionar¹⁵¹; una aportación humana que es muy necesaria para la generación de buenas costumbres¹⁵², que es lo que se persigue con los CDC. La idea de que el carisma como cualidad que ejerce de levadura en las comunidades de personas es algo tan humano de lo que no se puede prescindir aunque todo se burocratice, merece ser tenida en cuenta para comprender el constante surgimiento de formas de comunidad, algunas de las cuales pretenden dar satisfacción a nuevas necesidades, aun entre desconocidos...pero creando una estructura que les permita conocerse y donde la confianza se gane con el tiempo, aun faltando *ab initio*.

La situación presente de la realidad social en que rige el vigente Derecho, es por tanto la de una organización compleja en la que existen diversas formas de sociedad y de comunidad, las cuales presentan rasgos diferentes. La comunidad como vestigio antiguo no ha desaparecido del todo, aunque lo cierto es que las comunidades del presente ofrecen un grado de burocratización muy superior al que existía en las antiguas. Esta burocratización introduce en ellas la racionalidad propia de las estructuras modernas, disminuyendo los elementos tradicionales y carismáticos. Son comunidades donde la generación de una norma (en ocasiones, costumbre *secundum legem*, como ese *continuum* imprescindible de la ley) requiere en ocasiones de algo más que la tradición oral de normas, pues son comunidades normalmente pensadas para que se integren en ellas los desconocidos. Pensemos en las comunidades que se formaron para explotar bienes turísticos en régimen de comunidad, las situaciones de propiedad horizontal, las comunidades habitacionales¹⁵³, las situaciones llamadas de propiedad vinculada o las comunidades a que va a dar lugar la progresiva admisión de la propiedad temporal¹⁵⁴. Situaciones todas ellas que parece crecerán en el futuro como formas diferentes de vivienda colaborativa.

Entre ambas figuras, existe una problemática común en muchos casos (ente colectivo, en una u otra forma, y con o sin personalidad jurídica). Problemática que hunde sus raíces en la similitud del sustrato de los entes comunitarios (con o sin personalidad como sociedades): las personas requieren de

¹⁵¹ GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplo y carisma*, op. cit., p. 9.

¹⁵² *Ibid.*, p. 172.

¹⁵³ Al respecto ver MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Nuevas formas de acceso a la Vivienda», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45-46 (2009), pp. 207-237.

¹⁵⁴ NASARRE AZNAR, S. (dir.), *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

estructuras comunes que permitan desarrollar ciertos fines para los que una sola persona no se vale por sí misma.

Ello obliga a una actuación conjunta que en la antigüedad romana dio lugar al llamado *consortium erecto non cito*, forma primitiva de comunidad en la que se producía la cooperación de varias personas (normalmente familiares entre sí) para la consecución de fines comunes. Dicho *consortium* no tenía personalidad jurídica. Era la comunidad formada por todos y cada uno de sus miembros. La tendencia a la vida urbana de los romanos a partir de cierto momento, motivó la necesidad de seguir estructurando realidades comunitarias capaces de canalizar la actuación colectiva. Dichas realidades, que ya no serían entre familiares en un círculo de confianza, sino entre desconocidos, se estructuraron a través de un pacto llamado *societas*. El consorcio (que daba lugar a una legítima entre sus miembros al morir alguno sin ordenar la sucesión¹⁵⁵), basado en la confianza familiar, y la *societas*, basada de algún modo en la cooperación social, serían dos extremos de un mismo fenómeno¹⁵⁶. A las comunidades no se les reconoce en nuestro Derecho personalidad jurídica (y sin embargo son titulares de bienes). A las sociedades sí que se les reconoce¹⁵⁷.

Considerar ese sustrato común es necesario para una mejor comprensión de cómo por medio de normas persuasivas se puede suscitar la ejemplaridad en el ejercicio de derechos reales vinculados en situaciones sociales o comunitarias.

Pero más allá de estos derechos reales, habría que referirse a los demás derechos reales: los que no están vinculados a situaciones comunitarias. Para ello hay que partir de que los derechos reales no siempre se ejercitan en interés o beneficio solo del titular. Hay un interés de tercero. Un interés común de otros, que pueden ser comuneros o el resto de la sociedad (pensemos en aspectos patrimoniales o ambientales). Un interés en el que el Derecho persuasivo tendría un papel que desempeñar, lo cual no es tan extraño a los derechos reales, pues siempre se exigió al dominante de una servidumbre que se comportase *civiliter*,

¹⁵⁵ De lo cual constituye un vestigio aun vivo el llamado consorcio foral aragonés: artículos 373 a 376 del Código de Derecho foral de Aragón.

¹⁵⁶ Cfr. GUTIÉRREZ MASSON, L., *Del consortium a la societas*, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

¹⁵⁷ Entre medias de ambas hay una zona gris en la que existen entes sin personalidad o sociedades que, careciendo de la misma publicidad que las sociedades mercantiles, no tienen un régimen tan claro en cuanto a la titularidad de sus bienes por no gozar de un Registro que las publique (las sociedades civiles). Ello da lugar a una serie de problemas específicos que son comunes a sociedades civiles y comunidades.

lo cual no solo iba referido a que la servidumbre se ejerciese por el lugar y en el modo menos perjudicial (art. 543 CC) sino de la forma menos incómoda.

Habiendo un interés de toda la sociedad, y siendo preciso el ejercicio ejemplar de los derechos reales, ya sea por este interés común o bien por el interés de los propios cotitulares en el caso de las comunidades, no es extraño que se puedan dictar normas persuasivas sobre el ejercicio de derechos reales. Normas que a veces dictará el Estado (por ejemplo, el código de buenas prácticas introducido por el RDL 6/2012 o el art. 28 de la Directiva 2014/17/UE¹⁵⁸), a veces los particulares, sean sociedades o comunidades. Normas que en todo caso permiten retener el componente humano propio de las sociedades en entidades más burocratizadas pero donde la ejemplaridad sigue siendo necesaria. Todo ello confirma la intuición jurídica de Javier Gomá en el ámbito de los derechos sobre las cosas.

VII. CONCLUSIONES

De lo dicho en los apartados anteriores, se puede concluir que:

1.º La revalorización de la idea de ejemplaridad en el discurso público durante los últimos tiempos, ha tenido y tiene importantes consecuencias en el ámbito del Derecho, no sólo público sino también privado. La filosofía de Javier Gomá contiene al respecto no pocas cuestiones jurídicas que merecen una especial atención.

2.º Un primer aspecto es la adecuada comprensión de cómo haya de jugar la ejemplaridad en la realización del Derecho. Algo que requiere redescubrir que las normas coactivas necesitan de conductas ejemplares en cumplimiento de las mismas que van más allá de lo exigido por la ley. Dichas conductas ejemplares no puede conseguirse únicamente a través de las normas coactivas, sino que requieren también de un Derecho persuasivo.

3.º Dicho Derecho persuasivo ha comenzado a desarrollar ya un papel importante en la realización del Derecho a través de abundantes normas no vinculantes que reciben diferentes nombres como códigos de conducta o instrumentos de *soft law*. La teoría de la ejemplaridad fundamenta su compren-

¹⁵⁸ A cuyo tenor «1. Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución».

sión, y la expansión del *soft law* nos confirma el acierto de la dimensión jurídica de la teoría.

4.º La adecuada comprensión de dichas normas no vinculantes, y del proceso que en conjunto pretende que la ejemplaridad rijan la realización del Derecho, demanda recuperar la idea de que, junto a la fuerza coactiva, el Derecho tiene fuerza directiva. Una fuerza que no se consigue únicamente por medio de la ley, sino que demanda una interacción con la costumbre.

5.º La consecución de una ejemplaridad pública por el Derecho, requiere por tanto un redescubrimiento de la costumbre, y en especial de la costumbre *secundum legem*. Ello tal vez habría de llevar a una revisión de la teoría de las fuentes del Derecho, y del papel que en las mismas haya de desempeñar la costumbre.

6.º En el ámbito del Derecho de obligaciones, la introducción de la idea de ejemplaridad requiere recordar que la moral y la buena fe son exigencias que acompañan la letra del contrato. La consideración de las mismas permite que se desarrolle el cumplimiento de las obligaciones con conductas legales pero además ejemplares.

7.º A ello responder en buena medida los innumerables códigos de conducta que suelen acompañar a los contratos, especialmente los de tracto sucesivo.

8.º Dichos códigos proporcionan a veces un plus de seguridad en el desarrollo de la vida contractual que conecta con la idea de causa, procurando ofrecer una estabilidad a la base del negocio que no se alcanza con la mera aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

9.º El papel que para la ejemplaridad tiene la costumbre, y para alcanzar la misma los instrumentos normativos no vinculantes, puede realizarse también en el ámbito de los derechos reales que se ejercitan de modo comunitario o vinculado, con importantes consecuencias para el común de los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. I, Bosch, Barcelona, 1996.
- ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I, vol. I, EDESA, Madrid, 1992.
- ALEX, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

- ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Códigos de conducta y arbitraje de consumo», *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ARRUÑADA, B., «Costa sobre el trasplante de instituciones», <<https://www.arrunada.org/es/blog/costa-sobre-el-trasplante-de-instituciones>> [13/01/2014].
- ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012.
- AQUINO, T., *Suma de teología*.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, Reus, Madrid, 2005.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «Códigos de conducta dirigidos a consumidores: versiones y perversiones», *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010, pp. 237-241.
- CENALMOR, D. y MIRAS, J., *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*, EUNSA, Pamplona, 2004.
- CORTS GRAU, J., *Curso de Derecho Natural*, Editora Nacional, Madrid, 1970.
- COSTA, J., «El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones: el status individual, el referéndum y la costumbre», <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-problema-de-la-ignorancia-del-derecho-y-sus-relaciones-el-status-individual-el-referendun-y-la-costumbre--0/html/fefca97c-82b1-11df-acc7-002185ce6064_14.html#I_6> [consulta: 19/05/2014].
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas (reedición faccismilar de la edición de 1949), Madrid, 1984.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas (reproducción faccismilar de la edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971), Madrid, 1985.
- DE LA CUESTA, J. M.^a, «La autorregulación como regulación jurídica», *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- DE PABLO CONTRERAS, P. et al., *Curso de Derecho civil I. Derecho Privado y Derecho de la Persona*, COLEX, Madrid, 2011.
- DÍAZ RUIZ, E., *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, Madrid, 2013.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídicos reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.
- DOMINGO OSLÉ, R., *¿Qué es el Derecho global?*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Mainstreaming de género y cambio social», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 49 (2015).
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Rebus sic stantibus y crisis económica. Orden público económico versus especulación», *Anuario de filosofía del Derecho*, n.º 33 (2017), pp. 63-98.

- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Rebus sic stantibus y metodología jurídica: una aproximación iusfilosófica en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GARCÍA RUBIO, M. P., *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2012.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, n.º 2141 (2012).
- GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid, 2014.
- GOMÁ LANZÓN, J., *Ejemplo y carisma*, Cuadernos, ESADE de Liderazgo, Barcelona, 2008.
- GOMÁ LANZÓN, J., «Ejemplaridad y fe pública», *El Notario del siglo XXI*, n.º 11 (2007).
- GOMÁ LANZÓN, J., «Poder y dinero en las grandes sociedades: vuelta a los principios», Conferencia presentada en el XI Seminario Harvard-Complutense «*Restructuring of the financial system and new negotiation strategies*», Harvard Law School, Universidad Complutense, 2014.
- GOMÁ LANZÓN, J., *Tetralogía de la ejemplaridad*, t. I, «Imitación y experiencia», Taurus, Madrid, 2014, p. 12.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., *Como hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*, Colegio Notarial de Madrid, 2007.
- GUTIERREZ MASSON, L., *Del consortium a la societas*, Universidad Complutense de Madrid, 1994.
- IGLESIA, A.M., «Entrevista a Javier Gomá», *Revista de Letras*, <<http://revista-deletras.net/goma-la-presencia-del-ideal-permite-desarrollar-la-critica/>> [22/09/2014].
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (trad. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982.
- LLACER MATAcÁS, R. M., «Códigos de conducta y on-line dispute resolutions: una aproximación a la privatización del derecho», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. IV (2009).
- LLAMBIAS DE AZEBEDO, J., *Eidética y aporética del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1958.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Los Códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 17 (2003).
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1943.
- MARCUSE, H., *Eros y civilización*, Ariel, Barcelona, 2010.
- MARTÍN MORON, M. T., «Concepto de comunidad», *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍN NARROS, H. D., «La aplicación de la cláusula rebus sic stantibus a los contratos bancarios y su interpretación por la Sentencia de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 747 (2015), pp. 532-559.

- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Nuevas formas de acceso a la Vivienda», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45-46 (2009).
- MCINTYRE, A., *Tras la virtud*, Paidós, Barcelona, 2001.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comunidad y sociedad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 53 (2012-2013).
- MUÑIZ ESPADA, E., «Bienes en común y diferentes estatutos de ocupación de la vivienda», *Bienes en común*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2014.
- NASARRE AZNAR, S., *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2915). Aspectos legales y económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PARADA ALVAREZ, R., *Derecho Administrativo I*, OPEN, Madrid, 2013.
- PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999.
- REAL PÉREZ, A., *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Pons, Madrid, 2010.
- RODRÍGUEZ PANIGUA, J. M.^a, *Derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1979.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1999.
- SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la Justicia*, Harvard University Press, 1996.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2009.
- SARMIENTO, D., *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Cizur Menor, 2008.
- SORO RUSSELL, O., *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Reus, Madrid, 2014.
- SORO RUSSELL, O., «Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada», *InDret.com*, Barcelona, abril de 2010.
- SUÁREZ, F., *Las leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- TONIES, F., *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, 1947.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., *Autorregulación y publicidad registral*, Colegio de Registradores, Madrid, 2010.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., «El Registro, la hipoteca, los consumidores y la autorregulación de los acreedores», *Códigos de conducta y préstamos hipotecarios*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 47-69.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., *Los códigos de conducta y el Derecho registral e inmobiliario*, Universidad Complutense de Madrid, 2016. <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/41041/>>
- WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 2.^a ed. en español (trad. J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. García Maínez, E. Imaz, J. Ferrater Mora), de la cuarta en alemán, reimpresión primera, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

