

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

GRADO EN DERECHO

Trabajo Fin de GRADO



La prueba de la costumbre

Autor: Cañellas Lorenzo, Marcos.

Tutor: Zarzalejos Nieto, Jesús María.

Madrid, diciembre de 2021.

Índice de siglas.

CC. Código Civil
DL. Decreto Legislativo.
LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil
Pág. Página
Art. Artículo
SAP. Sentencia de la Audiencia Provincial
STS. Sentencia del Tribunal supremo
STC. Sentencia del Tribunal Constitucional
RD. Real Decreto.

Índice de contenidos

1. Introducción.....	3
2. La costumbre.	5
2.1. Concepto, función y naturaleza.	5
2.1.1. Concepto.	5
2.1.2. Función de la costumbre.....	5
2.1.3. Naturaleza: supletoriedad.	6
3. Carga de la prueba.....	9
4. La prueba de la costumbre.....	10
4.1. La exención de la prueba.....	10
4.1.1. El acuerdo de las partes.....	10
4.1.2. La notoriedad.....	10
4.2. Los medios de prueba en el proceso civil.....	13
4.2.1. Ley de Enjuiciamiento civil.....	13
4.2.1.1. Interrogatorio de parte.....	13
4.2.1.2. Documentos.....	14
4.2.1.3. Dictamen de perito.....	15
4.2.1.4. Reconocimiento judicial.....	16
4.2.1.5. Interrogatorio de testigos.....	17
4.2.1.6. Medios de prueba del artículo 299.2 LEC.....	17
4.2.2. Idoneidad de la prueba.....	18
5. Un caso práctico sobre la prueba de la costumbre: el bistechu asturiano.....	20
5.1. Objetivo.	20
5.2. Notoriedad: Compilación del Derecho Consuetudinario Asturiano.....	20
5.3. Análisis de los motivos del recurso de casación.	22
5.3.1. El Bistechu en Avilés.	22
5.3.2. Necesidad de la prueba de la costumbre.	23
5.3.3. Costumbre notoria y principio de aportación de parte.....	24
5.3.4. Aplicación de la costumbre de oficio y la incongruencia extra petitum.....	24
6. Conclusiones.....	26
Bibliografía.....	28
Legislación.....	28
Jurisprudencia.....	29

1. Introducción.

Como inicio de este Trabajo Fin de Grado, considero importante explicar la motivación que me empuja a afrontar el último reto del grado en Derecho con la ilusión que merece. El tema elegido es la prueba de la costumbre, pero antes de tratar el tema, pretendo que cualquiera pueda entender el camino que lleva a un estudiante a interesarse por una cuestión como la que nos ocupa.

Mi primer contacto con el mundo del Derecho fue con la entrada en el doble grado en CUNEF, pese a que siempre he pensado que el mundo de las finanzas era en el que me iba a desarrollar en el futuro, esto cambio rápidamente. Al escuchar las vivencias profesionales de los profesores que ejercen como abogados, es imposible no darse cuenta del papel vital que juega el Derecho en la vida de todos y cada uno de los individuos de una sociedad.

Este interés llegó a su punto álgido con la asignatura de Derecho Procesal Civil. Si conocer la forma en la que los componentes de la sociedad deben interactuar me parecía una cuestión de gran interés, las normas que rigen el funcionamiento del procedimiento destinado a resolver las controversias, fueron las que me convencieron de que en un futuro no tan lejano quería dedicarme a la abogacía.

Esta convicción se vio totalmente reforzada gracias a la primera experiencia práctica que he vivido. Tuve la suerte de poder incorporarme en prácticas en el departamento de litigación de un conocido despacho. Al tratarse de este departamento, pude experimentar muy de cerca la práctica profesional relacionada con la rama del Derecho que quería conocer. El resultado, como he adelantado, fue muy satisfactorio y me ayudó a conocer las dudas y retos más comunes a los que se enfrentan los profesionales de primer nivel.

Para alguien que aspira a ejercer como abogado, tras todas estas vivencias, es indiscutible la necesidad de comprender y dominar el funcionamiento del proceso litigioso. Por ello, considero especialmente interesante el estudio de los aspectos prácticos del Derecho Procesal, materia sobre la que no me ha costado decidir que versará el trabajo con el que despedirme de la etapa universitaria de grado.

De entre todas las cuestiones que se deben tener en cuenta en el proceso judicial, existe una que me llama especialmente la atención: la forma en la que se consigue que el juzgador adquiera el nivel de certeza necesario para la determinación de los hechos controvertidos. Por ello, la prueba, el principal instrumento que resuelve las posibles dudas al respecto, es el tema sobre el que he decidido acotar la investigación.

Cualquier persona relacionaría un juicio con probar los hechos sobre los que se discute, pero que sea algo intrínseco e intuitivo del proceso no significa que sea algo sencillo o carente de espacios grises. De forma que, una vez propuesto este tema general, el profesor Zarzalejos, encargado de tutorizar el trabajo, me sugirió que abordara la prueba de la costumbre al ser un tema poco estudiado.

En un primer momento, me resultó extraño, pues la costumbre -tal y como establece el primer artículo del Código Civil- es una fuente del Derecho, y al ser la Ley y los Principios Generales las fuentes más comunes en su aplicación, tener que probarla genera de forma tanto intuitiva como

errónea una sensación de innecesariedad. De hecho, el mismo artículo que he nombrado anteriormente, lo establece expresamente, la costumbre debe ser probada.

En un primer lugar, nos encontramos con el concepto de prueba. Es necesario estudiar el tratamiento de la prueba en el proceso civil para delimitar de forma adecuada las implicaciones que pueden existir respecto a la costumbre.

En segundo lugar, el concepto más llamativo del título, la costumbre. Este concepto será el central en la parte más casuística del trabajo, puesto que, si bien la prueba es el medio por el que se debe demostrar esta costumbre, esta es el fin de todo el proceso probatorio objeto de estudio.

Tras el estudio de estas cuestiones, se abordará la resolución del caso práctico, que lógicamente, no tratará la cuestión de fondo de una controversia, el objeto del análisis es el tratamiento de la aplicabilidad de la costumbre como fuente del derecho, considerando el requisito del artículo 1.3 del Código Civil, es decir, la prueba de una realidad social que no forma parte de los hechos que conforman el relato de la controversia, pero con un gran impacto en ellos.

2. La costumbre.

2.1. Concepto, función y naturaleza.

2.1.1. Concepto.

En nuestro ordenamiento no encontramos una definición legal de costumbre, por lo que, como primera aproximación podemos tomar en consideración las acepciones del término en el diccionario de la Real Academia Española¹: “1. f. Manera habitual de actuar o comportarse. 2. f. costumbre o práctica tradicional de una colectividad o de un lugar.” De estas acepciones, destaca el requisito de continuidad del comportamiento en el tiempo para alcanzar la condición de costumbre.

En lo que respecta a la aplicación jurídica del término, no está muy alejada de su definición genérica. Las sentencias que tratan el concepto de costumbre (siendo muchas de ellas relativamente recientes), se remiten a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1951, que la define jurisprudencialmente como *“la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica”*.

Esta definición se recoge en la jurisprudencia menor, representada, entre otras, por la SAP Málaga (sección 4ª) 638/2012, 19 de diciembre de 2012, FJ 5 que desarrolla: *“Como ya señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril de 1951 “la costumbre es la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica”. La costumbre, en general, es la forma constante de realizar directamente la vida los seres humanos constituidos en sociedad, sobre todo en ausencia de mandatos legales y convenios explícitos”*.

Otro ejemplo sería la SAP Zaragoza (sección 4ª) 349/2008, 17 de Junio de 2008, FJ 2: *“como indica la st AP Córdoba de 10-10-02 y las resoluciones que menciona, la costumbre es la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica, y sujeta a prueba al ser invocada en juicio, acreditando la existencia de situaciones fácticas dimanantes de actos uniformes, a través de un periodo de tiempo suficiente para calificar su permanencia, con convicción de que la observancia de una norma en esos actos obedece a una razón de derecho, o sea, con alcance de racionalidad jurídica.”*

En el caso de esta última sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, se relaciona con la sentencia del Tribunal Supremo de 1951 mediante la remisión a la SAP Córdoba (sección 1ª) 413/2002, 10 de octubre de 2002, FJ 3: *“Aquí cabe repetir en cuanto a su conceptualización general lo que sostiene la sentencia de instancia: En efecto, como señaló la STS. de 18 de abril de 1951, la costumbre es la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizada con intención jurídica”*.

2.1.2. Función de la costumbre.

Una vez el concepto de costumbre queda debidamente delimitado, conviene estudiar su función en el ordenamiento jurídico. Para ello, acudimos al art. 1.1, Código Civil: *“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*. En este artículo, se incluye la costumbre como fuente del Derecho civil español.

¹ Real Academia Española (2020) *Costumbre* [en línea] disponible en <<https://dle.rae.es/costumbre?m=form>> [consulta: 26/10/2021].

2.1.3. Naturaleza: supletoriedad.

El artículo 1.3 del Código Civil establece el régimen de supletoriedad de la costumbre como fuente del Derecho frente a la norma escrita: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada.”

En un ordenamiento jurídico dónde la producción normativa está monopolizada por el Estado, una fuente del Derecho que emana de la actuación de los demás agentes sociales está naturalmente relegada a la subsanación de vacíos normativos. Apoyando la idea encontramos en la guía jurídica de Wolters Kluwer²: “Actualmente y en el ordenamiento español el predominio de la ley como fuente del derecho indica la intensidad creciente del poder del estado y de su organización y actividades frente a las normas espontáneas de creación del derecho como en otras épocas pudo ser la costumbre”

Toda costumbre que pretenda ser aplicada, deberá serlo en ausencia de normativa escrita aplicable o bien, como guía en la interpretación de esta. Por ello, la costumbre nunca puede operar en contradicción a la normativa escrita. Vela, A.J. (2013: 41)³ ilustra estos diferentes escenarios mediante una clasificación de los tipos de costumbre por su relación con la Ley escrita:

“Por su relación con la ley, la costumbre puede ser de tres tipos:

1º Contra legem, que no tiene valor normativo (porque sólo es aplicable en defecto de ley -art. 1, 3 CC-), ni derogatorio (porque la ley sólo se deroga por otra -art. 2, 2 CC-).

2º Secundum legem, que es la que se limita a interpretar la ley.

Tampoco es vinculante, porque por muy clara que sea la costumbre en la aplicación de la ley, el juez puede interpretarla libremente, lo que se confirma en el art. 3 CC que no incluye entre los medios de interpretación la interpretación usual de la ley.

3º Praeter legem, que es la que regula una materia carente de regulación legal. Esta es la costumbre fuente del Derecho del art. 1, 3 CC.

Existen casos en los que la propia ley se remite especialmente a la costumbre para regular una concreta materia. En estos casos, la remisión legal le otorga un valor normativo especial y le señala su ámbito de aplicación (costumbre del lugar, etc.). A veces, incluso, la ley ordena que la costumbre sea preferida a ella, p.e., en la regulación del momento del pago de una obra (art. 1599 CC).”

Este régimen de supletoriedad viene acompañado de la sujeción a prueba por las partes, siendo la excepción al principio *iura novit curia*, a raíz del carácter consuetudinario y espontáneo, que dificulta su conocimiento por parte del juzgador. En esta línea, Picó i Junoy y Lluch (2007: 221)⁴ exponen:

“En principio, las afirmaciones de derecho realizadas por las partes no son objeto de prueba ya que la existencia de la norma es independiente de su alegación y su

² Guía jurídica de Wolters Kluwer. *Fuentes del Derecho* [en línea] disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjczNztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAhabSmzUAAAA=WKE> [consulta: 24/10/2021]

³ Vela, A.J. (2013). *Derecho Civil para el grado I. Parte general*. Madrid: Dykinson. Pág. 41

⁴ Picó i Junoy y Lluch (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. Pág. 221

aplicación es ajena al principio de autonomía de la voluntad, por lo que el principio de aportación de parte no es operativo en este ámbito normativo. Sin embargo, es posible el desconocimiento por parte del juzgador de la norma consuetudinaria aplicable al caso por no estar ésta comprendida dentro de los parámetros del iura novit curia.”

Dentro del territorio español, coexisten el ordenamiento civil común con una serie de ordenamientos regionales, por tanto, se debe tener en cuenta la existencia de estos regímenes forales, en los que la prelación de sistema de fuentes establecida para el Derecho civil común puede verse modificada, en concreto, según Wolters Kruwer⁵: *“Así, hoy no hay duda de que son regiones de Derecho Foral aquellas que tienen su Compilación: País Vasco, Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón y Navarra. Cada una de las Compilaciones señala con detalle cuál es el ámbito territorial de aplicación de la misma.”*

Teniendo en cuenta la existencia de diferentes compilaciones forales, comparándolas con la normativa común en materia de la costumbre ya expuesta, podremos identificar diferencias que contradigan la naturaleza supletoria de la costumbre respecto a la Ley escrita en estas regiones con ordenamiento propio:

- A) País Vasco. En el caso del Derecho foral vasco, se le da una expresa prioridad a la costumbre frente a la ley escrita común. El régimen de supletoriedad de la costumbre se mantiene sobre la ley escrita vasca, sin embargo, en caso de vacío normativo en la ley escrita local, la costumbre regional será la siguiente fuente a la que acudir en el sistema de prelación. Esto mismo consta en el art.3, Ley 5/2015, de 25 de junio⁶: *“En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales.”*
- B) Cataluña. En el caso de esta comunidad autónoma, la costumbre no se encuentra en una situación diferente a la que encontramos en País Vasco, puesto que el art.111-1.2, Ley 29/2002, de 30 de diciembre⁷, establece que *“La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”* y el art. 111-5 de esta misma ley *“Las disposiciones del derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan”*.
- C) Baleares. En el ordenamiento jurídico balear, la costumbre local también goza de primacía respecto la ley civil común, además, se enfatiza su función como criterio de interpretación del funcionamiento de ciertas instituciones tradicionales. Esta conclusión se extrae del art. 1.3.4^a, DL 79/1990, de 6 de septiembre⁸: *“En aplicación del derecho civil propio, este debe ser interpretado de acuerdo con los principios generales que lo informan y, si se trata de la interpretación de una institución histórica, debe tomarse en consideración la tradición*

⁵ Guía jurídica de Wolters Kruwer. *Derecho Foral* [en línea] disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjY3NTtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAdhO6xTUAAAA=WKE> [consulta: 24/10/2021].

⁶ España. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Boletín oficial del Estado, núm. 176, de 24 de julio de 2015, pp. 62312 a 62346.

⁷ España. Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Diari Oficial de la Generalidad de Catalunya, núm. 3798, de 13/01/2003, Boletín Oficial del Estado núm. 32, de 06/02/2003.

⁸ España. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Boletín Oficial de las Islas Baleares, núm. 120, de 02/10/1990.

jurídica singular, contenida en las antiguas leyes y costumbres insulares; la doctrina de los doctores y las decisiones de la Real Audiencia, cuando existieran para aquella institución". De este ordenamiento resulta destacable la inclusión de la costumbre para la resolución de supuestos incluidos en la propia ley, como por ejemplo el art.86.1, DL 79/1990, de 6 de septiembre: "La explotación "a mayoral", convenio agrícola parcelario pactado en cualquier forma entre el propietario y el cultivador o mayoral, se regirá por lo convenido y por lo establecido en esta Compilación. A falta de ello, se atenderá a los usos y costumbres insulares"

- D) Galicia. El caso de esta región es similar al de País Vasco, ya que se establece la aplicación de la costumbre con prioridad sobre el derecho escrito común. Esta prioridad se expone de forma concisa en el art. 1.3, Ley 2/2006, de 14 de junio⁹: *"En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego"*.

En esta línea, se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 133/2017, 16 de noviembre de 2017¹⁰: *"Con carácter preliminar recuerda que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma gallega alcanza a la determinación de las fuentes de su ordenamiento (art. 149.1.8 CE y 38.3 EAG) y que, en consecuencia, la costumbre debe ser tenida como tal fuente, siendo, además, supletoria en primer grado de la ley gallega. Por ello, subraya que no sólo el artículo 27.4 EAG establece que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil gallego, sino que, de conformidad con el artículo 38.2 EAG, el Derecho del Estado sólo será de aplicación a falta de Derecho propio de Galicia."*

- E) Aragón. La normativa civil aragonesa también otorga prioridad a la costumbre local frente a la norma escrita común, establecido de forma indirecta en el art. 2.1, DL 1/2011, de 22 de marzo¹¹: *"La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés."*

- F) Navarra. Este ordenamiento es el más peculiar respecto al tratamiento de la costumbre, ya que su prueba se convierte en un elemento central de la práctica probatoria, puesto que es la fuente del Derecho que goza de prioridad absoluta frente al resto de fuentes. Así lo establece la Ley 3, Ley 1/1973, de 1 de marzo¹²: *"La costumbre establecida y asentada en la realidad social navarra, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito siempre que no se oponga a la moral o al orden público. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general."*

⁹ España. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Diario Oficial de Galicia núm. 124, de 29/06/2006, Boletín Oficial del Estado núm. 191, de 11/08/2006.

¹⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 133/2017, 16 de noviembre de 2017. ECLI: ES:TC:2017:133

¹¹ España. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Boletín Oficial de Aragón, núm. 67, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490 a 6616.

¹² España. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Boletín Oficial del Estado, núm. 57, de 07/03/1973.

3. Carga de la prueba.

Determinar la carga de la prueba de la costumbre es especialmente complejo, al ser su existencia y contenido un elemento fáctico objeto de prueba por las partes en virtud del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de ahora en adelante LEC), pero con una función propia de una norma jurídica, fuera del alcance de la disposición de las partes, por lo que el Juez debería llevar a cabo una actuación diferente al del resto de actividad probatoria.

Por tanto, en caso de que la costumbre sea alegada por una de las partes, entra en juego la correspondiente carga de la prueba. De esta forma, aquel que deberá presentar evidencias será al que le corresponda según las pautas generales establecidas en el art. 217.2 y 3 LEC:

“2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

Respecto al papel del Juez -por la condición de elemento fáctico y jurídico de la costumbre- tiene la potestad de realizar las averiguaciones que estime oportunas para corroborar la existencia de una determinada costumbre, en el caso de que se encuentre en su conocimiento. “La notoriedad, así, en la práctica funciona como una cualidad subjetiva de los sujetos intervinientes en el proceso: conocimiento que el juzgador tiene de la vigencia de una costumbre; si no lo tiene, la parte debe alegarla y, sobre todo, probarla; si el juzgador la conoce debe aplicarla, aunque no haya sido alegada ni probada. En su caso, acordando diligencias probatorias para mejor proveer.” (Sancho, FdA 1994)¹³.

¹³ Sancho, FdA (1994). “Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos.” En: *Jornadas de Bidasoa*. Celebrada en 1994 en Zaragoza. España: Revista Jurídica de Navarra.

4. La prueba de la costumbre.

La costumbre jurídica está compuesta por dos elementos diferenciados que deberán ser de igual forma probados. Por un lado, la existencia fáctica de unos usos sociales que se alargan en el tiempo y se siguen dando en el momento en el que se pretendan aplicar. Por otro lado, es necesaria la convicción de los agentes sociales de que estos usos constituyen una norma no escrita vinculante. Explica esta idea la SAP Cádiz 96/2021, 23 de marzo: *“Sabido es que para que la costumbre sea considerada fuente del Derecho se precisa un requisito externo, es decir, que exista un uso social que ha de ser general, constante, uniforme y duradero, y un requisito interno que está constituido por la convicción jurídica de los miembros del grupo social de la obligatoriedad de la norma (“opinio iuris”). En todo caso, a tenor del art. 1.3 del Código Civil ha de ser probada, y de hecho el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la hace objeto de la prueba.”*

4.1 La exención de la prueba.

Como cuestión previa a determinar de qué forma se puede probar la existencia de una costumbre, es necesario tratar posibles excepciones a la necesidad de prueba de los hechos presentados por las partes. Con esto me refiero a la aceptación de los hechos por mutuo acuerdo y a la notoriedad.

4.1.1. El acuerdo de las partes.

Es posible determinar la aplicación de una costumbre en un proceso por el mutuo acuerdo de las partes, en la forma establecida de claramente en el art.281.3, Ley de Enjuiciamiento Civil: *“También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. (...)”*

4.1.2. La notoriedad.

El artículo 283.4 de la LEC establece de forma general la falta de necesidad de probar los hechos notorios. A pesar de no hacer mención expresa a la costumbre como en el apartado anterior- para el caso de la conformidad de las partes- se entiende que es aplicable a la costumbre. Siguiendo el razonamiento de Picó i Junoy y Lluch utilizado anteriormente, las afirmaciones de Derecho que estén bajo el conocimiento del Tribunal no serán objeto de prueba, por lo que una costumbre que goce de notoriedad absoluta y general no debería necesitar prueba alguna para su aplicación.

De esta forma, cabe interpretar que, en situación de notoriedad, tampoco es necesaria la alegación a instancia de parte. La costumbre notoria, o simplemente en conocimiento del juzgador, debería aplicarse de la misma forma que las disposiciones legales del Derecho escrito. En esta línea, encontramos el siguiente fragmento de los ya citados Picó i Junoy y Lluch (2007: 227):

“En el marco del proceso civil, las facultades del juez se encuentran muy limitadas a favor del señorío de las partes del proceso y, sin embargo, si existe una facultad que corresponde en exclusiva al juez es la determinación y aplicación de las normas jurídicas, con la obligación del artículo 1.7 CC. Conjugando ambos aspectos, lo procedente es que si el órgano decisor tiene conocimiento de la existencia de la costumbre, lo ponga de manifiesto, no dejando en exclusiva a la parte la carga de la alegación de la misma y, para garantizar el principio de contradicción, será necesario que o bien la someta a discusión

de las partes en el curso del debate procesal o la exprese en la sentencia. En lo relativo al conocimiento privado del juez, debería dejarse constancia documental del mismo para el posible control por parte del tribunal a través del oportuno sistema de recursos.”

Reforzando esta interpretación, encontramos un ejemplo de ello en la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la retribución de los abogados, ya que, para la modulación de la misma, se puede tomar como referencia la costumbre del lugar. La notoriedad de esta costumbre viene dada por ser aceptada ampliamente por el propio Tribunal Supremo. En esta línea, encontramos la STS 107/2007 (Sala delo Civil), 16 de Febrero de 2007, FJ 3:

“Específicamente en relación con los servicios de abogado, declaran las SSTs de 25 de octubre de 2002, 1 de junio de 2005, 15 de junio de 2005 y 22 de diciembre de 2006, entre las más recientes, que se remunerarán, según costumbre en forma notoria ya admitida por esta Sala, con lo que el profesional señale en su minuta y, en caso de disconformidad, con lo que resuelvan los tribunales oyendo previamente a los colegios de abogados, a título de asistencia pericial no vinculante, teniendo en cuenta las normas colegiales orientadoras sobre honorarios profesionales, o, en todo caso, especialmente tratándose de servicios extrajudiciales, con lo que corresponda a la costumbre y uso frecuente en el lugar en que se suponen prestados”.

Otra sentencia que puede reforzar esto, es la STS 845/2016 (Sala de lo Civil), 8 de noviembre: *“Junto a estos tres argumentos racionales, la Sala sentenciadora aplica como cuarto fundamento racional de su convicción sus propias reglas de experiencia en relación con su conocimiento de las "arraigadísimas" costumbres de la isla de Mallorca "donde el patrimonio se queda en la familia”*

En contraparte a lo anterior, no se puede pasar por alto un sector doctrinal y jurisprudencial que defiende la literalidad de la normativa civil, entendiendo que la costumbre debe ser probada en todo caso sin excepción, en la resolución de un caso práctico de la obra de Parra, M.A. (2009: 100)¹⁴:

“La costumbre resulta ser una excepción al principio "iura novit curia", a la obligación del juez de conocer el Derecho aplicable al caso (art. 1.7 y 6.1 CC). Para algunos autores la dicción literal del Código ("que resulte probada") comprende también el conocimiento privado del juez e incluso la investigación judicial de la costumbre, y basarse en sentencias anteriores.

Pero como se considera que las costumbres pueden variar de una localidad a otra, los jueces pueden no estar asentados en el territorio, y puede ser problemático el conocimiento previo de su contenido y aplicación, la opción del legislador, sin descartar ninguna de las posibilidades anteriores -que pueden ser complementarias-, es la de tratar a la costumbre como un hecho, aunque se trate de normas jurídicas, en el proceso para determinar con las pruebas, en su caso, su alcance y aplicación al caso.

Por ello, según MOUTON ("Costumbre", en Nueva Enciclopedia Jurídica, V) y DE CASTRO (Derecho civil de España, I), la jurisprudencia señala que para que la alegación de Arcadio tenga éxito, debería proceder del siguiente modo:

1. Alegar, junto a la existencia de la costumbre, la falta de ley aplicable al caso.

¹⁴ Parra, M.A. (2009) *Parte General. Cuaderno II. La norma jurídica y fuentes del Derecho*. Madrid: Dykinson. Pág. 100.

2. *Acreditar debidamente la existencia de la costumbre.*
3. *Tener los requisitos necesarios para constituir derecho, para lo que en cada caso será necesario hacer la prueba completa de ella con sus circunstancias, contenido, alcance y aplicación para determinar el derecho que por la misma se origina.”*

En algunos ordenamientos civiles forales se establece expresamente la posibilidad de que la costumbre notoria pueda ser aplicada en ausencia de prueba, en este sentido se pronuncian los siguientes artículos:

Art. 1.2, Ley 5/2015, de 25 de junio (País Vasco): *“La costumbre que no sea notoria deberá ser probada.”*

Art. 2.1, Ley 2/2006, de 14 de junio (Galicia): *“Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia.”*

Ley 3, Ley 1/1973, de 1 de marzo (Navarra): *“La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales.”*

A pesar de la existencia de estas aclaraciones expresas en algunos ordenamientos forales, ello no nos aclara de forma definitiva el alcance de dicha notoriedad, por lo que encuentro especialmente interesante el siguiente fragmento de la publicación de Torres, J.A. (2020: 108-109)¹⁵

“Por su parte, la referencia a la costumbre se queda, a mi juicio, corta. Es cierto que ha merecido una norma especial, la contenida en el número 2 de este art. 1, pero posiblemente hubiera merecido un tratamiento de mayor enjundia. No hace falta, desde luego, definirla porque su concepto es ya suficientemente conocido y ha merecido la atención de autores y tribunales en todo tiempo y lugar. Basta por ello por comenzar con el análisis de la referencia realizada por la Ley en el número 2 del art. 1. La prueba de la costumbre –es decir, de su existencia y de su contenido-- se reduce a la costumbre que no sea notoria. La fórmula es prácticamente la misma que la usada por el Fuero Nuevo de Navarra en el párrafo segundo de su ley 3. Esta última norma exige no sólo la prueba de la costumbre sino también su alegación. Hay que entender, sin embargo, que aquella no puede concurrir sin ésta. La exigencia de prueba es consecuencia necesaria del carácter resbaladizo de la costumbre; se trata, sí, de una norma jurídica, pero de escasa fijeza y menos todavía en un ámbito de libertad civil. Por ello, en el ámbito del CC, queda totalmente fuera del aforismo iura novit curia. Es decir, aunque sea Derecho, procesalmente funciona como si fuera un hecho. Hay que entender, por tanto, que, tras su oportuna alegación, la vigencia y contenido de la costumbre puede ser acreditada en el proceso por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, es decir, por los establecidos por los arts. 299 y siguientes de la LEC.

Le Ley 5/2015 modifica el sistema establecido en el CC. El número 2 del art. 1 exige la prueba tan sólo de la costumbre que no sea notoria. En consecuencia, la costumbre que sí lo sea está excluida de su alegación y prueba o, dicho de otro modo, está incluida en la máxima iura novit curia, lo que significa que el tribunal tiene la obligación de conocerla. En realidad, esta norma no resuelve el problema por completo. Sencillamente lo desliza

¹⁵ Torres, J.A. (2020). *“Las fuentes del Derecho civil vasco”*. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. (17). 108-109.

*hacia la consideración de un nuevo elemento: la notoriedad de la costumbre. La cuestión –nada baladí– es también resbaladiza y todavía es susceptible de matizarse más. Por ejemplo, el conocimiento de la vigencia y contenido de la costumbre por el tribunal ¿es suficiente para dispensar de la alegación y prueba de la misma y aplicarla de oficio? O, dicho de otro modo, el conocimiento por el tribunal ¿hace notoria, a los efectos del art. 1.2 de la Ley 5/2015, la costumbre aunque socialmente no lo sea? En última instancia, ¿quién decide que la costumbre es notoria? O, mejor, ¿cuándo es notoria una costumbre? La introducción de este nuevo elemento, la notoriedad, parece desplazar la alegación y prueba precisamente a esta nota. De esta suerte, si se prueba la notoriedad la consecuencia será que la norma consuetudinaria caiga dentro del ámbito del aforismo *iura novit curia* y ya no habría que probar su contenido. En realidad, la cuestión termina siendo puramente escolástica porque la más elemental estrategia procesal aconseja alegar y probar la vigencia y el contenido incluso de las costumbres reconocidamente notorias. La omisión de estos dos pasos procesales puede dar lugar a que el tribunal, aunque deba conocer y aplicar la costumbre, no lo haga y altere, por ello, el resultado natural y previsible del proceso.”*

Tras el análisis realizado anteriormente, cabe concluir que, si no existe acuerdo entre las partes, es conveniente alegar y presentar prueba de la costumbre que se pretenda aplicar en la resolución de un conflicto, puesto que, la falta de codificación de la costumbre genera incertidumbre respecto a su validez y alcance, especialmente al considerarse el conocimiento de la misma fuera del contenido del principio *iura novit curia*. Es cierto que el juez tiene la potestad de aplicar toda norma jurídica y eso puede llevar a una admisión e incluso aplicación de una determinada costumbre en un proceso sin mayores actuaciones de las partes, sin embargo, al ser un conocimiento individual de cada magistrado, no se puede presumir de forma general. Esta afirmación se extiende incluso en los ordenamientos forales que establecen expresamente la no necesidad de probar la costumbre notoria, ya que la notoriedad debe ser determinada por el propio Juez.

4.2. Los medios de prueba en el proceso civil.

4.2.1. Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al ser la costumbre a la que nos referimos fuente del derecho español, es necesario tener en cuenta todos los medios de prueba recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la principal norma que rige el proceso en este ordenamiento.

A partir del artículo 299 se regulan los medios de prueba de los que se podrá hacer uso: Interrogatorio de las partes, Documentos públicos, Documentos privados, Dictamen de peritos, Reconocimiento judicial, Interrogatorio de testigos y medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

4.2.1.1. Interrogatorio de parte.

El primer medio de prueba que se dará en la práctica probatoria será el interrogatorio de parte, que consiste, según el artículo 301 LEC: “Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. Un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.”

En mi opinión particular, la utilización de este tipo de prueba para la acreditación de una determinada costumbre es especialmente complicada. La existencia del acuerdo mutuo de las partes convierte esta prueba en un mecanismo redundante.

La parte que será interrogada será la beneficiada de que la costumbre no quede probada, por lo que es natural que evite dar respuestas a las preguntas que hagan relucir la existencia de una norma consuetudinaria aceptada por las partes en el conflicto de que se trate. “Evidentemente, se puede pensar que el interrogatorio contestará en sentido favorable a su posición (de hecho, a diferencia del testigo, no se le exige prestar juramento de decir verdad)” (Banacloche y Cubillo, 2018: 331)¹⁶.

4.2.1.2. Documentos.

Tras el interrogatorio de parte, se lleva a cabo la prueba mediante documentos públicos. La numeración de aquellos documentos que tienen esta consideración está recogida en el art.317 LEC:

“A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia.

2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho.

3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades.”

El documento público es una de las pruebas más interesantes a la hora de demostrar tanto la existencia de un hábito en uso, como la opinio iuris.

La forma más común para demostrar todos los elementos de la costumbre es la sentencia judicial. La costumbre reconocida por un órgano jurisdiccional en resoluciones anteriores, gozan de un identificativo de notoriedad, como así aparece en el ejemplo de las minutas de los abogados citado anteriormente.

Este medio de prueba está especialmente previsto en el ordenamiento foral gallego, puesto que la forma de probar la notoriedad de una costumbre se establece en el art. 2.1, Ley 2/2006, de 14 de junio: “Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal

¹⁶ Banacloche, J. y Cubillo, I.J. (2018) *Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil*. Madrid: Wolters Kluwer. Pág. 331

Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia.”

Es importante destacar la relevancia de que las sentencias que reconozcan una costumbre, lo hagan de forma inequívoca y la determinen como tal. Al respecto, es muy destacable el siguiente extracto de la TSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal) 62/2014, 16 de diciembre: *“Por lo demás, querer convertir en costumbre notoria un párrafo de la sentencia antedicha que afirmaba que: “sería excepcional encontrar en Galicia montes comunales públicos pertenecientes a los Ayuntamientos”, es inaceptable. Se hablaba entonces en abstracto pero para un caso concreto, que no excluía excepciones como parece pretender la recurrente. En cualquier caso la Sala no estaba declarando la existencia de una costumbre notoria desconocida por el juzgador de instancia, sino simplemente constatando una realidad derivada de la experiencia pero sin valor normativo alguno, que sería lo relevante.”*

Además de las sentencias judiciales, los documentos que recopilen antiguas leyes o resoluciones estatales pueden ayudar a demostrar la existencia y *opinio iuris* de un determinado comportamiento.

Se hace referencia a este medio de prueba- aunque no se determina la existencia de costumbre alguna- en la STC 92/2016, 16 de noviembre: *“La diferencia que presenta este recurso frente a aquél es que, en este caso, ni siquiera consta que los antiguos fueros valencianos derogados en 1707 contuvieran una especialidad civil conexa con las materias objeto de la Ley 5/2011, por lo que difícilmente podría justificarse la subsistencia hasta nuestros días de una costumbre foral sobre la materia.”*

El siguiente medio de prueba, el documento privado, está definido en la Ley por exclusión a partir de la numeración del documento público, el art.324 LEC establece: *“Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317.”*

4.2.1.3. Dictamen de perito.

El dictamen pericial es el medio de prueba cuya función aparece en el art.335 LEC:

“1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.

3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.”

Este medio de prueba es, al igual que el documento, muy interesante, puesto que la opinión de un experto respecto a cómo actúan las personas de forma generalizada respecto una situación,

en la que quede constatada su experiencia, puede tener una gran fuerza de convicción. Adicionalmente, en su informe puede determinar la intención jurídica de dichos actos.

Respecto a la utilización de este medio de prueba, encontramos la SAP Valladolid 445/2017, 18 de diciembre:

“En relación con esta cuestión y en respuesta al alegato relativo a la costumbre y a la falta de acreditación en cuanto a cuál es la es la "costumbre del lugar" sobre las distancias, debemos señalar que si bien es cierto que la costumbre ha de ser acreditada, también lo es que no se precisa de ello, cuando es conocida por el Juzgador, tratándose de una costumbre "notoria" al realizarse a la vista de todos, y por tanto, comúnmente conocida, la utilización de setos vivos de ciprés como elemento delimitador de propiedades -además de constituir un hecho notorio también en nuestra provincia-, al igual que en numerosas localidades de otras provincias, la habitualidad del uso de setos vivos de ciprés en la delimitación de fincas. Así es frecuente que las propias ordenanzas municipales permitan que los cerramientos sean de obra o de setos vegetales. Habitualidad de la existencia de estos setos delimitadores que pone también de relieve el propio perito designado por la parte demandada, que recoge incluso la existencia frecuente de este tipo de cerramientos en la zona de influencia de Cabezón de Pisuerga.”

Como límite a la prueba pericial en este ámbito, es similar al caso de las sentencias como prueba, deben tratar la costumbre de forma expresa y convincente, como apoyo tenemos la SAP Cantabria (sección 2ª) 28/2017, 18 de enero:

“Reducido ya el debate a solo algunos de los ejemplares a que se refería la demanda, debe dejarse constancia, en primer lugar, de que no se ha acreditado la existencia de ordenanzas o una costumbre propiamente dicha en el lugar -la localidad de Torrelavega-, acerca de las distancias de las plantaciones al colindante; sobre lo primero, incluso el perito Sr. Armando afirmó que la única regulación en las normas

urbanísticas se refiere a la distancia a viales, no entre parcelas; en cuanto a lo segundo, las vagas afirmaciones de los peritos no superan el nivel de mera información acerca de la utilización de las especies del ciprés de Lawson y de la "thuja plicata" como plantas para setos, pero no permiten afirmar la realidad de una costumbre jurídica como tal que disminuya las distancias de las plantaciones respecto de las del Código Civil.”

En esta segunda sentencia de Cantabria destaca el hincapié del Tribunal en la escasa validez de la prueba pericial respecto a la verificación de la costumbre aplicable en ese caso, por lo que da a entender la gran importancia de este medio de prueba para evidenciar el fenómeno jurídico que nos ocupa.

4.2.1.4. Reconocimiento judicial.

Este medio de prueba y sus diferentes modalidades está regulado a partir del art.353 LEC, en este artículo se establece de forma general el objeto de la prueba:

“1. El reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

2. Sin perjuicio de la amplitud que el tribunal estime que ha de tener el reconocimiento judicial, la parte que lo solicite habrá de expresar los extremos principales a que quiere

que éste se refiera e indicará si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia.

La otra parte podrá, antes de la realización del reconocimiento judicial, proponer otros extremos que le interesen y asimismo deberá manifestar si asistirá con persona de las indicadas en el párrafo anterior.

3. Acordada por el Tribunal la práctica del reconocimiento judicial, el Secretario señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el mismo.”

El reconocimiento judicial no resulta especialmente interesante a la hora de probar la existencia de una determinada costumbre, la aparición de este medio de prueba en la jurisprudencia respecto a la costumbre se reduce a constatar que los hechos de un caso se ajustan a los pertinentes para su aplicación, una vez esté acreditada su existencia mediante otros medios de prueba.

4.2.1.5. Interrogatorio de testigos.

El contenido de esta prueba está regulado en el art. 360 LEC: *“Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio.”*

Este medio de prueba resulta de utilidad en la prueba de costumbres para las que el conocimiento de una persona sobre cierta costumbre resulta especialmente relevante, o bien un conjunto de testigos que puedan dar credibilidad a la forma de hacer las cosas en un determinado sector. Para ilustrar el uso de este medio, se puede recurrir a la STS (Sala de lo Civil) 445/2018, 12 de julio: *“Finalmente, concluye que, para el caso de que se entendiera que el contrato es ambiguo, la costumbre o uso mercantil viene a confirmar su criterio, pues de las testificales vertidas por escrito por empresas del sector inmobiliario confirman que es práctica habitual que la eficacia de la compra de un suelo pendiente de reparcelación se someta a la condición suspensiva de que el proyecto quede inscrito en el Registro de la Propiedad y que lo relevante es la inscripción.”*

4.2.1.6. Medios de prueba del artículo 299.2 LEC.

Los medios de prueba numerados en el artículo 299.2 se regulan en los arts. 382-384 LEC:

“Artículo 382. Instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Valor probatorio.

1. Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.

2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

3. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica.

Artículo 383. Acta de la reproducción y custodia de los correspondientes materiales.

1. De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas.

2. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Letrado de la Administración de Justicia, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones.

Artículo 384. De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso.

1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga.

2. Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias.

3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza.”

4.2.2. Idoneidad de la prueba.

Tras haber analizado la posible función de cada uno de los medios de prueba recogidos en la legislación procesal civil, se pueden extraer de forma intuitiva ciertas conclusiones respecto a cuáles de ellos son los más idóneos -entendiendo que estos serán los más comunes- para la prueba de la costumbre.

En la propia definición tratada por la jurisprudencia para la costumbre, se da a relucir una característica que será la de mayor influencia a la hora de elegir el medio de prueba idóneo: surge de la conciencia social, por lo tanto, la prueba pericial y la documental son las que gozan de mayor viabilidad a la hora de reflejar su existencia. El resto de los medios de prueba pueden llegar a ser de utilidad en casos concretos en los que existan circunstancias especiales que den pie a su viabilidad.

Estas conclusiones se ven respaldadas por Abel, X. (2012: 105)¹⁷:

“Ni el CC ni la LEC indican cuáles serán los medios de averiguación idóneos para acreditar la existencia y el contenido de la costumbre. Existe cierto consenso doctrinal en considerar como más aptos la prueba pericial –en cuanto para el conocimiento de la costumbre son precisos conocimientos especializados (mercantiles, agrarios,...)– y la prueba documental, en un amplio abanico de modalidades, que incluirían documentos, informes, sentencias,

¹⁷ Abel, X. (2012) *Derecho probatorio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. Pág. 105

libros o recopilaciones e incluso refranes, asimismo el informe de un Colegio Notarial acerca de un uso testamentario, la certificación de una Corporación municipal o de la Cámara de Comercio. Y también podrían incluirse trabajos y estudios de la doctrina científica (manuales, artículos de revista, etc.), la cita efectuada en anteriores resoluciones judiciales, certificaciones ad hoc por gremios, cofradías, hermandades, etc.”

5. Un caso práctico sobre la prueba de la costumbre: el *bistechu* asturiano.

5.1. Objetivo.

Curiosamente, uno de los aspectos más discutibles sobre la prueba de la costumbre, es la exención de la necesidad de la misma por notoriedad. En la parte teórica, se han expuesto dos puntos de vista doctrinales diferentes, los que defienden la necesidad de presentar prueba en todo caso y los defensores de la discrecionalidad del Juez.

Por ello, he decidido abordar una sentencia que ponga de manifiesto esta controversia y nos ayude a reflexionar sobre el tema y obtener conclusiones bien fundamentadas al respecto.

5.2. Notoriedad: Compilación del Derecho Consuetudinario Asturiano.

Para este apartado, el caso que tomaré como punto de partida es el de la SAP Asturias (Sección 4ª) 192/2012, de 14 de mayo.

Los hechos que originan esta controversia comienzan con una acción reivindicatoria interpuesta por una de las partes (A), frente a la demandada (B). Esencialmente, la parte A pretendía el reconocimiento de la propiedad de una finca en virtud de contrato de compraventa, además de la condena a los demandados (B)- vecinos de los demandantes- a desocupar una parte de la parcela, que consideraban parte de dicha finca.

Dado que desacreditaron la legitimidad activa de (A), por estar sujeto el contrato originario de su derecho a condición suspensiva en fecha futura, el propietario en ese momento (C) compareció en el juicio.

El asunto del reconocimiento de la propiedad de la finca por parte de (A), tiene una resolución en esta sentencia que no resulta interesante para el objeto de este estudio. Respecto a la parte de la parcela ocupada, toda la actividad probatoria genera la convicción tanto en la primera como segunda instancia de que debe ser desocupada a favor de (A) y (C). Sin embargo, deja fuera de esta consideración la franja situada bajo la galería y alero de la casa del demandado (B), apoyándose en la división del catastro y, más importante, la costumbre asturiana del *bistechu*.

A pesar de que la parte demandada no presenta prueba alguna de la existencia de esta costumbre, el Tribunal dice: “no cabe desconocer la costumbre asturiana del *“bistecho”* (asts. 64 a 66 de la compilación de derecho consuetudinario asturiano)”. La sentencia hace remisión a un texto oficial elaborado por la Junta General del Principado de Asturias. La costumbre se caracteriza por su falta de codificación, por lo que la existencia de este texto tiene origen en el art. 16 LO 7/1981, de 30 de diciembre¹⁸: “El Principado de Asturias impulsará la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano.”

En esta Compilación del Derecho consuetudinario asturiano¹⁹, se explica efectivamente y como indica la sentencia, la figura del “*bistechu*” junto a otras instituciones consuetudinarias asturianas, disponiendo en los artículos citados en la sentencia:

“§ 64. Concepto y denominaciones

¹⁸ España. Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias. *Boletín Oficial del Estado*, de 11/01/1982, núm. 9.

¹⁹ Junta General del Principado de Asturias. *Compilación de derecho consuetudinario asturiano* [en línea] disponible en <<https://justicia.asturias.es/documents/30837/32009/COMPILACI%C3%93N+DEL+DERECHO+CONSUETU+DINARIO+ASTURIANO.pdf/06c06369-463d-d460-4bd3-3306cbd05f3e>> [consulta: 13/11/2021]

1. El *bistechu* es el espacio comprendido entre la línea formada por la caída de las aguas desde el extremo del alero al suelo y la pared de la construcción, y que discurre paralelo a ésta y a lo largo de todo su perímetro (Anexo II).

2. Dependiendo de las distintas zonas de Asturias y de que se tome como referencia la repetición de la superficie del alero en el terreno o la caída de las aguas, esta figura también se denomina *bisteitu*, *bistichu*, *bitechu*, *bitichu*, *biztecho*, *goteiral*, *pendeilada*, *pendilada*, *pingada*, *pingas*, *pingatechos*, *pingos*, *pingu*, *pingueira*, *pingueiru*, *pinguera*, *pingueru*, *pinguetas*, *pipas*, *pipes*, *pipos*, *sotecha*, *techos*, *veiras* o *veras*.

§ 65. Propiedad

1. El *bistechu* es propiedad del dueño de la construcción.

2. Para disponer del espacio que comprende el *bistechu*, y cuando la construcción se va a levantar en colindancia con otras propiedades o con camino público, el dueño debe retranquear previamente la pared de la construcción sobre el solar a edificar para hacer coincidir el límite de éste con el extremo del alero.

§ 66. Prohibiciones

En el bistechu no se puede construir."

Esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Supremo por la representación de A y C, sin embargo, este recurso no prosperó por falta de concurrencia de los supuestos que determinan la admisibilidad de las distintas modalidades del recurso de casación. Sin embargo, es interesante incluir los cuatro primeros motivos del recurso presentado, contenidos en el ATS (Sala de lo Civil) 23 de abril de 2013:

"El motivo primero tiene el siguiente encabezamiento «Aplicación del derecho consuetudinario asturiano en contradicción con la compilación del derecho consuetudinario asturiano aplicado por falta de vigencia de la figura consuetudinaria del "bistechu" en el municipio de Avilés. Solicitud de declaración de doctrina que declare la inaplicabilidad de las distintas figuras del derecho consuetudinario asturiano fuera de los límites territoriales establecidos en la Compilación, así como la inaplicación del criterio de "proximidad" para la aplicación de las mismas». La parte recurrente considera que la sentencia recurrida ha aplicado la figura consuetudinaria del "bistechu" en contradicción con la propia Compilación de derecho asturiano, que no la considera vigente ni en el municipio ni en el partido judicial de Avilés.

El motivo segundo tiene el siguiente encabezamiento: «Aplicación del derecho consuetudinario asturiano en contradicción con doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo y de las Audiencias que exige acreditar su existencia, contenido, alcance y ámbito de aplicación, vulneración de los artículos 1 del Código Civil, y 9 de la Constitución, vulneración de los artículos 209, 21 7 apartados 3 y 4 y artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Inexistencia de prueba de su aplicación: solicitud de declaración de doctrina infringida por la sentencia recurrida». Cita diversas sentencias de esta Sala sobre la necesidad de probar la costumbre.

El motivo tercero tiene el siguiente encabezamiento: «Aplicación del derecho consuetudinario asturiano en contradicción con la prueba practicada y valorada por la sentencia. Vulneración de los artículos 209, 217 apartados 3 y 4 y artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Incongruencia de la sentencia por aplicación contraria al Código Civil. Vulneración de los artículos 1 y 1957 del Código Civil y 9 de la Constitución. Reconocimiento de titularidad a los demandados sin título alguno. Solicitud de vulneración

de derecho civil infringido por aplicación "contra legem" el derecho consuetudinario asturiano».

El motivo cuarto tiene el siguiente encabezamiento: «Incongruencia de la sentencia. Vulneración de los artículos 209, 216 y artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vulneración del principio de justicia rogada. Fallo y fundamentos contradictorios con las pretensiones de las partes por aplicación del derecho consuetudinario asturiano. Incongruencia "extra petita". Solicitud de jurisprudencia en el sentido de que, en ejercicio de la acción declarativa y reivindicatoria contra tercer poseedor, no cabe hacer declaraciones de dominio a favor del mismo, ni siquiera implícitamente sin que previamente se proceda a formular reconvencción»."

En cuanto a la respuesta a dichos motivos, en el FD 3, se indica las causas de inadmisión del recurso en referencia a estos motivos:

“Motivo primero, tercero y cuarto: Falta de justificación de la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por cuanto que en estos motivos no se cita ni doctrina ni ninguna sentencia de esta Sala como infringidas.”

“Motivos segundo y quinto: Por falta de cumplimiento en el escrito de interposición del recurso de los requisitos establecidos en el artículo 483.2.2º LEC en relación con el artículo 481.1 y 487.3 de la LEC por falta de indicación en estos motivos de la norma sustantiva infringida, al plantear cuestiones procesales”.

La respuesta desestimatoria del recurso de casación recién citada plantea la duda de si es fruto de un error de planteamiento del recurso por parte del recurrente, o si frente a la aplicación del “bistechu” de oficio por parte de la Audiencia Provincial, no existe posibilidad de alegar un interés casacional. En cualquier caso, el resultado final de todo este proceso con sus correspondientes recursos, respecto a la prueba de la costumbre, es un caso en el que podemos observar jurisprudencialmente que la notoriedad de una costumbre es capaz de suprimir la necesidad de la alegación y prueba de la misma, puesto que, en la resolución firme del caso, esta ha sido aplicada sin haber presentado prueba alguna la parte beneficiada.

5.3. Análisis de los motivos del recurso de casación.

5.3.1. El Bistechu en Avilés.

El motivo primero, versa sobre la aplicabilidad de esta figura consuetudinaria en el municipio de Avilés, haciendo referencia a los límites marcados en la Compilación del Derecho Consuetudinario Asturiano. En el apartado 11 de la parte primera, se constata la vigencia de cada institución por partidos judiciales, de forma que para el de Avilés se indica lo siguiente: “En el Partido Judicial de Avilés se constata la vigencia de las siguientes figuras: aparcería, arriendo rústico y venta de hierba o pación, casería, cierres, hórreo y panera, serventía, servidumbre de paso, sestaferia, sociedad familiar asturiana y propiedad en proindiviso de términos vareables.” Como es evidente, en esta enumeración no se incluye el *bistechu*, ni ninguna otra de sus denominaciones.

La compilación declara que esta vigencia está constatada por “más de seiscientas resoluciones judiciales aplicativas del derecho consuetudinario”, por lo que esto es lo que ha podido inducir a error por parte del recurrente sobre la necesidad de citar sentencias concretas.

Tras la búsqueda jurisprudencial respecto a pronunciamientos sobre el *bistechu* en la provincia de Avilés, no he localizado ninguna resolución que confirme la inexistencia de dicha costumbre en esta localidad. De esta forma, he llegado a la conclusión de que la enumeración en la Compilación no es excluyente, el *bistechu* no aparece en la enumeración por no existir resoluciones al respecto, no porque se haya constatado que no resulta de aplicación.

Respecto al criterio de proximidad, el resultado es el mismo que sobre el *bistechu* en Avilés, no he localizado ninguna resolución del Tribunal Supremo, que aborde este criterio de aplicabilidad de la costumbre en genérico, por lo que mucho menos en el ámbito geográfico de Asturias. De ello, extraigo que no existe una doctrina jurisprudencial al respecto.

En mi opinión, este motivo abre un debate muy interesante respecto a los límites geográficos de la aplicación de una determinada costumbre, nada se indica al respecto en la normativa escrita, simplemente queda supeditado a lo que las partes puedan probar. Ello, enlazándolo con la notoriedad y la potestad de aplicación de la norma jurídica por parte de los órganos jurisdiccionales, puede llegar a generar resoluciones que pueden poner en entredicho la seguridad jurídica.

5.3.2. Necesidad de la prueba de la costumbre.

El segundo motivo esgrimido por el recurrente se basa en la necesidad establecida en el artículo 1.3 del Código Civil, por lo que defienden que, sin la pertinente prueba, el *bistecho* no puede ser aplicado.

La desestimación de este motivo, como ya se ha introducido, se debe a que se trata de una cuestión meramente procesal. Aparentemente, la introducción del Código Civil puede dar a entender que si se ha citado una norma de fondo que se considera erróneamente aplicada. Sin embargo, el propio Auto se pronuncia al respecto:

“Así, el motivo segundo si bien cita infracción del artículo 1 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial de esta Sala que señala como infringida es la doctrina sobre la necesidad de prueba de la costumbre, planteando así infracción de una doctrina que tiene un marcado carácter procesal. Así, en este motivo lo que la parte recurrente plantea es una cuestión de carácter procesal, como es que el demandado debía acreditar y probar la existencia y vigencia del derecho consuetudinario asturiano considerando que la sentencia recurrida le ha liberado de esta obligación aplicando una figura consuetudinaria no vigente en el municipio de Avilés.”

Este argumento, se desestima por no tener cabida dentro del recurso de casación, planteado por el cauce del artículo 477.2.3.º de la LEC, es decir, por interés casacional. Por lo que, en ningún caso, hubiera prosperado, puesto que la admisión de un posible recurso por infracción procesal sigue estando condicionado a la admisión del recurso de casación, que ha sido desestimado. Este fenómeno procesal, está señalado en el siguiente fragmento de Banacloche y Cubillo (2018: 394-395):

“Como ya se ha señalado, el recurso extraordinario por infracción procesal procede únicamente, a pesar de lo que señala el artículo 468 LEC, contra aquellas resoluciones que tienen acceso por se al recurso de casación, pudiendo este presentarse en solitario o conjuntamente con aquel (salvo en el caso de interés casacional, en que la admisión de este condiciona el recurso por infracción procesal, como ya se indicó)”

Por ello, en este caso particular, no parece posible que fuera posible plantear esta cuestión ante el Tribunal Supremo, sin embargo, no por ello resulta poco interesante. De todas formas, de la

parte teórica del trabajo, podemos formular una propuesta de respuesta que podría haber contestado de ser procedente el recurso.

Está claro, que la doctrina mayoritaria defiende que la prueba de la costumbre es necesaria siempre que sea alegada, sin embargo, resulta difícil aplicar dicha doctrina al caso en el que el Juez aprecie notoriedad de oficio en una determinada costumbre. Considero un punto de especial atención, que la actividad probatoria en el proceso civil corresponde en prácticamente su totalidad -teniendo en cuenta excepciones puntuales como establece el art. 282 LEC- a las partes. Sin embargo, la aplicación de las normas es potestad del órgano juzgador, por lo que la innegable obligación de las partes de probar toda costumbre alegada no parece encontrarse en la misma dimensión que la introducción de esta por el Juez.

Todo el debate gira entorno al alcance de la notoriedad de la costumbre, puesto que, de poder apreciarla el Tribunal de oficio, la prueba sería innecesaria y la aplicación en este caso resultaría correcta.

5.3.3. Costumbre notoria y principio de aportación de parte.

Este supuesto, pone de manifiesto una distorsión de la carga de la prueba. De forma que podemos analizar la intención de la parte recurrente al incluir ese tercer motivo en el recurso, siguiendo el razonamiento que hay detrás de la invocación de los preceptos que invoca.

En esencia, el motivo ataca la atribución a la parte demandada en primera instancia de la propiedad del área correspondiente al *bistechu*, puesto que no se ha presentado justo título para la legítima adquisición de dicha propiedad. El argumento de fondo sobre el que pretenden que se pronuncie el Tribunal, proviene del artículo 1957 del Código Civil: “El dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título.”

La referencia a la normativa procesal pretende limitar la interpretación del justo título para esta atribución a la usucapión. Mediante los artículos 209, 217 apartados 3 y 4 y artículo 218.2 LEC, defiende la necesidad de pronunciarse sobre los hechos introducidos por las partes y valorar la prueba conforme a los mismos. De esta forma, la conclusión que se extrae es que al no tener en cuenta la prescripción como forma de adquisición, se está desplazando la normativa escrita frente a la costumbre aplicada de oficio por el Tribunal.

Evidentemente, teniendo en cuenta el singular razonamiento llevado a cabo, no han podido justificar el interés casacional, por lo que el motivo ha sido desestimado. Además, es un argumento cuya validez descansa en la consideración de la costumbre como un elemento necesariamente fáctico de la sentencia. Si tenemos en cuenta la costumbre, no como elemento fáctico, sino como norma jurídica, el articulado de la LEC que invoca el recurrente parece no ser suficiente para justificar la vulneración de los preceptos del Código Civil invocados.

5.3.4. Aplicación de la costumbre de oficio y la incongruencia *extra petitum*.

El cuarto argumento, es otra cuestión de índole procesal, la falta de congruencia por la introducción de oficio del *bistechu*.

En primer lugar, de forma destacable, se invoca el principio de justicia rogada del art.216 LEC “*Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales*”.

Esto da a entender que, para denunciar que la resolución recurrida, se apoya en que la introducción del *bistechu* es la introducción de hechos nuevos que dan lugar a la concesión de una pretensión que las partes no han introducido.

Sin embargo, considero que no se puede confundir el elemento fáctico, sujeto a prueba, que compone la costumbre, con que la costumbre sea un mero hecho. La función que cumple la costumbre dentro del ordenamiento jurídico es la de fuente del Derecho y, por tanto, norma aplicable. Esta puntualización es la que da cierta sensación de fragilidad a los motivos tercero y cuarto de esta sentencia. El recurrente, no tiene en cuenta la dimensión de la costumbre como norma, más allá de la cuestión procesal que la caracteriza, referente a la condición para su aplicación cuando se solicita por la parte interesada.

En esta línea, es importante considerar la opinión del Tribunal Constitucional, recogida en la STC 40/2006, 13 de Febrero de 2006:

“De otro lado, la denominada incongruencia por exceso o extra petitum, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. En este sentido ha de recordarse que el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es lógico considerar que si el Tribunal, determina la notoriedad de una determinada costumbre, es razonable concluir que no se tratará de introducción de hechos, sino de normas aplicables al caso, por lo que no ha concedido una pretensión que no ha sido debidamente formulada en una reconvencción, sino que ha modulado la pretensión del recurrente en virtud de una norma jurídica que no había sido invocada por las partes, de conformidad con el criterio de congruencia establecido por el Tribunal Constitucional.

6. Conclusiones.

I. Con la información recopilada respecto a la costumbre y su prueba, me ha sido posible extraer las conclusiones sobre esta institución que se exponen a continuación.

II. En primer lugar y como idea principal, considero que la regulación actual de la costumbre es insuficiente, puesto que un elemento tan relevante como una norma jurídica aplicable, debería tener un régimen de determinación e introducción al proceso muy marcado. La libertad de disposición por las partes de esta, permitiendo incluso la aplicación de una costumbre por el mutuo acuerdo, genera una situación en la que un elemento normativo depende en exceso de la actuación de las partes. Una norma que no esté incluida en el principio *iura novit curia*, es un foco de inseguridad jurídica, puesto que su existencia será determinada mediante el criterio del juzgador en cada caso particular.

III. Esta condición tiene otras implicaciones, si tenemos en cuenta que el juzgador puede tener su propio conocimiento personal respecto a una costumbre o puede haber resuelto varias controversias en las que se ha constatado la misma. En ese caso, ocurrirán dos fenómenos de interés, por un lado, la prueba de la costumbre se simplificará, ya sea por la predisposición del Juez a interpretar la prueba a favor de la costumbre, o bien, bastará presentar otras sentencias en las que se admita la existencia de la costumbre, para acreditar su notoriedad. Por otro lado, el Juez podría empezar a aplicar la costumbre de oficio, considerando que la notoriedad es suficiente para ello (como ocurre en el caso práctico).

IV. En consecuencia, es una fuente del Derecho condicionada por las actuaciones de las partes, y no solo por la valoración de Juez, también por su propio criterio. Por lo que, el origen de la inseguridad jurídica que ocasiona es múltiple, puede ser una norma aplicada a instancia de una de las partes, siendo la prueba en contrario insuficiente a ojos del Juez. Puede no aplicarse una norma con la que contaba una de las partes, al no considerarse debidamente probada. O bien, puede aplicarse una norma no codificada por decisión del Juez. En cualquier caso, una de las partes va a ver perjudicada su posición por hechos ajenos a su controversia.

V. Además, de la recopilación de los medios de prueba y su comentario de idoneidad para la prueba de la costumbre, está claro que su prueba está muy limitada, puesto que para acreditar tanto su existencia, como su vigencia, suele ser necesario una opinión cualificada que permita asumir la generalidad del comportamiento y la *opinio iuris* que la acompaña. Durante toda la investigación, no he localizado ninguna sentencia ni doctrina relevante respecto a la prueba de estos dos elementos por separado, por lo que, pese a que no se prohíbe llevar a cabo este modelo en la práctica probatoria, la existencia de medios mucho más eficaces, lo opaca por completo.

VI. No solo existe una cierta limitación en los medios de prueba idóneos para probar la costumbre, también existe una importante limitación geográfica. Como hemos visto, los ordenamientos forales prevén su propio sistema de fuentes del Derecho que se aplicarán, única y prioritariamente, en el ámbito del territorio que se rige por dicho ordenamiento. Además, la diversidad cultural, histórica, topográfica e incluso climática de España, propicia la proliferación de muchas costumbres con ámbitos de aplicación muy irregulares. Esta indeterminación de los ámbitos de aplicación provoca que el control judicial de hasta qué punto trasciende un acto con intencionalidad jurídica en el tiempo y espacio, sea inabarcable.

VII. La solución actual, es la de suprimir la obligación de los Tribunales de conocer estas normas jurídicas, siendo la solución más sencilla, pero no necesariamente la más apropiada. Es

razonable que, en un ordenamiento primitivo, esta figura tenga una gran relevancia a falta de un aparato normativo eficaz, capaz de dar solución a todos los conflictos que se puedan plantear en una sociedad. Puesto que el ordenamiento español, no se corresponde a dicha condición, es natural que relegue a la costumbre como una fuente secundaria.

VIII. En los últimos años, la realidad social se ha ido volviendo cada vez más cambiante, por lo que la costumbre se vuelve menos relevante y su aplicación se va reduciendo, como la propia sentencia del caso práctico explica, el *bistechu* fue de aplicación por versar la controversia sobre una finca muy antigua, careciendo de sentido esta aplicación en los núcleos urbanos por la modernidad de sus edificaciones. Por lo tanto, la relegación de la costumbre a la de fuente del derecho secundario, supone un paso previo a la transición a un ordenamiento en el que las normas estén positivizadas.

IX. En conclusión, la prueba de la costumbre saca a relucir la problemática que esta institución genera, ya que a partir del proceso probatorio y las circunstancias que lo rodean, se denota la inconsistencia de su existencia en un ordenamiento jurídico basado esencialmente en las normas escritas. Sin embargo, es una institución que tenderá a desaparecer por la rápida evolución del contexto social actual, frente a la necesidad de constancia en el tiempo para su vigencia.

Bibliografía.

Abel, X. (2012) Derecho probatorio. Barcelona: J.M. Bosch Editor. Pág. 105

Banacloche, J. y Cubillo, I.J. (2018) Aspectos fundamentales de Derecho procesal civil. Madrid: Wolters Kluwer. Pág. 331 y 394-395

Parra, M.A. (2009) Parte General. Cuaderno II. La norma jurídica y fuentes del Derecho. Madrid: Dykinson. Pág. 97-120

Picó i Junoy y Lluch (2007). Objeto y carga de la prueba civil. Barcelona: J.M. Bosch Editor. Pag. 221-227

Sancho, FdA (1994). Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos. En: Jornadas de Bidasoa. Celebrada en 1994 en Zaragoza. España: Revista Jurídica de Navarra.

Torres, J.A. (2020). Las fuentes del Derecho civil vasco. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. (17) 108-109.

Guía jurídica de Wolters Kluwer. Fuentes del Derecho [en línea] disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMjczNztbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAhabSmzUAAAA=WKE> [consulta: 24/10/2021]

Guía jurídica de Wolters Kluwer. Derecho Foral [en línea] disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMjY3NTtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAdhO6xTUAAAA=WKE> [consulta: 24/10/2021].

Junta General del Principado de Asturias. Compilación de derecho consuetudinario asturiano [en línea] disponible en <<https://justicia.asturias.es/documents/30837/32009/COMPILACI%C3%93N+DEL+DERECHO+CONSUE TUDINARIO+ASTURIANO.pdf/06c06369-463d-d460-4bd3-3306cbd05f3e>> [consulta: 13/11/2021]

Real Academia Española (2020) Costumbre [en línea] disponible en <<https://dle.rae.es/costumbre?m=form>> [consulta: 26/10/2021].

Legislación.

España. Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias. Boletín Oficial del Estado, de 11/01/1982, núm. 9.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25/07/1889.

España. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Boletín Oficial del Estado, núm. 57, de 07/03/1973.

España. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. Boletín Oficial de las Islas Baleares, núm. 120, de 02/10/1990.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 7, de 08/01/2000.

España. Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 3798, de 13/01/2003, Boletín Oficial del Estado núm. 32, de 06/02/2003.

España. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Diario Oficial de Galicia núm. 124, de 29/06/2006, Boletín Oficial del Estado, núm. 191, de 11/08/2006.

España. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Boletín Oficial de Aragón, núm. 67, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490 a 6616.

España. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Boletín oficial del Estado, núm. 176, de 24 de julio de 2015, pp. 62312 a 62346.

Jurisprudencia.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 40/2006, 13 de febrero. ECLI: ES:TC:2006:40

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 192/2016, 16 de noviembre. ECLI: ES:TC:2016:192.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 133/2017, 16 de noviembre de 2017. ECLI: ES:TC:2017:133.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 107/2007, 16 de febrero. ECLI: ES:TS:2007:1037.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Auto de 23 de abril de 2013. ECLI: ES:TS:2013:3732A

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 845/2016, 8 de noviembre. ECLI: ES:TS:2016:4768.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 445/2018, 12 de julio. ECLI: ES:TS:2018:2660

Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia núm. 62/2014, 16 de diciembre. Ref. Vlex 23/2014.

Audiencia Provincial de Córdoba. Sentencia núm. 413/2002, de 10 de octubre. ECLI: ES:APCO:2002:1403

Audiencia Provincial de Zaragoza. Sentencia núm. 349/2008, de 17 de junio. ECLI: ES:APZ:2008:1314.

Audiencia Provincial de Asturias. Sentencia núm. 192/2012, 14 de mayo. ECLI:ES:APO:2012:1212

Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia núm. 638/2012, de 19 de diciembre. ECLI: ES:APMA:2012:2372.

Audiencia Provincial de Cantabria. Sentencia núm. 28/2017, 18 de enero. ECLI: ES:APS:2017:162