**DERECHO CIVIL**

**TEMA 5**

**LA COSTUMBRE: CLASES; PRUEBA DE LA COSTUMBRE. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO; FUNCIONES. LA JURISPRUDENCIA: SU VALOR EN EL SISTEMA DE FUENTES. OTRAS PRETENDIDAS FUENTES DEL DERECHO. LAS LAGUNAS DE LA LEY Y LA ANALOGÍA.**

**LA COSTUMBRE: CLASES; PRUEBA DE LA COSTUMBRE.**

El artículo 1.1 del Código Civil de 24 de julio de 1889 afirma que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. El artículo 1.3, por su parte, establece que “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. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

La costumbre es definida por la doctrina como la norma jurídica creada e impuesta por una conducta social uniforme y duradera. Debido al predominio de la Ley, su ámbito de aplicación hoy, a diferencia de épocas anteriores, es meramente marginal y prácticamente reducido a las relaciones agrarias.

No obstante, el proceso de codificación de los derechos civiles autonómicos se ha apoyado en parte en la existencia de costumbres que habilitaban al legislador autonómico a ejercer la competencia legislativa en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, cristalizando la costumbre en Ley, primero, y extendiendo la regulación legal de la institución consuetudinaria cristalizada a instituciones conexas, conforme se estudia en el tema 3 de Derecho Civil del programa.

Los caracteres que predica la doctrina de la norma consuetudinaria son los siguientes:

1. Tiene carácter supletorio de primer grado.
2. Su elemento externo o material está constituido por una conducta externa, libre, repetida, constante, uniforme y generalizada, y siempre ajena a los poderes públicos.
3. Su elemento interno o espiritual, consiste en que tal conducta se realiza con la convicción de estas cumpliendo con una auténtica norma jurídica, si bien la doctrina moderna elimina esta exigencia puesto que el artículo 1.3 del Código Civil equipara los usos jurídicos a la costumbre.
4. No debe ser contraria a la moral o al orden público, lo que se identifica con la llamada doctrinalmente racionalidad de la costumbre, pero su concreción se torna muy difícil. La doctrina apunta a una cierta conformidad de la costumbre con los principios generales del Derecho, aunque la costumbre sea norma preferente a los propios principios.
5. La norma consuetudinaria es siempre dispositiva, por lo que las partes pueden pactar en contra de su aplicación o de su contenido.
6. Como afirma el Tribunal Supremo interpretando el artículo 1.3 del Código Civil, no rigen para la norma consuetudinaria los principios *iura novit curia* y *da* *mihi factum, dabo tibi ius*, sino que debe ser probada, como recalca el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que tan sólo la exceptúa de ello “si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”, recayendo la carga de la prueba en la parte que sostenga la aplicabilidad de la norma consuetudinaria
7. El uso jurídico o del tráfico está equiparado a la costumbre si no es meramente interpretativo de una declaración de voluntad; con relación a los interpretativos, el artículo 1287 del Código Civil añade que “el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.

Respecto de las clases de costumbre, por su relación con la ley la costumbre puede ser:

1. *Extra* o *praeter legem*, cuando se refiere a una institución no regulada legalmente.
2. *Secundum legem*, cuando interpreta o desarrolla una institución regulada legalmente.
3. *Contra legem*, cuando regula una institución de forma contraria a su regulación legal, lo que es admitido por la Compilación de Derecho Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973, pero no por el resto de derechos civiles españoles.

Por su ámbito territorial, y aunque esta clasificación tiene poca importancia porque la costumbre sólo es fuente del Derecho en el lugar en que se observa y, por ello, siempre es local, se suele hablar de costumbre general, regional o local. No obstante, algunos legisladores autonómicos han ejercido su competencia en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio para extender legalmente costumbres meramente locales a todo el territorio autonómico, como ocurre con algunas instituciones contempladas en la Ley de Derecho Civil Vasco de 25 de junio de 2015.

**LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO; FUNCIONES.**

El artículo 1.4 del Código Civil dispone que “los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”

Los principios generales del Derecho son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta, como la de que nadie puede enriquecerse injustamente o la de que es obligado reparar el daño causado injustamente. Son, en un sentido amplio, las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad en un determinado momento histórico.

Sin embargo, el Código Civil ni los define ni los concreta, tarea complicada que depende de las diversas concepciones filosóficas sobre el Derecho y los fenómenos jurídicos en general.

Existen algunos principios que parecen ser previos a la propia legislación, como el principio general de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional basa en la dignidad de la persona consagrada por el artículo 10.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y en el principio general de libertad como valor superior del ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.1 de la Constitución.

Existen otros que son clara creación del derecho positivo, como pueden ser los principios hipotecarios que se estudian en el tema 2 de Derecho Hipotecario del programa.

En fin, en ocasiones, lo que comienza siendo considerado como un principio general del Derecho acaba siendo plasmado en una ley, como sucede con la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, expresamente incorporada al artículo 7.2 del Código Civil en la reforma de su Título Preliminar del Código Civil aprobada por de 31 de mayo de 1974.

La doctrina coincide en predicar los siguientes caracteres de los principios generales del Derecho:

1. Son fuente subsidiaria de segundo grado.
2. Permiten cerrar el sistema de fuentes y dotarlo de plenitud, evitando las lagunas jurídicas.
3. Justifican, en cierta medida, la imposición al juez por el artículo 1.7 del Código Civil del deber de resolver en todo caso, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.
4. Tienen una especial importancia en los derechos civiles autonómicos como mecanismo para evitar la aplicación del derecho supletorio, como ocurre con el Código Civil de Cataluña, que prescribe que el derecho común solo rige en la medida en que no se opone a los principios generales que informan el derecho civil catalán.

Del artículo 1.4 del Código Civil se desprende que los principios generales del Derecho tienen una doble función:

1. Integradora, dado su carácter de fuente de cierre del sistema de fuentes.
2. Informadora, que la doctrina reconduce fundamentalmente a dos tipos de principios:
3. Los consagrados por la Constitución, como pueden ser los aludidos por el artículo 9.3, que dispone que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. A estos principios se refiere el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 cuando ordena a los jueces y tribunales a interpretar las leyes y reglamentos de conformidad con los preceptos y *principios* constitucionales.
4. Los que orientan la interpretación de las normas, como los principios *favor debitoris*, de igualdad de los cónyuges o del interés del menor.

En cualquier caso, la infracción de un principio general del Derecho no es suficiente, por sí sola, para fundar el recurso de casación. Efectivamente, siendo conforme al artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso el motivo único del recurso de casación, el Tribunal Supremo ha rechazado que tal infracción de normas pueda serlo a nivel de principios, habiendo exigido, para admitir la casación, que se cite la ley que recoge o de la que se desprende el principio infringido.

**LA JURISPRUDENCIA: SU VALOR EN EL SISTEMA DE FUENTES.**

El artículo 1.6 del Código Civil establece que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

De jurisprudencia se puede hablar en, al menos, tres sentidos:

1. En sentido genérico, jurisprudencia equivale a ciencia del Derecho, y aún se utiliza con este significado en la doctrina alemana y anglosajona.
2. En sentido amplio, jurisprudencia equivale a las sentencias de los tribunales y que tienen un cierto valor de precedente.
3. En sentido estricto, y en ordenamientos jurídicos como el español, el francés o el italiano, jurisprudencia equivale a la doctrina reiterada conformada por las sentencias del Tribunal Supremo.

La principal cuestión que plantea la jurisprudencia es la de su valor o fuerza vinculante. Desde una perspectiva muy general y aproximada, existen al respecto dos grandes concepciones, cuyas diferencias han ido progresivamente difuminándose:

1. En los países anglosajones o del *common law*, la jurisprudencia es fuente del Derecho al regir el principio del *stare decisis*, o vinculación de los órganos inferiores a las decisiones de los órganos judiciales superiores y de éstos a sus propias decisiones precedentes.
2. En cambio, en los países de tradición jurídica europea continental, el juez se limita a interpretar y aplicar la norma, no a crearla, por lo que la jurisprudencia no es vinculante. De esta forma, cualquier juez, en virtud de la independencia de la que está revestido, puede apartarse de la doctrina de los órganos superiores, sin más sanción que la revocación de su sentencia por éstos.

Conforme al artículo 1.6 del Código Civil, la jurisprudencia no *completa* el sistema de fuentes, sino que lo *complementa*, por lo que la jurisprudencia no es fuente del Derecho aunque tiene “una cierta trascendencia normativa”, en expresión de la exposición de motivos del decreto de 31 de mayo de 1974.

No obstante, no son pocos los autores que afirman que la jurisprudencia sí que es vinculante en la práctica, ya que el sentido último de una decisión judicial depende del respeto por la misma a la doctrina del Tribunal Supremo, puesto que los artículos 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 entienden que concurre interés casacional a los efectos de fundar un recurso de casación cuando “la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo” o “se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente”.

Esta conclusión es, además, especialmente relevante respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional, ya que cuando el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena a los jueces y tribunales a interpretar las leyes y reglamentos de conformidad con los preceptos y principios constitucionales indica que deben hacerlo “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, añadiendo el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 que “en todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales”.

Así mismo, gran parte de la doctrina equipara a efectos prácticos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico español con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico europeo.

También es lugar común resaltar la trascendencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, creado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 para interpretarla y aplicarla, y ello por dos razones:

1. Porque el artículo 10.2 de la Constitución establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, remisión que para el Tribunal Constitucional incluye la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.
2. Porque el artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada contravención del citado Convenio Europeo.

En cualquier caso, numerosas sentencias del Tribunal Supremo precisan los requisitos que deben concurrir en sus sentencias para conformar doctrina jurisprudencial, que son los siguientes:

1. Debe resultar de dos o más sentencias del Tribunal Supremo que expresen un criterio uniformemente reiterado.
2. Generalmente, tales sentencias se dictan en recursos de casación, cuya finalidad es precisamente lograr la uniformidad interpretativa y aplicativa de las normas.

No obstante, también se atribuye valor jurisprudencial a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en primera instancia, como las de su Sala de lo Penal que enjuician a personas aforadas o las de su Sala de lo Contencioso-Administrativo que resuelven recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros.

1. Debe existir una sustancial analogía entre los hechos de las sentencias precedentes y los del supuesto sometido al recurso.
2. Debe derivarse de la *ratio decidendi* de las sentencias, no de los razonamientos incidentales, circunstanciales u *obiter dicta*.
3. Cuando se trata de interpretación y aplicación de normas civiles, sólo es jurisprudencia la que resulta de sentencias de su Sala de lo Civil.
4. La conformación de la doctrina jurisprudencial sobre los derechos civiles autonómicos es función de la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma, competentes para conocer del recurso de casación autonómico en los términos de los artículos 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**OTRAS PRETENDIDAS FUENTES DEL DERECHO.**

Junto a las fuentes del Derecho que contempla el artículo 1.1 del Código Civil, complementadas por la jurisprudencia, existen otras referencias jurídicas de especial relevancia pero que no son auténticas fuentes del Derecho.

Así, en primer lugar aparece la doctrina científica, de forma que las opiniones de algunos autores tuvieron en épocas históricas valor vinculante en atención a la autoridad o prestigio de quien procedían, si bien en la actualidad se limita a ser un elemento de gran importancia a efectos de la interpretación de las leyes y material de trabajo en la elaboración de textos *de lege ferenda*.

En segundo lugar, debe citarse a la doctrina administrativa, procedente de órganos administrativos. De esta forma, en el ámbito civil gozan de gran respecto las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en tanto que en el ámbito del derecho público son referencia obligada los dictámenes del Consejo de Estado y las consultas de la Dirección General de Tributos.

Algunos de los órganos de los que procede esta doctrina tienen atribuidas funciones parajurisdiccionales, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el Tribunal Económico-Administrativo Central.

Finalmente, cabe mencionar que la Compilación de Derecho Foral de Navarra cita también a la tradición jurídica navarra, “expresión del sentido histórico y de la continuidad del derecho privado foral de Navarra”.

**LAS LAGUNAS DE LA LEY Y LA ANALOGÍA.**

Como se estudia en el tema 2 de esta parte del programa, uno de los caracteres del ordenamiento jurídico es la plenitud, que significa que el ordenamiento contiene soluciones para todos los conflictos que pueden originarse en su seno.

La plenitud, elevada a la categoría de dogma por el iuspositivismo, solo puede ser entendida realistamente de una forma relativa, ya que el ordenamiento no dispone de normas para solucionar toda clase de conflictos, puesto que la ley tiene lagunas, pero sí de medios de integración jurídica que permiten hacerlo.

Uno de estos medios es precisamente la analogía, a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil al decir que “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

La analogía se fundamenta en cierto modo en el principio de igualdad, puesto que casos similares deben merecer la aplicación de los mismos criterios.

La analogía no altera la consecuencia jurídica de una norma, sino que se manifiesta en la descripción del supuesto de hecho que da lugar a su aplicación: aunque la norma se construye con un determinado supuesto de hecho, se aplica a supuestos de hechos distintos, pero con los que tiene una especial relación de identidad.

La analogía se diferencia de la interpretación extensiva de la norma en la primera traslada la norma de un marco institucional a otro, como ocurre cuando se aplican las normas de los contratos a negocios jurídicos por causa de muerte, mientras que hay interpretación extensiva si se mantiene la norma dentro de su marco institucional, pero se entienden incluidos en el supuesto normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra.

La cuestión más delicada en la aplicación analógica de las normas es apreciar cuando existe *identidad de razón* entre el supuesto regulado y el no regulado. El Tribunal Supremo considera que debe procederse a un ponderado análisis caso por caso en función de las circunstancias concurrentes en el mismo, y siempre bajo el prisma de la igualdad que proscribe discriminaciones injustificadas.

En cualquier caso, la analogía está excluida en numerosos ámbitos, ya que el artículo 4.2 del Código Civil dispone que “las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, principio que es reiterado por el artículo 4.1 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 al disponer que “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

Así mismo, el artículo 14 de la Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003 dispone que “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.

José Marí Olano

20 de septiembre de 2021