

A PROBA DO COSTUME NO NOSO ORDENAMENTO XURÍDICO

José María Pena López

Decano da Facultade de Dereito
da Universidade da Coruña

Antes de entrar na análise do tema obxecto de estudio: a proba do costume; vou expoñer, a modo de introducción, a normativa aplicable a este punto:

Art. 1º do Código Civil: «1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho [...]

3. 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 [...]

7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Art. 2º da Compilación de Aragón: «Los tribunales apreciarán la existencia de una costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes».

Ley 3ª da Compilación Navarra: «La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada».

Art. 1º aptdo. 2 da Lei de Dereito Civil Foral do País Vasco: «La costumbre que no sea notoria deberá ser probada».

Art. 2 aptdo. 1 da Lei de Dereito Civil de Galicia: «Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

Arts. 281 e 282 da Lei de axuizamento civil:

«Capítulo V
De la prueba: disposiciones generales

Sección 1ª

Del objeto necesidad e iniciativa de la prueba

Art. 281. Objeto y necesidad de la prueba

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

2. 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. El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Art.282. Iniciativa de la actividad probatoria.

Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

O costume, de acordo co brocardo xurídico «*da mihi factum dabo tibi ius*», ó constituír unha norma xurídica, non tería que ser probada, por quen a alegase, para que puidese ser aplicada polo órgano xurisdiccional correspondente.

Mentres a antiga LAC gardaba silencio sobre a proba do costume. É, sen embargo, como acabamos de ver, o noso CC, no título preliminar reformado, o que prescribe, no seu art. 1º.3, que o costume «regirá [...] siempre que resulte probada [...]».

Na nosa doutrina, tanto procesualista como civilista, discútense o alcance desta esixencia de proba contida no CC reformado, perpetuando así un debate multiseccular.

En xeral, enténdese, tanto pola doutrina civilista coma pola xurisprudencia, que a prescrición, do art. 1º.3 do CC constituía, seguindo a orientación anterior dunha e outra, unha mera tradución do principio dispositivo ó campo do costume; de maneira que o órgano xurisdiccional correspondente non podería tela en conta se o costume non fose probado polas partes ás que lles interesara a súa aplicación¹.

¹ Séguese, así, o criterio sentado por DE CASTRO, antes de reformarse o título preliminar do CC, de que: «Mientras los jueces deben de conocer las leyes [...] como fundamento que son del Estado, no existe igual obligación respecto del Derecho consuetudinario;

Postura esta que funde as súas raíces na glosa, ó considerar que: «*ius non scriptum pendet ex facto; factum est necesse probari*», a excepción do caso de notoriedade². Como se ve, esta posición parte da orixe e conservación de natureza fáctica do costume, para sometela, no concerner ó réxime da proba, ó correspondente ós feitos, dominado, como se sabe, polo principio dispositivo.

Outra parte, menos ampla, daquela doutrina (liderada por De Diego e Ferrara, en España e Italia respectivamente; e, xa, no ámbito procesualista español, secundado pola maioría desta doutrina, por Alcalá Zamora seguindo ó pandectista Puchta, que obedecía, parangonando o costume

*derogadas las antiguas costumbres, reducido su ámbito a la costumbre local y el uso, ha perdido valor jerárquico-normativo, está más cerca del privilegio local o profesional que de la ley y su aplicación se deja a la libre iniciativa de los interesados»; «La costumbre es norma de significado secundario [...] se le ha suprimido toda posibilidad de actuar como directriz en la vida jurídica de la Nación. Por ello, queda más cerca de la concesión privilegiada que de la Ley [...] no se aplicarán de oficio, sino que será preciso la alegación y la prueba aportadas por las partes» [DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, Madrid, 1984 (edic. facsímil das de 1949 e 1952 edit. polo CEP), páxs. 402 e 386]. Nesta dirección militan, despois de reformado o título preliminar, as posturas, entre outros, de tódolos seguintes autores: Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2001 (10ª edic.), pág. 133; BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, 1998, pág. 46; GARCÍA AMIGO, M.: *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. EDESA, Madrid, 1979, pág. 175; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Una teoría del Derecho (introducción al estudio del Derecho)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993 (6ª edic.), páxs. 274-275; GETE ALONSO y CALERA, Mª. C.: «Las fuentes del Derecho Civil», en PUIG FERRIOL, L. et al.: *Manual de Derecho Civil I (Introducción y Derecho de la persona)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 56; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. I, Ed. Trivium, Madrid, 1992, pág. 78; DE PABLO CONTRERAS, P.: «Las normas jurídicas de Derecho privado», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. et al.: *Curso de Derecho civil. Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 107. No que se refire á xurisprudencia, existe un abundante número de resolucións que se pronuncian nesta mesma dirección (cfr. SSTs de 24-3-1947, 23-12-1948, 5-4-1950, 1-5-1951; 10-10-1951, 22-1-1953, 3-2-1953, 21-2-1957, 12-2-1959, 24-2-1962, 20-3-1964, 17-10-1974, 4-7-1982, 4-10-1982, 19-1-1987, 2-4-1993, 16-11-1994). Sen embargo, con respecto a esta xurisprudencia ALBALADEJO observa: «La verdad es que la mayor parte de las sentencias citadas [...] o de las más antiguas sobre el tema, hablan de que se demuestre o justifique o se pruebe la existencia o práctica de la costumbre. Pero hay que señalar que algunas de ellas más bien darían la impresión de que lo que se debe probar es el elemento material o externo, es decir el uso [...] En cuanto a las expresiones que utiliza el Tribunal Supremo hay que [...] pensar que se refieren, al hablar de elemento fáctico o uso, no a la distinción uso-opinio sino a la de hecho (elemento fáctico) de que realmente se practique la costumbre como norma» [ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002 (15ª edic.), pág. 108, nota 14].*

² DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, Ed. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922, pág. 346. Tamén ALCALÁ ZAMORA nos refire que DERNBURG resume a situación así: «a partir de los glosadores se generaliza el principio de que el juez había de conocer ex officio el Derecho, pero que las costumbres, como hechos, en cuanto no fueran notorias, habían de ser probadas por las partes» (ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», en RDP, 1934, páxs. 146-147).

coa lei, por constituír aquela a máis xenuína expresión do espírito do pobo, ás concepcións da Escuela Histórica del Derecho-) sostíña, partindo da condición de norma xurídica do costume e aplicando o principio «*iura novit curia*», que o xuíz podería, e incluso, debería, investigala de oficio³; como o declaran tamén as SSTs do 12-III-1964 e 20-I-1966.

Porque como nos explica De Diego: «es ilógico, en efecto, y contra razón, que cuando la ley prescribe al juez juzgar según la costumbre como lo hace nuestro Código Civil en el art. 6º (hoy 1º.3), para defecto de solución legal, se cruce aquél de brazos esperando que se invoque y pruebe ésta, ya que aquella prescripción implica el mandato de investigar *ex officio* si en el punto en cuestión hay o no verdadera y legítima costumbre»⁴.

³ DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páxs.346 e ss.; ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páxs. 147 e ss, e especialmente a páx. 149. FERRARA posiciónase fronte á «antiga doutrina» desta forma: «Come può aversi un ius, la cui dimostrazione eventualmente fa carico alle parti in giudizio? Parrebbe dunque che la consuetudine dovesse considerarsi come un fatto, se l'interessato per ottenere la vittoria della lite deve sforzarsi a provarlo, ma anche questa teoria riesce insufficiente, perciò che a differenza degli altri fatti, il giudice può farne applicazione, se ne ha privata notizia, ed indipendentemente da una prova in giudizio, non solo, ma il suo convincimento può formarsi liberamente in base ad altri elementi extra processuali, e in contraddizione agli acta et probata [...] Domina qui il concetto che il giudice possa utilizzare la propria conoscenza e che possa servirsi dei mezzi processuali per procurarsela, sentendo quindi l'avviso di periti e di tecnici, i quali riferiscano su ciò che è oggetto di generale sapere. Con questo potere d'inquisizione ufficiale concorre naturalmente la spontanea cooperazione della parte, la quale ha interesse di aiutare il tribunale nella ricerca, perchè se il principio non è riconosciuto, la sua domanda è respinta. Si ha qui non onere della prova, in senso giuridico, ma interesse alla prova [...] Ma questa libertà [...] dimostra che non si tratta di vera prova, sia di fatto che di diritto, ma di un'attività dipendente dall'iniziativa delle parti, ausiliaria e concorrente a quella del tribunale, nell'esplicamento di quel potere ufficiale inquisitorio che gli compete ai fini dell'applicazione della legge» (FERRARA, F.: *Trattato di diritto civile italiano*. Vol I. *Dottrine generali*, Parte I, Ed. Athenaeum, Roma, 1921, páxs. 148-149). No ámbito civilista seguen a DE DIEGO, na doutrina española: DE COSSIO y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Alianza, Madrid, 1977, páx. 48 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., páxs. 107 e ss.; O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil*. T.I. *Parte general*, Ed. EDESA, Madrid, 1997 (3ª edic.), páxs. 149-150; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, T. I, Vol.1, Ed. EDESA, Madrid, 1986 (12ª edic. actualizada por J.L. De los Mozos); LA LAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Madrid, 1969, páxs. 294 e ss.; MASPONS y ANGLASELL, F.: «La prueba de la costumbre en el Derecho catalán», en *RDP*, 1916, páxs. 1 e ss. No que se refire á doutrina italiana, *vid.* BARBERO, D.: *Sistema del Derecho privado I. Introducción*, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967 (traduc. da edic. italiana de 1962), páxs. 98 e ss; e BARASSI, L.: *Istituzioni di diritto civile*, Ed. Giuffrè, Milano, 1955, páx. 32. Polo que se refire á doutrina procesualista, afirma GARCIMARTÍN MONTERO que «la mayoría de la doctrina se pronuncia a favor de la posibilidad de que el juez averigüe la costumbre aplicable, con base en el carácter excepcional que tienen en nuestra legislación los supuestos de prueba del Derecho» (GARCIMARTÍN MONTERO, R.: *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, páx. 123).

⁴ DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páx. 352.

Pola súa parte, Alcalá Zamora exclama: «¿Cabe algo máis anómalo que cuando el juzgador tenga certeza del precepto consuetudinario, se vea obligado, no obstante, a aguardar la prueba por las partes, y si éstas sucumben en su empresa, no pueda para nada tener en cuenta tales normas?»⁵.

Dentro dos textos legais, sitúase nesta mesma liña de pensamento, claramente, o art. 2.2 da Compilación de Derecho Civil de Aragón, ó prescribir que «Los tribunales apreciarán la existencia de una costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes». Liña, en que tamén se encontra o art. 293 da Lei procesual alemana ó establecer que: o costume só requirirá proba en tanto que sexa descoñecida polo tribunal, e que o tribunal para a súa indagación non está limitado polas probas achegadas polas partes, senón que ten a facultade de utilizar outras fontes de coñecemento e de decretar providencias para tal fin.

Ó meu modo de ver, a segunda concepción, sobre a proba do costume, é a que encontra máis fácil acollida no art. 1º.3 do CC; porque, nesta prescrición, non se esixe nada máis ca un resultado de proba do costume, dado que non se fai ningunha referencia ás persoas que deban orixinar ou provocar este resultado. Omisión tanto máis significativa canto que o lexislador que reformou o título preliminar do CC era coñecedor do debate doutrinal existente ó respecto⁶.

Interpretación que, gardaría, ademais, consonancia coa natureza de norma xurídica, que o propio CC lle recoñece, no mesmo artigo, ó costume, e, conseguintemente, co carácter excepcional da carga de probala.

⁵ ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páx. 155

⁶ Efectivamente, segundo nos refire ALBALADEJO, ante a proposta dun procurador de acoller no CC a solución consagrada na Compilación aragonesa «*la ponencia rechazó ese extremo de la enmienda alegando[...]* La ponencia estima, sin embargo, que este precepto de Derecho foral aragonés no debe aplicarse a todo el territorio nacional, ya que existe una antigua tradición, justificada por la naturaleza de la costumbre, según la cual quien alega una costumbre ha de probarla, permitiéndose a la otra parte la prueba contraria. Por otro lado, este precepto afecta, fundamentalmente a los principios básicos de la justicia y, en concreto, al tan discutido problema de la «ciencia propia del juez», cuestión sobre la que no parece que deba interferirse una ley civil, cuando, como es sabido, existen varios proyectos, ya elaborados, sobre la función judicial y sobre la regulación de los procesos civiles y criminales». ALBALADEJO comenta, al respecto, «de todo ello se deduce, aunque algunas palabras den otra impresión[...] que la Ponencia, más que excluir con su desestimación la tesis de que los Tribunales aprecien la costumbre en virtud de su propio conocimiento, lo que quiso fue no tocar el tema, y dejarlo como estaba. Lo que, en el fondo, lleva, ni más ni menos, a seguir admitiendo –como se ha visto que tenía declarado la jurisprudencia– la apreciación de la costumbre en virtud del propio conocimiento del Tribunal» (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., páxs. 109-110, nota 17). En todo caso, se a ponencia pretendiera decantarse a favor da aplicación do principio dispositivo, sen excepcións, isto constituiría nada máis que a *intentio* de lexislador que, como é sabido, non é determinante para a interpretación dun precepto, senón un criterio interpretativo máis dos contidos dentro do art. 3º do CC.

Desde esta perspectiva, o carácter fáctico, da norma xurídica constituída polo costume, en canto á súa orixe e conservación, relevaría ó xuíz da obriga que existe, con respecto ás normas non consuetudinarias, de coñecerlas; en razón da posible e ata probable dificultade de coñecemento dos costumes; pero non, dada a súa proxección normativa, da lexitimación e, incluso, da obriga de investiga-la súa existencia; porque, de acordo co propio art. 1º do CC, agora no seu número 7º: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido»; fontes que son, por prescripción do art. 1º.1 do CC, as de «nuestro ordenamiento jurídico»; ó cal, integrado, a teor do mesmo artigo, por: «la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», estarían, de acordo co réxime correspondente ó Estado de Dereito, proclamado no art. 1º da nosa Constitución, «sujetos», por aplicación do seu art. 9.1 «todos los ciudadanos y los poderes públicos»; e, polo tanto, tamén, obviamente, o poder xurisdiccional.

Por outra parte, á marxe da súa transcendencia exoneratoria, para o deber dos xuíces de coñece-lo dereito, este carácter fáctico do costume outorgaríalles ás partes a facultade de solicitar ou achega-las probas que estimasen pertinentes; ou, incluso, no caso de que o xuíz así o determinase, atribuírille-la carga de probala.

A normativa dalgúns dereitos civís especiais, como vimos, non esixe a carga da proba cando se trate de usos notorios. Prescribindo a de Galicia, en particular, que son usos notorios: «[...] os usos compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ou pola antiga Audiencia Territorial de Galicia», seguindo, así, a traxectoria trazada, pola nosa xurisprudencia, para os feitos, tal e como os trata, tamén, o art. 291 da Lei procesual alemana.

Pero, ¿cando estamos ante un uso notorio? ¿Cando se trate dun costume notorio, en sentido obxectivo, é dicir, segundo o *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* «pública y conocida por todos»? ¿Cando se trate dun costume notorio en sentido subxectivo, é dicir, coñecido polo xuíz ou as partes litigantes? E, en particular, para Galicia ¿só serán notorios os usos mencionados no art. 2 da Lei de dereito civil de Galicia (LCDG)?

Se lle damos resposta á segunda cuestión, ó meu xuízo, os costumes notorios non se poden limitar ás mencionados no art. 2 LDCG, porque o decisivo é que resulten probados; pero tampouco a mención ten, ó meu xuízo, a solitaria transcendencia de outorgarles a eses costumes a calidade *iuris et de iure* de notorios⁷. Significa algo máis, significa que esa notoriedade, en consonancia co seu significado literal primario, ten que

⁷ Neste sentido xa se pronunciou o TSX de Galicia, cando afirma en sentenza de 12-5-2000: «lo que establece la norma es que si el uso o costumbre está compilado o recogido

ser de carácter obxectivo, tal e como acontece nos usos mencionados. Expresaría a preocupación bastante xeneralizada, con respecto a un ilimitado poder dos xuíces, na apreciación do costume.

Desta forma, respondendo agora xa a primeira cuestión, o xuíz só podería e debería apreciar sen necesidade de proba o costume cando este fose notorio, en sentido obxectivo, porque neste caso non se precisaría a súa proba. Fóra deste suposto sería preciso proceder á práctica da proba, sería preciso probala: ben de oficio, ben a instancia de parte.

Para Sancho, non obstante, no seu comentario da Lei 3^a alínea 2^a da Compilación Navarra, é suficiente a notoriedade en sentido subxectivo. Afirmar este autor: «[...] parece obrigado establecer un criterio de notoriedad; formular, en fin, un concepto de costumbre notoria. Dentro de su acepción gramatical y hasta vulgar, notoria es la costumbre ostensible, cognoscible por cualquiera, conocida por los miembros de la sociedad en que se observa. Nótese que, aun en este concepto, la notoriedad no es un atributo objetivo de la costumbre, sino un estado intelectual de los sujetos, independiente de la norma en sí considerada [...] Es, pues, la notoriedad un accidente del sujeto, no un atributo de la norma consuetudinaria. Por ello, la aludida naturaleza procesal de la ley 3.2^a, induce a referir el conocimiento concretamente al juzgador, y, con diferente alcance, a quienes sean parte en el proceso [...] Todo ello induce a pensar que la norma en examen cumple funciones más bien negativas: Por una parte, dispensar al juzgador del *iura novit curia* cuando la costumbre no sea notoria [...] Y, por otra parte, dispensar a la parte de probarla (será inverosímil que no la alegue; pero si así fuere, también a esta omisión alcanzaría la dispensa) cuando sea notoria: cuando el juez la conozca. La notoriedad, así, en la práctica funciona como una cualidad subjetiva de los sujetos intervinientes en el proceso: conocimiento que el juzgador tiene –o debe tener– de la vigencia de una costumbre: si no tiene conocimiento ni obligación de hacerlo, la parte debe alegarla y, sobre todo, probarla; si el juzgador, pese a la ausencia de notoriedad, la conoce, debe aplicarla aunque no haya sido alegada ni probada. En su caso acordando diligencias probatorias para mejor proveer»⁸.

Sen embargo, Garcimartín Montero, no seu libro sobre o obxecto da proba, di «[...] erróneamente se ha sostenido en ocasiones que el hecho notorio no necesita prueba porque ya es conocido por el juez, postura que

en las sentencias de los citados tribunales adquiere la condición de notorio y no precisa prueba de su existencia, pero no quita que existan otros usos o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado».

⁸ SANCHO REBULLIDA, F.: «Comentario de la Ley 3 del Fuero Nuevo de Navarra», en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXV, Vol. 1º, Ed. EDERSA, Madrid, 1994, páxs. 258-259.

resulta insostenible. En primer lugar, el hecho notorio no tiene necesariamente que ser conocido por el juez para ser considerado notorio y producir efectos como tal, lo habitual es que el juez lo conozca, pero no es requisito imprescindible: en segundo lugar, como señaló Guasp, este razonamiento se contradice abiertamente con la prohibición de que el juez haga uso de su saber privado en el pleito, puesto que si afirmamos que puede tener en cuenta el hecho notorio por el solo motivo de conocerlo ¿Por qué no admitir lo mismo para los hechos que no son notorios?»⁹.

Nesta mesma liña obxectiva sitúase a STS de 10-I-1979, cando declara: «Afirmado el carácter notorio de un suceso se realiza la fijación fáctica en virtud del conocimiento no meramente privado que el órgano jurisdiccional tiene».

Unha vez examinadas tódalas prescricións contidas nos textos legais referentes ó dereito civil, existentes no noso ordenamento xurídico, respecto á proba do costume; imos proceder á análise da incidencia da nova Lei de axuizamento civil no tratamento desta cuestión.

Por primeira vez, trátase este tema na LAC; e prescribese no nº2 do art. 282, intitulado «Objeto y necesidad de la prueba», e situado dentro do capítulo V –do título I do libro II– denominado «De la prueba. Disposiciones generales» (despois de preceptuar no nº 1 que «La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso»), que: «También serán objeto de prueba la costumbre [...]. 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».

A primeira precisión que é conveniente facer, arredor da proxección deste precepto na normativa anterior, do CC e das leis civís territoriais especiais, é a de que esta normativa non queda modificada, senón complementada.

No que se refire ó CC; este, establecía un requisito material do costume: a súa proba, que agora se somete, sen intención de alteralo, a un determinado réxime xurídico procedemental; como o confirma o feito de que nas disposicións derogatorias non se contempla a derogación da prescrición do CC referida á proba do costume, en perfecta sintonía, coa alínea XI da exposición de motivos, en que se fai referencia á «derogación de los preceptos del Código Civil carentes de otra relevancia que la procesal». Sen intención de alteralo, dixen, aínda que, a exoneración de proba para o caso de conformidade dos litigantes coa existencia e contido do costume poida producir como resultado, como logo veremos, que non se cumpra o requisito da proba.

⁹ GARCIMARTÍN MONTERO, R.: *El objeto de la prueba en el proceso civil*, op. cit., pág. 85.

No que afecta ós dereitos civís especiais, que relevan da necesidade de proba, no caso de costumes notorios; agora (por se houbese algunha dúbida, sobre o límite das competencias da Comunidade Autónoma, en materia de dereito procesual), ó establecer, o nº4 deste artigo 282, que: «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general», xeneraliza a exoneración de proba para os costumes notorios; e, precisa, ó noso xuízo, acertadamente, que a notoriedade exonerará de proba só cando sexa de natureza «absoluta y general»; é dicir, cando sexa de natureza obxectiva, por ser de coñecemento indubidado por parte da xeneralidade das persoas pertencentes ó núcleo social onde se aplique o costume.

Obxectivación da notoriedade, que non só resulta da súa caracterización como xeral, senón tamén da reforma do texto do proxecto; que substituíu a expresión: «los hechos que el tribunal considere de notoriedad absoluta y general», pola de: «los hechos que gocen» desa notoriedade, suprimindo así toda referencia á apreciación do tribunal.

Obxectivación, que non pode alcanzar, a nega-la relatividade normal dos feitos notorios e, por ende, a súa operatividade, tamén normal. Por esta razón á cualificación da notoriedade, ademais de como absoluta, de xeral, haberá que darlle outro sentido, que o que desembocaría en feitos de notoriedade, poderíamos dicir, universal, que faría facticamente inoperantes os supostos de exoneración. O que, á parte de absurdo, iría en contra do principio de economía procesual, que figura como cardinal a todo o longo da lei.

O sentido da absolutividade, entón, non pode ser outro que o que resulta de referilo, non xa ós suxeitos coñecedores dos feitos, senón á súa certeza e contido. Todo o que traducido ó costume implicaría que esta fora xeralmente coñecida, e, ademais, de forma plena e indubidada.

Como estamos vendo, o réxime xurídico procedemental arbitrado para o costume, é o réxime xurídico aplicable ós feitos.

Así resulta de: a súa necesidade de proba, da súa localización sistemática, e da aplicación, ata as súas últimas consecuencias, do principio procesual aplicable a estes: o principio dispositivo (con total esquecemento de que o costume tamén participa, pola súa natureza bifronte, dos atributos propios dunha norma xurídica); como se manifesta, de forma nítida, a través da relevancia concedida coa conformidade das partes, para a exoneración da proba do costume; e, a través do impulso procesual, dado que o art. 282, intitulado «iniciativa de la actividad probatoria», prescribe: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes y otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

Ademais, é de observar que, mentres, para o dereito estranxeiro, se es-

tablece a potestade do seu descubrimento, non ocorre así para o costume: o que non pode atribuírse a un *lapsus*, pois esta excepción non estaba no proxecto e, agora, introduciuse pero só para o dereito estranxeiro.

Principio dispositivo que, por outra parte, aparece, clarísimamente, como eixe da reforma na exposición de motivos, na que se chega a consagrar como «inspiración fundamental do proceso».

Así ocorre nos puntos seguintes daquela:

«VI: La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

[...] Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela [...].

Esta inspiración fundamental del proceso –excepto en los casos en que predomina un interés público que exigen satisfacción– no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir [...]. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.»

«IX: Las normas de carga de la prueba, [...] son, asimismo, reglas, que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico, cuando no se trate de casos en que, por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos [...].»

«X: Aquí como en otros puntos, la Ley acentúa las cargas de las partes, restringiendo al máximo las posibilidades de remitirse a expedientes, archivos o registros públicos [...].»

«XI: Con las excepciones obligadas respecto de los procesos civiles en que ha de satisfacerse un interés público, [...] salvo las excepciones aludidas no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de [...] probar. [...]

[...] carga de la prueba, pieza clave de un proceso civil en el que el interés público no sea predominante [...]

En conclusión, con respecto, ás dúas posicións existentes, sobre a proba do costume, ó principio examinadas, a nova LAC, partindo de que o costume é un feito, aplícalle «tódalas consecuencias» do principio dispositivo:

- a) Instancia de parte (de acordo co art. 282), salvo nos casos en que a lei lle atribúe ó Tribunal a facultade de actuar de oficio, ou se trate de costume dotado de notoriedade absoluta e xeral.
- b) Exoneración da proba cando houberse un acordo das partes sobre a existencia e contido do costume, sempre que esta non afectase á orde pública (de acordo, agora, co art. 281.2).

Reina, pois, nesta materia probatoria do costume, o principio de autonomía privada (cos límites vistos) que é, no ámbito procesual, o correspondente ós feitos; como nos é revelado no nº 3 do art. 281 desta lei, ó prescribir: «Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes».

Sobre o suposto de exención de proba do costume por conformidade das partes, en canto á súa existencia e contido, procede cuestionarse: 1º) Se a exención de proba por conformidade das partes é unha consecuencia «razoable» (por utiliza-la expresión, antes referida, da exposición de motivos), e 2º) O alcance da expresión «costumbres que no afecten al orden público», que aparece como límite, de conformidade coa relevancia exoneratoria da proba.

Vaiamos coa primeira cuestión. Supoñamos que as partes se poñen de acordo, co fin da composición dos seus intereses, para recoñecer, como existente, e co contido que lles interese, un costume inexistente. Encontrámonos con que: o xuíz ou tribunal se verá compelido a aplicar, consagrándoa como existente¹⁰, e, por ende, obrigatoria, para todo o grupo social

¹⁰ Aínda que, como vai subliñar DE DIEGO, que, segue, neste punto, a «Bartolo, GREGORIO LÓPEZ, SUÁREZ, SOTO y otros muchos de nuestros jurisconsultos», as sentencias non son «elementos constitutivos esenciales» do costume, o mesmo autor advírtenos, sen embargo, da súa transcendencia probatoria, así: «No es posible negar toda intervención ni desconocer todo valor a las sentencias judiciales en el establecimiento de costumbres ju-

ó que se refira, unha norma inexistente, dotando, ademais, a relación axuzada e sedicentemente regulada por ela, da forza de cousa xulgada; con que as partes actúan con poderes normativos e, enriba, para unha relación concreta e, por isto, carente da abstracción subxectiva propia das normas xurídicas; e, co que o xuíz, en principio, nada pode facer con relación á práctica da proba, porque, esta, só procede a instancia de parte. ¿Cabe concibir unha maior suma de violacións flagrantes da orde pública que se invoca no propio precepto, *in fine*; sexa calquera o concepto que deste se teña? Sen embargo, esta cadea de vulneracións frontais das bases, poderíamos dicir, do ordenamento xurídico, pode vir propiciada pola conformidade aludida. E aínda que estas vulneracións serían reprobables a través da interdicción da fraude, do abuso do dereito, da violación da propia orde pública; así como en razón da inexistencia de tal costume, polo incumprimento do requisito, prescrito no CC, da súa proba; trataríase sempre de remedios, como se sabe, de difícil aplicación na práctica.

Precisamente o abuso desta conformidade, con respecto ó dereito estranxeiro, foi o que produciu, no art. 12 do CC, e, agora, nesta lei, esa potestade de indagación xudicial.

¿Por que non se procedeu desta forma co costume? ¿É que acaso o seu carácter de fonte normalmente subsidiaria elimina a súa natureza, con tódalas súas consecuencias, de norma xurídica? ¿Que é o que explica que ese feito, constituído por un comportamento usual observado como xuridicamente debido, que é o costume, sexa considerado exclusivamente como tal, –aínda máis, peor valorado ca eles; pois, é de observar, que mentres a conformidade cos feitos ha de ser «plena», non se esixe o mesmo para o costume– con total preterición de que ese mesmo feito constitúe tamén unha norma xurídica?

Por outra parte, esta eficacia exoneratoria da conformidade, sobre a proba da existencia e contido do costume, ¿alcanzaría *vgr.* a non necesidade de proba-la existencia nela da denominada *opinio iuris*?¹¹ ¿Quen

*rídicas, lo que sería contrario a la razón y la Historia, ya que su carácter declaratorio y de prueba no puede ponerse en duda y hasta pudieran iniciarlas y encauzarlas y afinarlas, y ser su más claro e indubitado elemento revelador[...]*pero de esto a considerarlas como elementos constitutivos esenciales, hay una distancia inmensa» (DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páx. 257). No mesmo sentido, pero máis intensamente, pronúnciase ALCALÁ ZAMORA cando afirma: «no creemos que la realidad de una costumbre jurídica que haya sido anteriormente investigada o probada necesite serlo de nuevo cada vez que vuelva a suscitarse el problema de su aplicabilidad a relaciones jurídicas litigiosas de idéntica o análoga naturaleza a aquella en que quedase registrada la presencia del precepto consuetudinario oportuno. En este supuesto, dicho se está, deberá haber una inversión en la carga de la prueba» (ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páx. 155).

¹¹ LACRUZ afirma ó respecto: «El objeto de la prueba se contrae, en todo caso, al uso; la opinión, donde sea exigida, será apreciada por el juzgador, siquiera pueda serlo a partir de la

son as partes para cualificar un comportamento, por moi usual e xeneralizado que estea, nun núcleo social, como xuridicamente debido?¹²

Como afirma Alcalá Zamora: «finalmente la subsunción la realiza el juez teniendo en cuenta si los actos que le acredita el testigo caen o no bajo el concepto jurídico de costumbre»¹³.

Con relación á segunda cuestión: a inoperancia exoneratoria da «conformidade» co costume con respecto á súa proba, cando se trate de «costumes que afecten á orde pública», cabe formularse tódalas seguintes interrogantes:

prueba de hechos indiciarios» [LACRUZ BERDEJO, J. L. et. alt.: *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, Vol.I, Ed. Dikinson, Madrid, 1998 (nova edic. revisada e actualizada por J. DELGADO ECHEVERRÍA), páx. 162].

¹² DE DIEGO subliña a natureza bifronte do costume e a súa transcendencia para o réxime da proba nesta esclarecedora pasaxe: «*Se dice en contra que la costumbre se insinúa, crece y se formaliza a virtud de hechos, y que siendo en definitiva cuestión de puro hecho la de su existencia o inexistencia, esto es terreno vedado para el alto Tribunal, que sólo en cuestiones de derecho desenvuelve su principal función. Pero no se tiene en cuenta que esos hechos consuetudinarios no son como otros cualesquiera, sino que son, ante todo y sobre todo, productores de una norma jurídica obligatoria [...] que si en la resolución o nuda constatación de esos hechos puede haber, y hay, en efecto, un quid facti que predomina sobre todo otro aspecto, en cambio [...] en el examen de si reúnen o no los caracteres de una costumbre propiamente dicha, hay un quid iuris que [...] entra por entero en la función del juzgador, y a cuyos alcances puede ir el Tribunal de casación como cuestión que es plenamente de Derecho [...]. Preciso es no olvidar que el problema que se ofrece al juez ante una costumbre que se invoca [...] como ésta no existe sin hechos que revelen una regla jurídica en las condiciones requeridas por el Derecho objetivo, aquél problema se desdobra en una triple investigación [...] dirigida a constatar los hechos mismos, a descubrir la regla ínsita o latente en ellos y a contrastar las exigencias formales que el Derecho pida para la valoración propiamente jurídica de esas manifestaciones de la actividad humana [...] el juicio del juzgador tendrá que ir enderezado, pues, a constatar: 1º, que hay o no efectivamente un uso; 2º, que tiene esta o la otra transcendencia y valor jurídicos, en su caso, que constituye una regla de Derecho consuetudinario. La investigación de si un uso es o no seguido en tal o cual territorio o clase social, está abierta a todo el mundo: basta el conocimiento de la vida social; la de si ese uso, efectivamente seguido, tiene o no las condiciones de una costumbre verdadera por cumplir todas las exigencias del Derecho, es función genuina del juez: aquello es cuestión de hecho, esto otro es cuestión de Derecho» (DE DIEGO, F. C.: *Fuentes del Derecho Civil español*, op. cit., páxs. 354-357). No que respecta á proba do lugar onde existe o costume, se ben a supresión da especificación, contida no CC, antes da reforma, de que o costume fose «do lugar», non ten, ó meu xuízo, ningunha transcendencia [como expresei, seguindo a ALBALADEJO, no meu comentario ós artigos do título preliminar da Lei de dereito civil de Galicia (PENA LÓPEZ, J. M.: «Comentario de los arts. 1º, 2º y 3º de la LDCG» en ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S. (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T.XXXII, Vol. 1º, Ed. EDERSA, Madrid, 1997, páxs. 5 e ss.)] para a supresión do requisito de que o costume sexa propio do lugar onde se pretenda a súa aplicación; si o ten no campo probatorio, pois probado un costume xeral, presumirase que tamén se practica no lugar dese territorio en que se pretende a súa vixencia, salvo proba en contrario. Opinión compartida tamén por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, op. cit., páx. 46.*

¹³ ALCALÁ ZAMORA, N.: «La prueba del Derecho consuetudinario», op. cit., páx. 151.

¿Significa esta expresión, dado que, xunto coa orde pública, constitúen límites do costume, segundo o CC, tamén, a lei e a moral, que valería a conformidade cun costume contrario á lei ou á moral, por non afectar á orde pública?

Obviamente, esta consecuencia sería inadmisibile, non só por absurda (polo menos no que se refire ó costume ilegal –o requisito de moralidade do costume é máis cuestionado–)¹⁴, senón por vulnera-los límites substanciais do costume, fixados por lei, ou quen corresponda fixalos: o CC.

Tampouco cabería entender, ó meu xuízo, que a lei procesual, pretenda declarar, neste artigo, a inadmisibilidade do costume contraria á orde pública; porque se así fose, a Lei de axuizamento civil, ademais de ser reiterativa, con respecto ó CC, asumiría un cometido impropio dunha norma procesual.

¿Significa esta expresión, en congruencia coas declaracións da exposición de motivos, que cando se fala de orde pública estase facendo referencia ó interese público?

Se isto fose así (o que non parece lóxico, porque se tería mantido o termo «interese público», insistentemente utilizado, como vimos, na exposición de motivos, no lugar de cambialo polo de orde pública; aínda que é moi posible, desde esta perspectiva da exposición de motivos, que cando o lexislador se refire á orde pública, teña presente antes que nada o interese público) a palabra utilizada sería incorrecta, porque unha cousa é o interese público e outra a orde pública (como se fai patente, *vgr.*, no art. 6.2 CC) calquera que sexa o concepto que deste se teña; aínda que, evidentemente, ámbalas ideas gardan sempre unha relación equivalente á existente entre dous círculos concéntricos.

Se se mantén a concepción, chamada moderna dentro do dereito privado, que entende por orde pública a conformada, poderíamos dicir, polas bases do ordenamento xurídico, é evidente que hai cuestións de interese público que non son, sen embargo, de orde pública. Se, pola contra, se é partidario da denominada concepción clásica da orde pública, que o identifica coas normas imperativas; tamén é obvio que hai cuestións de interese privado que, por estar reguladas por normas imperativas, son, sen embargo, de orde pública.

Por outra parte, os intereses afectados pola relación regulada polo costume, aínda que sexan privados, pertencen, pola súa natureza de norma xurídica, a tódalas persoas do núcleo social onde rexe que estean implicadas nunha relación deste tipo; a persoas distintas, polo tanto, das

¹⁴ Remítome, neste punto, a canto expusen, nos comentarios ó título preliminar da LDCC, para a moral como límite do costume (PENA LÓPEZ, J. M.: «Comentario dos arts. 1º, 2º e 3º da LDCC», *op. cit.*, páxs. 50-53).

que prestan a «conformidade», a terceiras persoas; intereses que por esta razón estarían (utilizando a expresión do proxecto para os feitos) «fuera del poder de disposición de los litigantes». Por outra parte, desde logo, os feitos usuais que constitúen o costume tampouco son particulares senón colectivos.

¿Significa esta expresión que a conformidade exoneratoria da proba sería inoperante cando tivese por obxecto costumes constitutivos da orde pública concibida como límite da autonomía privada?

Ó meu xuízo, non queda outra alternativa, descartada a anterior; e, porque, aquí, os límites se fixan non para o costume, senón para o feito de exercicio de autonomía privada, constituído por aquela «conformidade»¹⁵.

Situados, xa, ante o obxecto limitado pola orde pública: non o costume atentatorio contra aquel, senón a «conformidade» sobre un costume constitutivo ou regulador da orde pública; resta, só, fixa-lo límite, isto é, delimitar este concepto de «orde pública».

Fronte á concepción, que poderíamos chamar moderna, de orde pública e que vén identificar este non con calquera norma imperativa, senón coas normas ou principios básicos do ordenamento xurídico, pódese soste, ó meu xuízo, no campo da autonomía privada, que a fusión de orde pública coa categoría xurídica das normas imperativas é aínda maior, do que cabe admitir se se parte desta concepción, porque creo que non só se trata de que a orde pública estea composta polas normas imperativas desta natureza fundamental ou estea suxeita a elas, senón tamén de que a orde pública se estenda a toda norma imperativa.

Entendo que é válida a afirmación de que toda norma imperativa é, no campo da autonomía privada, de orde pública, porque entronca non só cunha corrente prestixiosa e tradicional do pensamento xurídico, que integraría a que, neste punto, poderíamos denominar como doutrina clásica, senón tamén co significado orixinario, técnico e lóxico que a palabra orde pública adquire no campo da autonomía privada¹⁶.

Argumentación que tiven ocasión de desenvolver no prólogo do libro da miña discípula Natalia Álvarez Lata: «Cláusulas restrictivas de res-

¹⁵ Sen embargo, ALBALADEJO dinos ó respecto: «En cuanto a lo que dice el artículo 281.2 sobre que «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» más bien parece que si afectan no es que sí sea necesaria la prueba, sino que no es admisible la costumbre» (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, op. cit., páx. 110).

¹⁶ Para a doutrina española, *vid.*, por todos: DE BUEN (*Derecho civil español común*, Madrid, 1930, páx. 537): «[...] Imperfecciones de los negocios jurídicos [...] El acto viola una prescripción. Por ejemplo, contiene disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres. A los actos que están en esta situación puede denominárseles actos nulos. Su nulidad es absoluta y de orden público»; CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y*

ponsabilidad civil»¹⁷, e que, non é do caso repetir aquí, por razón do espacio dispoñible.

En conclusión, e aplicando estas dúas nocións de orde pública ó «costume cunhas normas que afectasen á orde pública», desde estas dúas perspectivas da orde pública, para finalizar, cabe preguntarse, ¿cando se fala de normas consuetudinarias que afectasen á orde pública, pódese facer referencia a hipotéticas normas de tal natureza que conformen as bases do ordenamento xurídico?

Parece impensable que poidan existir normas consuetudinarias no que poderíamos denomina-lo vértice da pirámide kelseniana, que faría a reserva arbitrada, a través da orde pública, absolutamente inútil.

Máis lóxico –en congruencia, por outra parte, ex art. 281.3, co «poder de disposición [...] de los litigantes sobre el objeto del proceso», que se esixe, para a eficacia exoneratoria de proba na conformidade cos feitos–

foral, 10ª ed., Madrid, 1962, páxs. 293-294): «Las normas imperativas que integran el *ius cogens* [...] las normas permisivas... *ius dispositivum* [...] Esta distinción es sustancialmente equivalente a la que se suele establecer entre normas de orden público y las de interés privado»; e LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, Tomo I, op cit., páx. 132): «Advirtiendo DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que «orden público y Derecho imperativo son conceptos que no coinciden...» El artículo 6º.2[...] no parece darle razón [...] A la distinción entre leyes imperativas y dispositivas, apunta el artículo 6º.2, del que se deduce que las primeras son aquéllas cuya exclusión voluntaria contraría el interés o el orden público».

Para a doutrina francesa, *vid.*, por todos: PLANIOL, MARTEL e RIPERT (*Traité pratique de Droit français*, Tomo IV-I, París, 1932, páx. 20): «[...] La théorie de l'autonomie de la volonté ne se content pas de cette exaltation de la volonté souveraine créant les rapports juridiques. Elle enseigne que cette volonté ne doit être limitée que par des motifs impérieux d'ordre public (art. 6 C.c.)»; SAVATIER (*Cours de Droit civil*, Tomo II, París, 1949, pgs. 18, 44 y 69): «[...] A la vérité, la société ne s'est jamais désintéresse de l'obligation...elle a toujours limité le champ des obligations par des règles d'ordre public [...] Liberté de la volonté humaine [...] Toutefois, ce vieux principe est de plus en plus restreint par les interventions impératives ou prohibitives de la loi. L'économie dirigée et la socialisation du droit, ont multiplié les règles d'ordre public, c'est-à-dire, s'implantant aux volontés particulières [...] Contrats inconciliables en soi avec l'ordre public ce sont d'abord ceux que condamne formellement une loi impérative ou prohibitive».

Para a doutrina italiana, *vid.*, por todos, DE CUPIS (*Teoria e pratica del Diritto civile*, 2ª ed., Milano, 1967, páxs. 3, 4 e 5): «Gli scrittori escludevano che la prima categoria enunciata dall'art. 12 (leggi proibitive) avesse una vera autonomia rispetto a quella successiva (leggi riguardanti l'ordine pubblico), attesoche le leggi proibitive cui riferivasi il legislatore erano in sostanza quelle, inderogabili, d'ordine pubblico, o per lo meno, ne facevano parte: trattavasi di norme capaci di congiungersi nel concetto unico e comprensivo dell'ordine pubblico».

En xeral, PALADIN (Voz «Ordine pubblico», *Novissimo Digesto Italiano*, páxs. 133-134) lémbra que: «[...] giova tener ferma la classica opinione –già confermata dai lavori preparatori del Codice napoleonico e poi ripresa da una nostra autorevole dottrina– per cui l'ordine pubblico in campo civile...rappresenta una sintesi verbale degli innumerevoli divieti normativi, altrove frapposti all'azione dei soggetti privati».

¹⁷ Cfr. PENA LÓPEZ, J. M.: «Prólogo» a ÁLVAREZ LATA, N.: *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998, páxs. XVII-XXIX.

sería entende-la orde pública, como contraposta á orde privada, isto é, á orde configurable pola autonomía privada.

Sería, pois, dentro deste ámbito, que afectaría, obviamente, só a intereses privados, sempre que estes non estivesen regulados por normas consuetudinarias imperativas, onde a conformidade sobre a existencia e contido dun costume, podería exonerar da súa proba.

Conformidade que, á súa vez, por constituír un feito de autonomía privada, non poderá contraria-la orde pública. Entendido este, como todo aquel espacio xurídico onde a autonomía privada non sexa operativa, por estar (utilizando unha expresión referida pola LAC ós feitos) «fóra do poder de disposición dos litigantes». 