

FERRAN BADOSA COLL

# MEMORIA DE DERECHO CIVIL

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

# ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
<b>ABREVIATURAS</b> .....	9

## PRIMERA PARTE

### EL CONCEPTO DE DERECHO CIVIL

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO

<b>I. LA TEORÍA DEL INTERÉS</b> .....	16
1. Las bases de la teoría .....	16
2. Las bases históricas de la teoría .....	21
<b>II. LA TEORÍA DE LA CUALIDAD DE LA PERSONA</b> .....	30
1. Las bases teóricas .....	30
2. Las bases históricas .....	33
3. Jean Domat .....	38
4. La codificación .....	42
5. La codificación civil española .....	46
6. La Pandectística alemana .....	55
<b>III. POSICIÓN QUE SE MANTIENE</b> .....	64

#### CAPÍTULO SEGUNDO

#### DERECHO CIVIL COMÚN Y DERECHOS CIVILES ESPECIALES

<b>I. LOS SENTIDOS DE LA EXPRESIÓN «ESPECIALIDAD» EN EL DERECHO ESPAÑOL</b> .....	69
---	----

	<u>Pág.</u>
<b>II. LA DUALIDAD DERECHO COMÚN-DERECHO ESPECIAL COMO IDEA HISTÓRICA.....</b>	71
1. Breve consideración de la doctrina del <i>ius commune</i> europeo.....	71
2. La distinción «Derecho común-Derecho especial» en España.....	75
a) La dualidad .....	77
b) La relación «Derecho general-Derecho especial» en el Derecho catalán...	86
c) La relación «Derecho civil-Derecho especial» en la codificación civil..	96
 <b>CAPÍTULO TERCERO</b> <b>DERECHO CIVIL Y DERECHOS ESPECIALES</b>	
<b>I. EL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO ESPECIAL.....</b>	111
1. La homogeneidad material.....	112
2. El diverso, pero compatible grado de abstracción de los sujetos.....	116
3. Conclusión.....	121
<b>II. EL FUNCIONAMIENTO TÉCNICO-JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE GENERALIDAD-ESPECIALIDAD .....</b>	122
1. La insuficiencia normativa.....	122
2. La autonomía entre los ordenamientos.....	123
<b>III. LO RURAL COMO OBJETO DE CIRCULACIÓN ECONÓMICA.....</b>	124
1. La desvinculación.....	125
2. La desamortización.....	126
3. La legislación hipotecaria.....	128
<b>IV. LO RURAL COMO OBJETO DE ACTIVIDAD AGRÍCOLA .....</b>	129
<b>V. EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD AGRARIA .....</b>	131
1. El concepto de cultivador directo .....	131
2. El concepto de finca rústica .....	132
3. La explotación agrícola.....	134
<b>VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO AGRARIO ESPAÑOL ..</b>	137
<b>VII. LA RELACIÓN LABORAL COMO CENTRO DEL DERECHO DEL TRABAJO.....</b>	137
1. La evolución histórica de la relación jurídico-laboral en España.....	138
2. La insuficiencia de los esquemas civilistas para regular la relación laboral.....	141
3. El concepto de relación laboral (como ámbito del contrato de trabajo)	142
<b>VIII. LA RELACIÓN DERECHO DEL TRABAJO-DERECHO CIVIL.....</b>	144
<b>IX. CRITERIO DELIMITADOR DEL DERECHO MERCANTIL.....</b>	145
1. Primera etapa: Código de Comercio de 1829.....	146
2. Segunda etapa: del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 a la postguerra civil.....	147
3. Tercera etapa: la época actual .....	148
<b>X. LAS RELACIONES DERECHO MERCANTIL-DERECHO CIVIL.....</b>	150

	<u>Pág.</u>
1. La relación desde el punto de vista de los textos legales.....	150
2. La relación desde el punto de vista de la pertenencia de las instituciones..	153
<b>XI. CONCEPTO DE LEYES ESPECIALES.....</b>	<b>156</b>
<b>XII. EL ORIGEN DE LAS LEYES ESPECIALES.....</b>	<b>157</b>
<b>XIII. LA RELACIÓN «LEYES ESPECIALES-CÓDIGO CIVIL».....</b>	<b>157</b>
<b>XIV. LEYES ESPECIALES REGLAMENTADORAS.....</b>	<b>159</b>
<b>XV. LEYES ESPECIALES ESPECIFICADORAS.....</b>	<b>161</b>
<b>XVI. CONSIDERACIÓN DE LEY HIPOTECARIA.....</b>	<b>164</b>
1. Evolución histórica.....	164
2. Principios de la Legislación Hipotecaria.....	165
3. Consideración especial de la publicidad.....	167

SEGUNDA PARTE

EL MÉTODO EN EL DERECHO CIVIL

CAPÍTULO CUARTO

VISIÓN HISTÓRICA DEL MÉTODO JURÍDICO

<b>I. LOS GLOSADORES.....</b>	<b>183</b>
<b>II. LOS ULTRAMONTANOS.....</b>	<b>193</b>
<b>III. LOS POSTGLOSADORES.....</b>	<b>198</b>
<b>IV. LOS COMENTARISTAS.....</b>	<b>204</b>
1. BARTOLO DE SASSOFERRATO (1314-1357).....	206
2. BALDO DEGLI UBALDI (1327-1400).....	210
3. BARTHOLOMEO DE SALICETO (+ 1412).....	212
4. PAULO DE CASTRO (1390-1441).....	214
5. JASON DE MAYNO (1453-1519).....	216
<b>V. LA ESCUELA CULTA.....</b>	<b>218</b>
1. Guillermo BUDAEO (1468-1540).....	230
2. Andrés ALCIATO (1492-1550).....	232
3. Francisco DUARENO (1509-1559).....	236
4. Francisco CONNANO (1508-1551).....	238
5. Jacobo CUJACIO (1522-1590).....	240
6. Hugo DONELO (1527-1591).....	243
<b>VI. EL RACIONALISMO.....</b>	<b>246</b>
1. El método racional.....	248
2. La ordenación racionalista.....	251
3. La legislación racionalista.....	256
<b>VII. EL «USUS MODERNUS PANDECTARUM».....</b>	<b>259</b>
1. El « <i>usus modernus Pandectorum</i> » según S. STRICK.....	260
2. La recepción del Derecho romano en Alemania, en el siglo XVII.....	262
<b>VIII. LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA.....</b>	<b>265</b>

	<u>Pág.</u>
1. El contenido doctrinal de la Escuela Histórica.....	266
2. La evolución de la Escuela Histórica.....	270
<b>IX. LA PANDECTÍSTICA ALEMANA.....</b>	<b>271</b>
1. El contenido jurídico.....	271
2. El método.....	272
3. El sistema jurídico.....	278
<b>X. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS.....</b>	<b>279</b>
1. La adhesión al texto legal.....	279
2. El método de exposición.....	281
<b>XI. LA REACCIÓN ANTIPOSITIVISTA.....</b>	<b>284</b>
<b>XII. LA ESCUELA CIENTÍFICA FRANCESA.....</b>	<b>286</b>
<b>XIII. LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES.....</b>	<b>289</b>
1. VON IHERING.....	289
2. HECK.....	291
<b>XIV. LA ESCUELA DEL DERECHO LIBRE.....</b>	<b>293</b>
<b>XV. LA ESCUELA SOCIOLÓGICA DEL DERECHO.....</b>	<b>296</b>
<b>XVI. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO.....</b>	<b>300</b>
<b>XVII. EL REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO.....</b>	<b>304</b>

#### CAPÍTULO QUINTO

##### METODOLOGÍA QUE SE PROPONE

<b>I. EL OBJETO DEL MÉTODO.....</b>	<b>308</b>
<b>II. LA ACTITUD DEL INVESTIGADOR.....</b>	<b>317</b>
<b>III. PROPUESTA DE MÉTODO.....</b>	<b>320</b>

#### CAPÍTULO SEXTO

##### EL MÉTODO DE ENSEÑANZA

<b>I. LOS TRES ASPECTOS DE LA UNIVERSIDAD.....</b>	<b>327</b>
<b>II. METODOLOGÍA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL.....</b>	<b>329</b>
<b>III. LA POSICIÓN DEL DERECHO CIVIL EN LOS PLANES DE ESTUDIO ...</b>	<b>330</b>
<b>IV. PROPUESTA DE UN MÉTODO DE ENSEÑANZA.....</b>	<b>333</b>
<b>V. LAS TÉCNICAS DE ENSEÑANZA.....</b>	<b>335</b>

#### TERCERA PARTE

##### LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL

#### CAPÍTULO SÉPTIMO

##### LAS FUENTES DE CREACIÓN

<b>I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....</b>	<b>343</b>
---	------------

	<u>Pág.</u>
II. CARACTERES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	347
III. FUENTES DE DERECHO Y NORMA JURÍDICA .....	349
IV. CLASES DE FUENTES .....	352
V. LA LEY .....	353
VI. FUERZA DE LEY Y FUENTE DE DERECHO .....	358
VII. LA DETERMINACIÓN DEL SENTIDO DE LA LEY .....	358
VIII. LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY .....	369
IX. LA COSTUMBRE .....	372
X. EL VALOR JURÍDICO DE LA COSTUMBRE .....	376
XI. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO .....	380
XII. LA ABSTRACCIÓN CREADORA DE PRINCIPIOS GENERALES: LA «ANALOGIA JURIS» .....	382
XIII. LA JURISPRUDENCIA .....	386
XIV. LA EQUIDAD .....	390

## CAPÍTULO OCTAVO

### LAS FUENTES DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO CIVIL

I. LITERATURA CIVILÍSTICA ESPAÑOLA .....	394
1. Las fuentes de conocimiento anteriores al Código Civil .....	394
a) Comentarios .....	394
b) Tratados .....	395
c) Obras generales inmediatamente anteriores al Código Civil .....	397
2. Las fuentes de conocimiento posteriores a la publicación del Código Civil .....	397
II. LITERATURA CIVILISTA EXTRANJERA .....	401
1. La doctrina francesa .....	401
2. La doctrina italiana .....	402
3. La doctrina alemana .....	405
III. BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL DE CADA UNA DE LAS PARTES DEL DERECHO CIVIL .....	406
1. Parte general del Derecho civil .....	406
2. Derecho de obligaciones .....	408
3. Contratos en general .....	410
4. Derechos reales .....	412
5. Derecho de familia .....	413
6. Derecho de sucesiones .....	414

## PRESENTACIÓN

*Diversas generaciones de discípulos — inmediatos y mediatos — del profesor Ferran BADOSA COLL presentamos a la comunidad universitaria y al público jurídico en general una obra suya que, a pesar de sus importantes aportaciones a la ciencia jurídica y de su indiscutible valor para la formación del jurista, ha permanecido hasta ahora inédita. Se trata de la Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho civil, que constituye el desarrollo escrito del segundo ejercicio de la oposición al Cuerpo de Agregados de Universidad que el profesor BADOSA realizó en el año 1978. El carácter inédito del trabajo no ha impedido, sin embargo, una amplia difusión de su contenido. Entre los discípulos, para quienes el presente texto ha sido fuente obligada de conocimiento en nuestra formación como juristas e investigadores y ha contribuido a la instauración y asentamiento de los vínculos de saber de la Escuela que, ya desde su más temprana dedicación universitaria, inició su autor. Pero también entre los estudiantes, comunicado a través de las clases, y en general entre los investigadores en Derecho privado, dentro y fuera de la Universidad de Barcelona, donde Ferran BADOSA ha ejercido ininterrumpidamente y con dedicación exclusiva como catedrático de Derecho civil desde 1979. Somos muchos los juristas que hemos estudiado y nos hemos servido de esta Memoria en nuestro quehacer habitual, tanto en el ámbito docente como investigador.*

*La publicación de esta obra — por supuesto, con el consentimiento de su autor — quiere ser un merecido homenaje al profesor Ferran BADOSA COLL en el momento de su jubilación, en que la Universidad le exime de las cargas docentes pero no de la tarea investigadora, que seguirá desarrollando en su condición de profesor emérito. Se trata de reconocer públicamente a un profesor e investigador de saber universal, en cuyas construcciones dogmáticas confluyen la Historia y la Filosofía en tanta o igual medida que el Derecho civil. Y se trata de hacerlo a través de su creación científica, como corresponde a un maestro como el profesor BADOSA. Como discípulos que nos hemos alimentado de su saber pretendemos hacerle llegar, mediante esta publicación, nuestro modesto tributo a su generosidad intelectual sin límites. Nos anima el convencimiento de que la mejor manera de agradecer su vocación universitaria es difundir la obra que sintetiza su visión del Derecho civil y los criterios metodológicos fundamentales que guían su estudio.*

*Esta Memoria se sitúa entre dos momentos normativos relevantes: la entonces reciente reforma del Título Preliminar del Código civil (1974) y la promulgación de la Constitución española (1978). El lector debe tener en cuenta que el texto cuenta ya con más de treinta años y algunas de las leyes que en él se citan han sido ya derogadas o modificadas. Sin embargo, ha resistido el paso del tiempo debido a la solidez de los planteamientos y a la exhaustividad de los datos que toma para el análisis y la construcción doctrinal, a las fuentes y su interpretación por la doctrina en cada momento. La obra del profesor BADOSA contiene aportaciones fundamentales en cuanto al concepto de Derecho civil y sienta las bases metodológicas de toda una escuela de investigadores de esta disciplina, caracterizada por la minuciosidad y la precisión en la utilización de la historia del Derecho privado para explicar el Derecho civil vigente en la actualidad.*

*El texto que ahora se publica sigue rigurosamente el original mecanografiado del año 1978. Los únicos cambios introducidos por los editores se han limitado, fundamentalmente, a cuestiones de tipo formal, a fin de facilitar la lectura. Además de la corrección de errores mecanográficos, se han unificado las abreviaturas, los criterios de utilización de mayúsculas y minúsculas y, en la medida de lo posible, se han completado las citas y referencias doctrinales. Se han numerado o renumerado algunos apartados y subdivisiones y, en ocasiones, se ha introducido o suprimido algún signo de puntuación, cuando ello mejoraba la comprensión del texto.*

*Esta Memoria de Derecho civil del profesor Ferran BADOSA COLL no es un lugar común en la bibliografía. Es una pieza fundamental del acervo jurídico, una obra original y reflexionada, imprescindible en la dogmática jurídica.*

Gracias por tu magisterio.

Tus discípulos  
Barcelona, septiembre de 2010

Las páginas que siguen, dedicadas al estudio del Concepto de Derecho civil, persiguen la investigación de dicho concepto a través de una doble ubicación.

En primer lugar, dentro de la fundamental coordinada Derecho privado-Derecho público, asignando al Derecho civil su papel esencial dentro de la primera categoría.

En segundo lugar, dentro de la dualidad Derecho común-Derecho especial. En ésta subdistinguimos dos manifestaciones. Una, de carácter general en todos los ordenamientos jurídicos. La segunda, específica del ordenamiento jurídico español. La de carácter general supone establecer la posición del Derecho civil como Derecho común frente a los Derechos especiales, que tienen como factor de caracterización la connotación económico-social de una actividad humana (es decir, los Derechos mercantil, laboral y agrario). La de carácter específico del ordenamiento español, supone establecer la noción de Derecho civil común, frente a los Derechos civiles forales, cuyo criterio de aplicabilidad no consiste en la nacionalidad, sino en la vecindad civil de la persona, que es una cualificación de ésta.

Estas tres delimitaciones constituyen el fundamento de los otros tantos capítulos en que se divide esta Primera Parte.

## CAPÍTULO PRIMERO

### DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO

En la Historia del Derecho europeo pueden señalarse dos grandes líneas en la diferenciación de ambos conceptos. Las dos líneas parten del denominador común de la persona titular de las instituciones.

La diferencia está en el punto de vista elegido. En un caso, se trata del titular del interés que se persigue mediante la institución y en el segundo, en el titular de la propia institución jurídica. En el primer caso, la teoría recibe el nombre de teoría del «interés» y en el segundo «del sujeto» o de «la cualidad del sujeto».

En la teoría del «interés» se distingue entre el titular de la institución jurídica y el destinatario de la utilidad o finalidad que con ella se pretende alcanzar. Es interés público aquel que tiene como beneficiario a toda la comunidad en abstracto, personificada por el Estado (*res publica*). Es interés privado aquel que tiene como único destinatario el mismo titular de la institución.

En esta concepción se considera, pues, Derecho público el constituido por las instituciones jurídicas que contemplan la utilidad o interés del Estado con independencia de que el titular en sentido jurídico sea una persona privada o el propio Estado.

En la teoría de la «cualidad» se atiende únicamente al titular de la institución. Derecho público será, pues, aquella rama del Derecho que se ocupa de las instituciones jurídicas cuyo único titular puede ser una persona pública (es decir, estatal o dependiente o integrada en su organización), mientras que el Derecho privado está constituido por las instituciones cuyo titular es una persona privada (no pública), entendida como aquella cualificada exclusivamente como sujeto de derechos y obligaciones y con capacidad de realización de actos eficaces (arts. 32, 37 y 38 CC) incluyendo, por tanto, a

las personas que, siendo públicas, intervengan haciendo abstracción de esta cualidad<sup>1</sup>.

## I. LA TEORÍA DEL INTERÉS

Como criterio de diferenciación entre Derecho público y Derecho privado, vamos a contemplar en dos partes. La primera destinada a un breve examen de sus bases teóricas, mostrando cómo desemboca en la identificación entre Derecho público y Derecho cogente. La segunda, consistirá en una breve exposición histórica del desarrollo y decadencia del citado criterio.

### 1. Las bases de la teoría

Como se ha dicho anteriormente, utilizar el criterio del «interés» para diferenciar las dos ramas del Derecho, público y privado, significa distinguir en el seno de una institución jurídica entre titular de sus efectos jurídicos y destinatario de su utilidad, dando preferencia a este último sobre aquél.

Veamos cómo han de entenderse todos estos términos.

En el CC tenemos una referencia a los conceptos de «interés público» e «interés particular» en los dos apartados del art. 35, concernientes a las personas jurídicas, fundación y asociación, respectivamente. Del citado artículo se puede extraer una conclusión preliminar: la de la no conexión entre interés y régimen jurídico. Tanto la fundación de interés público como las asociaciones de interés particular (las sociedades) y de interés público (las sometidas a la Ley de 30 de junio de 1887 y, posteriormente, a la de 24 de diciembre de 1964) son personas de Derecho privado.

Una segunda conclusión, que es aquélla por la que utilizamos aquí este artículo, es la diferenciación entre titular jurídico de la institución y destinatario del interés o beneficio satisfecho por la misma.

Antes de continuar, es preciso rebatir una posible objeción acerca del empleo del citado art. 35. La objeción sería la de que en materia de personas jurídicas, precisamente, no puede distinguirse entre titular jurídico y titular del interés,

---

<sup>1</sup> Una excelente obra de conjunto sobre la distinción Derecho público y Derecho privado es la del alemán M. BULLINGER, *Derecho público y Derecho privado*, Madrid, 1976, quien hace especial hincapié en las bases históricas, tanto en los Comentaristas (pp. 21 y ss.) como en los Cultos (pp. 45 y ss.). Con todo, su exposición posterior a esta Escuela se limita a Alemania (prescinde p. ej. de DOMAT), con lo que pierde interés inmediato para el jurista español (pp. 81 y ss.).

En el Derecho español, la mejor exposición histórica sigue siendo la de A. HERNÁNDEZ GIL, *El concepto del Derecho Civil*, Madrid, 1943, pp. 38 y ss.

También en Derecho español y desde el punto de vista de los civilistas *vid.* las exposiciones que abordan el tema en su aspecto dogmático de A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, pp. 86 y ss.; J. JORDANO BAREA, «Derecho civil, Derecho privado y Derecho público», *RDP*, 1963, pp. 868 y ss.

Por lo que hace a obras generales, recientemente, *vid.* J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I-1, Salamanca, 1977, pp. 97 y ss.

referidas ambas titularidades a la institución jurídica. Y ello debido a que la persona jurídica reúne simultáneamente las condiciones de titular jurídica y de institución jurídica. La respuesta a dicha objeción ha de señalar los siguientes puntos. En primer lugar, que la persona jurídica, aunque técnicamente es un titular de derechos, lo es respecto de otras instituciones jurídicas (contrato, propiedad, etc.) pero que intrínsecamente es ella misma otra institución jurídica, a través de la cual otras personas asumen obligaciones y derechos. Es un titular jurídico sólo intermedio, pero no final. El segundo argumento en contra de la objeción se circunscribe a las asociaciones de «interés particular». Las sociedades no tienen por qué unir, según el art. 1.669 CC, licitud de constitución y personalidad jurídica. En tal caso, existirá una estructura asociativa sin personalidad jurídica. En ella se pueden distinguir perfectamente los conceptos de institución jurídica, titulares jurídicos (los socios) y destinatarios del interés (los propios socios).

Justificada, pues, la utilización del art. 35 CC, queda por ver si los conceptos utilizados en él respecto del interés son aquellos que se emplean para diferenciar Derecho público y Derecho privado, para lo que es preciso comprobar cuál es el sentido de la expresión «interés público» e «interés privado» en el art. 35 CC.

El «interés público» del art. 35.1 CC tiene como fin evitar los obstáculos que podían oponer a tales fundaciones las leyes desvinculadoras. Supone que la fundación (que no es otra cosa que una vinculación de bienes) no tenga destinatarios concretos o concretables, cuya designación se haga en virtud de criterios cuya función propia sea precisamente la de señalar personas, lo que incluye desde la designación por nombres y apellidos hasta la pertenencia a determinadas líneas de parentesco (cuya licitud se recoge en la norma limitativa del art. 701 CC). Son llamadas fundaciones familiares.

Que la fundación no sea familiar, sino de «interés público», significaría, por tanto, que los bienes vinculados tengan unos destinatarios o beneficiarios, susceptibles de ser determinados por criterios objetivos, es decir, cuyo fin principal no sea precisamente la indicación de personas (*vgr.* hallarse en una determinada situación de necesidad)<sup>2</sup>.

En definitiva, la diferencia entre «interés privado» e «interés público» en materia de vinculaciones reside en la restricción o amplitud (no cuantitativa, sino de principio) de sus beneficiarios. O, expresado en diferentes términos, la posición de exclusión o admisión respecto de ellos.

Pasemos a las asociaciones. De la remisión del art. 36 CC al contrato de sociedad (art. 1.665 CC) se desprende que «interés particular» es lucro partible. De modo que no sólo hay la restricción de beneficiarios del caso anterior (en el presente, los socios), sino que además el interés o beneficio a alcanzar es económico en cuanto a su naturaleza: el lucro o ganancia. De modo que cualquier otra utilidad, por más restringida que sea su percepción, que no sea el lucro o ganan-

---

<sup>2</sup> Sobre el tema, *vid.* la polémica entre L. CÁRDENAS, «Las fundaciones familiares del Derecho privado», *RDP*, 1952 pp. 579 y ss., y F. DE CASTRO, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», *ADC*, 1953, pp. 624 y ss., el punto en cuestión lo trata en la p. 645. Nuevamente sobre la cuestión, F. DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 79 y 95.

cia, ya no será una asociación de «interés privado». Como decía explícitamente el art. 1 de la derogada Ley de 1887, «quedan sometidas a las disposiciones de la misma, las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o lo ganancia». Interpretado a *sensu contrario*, el art. 35.2.º CC permite afirmar que tales asociaciones eran de «interés público».

Nos encontramos, pues, que en el Código Civil, la noción de «interés privado» y de «interés público», no es homogénea. Porque mientras que en las fundaciones es formal, carácter restringido o abierto de los destinatarios, en las asociaciones es material, naturaleza económica o no económica de la utilidad. En las fundaciones se prescinde de la naturaleza de la utilidad, y en las asociaciones del carácter abierto o cerrado de los destinatarios (ya que, por definición, la asociación es siempre cerrada en este punto).

¿Significa esto que no puede hablarse en el Código de un concepto único de «publicidad» o «privaticidad» predicados del interés? Si prestamos más atención, veremos que no hay tal diferencia entre fundaciones y asociaciones. En unas y otras, el «interés privado» consiste en el disfrute subjetivamente restringido de bienes patrimoniales. En efecto, en la fundación no hace falta hablar de un fin de lucro o ganancia para calificar el interés como privado, porque tratándose como se trata de una vinculación de bienes, la percepción patrimonial es una nota constitutiva de toda fundación, con independencia de que tal percepción sea inmediata o indirecta a través de la financiación de utilidades benéficas, docentes, etc. Éste es el motivo de que en materia de fundaciones el criterio diferencial no se ponga en el carácter de la utilidad o beneficio a perseguir, sino en el puramente formal de la restricción o apertura de los destinatarios. En cambio, en las asociaciones, en las que el carácter patrimonial de la utilidad no es esencial, y sí lo es el carácter restringido del disfrute, se hace hincapié en el primer punto y no en el segundo.

En definitiva, de la interpretación conjunta del art. 35 CC podemos extraer la siguiente tesis. El interés privado está constituido por la suma de dos factores: uno material, el carácter patrimonial de la utilidad y otro formal, el alcance restringido del disfrute. Cuando uno de los dos falta, estamos en él «interés público».

¿Es éste el sentido de interés privado-interés público que se utiliza para diferenciar Derecho privado-Derecho público? No, por dos razones. En primer lugar, el carácter restringido del criterio diferenciador, sólo aplicable a instituciones jurídicas del Derecho patrimonial, sin posible aplicación al Derecho de personas. En segundo lugar, la propia demostración que el art. 35 CC hace de la insuficiencia del criterio, dado que el carácter público o privado del interés es irrelevante para determinar si la institución es de Derecho público o privado. Tan personas de Derecho privado son las fundaciones de interés público del art. 35.1 CC, como las asociaciones de interés público de la legislación especial de asociaciones, como las de interés particular o sociedades.

¿Cuál es entonces el binomio interés público-interés privado que sirve de fundamento a las *duae sunt positiones*? Circunscribiremos nuestro examen a las instituciones jurídicas en que se produce la diversidad entre titular jurídico y

titular del interés. Y puesto que tratamos la cuestión desde el punto de vista del Derecho privado, limitaremos esta perspectiva al caso en que el titular sea una persona privada y, por ende, el interés que se actúa sea público.

El hallazgo del criterio de distinción adecuado se ha de hacer en el seno de la propia institución jurídica. Puesto que se trata de averiguar si el interés que se satisface es público o privado, se deben poner en relación los dos polos o factores del citado interés. De un lado, la propia institución jurídica que lo ha de satisfacer y de otro, el titular jurídico de aquélla, el cual, por definición, es también el sujeto destinatario del beneficio que produce la misma.

Diremos, entonces, que en las instituciones cuya titularidad está abierta a una persona privada (es decir, a todo sujeto de derecho por el mero hecho de serlo) el interés será privado cuando el titular jurídico es el único destinatario de la utilidad o resultado de la institución. El interés será público cuando el beneficio o la utilidad de la institución no sea exclusiva de su titular jurídico, de modo que exista otro beneficiario que queda, sin embargo, al margen de la estructura de la institución.

Esta concepción se funda, por tanto, en la no contraposición radical entre titular jurídico y beneficiario, de modo que no sólo sean distintos, sino excluyentes. Sería ilusorio pensar que un particular decida asumir una institución o relación jurídica que no le comporta ninguna utilidad a él. Desde el momento en que lo hace es que le reporta también a él un beneficio. De ahí que interés público no signifique interés público exclusivo, sino coetáneo, pero compatible con el interés del titular jurídico.

Con esta observación hemos puesto un primer dato en la noción de interés público: la utilidad que proporciona la institución exorbita respecto de la estructura (y sus sujetos) que la produce.

Esta aseveración permite excluir de la órbita del interés público aquellas instituciones en que la satisfacción del interés de un sujeto se alcanza con el sacrificio del otro (*vgr.* relación obligatoria entre acreedor y deudor) porque uno y otro forman parte, como elementos subjetivos, de la estructura de la institución. ¿Qué ocurre, en cambio, cuando el titular del beneficio está al margen de dicha estructura, en la que sólo está incluido el del sacrificio (*vgr.* modo)? Sucede que, en tal caso, el titular jurídico de la institución (donación modal) no lo es exclusivamente de un sacrificio (la entrega del modo), sino que también está interesado en realizarlo, porque le permitirá hacerse irrevocablemente con la liberalidad. ¿Podremos calificar tal supuesto de interés público solamente porque existe un titular del beneficio de la institución ajeno a su estructura?

Evidentemente no. Para que el interés sea público no basta que sea exterior al titular jurídico; es preciso, además, que en caso de conflicto le prevalezca. Esta prevalencia se manifestará en el sacrificio del interés puramente privado del titular jurídico.

Y aquí llegamos a la segunda nota del interés público. Este interés exorbitante prevalente no puede ser otro que el del Estado y su manifestación técnico-jurídica es el llamado Derecho cogente o no dispositivo.

Veamos ambos puntos. El que el interés prevalente sea el del Estado significa que la institución jurídica en cuestión protagonizada por un particular, no sólo pretende satisfacer los intereses de éste, sino que es un instrumento de configuración o conformación social. De modo que, a través de él, el Estado pretende llevar a la práctica un cierto proyecto o idea de cómo deben funcionar las relaciones entre los sujetos que comparten su nacionalidad (criterio personal) o desarrollan sus actividades dentro del ámbito territorial de su soberanía (criterio real). El interés público así entendido, no es un interés que podríamos llamar «personal» del Estado, sino «social».

El mecanismo técnico-jurídico mediante el cual se pone en juego este tipo de interés es el Derecho cogente o no dispositivo. Un Derecho dispositivo supone un conjunto de normas que el titular privado de la institución puede moldear según su conveniencia (art. 1.255 CC) y, por consiguiente, que el interés de aquél es el único que se tiene en cuenta, ya que preside el desarrollo y contenido de la figura jurídica de que se trate.

Un Derecho cogente, en cambio, es una normativa que se impone al sujeto y que éste no puede alterar. Al suprimirse la facultad de autorregular una institución que en principio está puesta a su servicio, se pone de relieve que existe por encima otro interés prevalente, que sólo puede ser el del Estado, creador de la normativa inmodificable. De ahí que, volviendo la oración por pasiva, tengamos que la medida del reconocimiento del interés privado del titular pasa por el reconocimiento de su autonomía de voluntad.

¿Qué repercusión tiene la teoría del interés así planteada en el Código Civil español?

El Proyecto de Código Civil de 1851 nos da una pista en su art. 11, inspirado en el art. 6 del Código francés: «No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres».

GARCÍA GOYENA, al comentarlo, subraya el entendimiento de «orden público» como Derecho público... «Yo encuentro más propia la locución de la citada Ley 30 romana *Jus publicum* (se refiere al D. 2, XIV, 38: «*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*») que la de orden público trasladada del art. 6 francés al nuestro... En la acepción vulgar, orden y sosiego público son sinónimos y seguramente no es tan mezquino el sentido del art. 11, sino que se extiende a todo lo que las leyes romanas comprendían en su locución. Derecho público, es decir, a todo lo que tenía por objeto la utilidad o moral públicas, la forma y solemnidades de los actos e instrumentos y de los juicios».

Sobre la coincidencia «Derecho público» e «interés público», señala el mismo autor: «y aunque por regla general pueden derogarse por pactos privados [...] las leyes que tienen por objeto primario la utilidad de los particulares, no sucede así con las que al mismo tiempo envuelven utilidad pública...»<sup>3</sup>.

El correlativo al citado art. 11 del Proyecto es el vigente art. 1.255 CC en que los límites a la autonomía de la voluntad se han visto incrementados con

<sup>3</sup> F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (reimpr. Zaragoza, 1974).

la referencia a la «ley». Esta inclusión comporta necesariamente un correlativo cambio de sentido en el «orden público». Éste ya no puede significar Derecho público, desde el momento que le falta la concreción legal, que en el art. 1.255 tiene a una alusión específica.

El «orden público», reducido a noción extralegal, se presenta así como un concepto de significado exclusivamente político. «Orden público» equivale así a «orden político», es decir, a las bases en que se funda la organización y funcionamiento del Estado y sus servicios. En el art. 1.255 CC, la «ley» monopoliza la idea de «Derecho público» o «Derecho cogente»<sup>4</sup>.

La nueva redacción del Título preliminar ha introducido una nueva referencia al papel limitativo de la autonomía de la voluntad del orden público. La expresión que utiliza el art. 6.2 CC es la de «interés o orden público» y su único término de contraposición es el «perjuicio de tercero». En el art. 6 del Título Preliminar, el «orden público» tiene un sentido idéntico que en el art. 1.255 CC, ya que también en el primero de los artículos citados hace su aparición el Derecho cogente, en forma de ley «imperativa» o «prohibitiva» (art. 6.3 CC).

En resumen, los dos artículos citados, el viejo 1.255 y el nuevo 6.2 CC, distinguen perfectamente Derecho imperativo y «orden público», como dos diversos límites a la autonomía de la voluntad. Tienen en común el que ambos emanan del Estado: el primero a través de sus órganos legiferantes y el segundo, de sus órganos judiciales. Porque el «orden público» no es otra cosa que un medio extranormativo y, por tanto, no sólo de aplicación judicial (como el Derecho cogente), sino también de definición judicial, de conformación de la sociedad. Difieren, ante todo, en su formulación general y cierta, la de la ley particular (caso por caso) y, en consecuencia, variable, la de «orden público». Y también, en su naturaleza normativa reguladora de conductas, el Derecho cogente, frente al carácter programático o «fundamental» del orden público.

Excluido el «orden público» de los arts. 6 y 315 CC, el Derecho público queda reducido al derecho cogente o eliminador de la voluntad del particular que es titular de sus instituciones; al Derecho imperativo o prohibitivo de actos del art. 6.3 CC o el Derecho prohibitivo de pactos, cláusulas o condiciones en estos mismos actos.

## 2. Las bases históricas de la teoría

Su mejor expresión se encuentra en sede de Glosadores y Comentaristas, a partir de la dicción del D. 1, I, 1, *vers. huius studii*: «*Huius studii duae sunt positiones publicum et privatum*».

---

<sup>4</sup> Sobre la noción de «orden público», *vid.* L. DÍEZ PICAZO, «La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, 1956, pp. 1158 y ss., y J. A. DORAL, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967, quien lo define como «conjunto de principios que se consideran parte esencial del bien común integrante de toda sociedad o grupo social (p. 48). Últimamente, M. AMORÓS, *Comentarios a la reforma del Código Civil*, I, Madrid, 1977, pp. 306 y ss.

Dos características tendremos en cuenta en este apartado. En primer lugar, el debate que se constituye en torno al concepto de *positio*. Y en segundo lugar y más importante, el dato de que la distinción entre los dos tipos de interés, público y privado, se lleva a cabo desde el punto de vista del primero de ellos, que es el que se considera más difícil de definir. Consiguientemente, no se llega a una verdadera delimitación del concepto de Derecho privado.

Acerca de lo que significa la *positio*, dentro del círculo de los Glosadores podemos distinguir cuatro explicaciones. La primera de ellas, es la atribuida a PLACENTINO DE MONTPELLIER, que considera *positio* como *species*.

Esta expresión fue entendida *prout legistae* (en expresión de ACURSIO, *Gl. Huius studii*) por Juan BASSIANO y su discípulo AZÓN el cual (*Inst. De iust. et iure*) la crítica con las siguientes palabras: «*nec enim prima expositio placet quod ex diversitate rerum vel personarum super quibus ius ponatur, diversae eius species ponantur vel videantur. Hac enim ratione infinitae essent species iuris quare infiniti sunt homines et infinitae sunt res*»<sup>5</sup>.

Estos autores (AZÓN, *loc. cit.*) propusieron, a su vez, un segundo entendimiento del término *positiones*: «*super duobus ponitur ars ista studio discenda, idest super iure publico et privato*».

El tercer concepto es el de un discípulo de AZÓN: Jacobus BALDUINUS, cuya crítica a la posición de su maestro nos ha sido transmitida por ODOFFREDUS (quien califica a BALDUINUS de *magister meus*). Según ODOFFREDUS (*Com. ad Tit. de iust. et iure, l. huius studii*, núm. 10), la exposición de BASSIANO y AZÓN «*non placet quare remanet eadem oppositio: quare ius naturam loquitur de aliis*». Para sustituirla propone la de BALDUINUS: «*huius iuris studio addiscendi duae sunt positiones, idest duae partes principales de aliis praedicantes. Et ius est genus et istud ius habet bonas partes principales...*»<sup>6</sup>.

Finalmente, el cuarto intento de definición es el de ACURSIO (*loc. cit.*) que acoge la primera de las concepciones citadas, es decir, la de PLACENTINO, salvando la objeción de AZÓN.

Para ello, ACURSIO distingue dos acepciones de la palabra *species*, a saber, *prout legistae* para quienes *species* equivale a *res super quibus ius tractat*, con lo cual «*constaret species esse infinitas cum super multis tractat hoc ius*» y «*prout dialectici*» según los cuales «*qua posita (specie) ponitur et genus, sed non convertitur*». Son lo que ACURSIO (*Gl. positiones a vers. huius studii*) acaba definiendo «*positiones idest divisione*»<sup>7</sup>.

En la línea de ACURSIO se pronuncia BELLAPERTICA y CINO DE PISTOIA. PEDRO DE BELLAPERTICA (*Inst. Lib. 1*, núm. 16) salva la interpretación de PLACENTINO, respecto de la crítica de AZÓN: «*Credis tu quod Placentinus ita fatuus fuisset... certe non, quia contra legem diceret, quia lex scripta in aliquibus terminis, videtur scripta*

<sup>5</sup> AZO, *Summa Codicis*, en el t. II del *Corpus Glossatorum juris civilis*, Aug. Taur, 1966.

<sup>6</sup> ODOFFREDUS, *Lectura super Digesto veteri*, I (reimpr. Bologna, 1967).

<sup>7</sup> *Pandectarum sive Digestorum juris civilis, Tomus Primus*, Venetiis, 1569.

*in alis quae non differunt penes tractatum*». En consecuencia, *positiones* significan «partes, una respicit ius publicum et alia respicit ius privatum»<sup>8</sup>.

Por su parte, CINO DE PISTOIA (*Sup. Dig. Vet. rubr. De iust. et iur. l. iuri opera*, núms. 6 y ss.) reproduce el argumento de BELLAPERTICA en defensa de PLACENTINO: «*sed certe ius non diversificatur penes diversitatem rerum, quae non habent diversitatem in iure, sed bene diversificatur penes res, quae in iure habent diversitatem, vgr. maior et minor... mobile et immobile... publicum et privatum*» y sigue su conclusión «*positiones, id est species*»<sup>9</sup>.

A partir de aquí, los comentaristas siguen la concepción de PLACENTINO y ACURSIO. Así, BARTOLO (*Com. in vers. huius studii*, núm. 1), viene a equiparar (de paso, puesto que no trata específicamente la materia) *positio* a *divisio*. En consecuencia, habla de *divisionem iuris* y *membra divisiones* al referirse a los Derechos público y privado<sup>10</sup>.

BALDO (*Comm. in vers. huius studii*, núm. 5), en términos acursianos, expone «*secundo quaero quid dictum, duae sunt positiones. Respondeo, sunt, idest duae species predicabiles de suis subjectis et sic dialecticae. Et dicuntur species positiones quia ponunt genus, quod nunquam abstrahitur a propria specie*»<sup>11</sup>.

PAULO DE CASTRO (*Comm in Dig. vet. Tit. de iust. et iure, vers huius studii*) habla de «*distinctio bimembris: videlicet quod omne ius aut est publicum aut privatum*». ANGELUS DE GAMBILIONIBUS (*Aretinus*) lee la expresión *positiones* con las siguientes palabras: «*Nota quod ius civile prout genus dividitur in duae speciales partes scilicet publicum et privatum*» (*Super Inst. Tit. de iust. et iure vers. huius studii*)<sup>12, 13</sup>.

Cerramos este breve recorrido con el testimonio del último de los comentaristas: el milanés JASON DE MAYNO (*Super prima Dig. vet. Tit. de iust. et iure vers. huius studii*, núm. 2) quien dos siglos y medio después de ser formulada viene a repetir la tesis acursiana: «*In textum ibi, intellige positiones secundum glossam id est species, quae sic ideo dictae sunt: quia ponunt necessario suum genus et ponuntur a suo genero non necessario sed contingenter*»<sup>14</sup>.

Visto lo que se entiende por *positiones*, veamos ahora el significado de la distinción desde el punto de vista del interés.

Las expresiones del D. 1, 1, 1, 2 (y, complementariamente, las idénticas del *Inst. 1, 4*) «*ad statutum Rei Romanae spectat*» y «*ad singulorum utilitatem*» (se sobreentiende *spectat* en el texto del *Digesto* y se escribe *pertinet* en el de las Instituciones), se entienden desde el primer momento como sinónimos de interés o utilidad. Así, para designar lo indicado por las citadas expresiones, se utilizan como sinónimos los verbos *interest*, *expedit* o *conducit* aplicados indistintamente

<sup>8</sup> PETRUS DE BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum* (reimpr. Bologna, 1972).

<sup>9</sup> CYNUS PISTORIENSIS, *In Digesti veteris Libros Commentaria doctissima*, Francoforti, 1578.

<sup>10</sup> BARTOLUS DE SASSOFERRATO, *In primam partem Digesti veteri Commentarii*, Lugduni, 1547.

<sup>11</sup> BALDUS DEGLI UBALDI, *In primam partem Digesti veteris Commentarii*, Venetiis, 1586.

<sup>12</sup> P. CASTRO, *In primam Digesti veteris partem Patavinae Praelectiones*, Lugduni, 1553.

<sup>13</sup> A. GAMBILIONIBUS, *Commentaria seu lectura super quattuor Institutionum Justinianiarum Libri*, Lugduni, 1548.

<sup>14</sup> J. MAYNO, *In primam Digesti veteris partem Commentarii*, Aug. Taur., 1576.

a *Reipublicae* o a *privatorum* (vid. los testimonios de AZÓN y ODOFREDO, en los lugares anteriormente citados y el de ACURSIO, en la *Gl. in sacris* y *Gl. ad singulorum* al texto del *Digesto*).

Sin embargo, también se advierte inmediatamente que la tajante bipartición justiniana, entendida en su rigor literal, no es viable. Por la razón de que entre interés público y privado existe una identidad final, que hace que vengan a coincidir.

Esta coincidencia final la describe claramente ACURSIO en las *Glosas* citadas más arriba. Así, en la *Gl. ad singulorum*, dice refiriéndose a la utilidad privada: «*expedit enim reipublicae ni quis re sua male utatur*». Y en la *Gl. in sacris*, escribe: «*Consistit ius publicum in sacris, ut sunt ecclesiae in quibus petimus veniam peccatorum... item in sacerdotibus, quia interest ut sint sacerdotes a quibus veniam petamus peccatorum... item in magistratibus quia interest ut sint magistratus, parum enim prodesset iura esse in civitate nisi sint homines...*».

Para salvar la contradicción entre la distinción plena que contienen los textos legales y los datos que proporciona la observación de la realidad, se acude a un típico recurso escolástico: la distinción. El texto legal, que es incorrecto tomado literalmente porque no pone de relieve lo que de público hay en el interés privado y viceversa, es en cambio, exacto, tomado *sub distinctione*. La dicción legal puede mantenerse siempre que ambas definiciones de Derecho público y privado se vean acompañadas por el adverbio *principaliter*. De modo que Derecho público es el que interesa o se refiere principalmente (pero no exclusivamente) al pueblo romano y Derecho privado es el que se refiere principalmente (pero no exclusivamente) a la utilidad de los particulares.

Este adverbio, lo encontramos utilizado por primera vez en la *Summa Institutionum* de IRNERIO (Lib. 1 Tit. *De iust. et iure*) quien escribe, refiriéndose al Derecho público: «*...spectat enim ad statum rei romanae principaliter tuendum...*»<sup>15</sup>.

La formulación completa de la tesis la encontramos en AZÓN (*loc. cit.*): «*Jus autem privatum est quod ad singulorum pertinet utilitatem, subaudi principaliter, secundario tamen ad rempublicam pertinet... sic quod rei publicae principaliter interest secundario puto quod respiciat utilitatem singulorum*».

La distinción se convierte en un lugar común de toda la doctrina posterior. Así, ODOFREDO (*loc. cit.*): «*... unde nota quod illud quod principaliter est publico, secundario est privatum... similiter ex contra, quare interest principaliter privatorum secundario interest reipublicae*». También ACURSIO, *Gl. ad singulorum*, donde emplea prácticamente idénticas expresiones.

También en los comentaristas. Así CINO DE PISTOIA (*loc. cit.*, núm. 16): «*Tertio opponere circa hoc quod omnes casus statuti in iure, respiciunt utilitatem publicam, ergo omnia iura publica sunt. Respondeo et dico quod omnia iura possunt publica dici tamen distinguntur penes principalitatem*». BARTOLO (*loc. cit.*, núm. 1): «*Oppono, videtur quod utilitas privatorum sit publica, nam interes reipublicae locupletes habere subiectos... Solutio est verum quod utilitas privatorum est utilitas reipublicae, secundario tamen*».

<sup>15</sup> En *Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum*, t. 1, Bononiae, 1892.

Destaca, por su claridad, la exposición de BALDO (*loc. cit.*, núm. 7): «*Oppono dicitur hic quod aliud est ius publicum et aliud privatum, cum omne publicum includit in se non solum publicum commodum sed etiam privatum cum Respublica non sit aliud nisi ipsi homines... et ideo universitas dicitur prima... item omne privatum commodum includit in se publicum commodum quia interest Reipublicae habere subditos locupletes... Solutio, quando bonum publicum includit privatum vel e contra, istud est secundario, unde principaliter loquendo distinctio remanet valida et verba simpliciter prolata debent intelligi principaliter, non secundario*».

¿Qué se entiende por interés público y privado? En este punto, es decisiva la aportación de la Escuela de Orleáns.

Antes de ella, los Glosadores se limitan a justificar la ejemplificación que realiza el texto del *Digesto*. La Glosa *in sacris* de ACURSIO (que se ha reproducido anteriormente), nos da una perfecta idea de esta posición.

La Escuela de Orleáns (de la que aquí utilizaremos el testimonio de PEDRO DE BELLAPERTICA) aporta al tema una mayor complejidad de tratamiento, pero también una atención predominante hacia el concepto de interés público, como el más complejo de los dos y que marcará la doctrina posterior hasta llegar a los Cultos. Esta prioritaria atención hacia el interés público tiene una importantísima consecuencia: el prescindir de reflexionar acerca de la naturaleza y contenido del Derecho privado, tarea que veremos corresponderá, igualmente, a la Jurisprudencia elegante.

La prioridad dada al estudio del concepto de Derecho público se apoya, en la exposición de BELLAPERTICA (*Inst. Lib. I Tit. de iust. et iure*, núm. 21), en la constatación de que «*publicum ius est quod in quolibet casu particulari continet publicam utilitatem. Sed ius privatum nen affert in quolibet casu publicam utilitatem*». Como ejemplos de la afirmación muestra que mientras todos están interesados en que haya iglesias, sacerdotes o magistrados (instituciones típicas de Derecho público), cuando alguien nombra un procurador suyo, tal nombramiento únicamente concierne a su propia utilidad y no a la general.

A partir de aquí, BELLAPERTICA señala el carácter plurívoco del *ius publicum*: «*Scire debetis quod triplex est ius publicum. Est ius publicum proprie, alio modo improprie, tertio modo improprie*». La diferencia entre las tres categorías se establece en base al diverso tipo de utilidad pública que proporciona.

Es «*ius publicum proprie modo*» cuando se trata de instituciones que «*in quolibet casu suo particulari consistit, affert publicam utilitatem*». El ejemplo de este tipo de utilidad «*est quod in sacris consistit*». Es «*ius publicum improprie*» cuando «*in casibus consistit qui non afferunt publicam utilitatem, tamen de prope ordenantur ad publicam utilitatem*». Así, los testamentos, «*tunc verosimile quod aliquid relinquet piis causis*». O el matrimonio, «*nam forsam procreabit quendam qui poterit esse pampam*».

Finalmente, el «*ius publicum improprie modo*», cuando «*in quolibet suo casu particulari non affert utilitatem publicam, sed illis coadunatis potest resultare utilitas publica*. Es el caso de la administración de justicia, «*nam si quis possideat rem tuam quod illam restituat non affert utilitatem publicam... sed illis coadunatis sic, quia tunc quilibet erit in quiete*».

La demostración más clara de que la cualidad de «pública» de la utilidad se predica en relación al número de personas que participan de ella y no está en función de la cualidad de las mismas lo ofrece el *ius fisci*, cuya calidad de público es *improprie*, debido a que «*licet fiscus habeat domum istam si vaccet, res publica nihil lucratur*», con todo «*ordenatur ad publicam utilitatem... namsi fiscus dives est... melius publicam defendat utilitatem*».

Como es sabido, CINO DE PISTOIA hace de puente entre los juristas de la escuela de Orléans y la corriente italiana de los Comentaristas. Él es, pues, quien introduce las dos grandes aportaciones que acabamos de ver. El carácter público de la utilidad, definido únicamente en razón de la cantidad de sus beneficiarios. Y, en segundo lugar, el carácter plurívoco de la utilidad pública.

El primer punto se trata en materia de Derecho fiscal (*Com. sup. Dig. Vet. De Iust. et iure*, núm. 17), que presenta una doble connotación pública y privada. Es utilidad privada porque aprovecha sólo al fisco, pero pública porque a través del Fisco aprovecha a todos. Con todo, la idea del valor preponderante de la cantidad de los beneficiarios hace que CINO se incline por calificarlo de privado: «*ius privatum est quod ad singulorum utilitatem, id est, hominis sive sit privatus sive fiscus*».

En cuanto a la plurivocidad del término *ius publicum*, CINO es más restringido que BELLAPERITICA, ya que sólo distingue dos sentidos de la expresión. El «*proprie*», «*quod respiciunt in quolibet suo casu particulari publicam utilitatem*». Se caracteriza porque la utilidad percibida por uno no impide la percepción por parte de los demás. Y el «*per appropriationem*», que es el «*improprie*» de BELLAPERITICA. En cambio, los casos en que «*non affert publicum utilitatem in quolibet suo casu, sed in universo*».

BARTOLO (*Com. in Infort. Tit. Solutio matrimonio, l. dotis causa*, núms. 24 y ss.) desarrolla las líneas marcadas por sus antecesores, distinguiendo cuatro sentidos de la «*publica utilitas*». «*Tu vero per intellectum huius materiae dic quod publica et privata utilitas possunt summi quattuor modis: Prima est quadam utilitas publica quae suam utilitatem affert in communi et in quolibet particulares*». Es la utilidad pública por excelencia, porque es compartida por todos, sin que el disfrute de uno impida el de los demás. En este apartado entran los ejemplos clásicos de Derecho público («*in sacris, sacerdotibus et magistratibus*»)<sup>16</sup>.

«*Secunda est utilitas publica quae affert utilitatem suam in communi sed non in particulari*». Su ejemplo típico es el derecho fiscal.

El tercer sentido de la «*publica utilitas*» supone salirse del marco estricto de esta última, para entrar en la utilidad privada. «*Tertia est quadam utilitas privata principaliter, tamen dicitur publica secundario quia respectu universi utilis est quia affert utilitatem respectu universi. Et est apta afferre in quolibet casu particulari*». Es el caso del matrimonio, porque a través de él se puede engendrar a alguien que quizá se convierta en sacerdote, magistrado, papa o emperador «*et sic est apta nata afferre suam utilitatem in qualibet re particulari*».

<sup>16</sup> BARTOLUS, *In primam Infortiati partem Comentariorum*, Lugduni, 1547.