

# A LA BUSQUEDA DE NUEVAS TECNICAS: OBREPCION Y SUBREPCION (\*)

*SUMARIO:* 1. Concepto.—2. Origen y configuración en el Derecho romano.—3. Derecho canónico.—4. Derecho regio, feudal y evolución posterior.—5. Situación en el Derecho moderno.

## 1.—CONCEPTO.

Aunque la clara diferenciación y significación de estos conceptos no se realizó hasta tiempos recientes, vamos a tomar como base estas dos definiciones: Obrepción es la falsa narración de un hecho a un superior para conseguir de éste un rescripto, empleo o beneficio; y subrepción es la ocultación de un hecho para obtener lo que de otro modo no se conseguiría. Según ZARAGÜETA, en su *Vocabulario filosófico*, subrepticio tiene un sentido amplio, comprensivo de todo procedimiento fraudulento de recabar algo de alguien, y un sentido más estricto, la obtención de algo por disimulo y ocultación de algo, que de saberlo el concedente le hubiera inducido a denegarlo. Obrepción hay cuando además se alegan hechos falsos para favorecer la petición.

Jurídicamente se designan con estas voces dos vicios de los rescriptos causantes de la nulidad de los mismos. Surgen en la época postclásica del Derecho romano, aplicándose plenamente en las técnicas de Derecho canónico medieval y en el Derecho regio y feudal, subsistiendo hasta el constitucionalismo del siglo XIX, desapareciendo al dejar de aplicarse la técnica de los rescriptos. Hoy día únicamente aparecen en el *Codex Iuris Canonici*, promulgado por Benedicto XV.

Nuestro trabajo comprenderá dos grandes partes: estudio histórico de estas dos figuras y procedimientos análogos que se emplean en el moderno Derecho español.

---

(\*) Los autores, alumnos de tercer curso en la Facultad de Derecho de Madrid, han realizado este trabajo para el Seminario del Profesor Villar Palasí, a quien quieren agradecer aquí sinceramente las indicaciones y colaboración recibida en todo momento, agradecimiento que se extiende también a los Profesores Ayudantes señores Valdés y Arias.

## 2.—ORIGEN Y CONFIGURACIÓN EN EL DERECHO ROMANO.

Estas voces latinas, compuestas del verbo «repo», que en su significado más general define la acción de deslizarse, unido al prefijo «ob» (enfrente de), aparecen en Ulpiano con significado de entrada con astucia y engaño. El Codex Theodosianus utiliza «obreptitius» y «obreptive» refiriéndose a algo ganado con engaños, clandestinamente. En Plinio, «obreptus» es el que ha llegado con astucia, con engaños, clandestinamente. Con el prefijo «sub» (debajo de) toma el sentido de introducirse sin sentirlo, ocultamente (Codex Theodosianus). «Subreptus» (robado con ardid) es citado en Suetonio y Cicerón. Así, pues, en un análisis etimológico no se advierte gran diferencia entre ambas figuras, lo que causará graves trastornos a la doctrina posterior (SOHM, WENGER, etc.).

Su origen como figuras jurídicas parece estar en el nacimiento de la nueva fórmula procesal romana «per rescriptum» hacia la segunda mitad del siglo V después de Cristo, según GIFFARD (1), o, más precisamente, en tiempo del emperador Zenón (474-478 d. C.), según COLLINET (2). Bajo Justiniano tuvo plena vigencia. Aunque es posible que en fechas anteriores se haya empleado aisladamente en casos excepcionales (3).

El procedimiento comenzaba con la presentación por una de las partes, o por ambas, de un escrito, llamado vulgarmente «libellus conventio-nis» y también «preces», «supplicatio», «libellus principii oblatus», etcétera (4), al emperador, solicitando de él un rescripto ordenando al juez el comienzo de proceso. En el «libellus» habían de referirse las circunstancias de hecho, atendiendo únicamente a las cuales el magistrado debería decidir (5). Según Ursicino ALVAREZ, las partes debían atemperarse en su exposición estrictamente a los hechos reales, diciendo sólo la verdad y toda la verdad (6).

Pero ¿y si en el libelo se omite algo verdadero o se alega algo falso? Las fuentes legales sobre este punto se reducen a unas pocas constituciones imperiales de la época justiniana, contenidas en el Codex, las cuales señalan que el rescripto sólo era válido «cuando descansaba en hechos verdaderos» (U. ALVAREZ), pues parece ser que todos llevaban explícita o implícitamente la cláusula «si preces veritate nitantur», que condicionaba la validez del rescripto, puesto que el juez estaba obligado a fallar de acuerdo sólo con el rescripto, «si los hechos eran tales cuales la parte los había reseñado en su libelo petitorio al emperador, y que después habíanse tenido como base del rescripto» (WENGER) (7).

La configuración dada por el Derecho romano a estas entelequias ju-

(1) Cfr. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, I, pág. 194.

(2) COLLINET, *La procédure par libelle*, París, 1932.

(3) MONIER, op. cit.

(4) U. ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano*, I, pág. 595.

(5) LONGO, *Diritto Romano*, Torino, 1939, pág. 95.

(6) U. ALVAREZ SUÁREZ, op. cit.

(7) WENGER, en el *Derecho Privado Romano*, de Jörs-Kunkel, pág. 524, ed. esp.

rídicas se nos muestra muy incipiente y técnicamente imperfecta. No es posible, dada la escasez de textos, construir una concepción clara de estos vicios, así como de su desarrollo y alcance. En efecto, por un lado se nos dice que «la 'praescriptio subreptionis' es la objeción opuesta por el demandado, afirmando que el demandante, al solicitar el rescripto silencio determinados hechos; y 'praescriptio obreptionis', la alegación de que adujo hechos falsos» (SOHM) (8), trastocamiento semántico de estos vocablos, contrariado por el bien decir de U. ALVAREZ: «Cuando se habían alegado hechos falsos (mendacia), los rescriptos que sobre tal base se dictaban ('rescripta subreptitia') eran nulos, y también lo eran aquellos que se habían obtenido ocultando parte de la verdad ('rescripta obreptitia')» (9). Confusión también advertida en WENGER: «Mediante alegaciones de hechos falsos subrepticamente se podían obtener sentencias injustas» (10), refiriéndose solamente a la subrepción y sin aludir en absoluto a la obrepción. ¿Quizá para WENGER se engloban ambas figuras en la «subreptio»?

Contradicciones doctrinales que tienen su explicación en la escasa precisión con que se perfilan estas figuras. Era necesario un procedimiento para remediar las injusticias cometidas con ocasión de las falsedades en los rescriptos, y para ello se crearon estas categorías de forma rudimentaria, que no alcanzaron su perfecta realización hasta la Edad Media con el Derecho canónico y el Derecho regio.

Si bien podemos afirmar que un rescripto dado como concesión a una petición en la que se omitieron hechos verdaderos que afectaran al caso, o en la que se alegaran falsedades de cualquier tipo, era nulo, en modo alguno se pueden hacer consideraciones sobre cuál era la razón de la anulación: si el vicio de error que afectara la voluntad del emperador, si la falta de presupuestos necesarios, etc., pues la construcción romana no puede ser más somera y sencilla.

Y sobre esta pequeña base edificaron los canonistas el futuro complejo de la «obreptio» y «subreptio».

### 3.—DERECHO CANÓNICO.

También en Derecho canónico las voces «obreptio» y «subreptio» designan los vicios de que podían adolecer las «preces» o «supplicatio» para obtener un rescripto. En su más vulgar acepción, «obreptio» («expositio falsi») en la terminología del actual *Codex* sería la alegación en la «prex» de un hecho o hechos falsos; y «subreptio», o «reticentia veri», según el C. I. C., la ocultación en ella de algo verdadero. Al generalizarse la práctica de los rescriptos, no circunscribiéndose ya a una mera forma procesal, aquéllos fueron muy utilizados, no sólo por el Papa, sino también por los emperadores y príncipes.

(8) R. SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Rocas, Madrid, 1936.

(9) U. ALVAREZ SUÁREZ, *op. cit.*

(10) WENGER, en Jörs-Kunkel, *op. cit.*

La moderna doctrina canónica es unánime al definir estas dos figuras: las expresiones «narratio falsi» (SCHMALZGRUEBERG) (11), «expositio falsi» (CAPPELLO) (12), «insinuatio falsi» (WERNZ-VIDAL) (13), empleadas por los autores, son similares; se refieren a algo «contra veritatem» (14). Para designar la subrepción, las expresiones más usadas son las de «reticentia veri» (C. I. C. y WERNZ-VIDAL) (15), y «taciturnitas veri» (SCHMALZGRUEBERG) (16): algo verdadero que se omite en la «prex».

En el Derecho actual, la subrepción en las preces no obsta para que un rescripto tenga fuerza y sea valedero con tal que en él se exprese todo aquello que, según el estilo de la Curia, debe expresarse para la validez. Tampoco obsta la «obreptio» con tal que, ya la única causa propuesta, ya una de las motivadas, si hay varias, sea verdadera. Si se conceden varias gracias, los vicios de una parte no invalidan el resto (CIC, cánones 40, 42, 45, 1054 y 2361).

En el primitivo Derecho canónico puede verse la misma confusión que reseñábamos en el Derecho romano. Por ejemplo, AMYDENIUS nos dice: «Concludo itaque nullam esse in iure diversitatem inter subreptionem et obreptionem» (17), y reflejo de ello es que incluso hoy, WERNZ y VIDAL digan que «duo vocabula saepe promiscue adhibentur» (18). Antes de la decretal «super litteris», de Inocencio III (1208), decisiva para toda esta doctrina, no estaba realmente diferenciada la amalgama recibida del Derecho Romano Justiniano, y esta confusión inicial subsistió durante cierto tiempo.

VAN HOVE, monografista del tema, les asigna (19) estos efectos:

A) En los rescriptos de justicia, los autores estaban de acuerdo en señalar que, tanto la obrepción como la subrepción, hacían nulo el rescripto, pues faltaba la voluntad del Papa, el cual actuaba movido por error. Algunos creían que en todos los casos, incluso ya fueran cometidos por dolo o ignorancia; pero otros sostenían que era el juez quien, en todo caso, debería decidir. La citada decretal de Inocencio III zanjó definitivamente la cuestión, estableciendo que «obreptio» y «subreptio» por dolo anulaban siempre el rescripto.

Discutióse si la nulidad se producía «ipso iure», o bien «ope exceptionis» alegada por la otra parte (20). En favor de la primera solución se alegaba un texto de la citada decretal de Inocencio III, confirmada por la

(11) SCHMALZGRUEBERG, *Ius ecclesiasticum universum*, I, 1, Roma, 1845, pág. 243.

(12) CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, Roma, 1945, pág. 119.

(13) WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, I, Roma, 1938, pág. 411.

(14) ANDRÉ, *Droit Canon*, II, París, 1862, pág. 639.

(15) WERNZ-VIDAL, op. cit.

(16) SCHMALZGRUEBERG, op. cit.

(17) AMYDENIUS, *De styl. datariae*, cap. 33; cita en ANDRÉ, op. cit.

(18) WERNZ-VIDAL, op. cit., pág. 411.

(19) VAN HOVE, *De subreptione et obreptione in rescripti*, en *Miscelanea Vermeesch*, II, págs. 337 y ss.

(20) Una excelente exposición de la po'émica en Th. DE ROSA, *De executoribus litterarum apostolicarum*, 1747, II, c. 2, nn. 39-52.

constitución «De rescriptis», de Honorio III (1212-1227) (MASCHAT, GONZÁLEZ TÉLLEZ, SEBASTIANELLI, BOCKHN y otros) (21); la interpretación contraria se apoyaba en la constitución «Cum dilecta», de Inocencio III (1209) (FELINUS SANDEUS, SÁNCHEZ, PIRHING, DE ROSA, WERNZ) (22).

Los rescriptos de justicia obrepticios y subrepticios, pero hechos de buena fe, dispuso Inocencio III que si el Papa los había concedido en la forma acostumbrada, eran válidos pese a este vicio. Caso contrario, eran nulos. Hay en dicho Pontífice una actitud tendente a excusar a los peticionarios que alteran u omiten la verdad sin malicia, «Venia dignus est qui nec noluit nec deliquit» (23), aunque no se favorecía, ni mucho menos, la práctica de estos vicios, pues «cavendum est ne falsa in narratione ne pars inserat aut aliquid omittat», dice la constitución «Ad aures» (24).

Era grande la diferencia entre los rescriptos de gracia y los de justicia. En éstos, la célebre cláusula «si preces veritate nitantur» (canon 45, CIC) sirve más bien de instrucción al juez que de jurisdicción suya (25). Los «rescripta justitiae», que se concedían fácilmente, como se deduce de la «De crimine falsi», de Inocencio III (1198), se fundaban en la existencia de la litis y se concedían en interés de las partes. La actual regulación no da cabida ya a los «rescripta justitiae» (26).

B) Los rescriptos de gracia eran siempre nulificados por estos vicios, pues se precisaba que faltaba la voluntad papal. Pero controvertían sobre si serían nulos también en caso de que obrepción y subrepción afectasen sólo a las causas impulsivas o secundarias. Apoyándose en un texto de la constitución «De rescriptis», de Inocencio III, algunos autores (EL PANORMITANO, PH. DECIUS, P. CORRADUS) (27) mantuvieron la opinión de que lo serían en todo caso. Pero esta doctrina tan severa fué atenuándose, llegando a decir que no sería nulo el rescripto si recaía el vicio sobre las causas impulsivas (a no ser que fueran varias impulsivas las que formaran una única causa motiva existente en la «prex»), de acuerdo con la regulación hecha por las Decretales de Gregorio IX, pues verosímilmente se creía que el Papa los hubiera concedido (28).

Se desarrolló también la doctrina, recogida en el *Codex*, de la suficiencia de la verdad que, según el estilo de la Curia, debe ser expresada (29). Los rescriptos con cláusula «motu proprio» no son nulos nunca, salvo que la única causa motiva sea falsa, ya que se piensa que el Papa los concede, no por lo que se pide en la «prex», sino por propia voluntad.

(21) y (22) Las citas de dichos autores pueden verse en VAN HOVE, op. cit.

(23) Cfr. ANDRÉ, op. cit.

(24) Idem.

(25) P. LEURENIUS, *Forum Ecclesiasticum*, 1737, I, 3, q. 284, n. 2; cita VAN HOVE, op. cit.

(26) VAN HOVE, op. cit.

(27) Idem.

(28) SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, disp. 21, n. 11, exponiendo los autores que sustentan esta opinión.

(29) Cardenal P. GASPARRI, *Tractatus Canonico de matrimonio*, I, Roma, 1900, n. 367.

Iguals efectos produce la cláusula «ex certa scientia», ya que el Papa obra con conocimiento de la causa y, por tanto, no obra movido de error.

Sobre los rescriptos de gracias obtenidos por fraude y dolo hubo fuerte polémica (30). Algunos autores pensaron que serían nulos siempre por la aplicación analógica de lo establecido en la Constitución «Super litteris» sobre los rescriptos de justicia. No obstante, no tuvo fortuna esta opinión, pues la mala fe no se da en ningún momento, se decía; además, si se calla lo que debía ser expuesto según el estilo de la Curia, no hay por ello dolo presente, actual. Por tanto, no debe tenerse en cuenta esta mala fe si se dice algo falso no referente a la causa motiva. Esta doctrina fué establecida en la XIII.<sup>a</sup> sesión del Concilio Tridentino (31), expuesta por varios autores (así SÁNCHEZ, LAYMANN, REIFENSTUEL, D'ANNIBALE) (32), y aceptada por la gran mayoría de la doctrina anterior del *Codex* (33), por lo que la Santa Sede juzgó que debía ser recogida en dicho cuerpo legal, como en efecto se hizo.

C) Una referencia nos queda por hacer respecto a los rescriptos que constan de varias partes. Algunos autores pensaban que si era falsa la única causa motiva alegada, fuera por dolo o por ignorancia, era nulo todo el rescripto; pero si había varias y sólo una era nula, no por ello lo eran las demás.

Los casos de dolo eran controvertidos. Unos creían que no siempre viciaban la totalidad del rescripto (LAYMANN, D'ANNIBALE); pero otros, con un criterio más severo y más extendido en la doctrina, afirmaban que todo el rescripto era nulo, pues —decían— Inocencio III no había distinguido entre causas motivas e impulsivas, y la nulidad era una especie de castigo al peticionario doloso; con lo que sólo serían válidos los pedidos de «bona fides» si el Papa, una vez conocida la verdad, los hubiera concedido (FAGNANUS, DE IUSTIS, PIRHING, GIOVINE, BOCKHN, etc.) (34). Pero si en el mismo rescripto se concedían otras gracias, esta concesión era válida, pues «vitiata una parte rescripti, non vitiatur altera separabilis», como dice SCHMALZGRUEBERG (35). El *Codex*, aunque no plantea expresamente la cuestión, parece admitir implícitamente que la mala fe sobre una parte del rescripto no afecta al resto.

Debe tenerse en cuenta, como dice CAPELLO (36), que cuando en la «prex» se mencionan varias causas y en el rescripto se menciona sólo una, ésta debe ser tenida por principal.

Así, pues, concluimos que la «obreptio» y «subreptio» tienen un tratamiento muy similar; la diferencia esencial se da entre los rescriptos obtenidos de buena fe y los dolosos. Por eso extraña leer en DEL GIUDICE que

(30) Cfr. ops. cit. de SÁNCHEZ y DE ROSA.

(31) BERUTTI *Institutiones iuris canonici*, I, Torino-Roma, 1936, pág. 131.

(32) VAN HOVE, op. cit.

(33) Por ejemplo, WERNZ, *Ius Decretalium*, I, ed. 1913, n. 153; más autores en VAN HOVE.

(34) Citas en VAN HOVE, op. cit.

(35) SCHMALZGRUEBERG, op. cit.

(36) CAPELLO, op. cit.

«'subreptio' es la omisión *dolosa* en las preces...» (37), pues tan «subreptio» es la dolosa como la cometida por «ignorantia vel simplicitas». Ambas figuras son, pues, vicios intrínsecos de los rescriptos (WERNZ-VIDAL) (38), pero bien delimitadas conceptualmente.

Respecto al problema discutido en la doctrina, de cuál es la razón por la que un rescripto obreptico o subreptico es nulo (39), la opinión tradicional era que la nulidad se debía a un motivo subjetivo, es decir, a que la voluntad del Pontífice estaba afectada por vicio de voluntad, el error; el Papa obraba engañado, su voluntad no era, por tanto, libre, y por esa razón el rescripto era nulo.

Pero, recientemente, GIACCHI (40) se ha apartado de esta posición, afirmando que la nulidad se debe a una razón objetiva: a la carencia de causa, no a la producción de error en la voluntad de la autoridad concedente. No existe la «necessitas vel utilitas» por parte de la Iglesia de concederlo o negarlo. No hay un interés directo ni indirecto.

Contra GIACCHI se ha alzado la crítica de D'AVACK (41), quien cree que el concepto, tan genérico y difuso, de «Bonum Commune Ecclesiae», utilizado por aquél, no aporta una contribución positiva al problema, pues, según expone, en cualquier ordenamiento jurídico la actividad de sus órganos tiene siempre como causa primera la satisfacción, directa o indirecta, del bien común de tal ordenamiento. La tesis de GIACCHI sería, para D'AVACK, aceptable en ciertos rescriptos, pero no en los pontificios, los más importantes y frecuentes.

FEDELE, por su parte (42), afirma que el Papa no está sujeto a la necesidad de causa. Sólo corresponderá la invalidez cuando conste que la voluntad papal ha sido sometida a error, efectivamente, y por ello la cláusula «motu proprio» hacía que el rescripto fuera válido; incluso si era obreptico, pues se pensaba que el Papa obraba por propia voluntad independientemente de la conformación de esa voluntad por el vicio de la obrepción. Parece, pues, que la nulidad se debe no a que resulte perjudicado el bien común de la Iglesia, sino a que el Papa actuó bajo los efectos del error o ignorancia provocada por el vicio de la «prex». La voluntad simple del Papa basta como causa del acto; opinión común de los autores y de las citadas decretales de Inocencio III; de otro modo, la doctrina de la cláusula «motu proprio» no se explicaría satisfactoriamente.

(37) DEL GIUDICE, *Nociones de Derecho Canónico*, ed. esp., Pamplona, 1955. página 189, n. 58.

(38) WERNZ-VIDAL, op. cit.

(39) Puede verse: GIACCHI, *La causa negli atti amm. canonici*, en *Scritti in Onore di Santi Romano*, IV, págs. 259 y ss.; GRAZIANI, *Efficace delle clausulae prejudiciales nei rescritti*, en «Diritto Eccles.», 1942, págs. 219 y ss.; FEDELE, *On the juridical nature of pontifical rescript*, en «Eph. Iuris Canonici», 1946, págs. 57 y ss.; D'AVACK, voz *Rescripto*, en el «Nuovo Digesto Italiano», XI, págs. 432 y ss.

(40) GIACCHI, op. cit. También en *Obreptio et subreptio nei rescritti in Dir. Can.*, en «Archivio di Dir. Publ.», 1938, págs. 80 y ss.

(41) D'AVACK, op. cit.

(42) FEDELE, op. cit., pág. 66, y también en *La volontà e la causa nei rescritti pontifici*, en *Studi en homenaje a C. Calisse*, Milano, 39, II, págs. 267 y ss.

Nosotros, siguiendo una opinión minoritaria, si bien consideramos que GIACCHI ha acertado en cuanto a la atribución del fundamento de la nulidad del rescripto a la razón objetiva de carencia de causa, pensamos que no puede ello basarse en el «*Bonum Commune Ecclesiae*», como muy bien dice D'AVACK. En efecto, pues toda concesión «*motu proprio*» —declaración de voluntad del Pontífice independiente— podría lesionar dicho bien común. Ahora bien, es necesario, para nosotros, separar rigurosamente en dos compartimentos estancos, sin comunicación posible, como viene a hacer el «*ius positum*», los rescriptos «*motu proprio*» de aquellos que llevan la cláusula indispensable «*si preces veritate nitantur*». Pues precisamente esta cláusula condicionante establece para esta última categoría de rescriptos la exigencia de un presupuesto fáctico necesario para la concesión del rescripto, que de no darse, anula automáticamente ese don. Lo cual nos demuestra claramente que para esta segunda categoría el fundamento de la nulidad es la razón objetiva de la carencia de presupuesto, mientras que para los rescriptos «*motu proprio*», la simple voluntad del Papa basta como causa fundamental subjetiva.

#### 4.—DERECHO REGIO, FEUDAL Y EVOLUCIÓN POSTERIOR.

Los rescriptos tuvieron plena aplicación en el Derecho regio medieval. Príncipes y señores feudales lo utilizaron ampliamente con toda clase de fines.

La técnica se recibe del Derecho canónico, y es empleada exhaustivamente durante toda la Edad Media, aunque notando el paso de los años. Efectivamente, el rescripto fué en principio un acto del emperador romano sin valor normativo general alguno. Así se definía el rescripto como «*responsum principis ad alterius petitionem scripto datum*»; otra definición muy completa es la de la *Summa Aurea* (I, tit. 3, 1): «*Illud quod ad apostolico, id est a Papa, seu a principe, rescribitur ad consultationem, relationem seu intimationem alterius, vel aliqui indulgendo*» (43). Sería, pues, el rescripto el equivalente al actual *acto administrativo* sin valor de ley.

La evolución de la naturaleza jurídica de los rescriptos que de un puro acto del soberano pasa a ser normación singular, es obra en el Derecho regio medieval de los curialistas al servicio de los príncipes, pues la frecuente concesión de beneficios, por medio de rescriptos, de los soberanos a los nobles, era necesario que fuera consolidada por los sucesivos reyes, e incluso por un mismo rey, para que vinculara al soberano.

La cláusula «*motu proprio*» surge en este sentido, y con ello confirmamos lo dicho anteriormente, para evitar la posible anulación de un rescripto por vicio de obrepción o subrepción, y surge precisamente a petición de los nobles beneficiarios. Pese a ello, los reyes encontraron posteriormente otro medio de revocarlos: decir que ese rescripto, aun teniendo la cláusula «*motu proprio*», era inválido, por ser contra derecho. Como remedio se crea la cláusula «*non obstante*», que viene a equivaler a la ya

(43) Más definiciones también en D'AVACK, op. cit.



vista «ex certa scientia». Dicha cláusula asegura la donación de un rescripto por el rey válidamente, aunque fuera contrario a Derecho, justificado por los curialistas afirmando que el rey «faciat ius»; así tal rescripto tenía validez de ley y se le da rango normativo. Es en el siglo XIV cuando aparecen los rescriptos, gracias a la cláusula «non obstante», con valor normativo general, oponibles, por tanto, «erga omnes», etc. Y en el siglo XVI ya alcanzan los rescriptos categoría de ley.

Desde el siglo XVI y hasta la llegada del constitucionalismo los rescriptos fueron fuente de Derecho objetivo (44). La práctica de los rescriptos era frecuentísima, debido al cúmulo de beneficios, privilegios, dispensas, etc., que se amontonan tanto en favor de particulares como de ciudades y corporaciones. Las ideas constitucionalistas de comienzos del XIX acabaron con los rescriptos al desaparecer las leyes de favor a particulares. El nacimiento del Estado de Derecho liberal, la aplicación de las ideas igualitarias, etc., acabó con la serie de normas excepcionales, que hoy día sólo subsisten en Derecho canónico.

### 5.—SITUACIÓN EN EL DERECHO MODERNO.

Veremos a continuación la aplicación de estos dos vicios en el actual Derecho español: a) En los negocios jurídicos del Derecho privado; y b) Colocación del problema en el Derecho administrativo; inaplicación de dichos vicios de voluntad al acto administrativo y solución que se propone.

Comencemos a desbrozar el espinoso asunto del error en el Derecho civil. Hemos de hacer notar que nos interesa únicamente el error vicio, no el llamado «error iuris», pues éste aparece prohibido como excusa en el artículo 2 del Código civil (45), lo cual no implica que en determinados casos pueda alegarse con eficacia, según el parecer de nuestra mejor doctrina civilista (PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, CASTÁN, DE BUEN, DE CASTRO) (46).

Circunscribiéndonos ya al error vicio, error de la voluntad, distinguimos aún error obstativo y error vicio en sí. El primero, llamado también error impropio, que no es un error en la voluntad propiamente dicho, sino aquel que provoca, como dice ALBALADEJO, una discrepancia inconsciente entre declaración y voluntad (47), no nos interesa, dado que obrepción y

(44) D'AVACK, op. cit.

(45) Sobre *error iuris*: COSTA, *El problema de la ignorancia del Derecho*, etc., Madrid, 1901; SÁNCHEZ PECUERO, *Los orígenes del art. 2 Cc (RDP, 1929, pág. 145)*; BORDA, *Error de hecho y de derecho*, etc., 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1950. También obras en la nota siguiente.

(46) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas...*, t. I, v. 2, pág. 200; CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, v. 1, 10.<sup>a</sup> ed., pág. 435; DE BUEN, *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1932, pág. 364; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, Madrid, 1955, págs. 590 y ss.

(47) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1961, págs. 354 y ss.

subrepción provocan vicios de la voluntad, con lo cual este vicio civil queda ajeno a nuestro estudio.

Error vicio propiamente dicho es aquel que actúa sobre la formación de la voluntad interna, tanto debido a un conocimiento equivocado como a una carencia absoluta de conocimiento (ignorancia).

La regulación del error vicio aparece en el Código civil en el artículo 1.266, fundamental para la doctrina del error. Contempla el citado precepto una gama de supuestos: a) Error sobre la sustancia de la cosa; b) Error sobre las condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrar el contrato; c) Error sobre la persona, y d) Error de cuenta (48).

Como nota común a todas las clases de error, la doctrina y la jurisprudencia señalan la de que debe ser esencial para producir la invalidez del consentimiento, y con ello la posibilidad de impugnar el negocio de que se trate. Si se diera una de las especies de error que legalmente no son consideradas aptas para anular la declaración, el único camino que queda, en caso de que ese error haya sido provocado maliciosamente por la otra parte, es el anularla por dolo. Veamos someramente el dolo en el Código civil.

El artículo 1.269 dice que «hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho».

Habrá dolo, pues, si el contrato se celebra por causa de una actuación alevé de un contratante. Las palabras del Código «maquinaciones insidiosas» han de entenderse en su sentido más amplio, comprensivo de cualquier conducta positiva o negativa del sujeto (el simple silencio puede dar lugar a dolo cuando se callan los defectos ocultos de la cosa). Actuar dolosamente es lo contrario a obrar de buena fe, principio general del Derecho recogido en el artículo 1.258. Dolo es, pues, lo mismo que error provocado, como se decía en Derecho romano, «decipiendi causa».

Desde el mismo Derecho romano se distinguió entre «dolus causam dans» y «dolus incidens», es decir, dolo causante directo del negocio y dolo incidental, sin el cual el contrato se hubiera celebrado, desde luego, aunque no en las mismas condiciones. Distinción hecha en los artículos 1.270-2 (dolo incidental) y 1.269 (dolo «causam dans»).

El dolo ha de ser por parte de uno solo de los contratantes (artículo 1.270), que sea grave (1.270); la doctrina añade además que haya habido «animus decipiendi», es decir, propósito de engañar, lo cual a nosotros nos parece algo superfluo, ya que la esencia del dolo radica precisamente en ese «animus», por lo que no es concebible un dolo que no lleve consigo ánimo de engañar, aunque, como especifica LEHMANN, precisa la consciencia del significado causal de su conducta para la emisión de la declaración de voluntad (49).

Sin embargo, la nota más interesante del dolo radica, como nos decía

(48) Cfr. ALBALADEJO, op. cit.; para una exposición más amplia de todo este problema, las obras especiales sobre negocio jurídico, como las de BETTI, FERRARA, CARIOTA FERRARA, SCIALOJA, STOLFI, etc., traducidas al castellano.

(49) LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, I, Parte general, Madrid, 1956. pág. 391.

el maestro DE CASTRO en la cátedra, en su carácter general, abarcador y potencial de todos los demás vicios. En efecto, si un negocio está viciado de error y de dolo, podrá seguirse cualquiera de las dos vías; el dolo potencia a los demás vicios, dándoles una eficacia que quizá de otro modo no tendrían. «El engañado —dice ALBALADEJO (50)— tiene dos armas para atacar tal declaración: la impugnación por error y la impugnación por dolo», y como afirma LEHMANN (51), la impugnación por dolo contiene la afirmación del error en relación con el hecho sobre el que pretendía engañarse al que impugna.

En fin, el dolo exige que provenga de uno de los contratantes, y de uno solo de ellos (art. 1.269), lo cual excluye tanto el dolo de los dos contratantes como el dolo de ninguno de ellos, es decir, el promovido por terceros (52); naturalmente, se necesitará para la relevancia del dolo el que éste haya dado causa al error, como exige acertadamente la mayoría de la doctrina; el artículo 1.269, en su sentido literal, es también terminante al respecto.

Pero ¿qué relación guardan con la obrepción o subrepción? Desde luego, a primera vista surge una evidente conexión entre estos vicios canónicos y los civiles, pero en un examen riguroso aparecen diferencias entre ambos conceptos, tales como:

a) El negocio jurídico bilateral, que es la base sobre la que se construye hoy la teoría del error, no puede asimilarse al rescripto papal, pues aquél contempla dos sujetos en plano de igualdad, y éste en rango jerárquico. En este aspecto, el rescripto viene a parecerse más al acto administrativo que al contrato privado.

b) Los rescriptos obtenidos por obrepción y subrepción eran, como vimos, nulos *«ipso iure»*; mientras que los negocios afectados de error o dolo son impugnables a petición de parte.

Esto en cuanto a la doctrina general.

De acuerdo con la opinión mantenida antes, nosotros sostenemos ahora esta otra diferencia:

c) Partiendo de la base de que la obreptio y subreptio ocasionaban la nulidad del rescripto, no por vicio en la voluntad papal, sino por carencia de presupuestos de hecho (salvo en los rescriptos con cláusula *«motu proprio»*), no cabe su parangón a los vicios de voluntad.

Por ello la teoría de los vicios de la voluntad del Derecho privado no se puede considerar satisfactoria respecto a este estudio, y hay que acudir al acto administrativo, más semejante al rescripto que el contrato privado para tratar de ver en aquél una supervivencia de aquellos vicios canónicos.

El enfoque del problema de la inestructuración de estos vicios en el moderno Derecho administrativo puede configurarse así:

(50) ALBALADEJO, op. cit., pág. 353.

(51) LEHMANN, op. cit., pág. 397.

(52) Véanse las interesantes observaciones de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALCUER, *Notas...*, I, 2. pág. 209.

A) Enlace de lo expuesto en Derecho civil con el Derecho administrativo:

La elaboración tan trabajosa de la doctrina del negocio jurídico hecha por la pandectística alemana de fines del XIX ha sido llevada a la teoría del acto administrativo, dando a luz a una importante corriente doctrinal que configura el acto administrativo como una actuación negocial del Derecho privado, utilizando sus mismos elementos.

El primero en opinar así fué KORMANN, su más original defensor. Más o menos recientemente, y con más o menos reservas, se han adscrito a esta línea: FRAGOLA CATALDI, SAYAGÜÉS, CAMMEO, CAETANO, HAURIU, etcétera (53).

Los postulados de esta tesis son claros: el acto administrativo es una declaración de voluntad, tal como la negocial, y por ello sujeta a todos los vicios propios de aquélla: error, dolo, etc. Siguiendo esta tesis, aplicando sin más los vicios civiles de la voluntad al problema de la obrepción y subrepción, tal como hemos expuesto anteriormente, daría como solución la inenajabilidad de éstas.

Sin ánimo de entrar en la prolija discusión sobre la naturaleza del acto administrativo, subrayamos, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, que la tesis de KORMANN es inaceptable. ¿Cuáles son las razones de repudio de tal postura?

Para GARRIDO FALLA (54), es inaplicable el trasplante del error al acto administrativo, debiendo reconducirse todos los supuestos de vicios de error y dolo a error en la aptitud o en la causa, pero no como vicios de voluntad. Señala GARRIDO FALLA la diferencia insoslayable entre el acto administrativo, «unilateral», y el contrato civil, «bilateral»; y que mientras en el Derecho civil la actuación de los particulares es libre y espontánea, en Derecho administrativo, la noción de interés público actúa como condicionante de la actividad administrativa.

También para FORSTHOFF (55) es inaplicable el esquema civil, suscribiendo la crítica que hizo VON HIPPEL a KORMANN: «Cuando un acto administrativo se realiza sobre la base de indicaciones que la autoridad recibe del interesado, éste adquiere, por virtud de esta colaboración, una cierta responsabilidad en la rectitud material del acto». Rechaza FORSTHOFF la aplicación del parágrafo 116 y siguientes del BGB (vicios de voluntad), partiendo del Derecho positivo alemán, concluyendo que el error no representa un hecho defectuoso independiente. En Derecho civil, dice, siguiendo a ANDERSEN, el error es, en cuanto tal, una razón de invalidación; pero en Derecho administrativo la clave está en los defectos materiales del acto de la Administración. El argumento final de FORSTHOFF es que la voluntad de la Administración no puede equipararse a la del particular: ésta es una voluntad natural y aquélla es una voluntad normativa.

Nosotros nos permitimos hacer las siguientes afirmaciones:

1) La declaración de voluntad negocial puede implicar una autolimi-

(53) KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, ed. 1910, pág. 208.

(54) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1964, pág. 452.

(55) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1958, págs. 331 y ss.

tación del declarante que restrinja su ámbito de derechos e intereses, pero no el de otra persona. El particular puede limitar su derecho mediante declaración de voluntad unilateral, pero no ampliar su derecho o limitar el de un tercero, insistimos. En Derecho administrativo es posible la limitación de la esfera de una persona ajena al declarante. Es más, lo normal es que una declaración de voluntad administrativa sea una orden (VILLAR PALASÍ), frente a la que surgen deberes del particular (56).

2) La llamada «ejecución de oficio» del acto administrativo hace asimismo inaceptable la tesis comentada. El particular, para ejecutar su derecho, debe acudir al juez; la Administración puede realizar su derecho de oficio, salvo siempre el control *a posteriori* del Tribunal.

3) Puede añadirse que la declaración de voluntad administrativa goza de una presunción de validez: el acto administrativo es ejecutivo, aun siendo impugnado, incluso nulo. La declaración de voluntad privada, viciada de anulabilidad, no puede ser realizable sin que antes el juez se pronuncie por su validez.

Por estas razones no es compartible la tesis de KORMANN, y es preciso acudir a una explicación diferente para comprender el mecanismo de la obrepción y subrepción.

B) Solución: Falta de presupuesto. Distinción entre presupuesto o base negocial civil y «presupuesto» del acto administrativo. ¿Es esto la causa?

La solución que proponemos es, dada la imposibilidad de aplicar una técnica civilista, típicamente administrativa. Nos referimos a la doctrina del presupuesto o base del acto administrativo, único lugar donde cabe encajar los antiguos defectos del rescripto papal. Para evitar confusiones terminológicas y dado que la teoría alemana de la presuposición parece ofrecer puntos de apoyo a una incrustación de la obrepción y subrepción en el Derecho privado, es imprescindible exponer una síntesis de esta amplia elaboración germánica:

Dentro de los elementos funcionales del negocio jurídico, concretamente entre las condiciones, ya dentro de las condiciones impropias, como ENNECCERUS, VON TUHR, etc., ya como figura *sui generis* de condición no desarrollada (WINDSCHEID, LEHMANN), coinciden los autores germanos en señalar la figura de la presuposición. Conceptuada por LEHMANN como «aquella circunstancia que una o ambas partes hicieron relevante, sin convertirla en condición, por considerarla erróneamente como acaecida, subsistente, o que se produciría con seguridad en el futuro». Concepto restringido por VON TUHR a la muy simple «*condictio praesens vel praeterita relata*». Hablando ENNECCERUS del error en el motivo nos encontramos con este párrafo: «La inexacta representación de la existencia, subsistencia o llegada de una circunstancia que era determinante para la declaración de voluntad, o sin la cual la declaración no hubiera sido emitida, o no lo hubiera sido de esa forma, será un error en la base del negocio»; (un «yo no hubiera querido de haberlo sabido», calificado por OERTMANN,

(56) Apuntes de cátedra, sin editar.

KRUCKMANN, SÜSS, ZITTELMANN, siguiendo a WINDSCHEID, como reserva virtual, cuya contrapartida sería la reserva actual en la forma de condición expresa o tácita, o «*condictio in praesens*», que, sin embargo, sólo es cuestión en caso de duda).

En la presuposición, las partes quieren incondicionalmente, pero ponen de manifiesto con su conducta que no querrían si supiesen que la circunstancia en cuestión no ha acaecido o no ocurrirá.

VON TUHR considera admisible sólo el acuerdo tácito sobre una presuposición si ambas partes consideran esa circunstancia como incierta y quisieron solamente la eventualidad de que ella existiese. Además, si bien falta la incertidumbre objetiva, que es la característica de la condición, existe un estado de incertidumbre subjetiva con lo que ciertos principios de aquélla hallan su aplicación a la presunción. Dirección doctrinal criticada por ENNECCERUS: No puede calificarse de presuposición a ese supuesto, pues la presuposición no parte de la duda, sino de la creencia en la certeza.

Según WINDSCHEID, seguido por LEHMANN, la presuposición ha de ser tomada en consideración no sólo cuando se ha puesto de manifiesto unilateralmente, sino cuando además se ha convertido de modo reconocible en contenido del contrato, o, según OERTMANN, su importancia fundamental para la conclusión del negocio se ha puesto de manifiesto en la estructura externa del mismo.

Sigue considerando LEHMANN que no es preciso para que la presuposición sea tomada en consideración que desempeñe en todo caso el papel de motivo determinante para la conclusión del negocio. Basta con que quepa afirmar su causalidad en el sentido de que la correcta representación hubiese preservado de la conclusión del negocio.

Dice ENNECCERUS que es un error digno de atención sobre la base del negocio cuando se trata de circunstancias cuya diversidad con relación a las que han sido representadas, tienen que alterar entre partes contratantes de buena fe la existencia del negocio, de modo que obraría en contra de la buena fe la parte que quisiera sujetar a la otra al cumplimiento del mismo.

No debe inducir a engaño, afirma LEHMANN, el hecho de que la falta de representación correcta lo denominen error en el motivo. Una representación incorrecta no es motivo, en sentido propio, como ha probado ZITTELMANN; sin embargo, ha de equipararse al motivo cuando la existencia de la representación correcta hubiera refrenado los verdaderos motivos del acto. No implica esto eliminar las fronteras entre contenido de la declaración y motivo, sino que supone el reconocimiento de que un motivo conjuntamente elevado a la base del negocio merece consideración, porque el contrario se ha declarado acorde con su significación determinante. Diferenciación difícil en la práctica, pero que mantiene de una parte la limitación teórica entre voluntad declarada y sus motivos, y de otra parte, entre la dependencia de la voluntad declarada de una circunstancia dudosa, en el sentido de condición y el simple reconocimiento contractual de un evento como motivo. LEHMANN expone que razonablemente nadie hace nunca depender la declaración de una circunstancia que

se sabe acaecida, subsistente o que llegará. Exposición que puede criticarse con las palabras de ENNECCERUS antes citadas: «La presuposición no parte de la duda, sino de la creencia en la certeza», y por tanto, es ilógico exigir la manifestación interrogante ante esa certeza subjetiva.

Otros autores que han analizado con gran detenimiento la presuposición elevada a base del negocio son OERTMANN y LOCHER. Parte OERTMANN para llegar al concepto de la base del negocio de la representación motivadora de los interesados, subrayando la no necesidad de que la presuposición sea motivo determinante, sino basta con la simple reserva virtual. Hubiera ido demasiado lejos, considera LEHMANN, si hubiera formulado como suficiente que el contrario reconozca relevantes las representaciones de la otra parte al no contradecirlas.

LOCHER concede que psicológicamente en nada se diferencia el fin del negocio con el simple motivo de las partes. Es más, que se trata de un motivo, ya que además el fin unilateral de cada una de las partes se convierte en fin del negocio por voluntad coincidente de ellas. Pues LOCHER parte del fin del negocio, al contrario de OERTMANN. Para él constituye la base del negocio el conjunto de circunstancias sin cuya existencia, continuación o advenimiento, no se alcanzaría el resultado que se persigue con el negocio de acuerdo con su contenido (fin del negocio).

No existe diferencia entre ambas doctrinas en lo que se refiere a sus bases objetivas. Pero, al decir acertado de LEHMANN, debería haber delimitado más agudamente las circunstancias que han de considerarse relevantes de las irrelevantes, ya que parte de la importancia objetiva de las circunstancias como medio para alcanzar el fin del contrato. Además, desde estos puntos de vista es difícil probar que la presuposición sea el fin del contrato en los casos en que sólo tenga importancia causal en el sentido de que la correcta representación hubiese evitado la conclusión del contrato.

Rechaza LEHMANN el ensayo de trasladar la consideración de la base del negocio a la esfera objetiva, y considerarlo así como la simple concurrencia o defecto de circunstancias que deberían existir para dar al contrato estructura útil y adecuada en el sentido del orden racional; pues supone despreciar la misión del negocio como medio para la libre y voluntaria configuración de las relaciones jurídicas.

HENLE no ofrece soluciones satisfactorias, pues sólo considera relevantes los motivos a cuya existencia estará vinculado el destinatario de la declaración. Desde luego es significativo para llegar a la conclusión del reconocimiento contractual de tal motivo. Pero su limitación a estos motivos es demasiado estrecha. También la presuposición no típica puede en determinadas circunstancias merecer consideración cuando el contrario se ha declarado conforme con ellas, como base del contrato.

De acuerdo con LEHMANN, ENNECCERUS señala que una fórmula general sostenible tiene que combinar los factores subjetivos y objetivos y partir de si la parte contraria procediendo de buena fe y en atención al contrato se hubiese hecho depender de la circunstancia en cuestión, o bien de buena fe, hubiese tenido que admitir el haberse tenido en cuenta la incertidumbre de la circunstancia al concluir el contrato. (Extraño, pues

esta incertidumbre es la misma de la que disiente ENNECERUS como carácter de la presuposición y que además está en contradicción con el párrafo siguiente). «Para que una circunstancia sea reconocida como relevante para la formación de la voluntad en el sentido de presuposición —afirma ENNECERUS, citando a LEHMANN—, precisa estos requisitos: 1. Que la importancia básica que la circunstancia tiene para la conclusión del contrato, fuese conocida de la otra parte. 2. Que además sólo la certeza con respecto a la existencia, continuación o advenimiento de la circunstancia en cuestión, haya apartado a la parte contratante que atribuía a aquélla una importancia de pedir a la otra su reconocimiento como condición o reserva. 3. Que ante esta petición de la otra parte, en atención al fin del contrato, en caso de tomarse en serie la inseguridad (¿?) de la circunstancia hubiere accedido a ella o hubiese de acceder a ella obrando de buena fe».

Fórmula con la que considera LEHMANN queda hecha la delimitación entre los simples motivos irrelevantes y la circunstancia base. Sin duda alguna tiene razón LOCHER cuando afirma que el motivo de uno de los contratantes no se convierte en fin del negocio por su simple comunicación a la otra parte.

Esta fórmula posibilita determinar (ENNECERUS-NIPPERDEY) la presuposición frente a aquellas circunstancias no poseedoras de significación fundamental, sino sólo de importancia subjetiva. Además demuestra la razón que asiste a WINDSCHEID al considerar la presuposición como condición no desarrollada. Y es que sólo entra en consideración cuando sólo la certeza en relación con la circunstancia en cuestión haya impedido que se la pacte como condición del negocio.

Un caso especial de presuposición elevado a base del negocio lo constituye la cláusula «*rebus sic stantibus*». En la doctrina y en la práctica forense medievales se desarrolló el principio de que en los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo, como, por ejemplo, suministro periódico de mercancías, debía considerarse siempre sobreentendida esta cláusula, por virtud de la cual cuando se produjese un cambio importante en la situación existente a la celebración del negocio pudiese pedirse su resolución por la parte para la que resultara excesivamente gravoso.

Dicho principio, que no fué recogido por las codificaciones civiles del pasado siglo, nuevamente planteado por la doctrina, ha tenido gran desenvolvimiento en éste, con diversas teorías o modalidades. Parécenos más acertada por su construcción la llamada teoría de la desaparición de la base del negocio.

OERTMANN ha formulado esta teoría, según la cual la desaparición de la base del negocio facultaría a la parte perjudicada para pedir la resolución contractual. Aceptada por ENNECERUS-LEHMANN, quienes precisan el concepto de base del negocio como «las representaciones de los interesados al tiempo de la conclusión del contrato sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión en el caso de que estas representaciones no hayan sido meramente conocidas, sino constituídas por ambas partes como base del contrato...». Teoría seguida también por HEDEMANN y LARENZ, que otra dirección doctrinal (LENEL, KRUCKMANN, MAURY) cri-



tica tachando de ficticio a ese fundamento subjetivo buscado, orientándose hacia fórmulas objetivas.

Por su parte, LEHMANN, independientemente, considera que la alteración imprevisible de las circunstancias económicas que servían de base al negocio fundamenta un derecho de resolución a favor de aquella de las partes para la que la vinculación al contrario supondría extraordinarias dificultades. No cabe afirmar en la mayoría de los casos que haya imperado la representación positiva de la subsistencia de tales circunstancias, o mejor, del equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación, sin embargo la falta de representación correcta de la posterior alteración de las circunstancias puede calificarse de error en el motivo en el sentido de que la correcta representación hubiera evitado la conclusión del negocio. Del hecho de la conclusión de un negocio recíproco, basado en el equilibrio de prestaciones, deducimos, por vía de integración de la voluntad, que las partes quisieron efectivamente admitir dichas circunstancias como base del negocio (57).

Esta doctrina, que por su maravillosa elaboración hemos desarrollado extensamente, es la que más base pudiera ofrecernos para servir de puente a la obrepción y subrepción en su conexión con el campo iusprivatista. Pero no podemos olvidar la quiebra fundamental que ofrece: aparte de las razones generales provenientes del Derecho privado, que señalamos al hablar del error, tropezamos con el obstáculo de que mientras la «ratio-essendi» de la obrepción es la mentira u ocultación de hechos verdaderos, esta teoría descansa en la ficción jurídica de que las partes tomaron como base de su acuerdo determinados supuestos de hecho, pero sin que en ningún momento haya un acto formal de engaño, falseamiento, ocultación, etcétera. La raíz, pues, de ambas construcciones es diversa, y ello no nos permite ni siquiera el intento de compararlas.

También se ha pretendido asimilar el presupuesto del acto administrativo a la causa del negocio privado. GARRIDO FALLA (58), tras examinar las posturas contradictorias de ZANOBINI y GIANNINI sobre este punto, llega a la conclusión de que el problema es puramente terminológico, siendo indiferente hablar de causa o de presupuesto del acto.

En realidad, a nosotros no nos parece un puro juego de vocablos. La causa es una noción demasiado civilista para poder trasladarla sin más al Derecho administrativo, e incluso en el Derecho civil es un problema discutido y confundido (causa, motivos, fines, etc.).

En el mismo Derecho administrativo es un problema profundamente discutido. Por ejemplo, mientras que para ZANOBINI es aplicable la causa tal como ha sido elaborada en Derecho privado, GIANNINI excluye termi-

---

(57) Para la doctrina de la presuposición hemos utilizado: LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, cit., págs. 417 y ss.; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, I, 1, Barcelona, 1941, trad. de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER; VON TUHR, *Derecho Civil*, etc., I, Buenos Aires, 1946; WINDSCHEID, *Voraussetzung*, 1850, ZivA, 78, 161; OERTMANN, *Geschäftsgrundlage*, 1921 (hay trd. española); ESPÍN, *Manual...*, Madrid, 1961, t. III.

(58) Cfr. GARRIDO FALLA, op. cit.

nantemente dicha aplicabilidad, sin que falten un sinnúmero de posturas eclecticas (59).

Para soslayar la discusión teórica es preferible prescindir de la idea de causa, lo cual evitará equívocos y confusiones, aunque es posible —¿por qué no?— llamar causa al presupuesto del acto administrativo y convertir la dificultad en puramente semántica.

Nos lleva, pues, el problema a la doctrina de los elementos del tipo del acto administrativo. Sin apurar el tema, cabe enunciar simplemente dichos elementos del modo siguiente:

1. Declaración de voluntad, que plantea problemas técnicos interesantes, como su diferencia con la del Derecho civil; algunos incluso rechazan el término, hablando de manifestación de potestad. Creemos que, sin olvidar las profundas diferencias con la declaración civil, es mantenible la expresión, aunque del tratamiento dado a la obrepción pudiera deducirse lo contrario.

2. Individualidad, lo que plantea la distinción y configuración del Reglamento y de los actos plúrimos, colectivos, complejos y colegiales.

3. Efectividad.

4. Unilateralidad, con los problemas de la naturaleza del contrato administrativo, concesiones y, en general, los «actos necesitados de coadyuvante», como dice, no muy felizmente, la traducción española de FORSTHOFF.

5. Ejecutoriedad.

Hay que hacer notar que los vicios objeto de este estudio se dan con frecuencia en estos actos necesitados de colaboración, o de coadyuvante, incluso llamados «actos bilaterales», de Walter JELLINEK, empleando una terminología insólita desde Otto MAYER. Es decir, de aquellos actos en los que es preciso una declaración de voluntad del particular previa en la que se mienta o se oculte algún hecho relevante.

La declaración de voluntad, primer elemento del tipo, puede, por tanto, estar viciada por faltarle los presupuestos de hecho del acto. Si, por ejemplo, para solicitar una beca está establecido que sólo podrán hacerlo los que reúnan ciertas condiciones económicas y académicas, y si una persona hace la petición mintiendo sobre dichas condiciones u ocultando algo que las haga variar esencialmente, el acto administrativo; la declaración de voluntad de la Administración al concederle la beca estará viciada por no gozar el acto de los presupuestos de hecho exigidos por el tipo legal. En estos casos es cuando podemos decir que hay obrepción o subrepción.

La declaración puede ser correcta legalmente, pero fallará en la base legal: los supuestos de hecho exigidos por el tipo legal, lo cual hará que el acto administrativo sea nulo, anulable, etc., como veremos después.

En estos casos no cabe decir que el acto administrativo es nulo porque

(59) Cfr. GARRIDO FALLA, op. cit.

El funcionario actuó por error, pues ocurre que se efectúa un proceso de imputación, por lo cual lo querido —la voluntad— del funcionario, voluntad natural, es achacado a la Administración, ente normativo e incorpóreo. Resulta, pues, absurdo hablar de error en la Administración; sólo sería lícito en el funcionario, elemento personal, pero la eficacia del acto administrativo no proviene de la voluntad del funcionario, sino de estar dicha voluntad reforzada por la potestad administrativa. Pero se plantea el problema de saber cuándo la declaración de voluntad ha dejado de ser del funcionario para incorporarse a la Administración. A nosotros, en síntesis, nos parece muy aventurado acudir al error y demás vicios civiles para dilucidarlo, prefiriendo la solución ya dada, sin olvidar por ello que sí hay una voluntad y una declaración de voluntad en el acto administrativo.

### C) Legislación.

Acabamos de decir que esos presupuestos de hecho deben ser exigidos por el tipo legal. Es preciso, pues, que la ley determine la necesidad de que se den esos elementos para que su falta provoque vicio de obrepción o subrepción.

Es hasta cierto punto frecuente encontrar en disposiciones administrativas dispersas dicha precisión: convocatoria de oposiciones, concursos, licitaciones, etc., en las cuales se establecen las condiciones exigidas en los solicitantes, en cuyo caso el problema parece resuelto. Más difícil es encontrar un precepto que consagre el principio general para toda clase de actos administrativos. No obstante, espigando en la legislación, se pueden señalar:

1. El artículo 48 de la LACHP, en su penúltimo párrafo: «Quienes concurren al otorgamiento de cualquier documento mediante el que se concierte un contrato para la ejecución de obras o servicios públicos, habrán de afirmar en él, bajo su responsabilidad, no hallarse comprendidos en ninguno de los casos de incompatibilidad a que se refiere el presente artículo. Si antes o después de la formalización del contrato se descubriese la falsedad de estas declaraciones, se acordará la nulidad de la adjudicación de la obra o del servicio, o la rescisión del contrato otorgado, respectivamente, sin perjuicio de poner el hecho en conocimiento de los Tribunales de justicia, a los efectos a que hubiere lugar».

2. El artículo 102 de la LCE. Su número 2 dice: «Falsedad en las informaciones o declaraciones a los órganos de la Administración competentes por la naturaleza de las obras o a la Junta consultiva de contratación administrativa». Ambito más restringido (contratos), pero ofrece igualmente una excelente apoyatura para la tesis que mantenemos.

En cambio, discrepamos de la opinión sustentada por el Profesor ARIAS (60), quien ve en el artículo 115-2 LPA un supuesto de obrepción

---

(60) ARIAS, en *Apuntes de Derecho Administrativo*, I, cátedra del Profesor VILLAR PALASÍ, curso 1965-66, tomo III, pág. 44.

y subrepción. En efecto (respetando siempre las demás opiniones), puede hacerse notar lo siguiente :

a) El texto del artículo se limita a hablar de vicios y defectos que hagan anulable el acto, sin aludir a obrepción y subrepción expresamente.

b) «Vicios que hagan anulable el acto» son los contenidos en el artículo 48-1 de la misma Ley, y dicho artículo 48 no engloba la obrepción y subrepción, al no haber en ellas infracción del ordenamiento jurídico, por lo que la lógica rechaza que en el artículo 115-2 LPA se engloben supuestos de obrepción.

c) Además, dicho precepto se limita a prohibir la alegación de vicios del acto administrativo por los causantes de los mismos. Pero la obrepción y subrepción no tienen por qué hacer siempre anulable el acto, pues pueden acarrear otras consecuencias.

d) Por todo ello, aunque el texto legal es amplio y quizá diera pie para englobar toda clase de vicios y defectos a simple vista, profundizando se descubre sin lugar a dudas que la mente del legislador al redactar dicho artículo estaba muy lejos de pensar en obrepción y subrepción.

D) Consecuencias del acto: ¿son nulos, anulables, o tienen otra sanción?

Problema interesantísimo y en modo alguno resuelto es el de las consecuencias o efectos del acto administrativo viciado de obrepción.

Se ha pensado por parte de la doctrina (GARRIDO FALLA, GONZÁLEZ PÉREZ) (61) que la sanción sería la anulabilidad, pues el artículo 47 LPA establece taxativamente los casos de nulidad absoluta, y todos los no comprendidos allí deben reputarse anulables por existir además en el Derecho administrativo una tendencia favorable a la anulabilidad.

Personalmente creemos que dicha postura es excesivamente formal, por un lado, y no nos resuelve el problema, por otro, ya que la obrepción y subrepción no aparecen ni en el artículo 48 ni en el 47 LPA, y la razón de que no aparezcan en dichos preceptos es, para nosotros, simple olvido del legislador, que omitió el tratamiento de estos vicios, excluyéndolos por entero de la Ley, y no exclusivamente del artículo 47; por ello creemos inaceptable cualquier argumento extraído de dichos artículos y de la LPA en general.

Para acabar, una solución al problema puede ser :

1. En los casos que la Ley establezca como sanción la nulidad o la anulabilidad, el acto será nulo o anulable.

2. Si la Ley establece una sanción distinta, se aplicará ésta.

3. Pero ¿y en el caso de silencio legal sobre este punto? No cabe establecer aquí reglas generales; el acto será nulo o anulable según los casos; ante la ausencia de textos legales y de razones en favor o en contra

(61) GARRIDO FALLA, op. cit.; GONZÁLEZ PÉREZ, en *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964.

de una solución más específica, nos parece, aparte de lógico, lo más cauto opinar así.

4. La sanción legal específica no siempre excluirá la nulidad o la anulabilidad del acto; a veces coexistirán ambas.

E) Alusión a la obrepción y subrepción como categorías abstractas.

Hemos expuesto hasta ahora la única forma como podrían encajarse la obrepción y subrepción en el actual Derecho administrativo. Buscaremos ahora la posibilidad de enlazar estos vicios con otros fenómenos jurídicos actuales.

En primer lugar, dejaremos sentado que obrepción y subrepción han sido tratadas siempre como vicios del acto administrativo o del rescripto. Ahora bien, creemos que sería factible su construcción como categorías jurídicas generales y abstractas; el ocultar algo, el engañar, etc., sin necesidad ya de circunscribirnos al acto administrativo, son supuestos que el Derecho trata abundantemente. Como botón de muestra cabría citar:

Los artículos 302, 303 y otros CP (falsedades): «Faltando a la verdad en la narración de los hechos, haciendo alteración, etc., etc...».

Los artículos 55-2 LRL («El cabeza de familia responderá... de las omisiones o falsedades emitidas al llenar el padrón»); el artículo 757 LRL («Las contestaciones... siempre que no haya cometida falsedad ni omisión en relación...»). En el mismo sentido podrían hallarse los artículos de la Ley del Suelo, de Leyes fiscales, etc.

Únicamente pretendemos dar una solución que pueda servir de aglutinante a un gran número de técnicas dispersas, pero con un substrato común: la provocación del error, sean las condiciones particulares que sean y con las consecuencias que sean. ¿Por qué no englobarlas todas bajo la rúbrica común de obrepción y subrepción?

No vemos ninguna razón de tipo filosófico o institucional, ni siquiera técnico, que impida la construcción de la obrepción y subrepción como figuras jurídicas abstractas comunes a todas las ramas del Derecho. Desde luego es un tanto revolucionaria la idea, que se aparta por entero del tratamiento tradicional dado por la doctrina a estas figuras, pero idea también que ayudaría a resolver numerosos problemas técnicos al poderse reunir categorías dispersas en una elaboración común, sencilla y técnicamente depurada a lo largo de quince siglos.

F) Jurisprudencia.

Nos hubiera gustado como colofón a este trabajo exponer la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre este punto. Hemos revisado una buena cantidad de jurisprudencia sin lograr ninguna sentencia que trate directamente el asunto. De haber habido un olvido, ignoramos totalmente cuáles han sido las causas, pues suponemos que los supuestos reales habrán sido numerosos.

ROBERTO PAREJO GÁMIR  
y JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GEREZ

