

En la segunda parte de la presente monografía, se abordan las distintas especialidades que la ejecución provisional ofrece en los diversos procesos especiales (interdictos de retener y recobrar, interdicto de adquirir, interdictos de obra nueva y de obra ruinosas, juicios de alimentos provisionales, procesos referentes a propiedad industrial, juicio ejecutivo, juicios en materia de condena a la indemnización por los daños y perjuicios producidos con motivo de la circulación de vehículos a motor); en ejecución de la sentencia dictada en rebeldía; así como en el recurso de casación; y la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de un recurso de revisión.

Para concluir nuestro comentario a la obra de Caballol Angelats sobre la ejecución provisional, tan sólo nos queda destacar la valentía del autor por afrontar satisfactoriamente la presente temática, que suscita tanto en el mundo académico como en el foro un sinnúmero de polémicas, a las que ha sabido dar cumplidas respuestas. El acierto en el orden metodológico de las cuestiones debatidas, el manejo cuidadoso de la doctrina y jurisprudencia y la claridad expositiva de sus razonamientos, permiten una lectura crítica de la institución objeto de estudio.

Por último, nos permitimos efectuar una reflexión final para un debate abierto. El actual sistema o modelo de ejecución provisional previsto en la Reforma procesal de 1984 ha suscitado, como bien se pone de manifiesto en la presente monografía, multitud de problemas y dudas tanto en el mundo de la Abogacía como en el de la Magistratura. En nuestra opinión, frente a esta situación el legislador no debiera permanecer impasible. Puede reconocer los errores de la actual normativa y buscar los oportunos remedios, o cambiar de modelo. Así, volviendo al inicio de nuestro comentario, destaca el nuevo sistema italiano de ejecución provisional *ope legis*, en el que se ha pretendido revalorizar el juicio de primer grado, atribuyendo a mayor relevancia al principio de la tutela jurisdiccional de los derechos declarados en la sentencia de instancia, por lo que se otorga al proceso una mayor celeridad en cuanto a la virtualidad de sus efectos. Quizás sea el modelo a seguir. Quizás no. En cualquier caso, la obra de Caballol Angelats constituye un excelente punto de referencia para acometer cualquier novedoso análisis de la institución.

JOAN PICO I JUNOY

CAVANILLAS MUGICA, Santiago; TAPIA FERNANDEZ, Isabel: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal». Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1992, 307 páginas.

La monografía comentada conjuga los puntos de vista material y procesal sobre una materia compleja: los casos en que se superpone la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Ambos tipos de tratamiento logran una visión global de esta superposición o concurrencia.

La primera parte del libro, a cargo del Profesor Cavanillas Múgica, se sitúa en una perspectiva civilista. Tras una descripción del área común de las dos responsabilidades, muestra las diferencias entre ambos regímenes, que, según el autor, no siempre son tales. Cada especialidad se individualiza y analiza independientemente a tenor de la regulación patria. Así, por ejemplo, podría diferir entre una responsabilidad y la otra la extensión del resarcimiento según la interpretación que se dé a los preceptos 1107 y 1103 del C.c. También la responsabilidad por el hecho de los dependientes puede variar, puesto que si se ejercita la acción contractual deberá existir una relación jurídica previa, mientras que ello no es menester en la responsabilidad aquiliana. Igualmente, la capacidad del sujeto sobre el que recaerá la responsabilidad será diferente: simple capacidad natural para el responsable extracontractual, y capacidad de obrar para el responsable contractual. Sin duda alguna la más relevante distinción la constituye la prescripción: un año para la responsabilidad extracontractual y quince años para la contractual. De la misma forma se analizan las especialidades en torno a la competencia, jurisdicción, procedimiento, etc.

Realizado el examen de estas diferencias, se explicitan las teorías mayoritarias acerca del problema de la concurrencia de responsabilidades acogidas en sistemas vecinos y otros no tan próximos, se estudia la teoría de la no acumulación o «non-cumul» francesa, belga, y argentina, la teoría de la opción o cúmulo de responsabilidades alemana, «Anspruchskonkurrenz», y la suiza. Finalmente se analiza el controvertido y peculiar régimen de «Common law».

En el primer sistema citado, el «non-cumul», las normas, o bien se encuentran yuxtapuestas, con lo que no se superponen ante el mismo hecho; o, si se superponen, prevalece la responsabilidad contractual de acuerdo al principio de especialidad. Cavanillas señala que aplicando esta teoría, la práctica refleja injusticias y, por lo tanto, descontento, con lo que se ha venido postulando la unidad de tratamiento de las dos diferentes responsabilidades, reflejándose esto último en Bélgica y Argentina. Paulatinamente, la teoría de la no acumulación francesa desembocó, por la falta de equidad y debido al principio «pro damnato», en la teoría del concurso de acciones o de la opción, que partía de la existencia de dos acciones materiales y procesales autónomas y según la cual la víctima podía escoger.

El segundo criterio mayoritario de derecho comparado denominado teoría de la opción o «cúmulo» de responsabilidades, se aplica principalmente en los supuestos de transporte, de daños al comprador y en las intervenciones médicas. Sin embargo, esta tendencia también ha provocado en la actualidad descontento por la inseguridad que acarrea.

En el sistema de «Common law» se sigue la controvertida doctrina de la opción con excepciones incomprensibles para el jurista continental, especialmente por lo que hace referencia a la acción extracontractual o «tort». La distinción entre «nonfeasance» (incumplimiento) y «misfeasance» (cumplimiento defectuoso) es vital, ya que al primero se le atribuye una acción contractual, mientras que al segundo le corresponde la extracontractual.

Tras esta visión de derecho comparado, el autor pasa a examinar el derecho español, poniendo de relieve su laguna sobre esta materia, con lo que la doctrina se divide entre la opción y la no acumulación. No obstante, existen reglas particulares en la legislación que optan por la concurrencia. La jurisprudencia, por su parte, tampoco mantiene una línea unitaria, aunque suele primar el derecho de opción o la calificación de los hechos en la forma que conduzca a una condena.

Esta primera parte finaliza con la aportación de soluciones. Previa crítica de las dos teorías mayoritarias de derecho comparado, el autor propone dos reglas a seguir para la resolución de los conflictos entre ambos supuestos de responsabilidad, siempre desde una perspectiva de derecho civil. Cavanillas se confiesa partidario de la no generalización de las hipótesis, pues ello entrañaría el riesgo de borrar diferencias cuando éstas son necesarias, «conviene una línea quebrada, y no una inflexible línea recta». Los dos criterios a seguir que sugiere son el lógico y el teleológico. El primero cuando ambas culpas se superpongan, aplicándose causalmente el principio de especialidad. El segundo, cuando concurren, con el criterio siempre subsidiario de los principios generales de tendencia («pro damna-to»).

La segunda parte de este estudio la realiza la Profesora Tapia Fernández, abordando la solución procesal de los supuestos de concurrencia de las responsabilidades contractual y aquiliana. Antes de centrar su problemática concreta analiza el instituto jurídico procesal de la acumulación de acciones, poniendo de manifiesto alguna de las deficiencias de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, por ejemplo, se denuncian algunos de los errores de partida del texto legal al diferenciar en la acumulación simple la acción «principal» y la «acumulada»; la inutilidad del inciso 2.º del art. 154 de la LEC, que debería quedar englobado por el siguiente párrafo del mismo precepto; y finalmente, se pone de manifiesto que la derogación del 154.2 acarrearía la del art. 155.

En este primer capítulo la Profesora Tapia estudia también los diferentes tipos de acumulación de acciones, no sólo la simple, regulada expresamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la acumulación eventual o subsidiaria que considera consecuencia del principio de preclusión, la acumulación sucesiva y la acumulación alternativa. Resalta las diferencias entre las cuatro modalidades y la necesidad de interpretar los preceptos reguladores de la acumulación de acciones dependiendo del tipo que se tome. Así, a título de ejemplo, la autora pone de manifiesto la no aplicación del art. 154.1, esto es, la incompatibilidad natural o sustantiva de las acciones en la acumulación subsidiaria o eventual.

Por último, las diversas clases de concursos finalizan el primer capítulo, ya que interesan al tratamiento procesal de la concurrencia de responsabilidades. En consecuencia, se analiza el concurso de acciones que la autora denomina simple o propio, el concurso de acciones alternativo o impropio y el concurso de leyes o normas. Siempre, naturalmente, sin perder de vista que el supuesto sustantivo de la concurrencia necesitará la correcta subsunción en alguno de los expedientes procesales para su resolución en el foro.

Estaremos ante un concurso de acciones simple o propio cuando, en virtud de unos mismos hechos, se derive un mismo efecto a tenor de diferentes normas jurídicas, lo que, para la Profesora Tapia, supone identidad de sujetos y de petición, y diversidad de causa de pedir. El hecho de que se derive un mismo efecto manifiesta identidad de fin, con lo cual, si se estima una de las acciones, la otra no podrá ser ejercitada por falta de interés, puesto que la tutela se encuentra ya jurídicamente satisfecha.

En cambio, existe concurso alternativo de acciones o impropio, cuando un mismo acreedor tiene contra un mismo deudor varias acciones incondicionadas y que recíprocamente se excluyen. En este supuesto los sujetos y la causa de pedir coinciden, siendo distintas las peticiones. Con lo que se deberá elegir entre dos resultados que se excluyen, y como también existe unidad de fin, una sola satisfacción bastará.

Relacionando los concursos con el expediente procesal bajo el que se submirán ante los Tribunales, concluye Tapia Fernández que ni el concurso propio ni el impropio son susceptibles de ser encauzados mediante una acumulación del tipo simple por impedirlo el artículo 154.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, las acciones contractual y extracontractual en concurso propio e impropio podrán esgrimirse a través de una acumulación subsidiaria e incluso alternativa.

En el concurso de leyes o normas, el mismo supuesto de hecho es reconducible a dos o más normas, no existiendo pluralidad de objetos del proceso, ya que la causa de pedir es única.

Puesto que es primordial discernir acerca de la identidad o diversidad de las acciones «ex contractu» y «ex illicito civile», el considerar que se trata de una sola acción o de dos acciones diferentes dependerá del concepto de causa de pedir que se sostenga. El problema complejo de la delimitación de la «causa petendi» se ve directamente abordado en el segundo capítulo. Así, se pone de manifiesto que mientras un sector doctrinal —Cortés Domínguez, Fernández López, Gómez Orbaneja, Gutiérrez de Cabiedes, Prieto-Castro— individualiza la causa de pedir de acuerdo a los dos elementos que la componen, el jurídico y el fáctico; otro sector —Berzosa, Chiovenda, Guasp, Kisch, Ortells Ramos, Rosenberg— considera que sólo los hechos constituyen la «causa petendi».

Tras un somero análisis de la doctrina jurisprudencial, la Profesora Tapia expone su concepción, estimando que la causa de pedir está integrada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. Este último, a su vez, se compone de las consecuencias jurídicas que la Ley otorga a un determinado supuesto de hecho, y de la concreta norma aplicable. Pues bien, para la autora únicamente la específica norma aplicable conforma la libertad del Juez, cayendo dentro de los brocardos latinos «Iura novit curia» y «Da mihi factum dabo tibi ius». Por ello serán inmutables el elemento fáctico y las consecuencias jurídicas que la Ley enlaza a un concreto supuesto de hecho, so pena de incurrir en la prohibición de «mutatio libelli», con lo que se mantendrá en el proceso la acción que se ejercitó en virtud de la opción del actor, ya sea la de responsabilidad contractual o la de responsabilidad extracontractual.

Acudiendo al derecho comparado, se señala cómo en el sistema francés, el alcance de dichos aforismos se ve limitado por los principios de contradicción y

defensa, intentándose siempre un equilibrio entre el poder del Juez y las prerrogativas de las partes.

Finalmente, integra el tercer y último capítulo el tramamiento procesal de las zonas grises o superpuestas entre las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, desde un punto de vista «de lege data» se estudia dicho tratamiento: prohibición de «mutatio libelli», litispendencia, congruencia, y cosa juzgada.

La monografía comentada consigue una notable visión de conjunto de las instituciones que aborda, no sólo aporta soluciones propuestas en derecho comparado, sino que además realiza un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Consideramos, por tanto, que es un trabajo de sumo interés que cumple sus objetivos de un modo claro, sistemático y hartamente satisfactorio.

CAROLINA FONS RODRÍGUEZ

COLLART DUTILLEUL, François; DELEBECQUE, Philippe: «Contrats civils et commerciaux», Précis Dalloz (París 1991), 733 páginas.

Probablemente este libro no se hubiera podido publicar en España, al menos mientras subsista esa ilógica compartimentización de asignaturas (hoy denominadas áreas de conocimiento) que aconseja prudencia y produce inhibiciones a la hora de hacer incursiones por territorios «ajenos». En el país vecino, al existir la asignatura de «Contratos civiles y mercantiles», ello da origen a que la exponga un privatista, sin ninguna clase de complejos. Sale ganando la enseñanza y la investigación. Puede abrigarse la esperanza de que en los nuevos Planes de Estudio haya asignaturas que puedan explicarse por un civilista o un mercantilista, y que se escriban Manuales sobre contratos en particular en que colaboren, no sólo los citados, sino también agraristas y urbanistas, administrativistas y fiscalistas.

Pero si esta obra ha aparecido en Francia, ello no ha sido por azar. Desde hace, al menos un decenio, se sitúa en este país un florecimiento doctrinal en materia de Obligaciones y Contratos, de lo que son exponentes importantes obras colectivas tales como la que recoge el fruto de las *Journées de la Société de Législation Comparée*, bajo el título de *L'évolution du Droit des Contrats en France* (París 1981); o el sugestivo volumen de trabajos coordinados por el Prof. Loïc Cadet, de la Universidad de Rennes, sobre *Le Droit contemporain des contrats* (París 1986); o la apertura comparatista que supone *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* (París 1987), ejemplo de trabajos del género, dirigidos por los Profesores Tallon (París II) y Harris (Oxford); y bajo otra perspectiva, el sistemático trabajo de construcción científica llevado a cabo por el Prof. Ghestin, que se proyecta ahora en una dimensión europea en el Centro del Derecho de Obligaciones que él dirige; añádanse los excelentes volúmenes publicados por los Profesores Malaurie y Aynés, no