



VNIVERSITAT
DE VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET

Programa de Doctorado en Derecho,
Ciencia Política y Criminología

EL CONTRATO DE SUMINISTRO

TESIS DOCTORAL

Doctorando:
FRANCISCO MOLINS SANCHO

Director:
PROF. DR. JAUME MARTÍ MIRAVALLS

València, marzo de 2022

A Guillermo, per la seua paciència.

A mis padres y a Alejandro.

I a Aigua.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN GENERAL	15
I. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO OBJETO DE ESTUDIO	15
II. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA	20
CAPÍTULO 1. NOCIÓN Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO	23
I. CONCEPTO DE CONTRATO DE SUMINISTRO	23
II. FUNCIÓN ECONÓMICA DEL SUMINISTRO	34
A. SATISFACCIÓN DE UNA NECESIDAD DURADERA.....	35
B. UN ABASTECIMIENTO SEGURO, SIMPLE Y ECONÓMICO. LA FUNCIÓN DE FINANCIACIÓN.....	39
C. EL SUMINISTRO COMO INSTRUMENTO DE DESCENTRALIZACIÓN.....	41
III. ANTECEDENTES DEL SUMINISTRO	46
A. ORIGEN PÚBLICO	48
B. REFLEJO EN EL TRÁFICO PRIVADO.....	54
C. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN ESPAÑA: LA COMPRAVENTA POR ABASTOS.....	58
D. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.....	63
CAPÍTULO 2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO	69
I. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO	69
A. EL CARÁCTER DURADERO.....	69
B. PLURALIDAD DE PRESTACIONES	74
C. AUTONOMÍA DE LAS PRESTACIONES	76
D. CONTRATO ÚNICO	78
E. UNIDAD OBLIGACIONAL	79

II. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO.....	81
A. ATIPICIDAD DEL SUMINISTRO.....	82
B. CONTRATO CONSENSUAL.....	87
C. CONTRATO BILATERAL Y SINALAGMÁTICO	90
D. CONTRATO CONMUTATIVO Y ONEROSO	93
E. INTUITU PERSONAE	97
F. MERCANTILIDAD DEL SUMINISTRO	101
a) <i>Carácter mercantil del suministro</i>	102
b) <i>Contrato sujeto a Derecho común</i>	109
c) <i>La regulación proyectada por el PCM</i>	112
d) <i>Recapitulación</i>	116
III. FIGURAS AFINES	117
A. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA COMPRAVENTA	118
B. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA COMPRAVENTA CON ENTREGAS REPARTIDAS.....	129
C. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA COMPRAVENTA EN EXCLUSIVA	137
D. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE COSAS.....	142
E. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y ARRENDAMIENTO DE OBRA Y SERVICIOS.....	146
F. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA DISTRIBUCIÓN.....	152
a) <i>La obligación de suministro en los contratos de distribución</i>	156
b) <i>La compra en exclusiva y la venta en exclusiva</i>	162
c) <i>El contrato de concesión</i>	164
d) <i>El contrato de suministro y el contrato estimatorio</i>	168
CAPÍTULO 3. NATURALEZA DEL CONTRATO DE SUMINISTRO	171
I. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL SUMINISTRO	173
II. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO UNITARIO	177

A.	ARGUMENTOS SOBRE LOS QUE SE SUSTENTAN LAS TEORÍAS PLURALISTAS	178
B.	LAS DISTINTAS TEORÍAS PLURALISTAS.....	182
a)	<i>El suministro como oferta vinculante</i>	182
b)	<i>El suministro como conjunto de contratos simultáneos</i>	184
c)	<i>El suministro como contrato de opción</i>	185
d)	<i>El suministro como precontrato</i>	186
e)	<i>El suministro como contrato normativo</i>	189
f)	<i>El suministro como contrato marco</i>	190
g)	<i>El suministro como contrato de coordinación</i>	194
C.	CRITERIOS PARA DETERMINAR LA UNIDAD CONTRACTUAL DEL SUMINISTRO	195
III. EL SUMINISTRO COMO TIPO CONTRACTUAL AUTÓNOMO.....		199
A.	CALIFICACIÓN DEL SUMINISTRO COMO COMPRAVENTA.....	200
B.	EL SUMINISTRO COMO COMPRAVENTA DE COSA FUTURA	210
C.	EL SUMINISTRO COMO COMPRAVENTA A TÉRMINO	210
D.	EL SUMINISTRO COMO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. EL SUMINISTRO DE USO Y DISFRUTE.....	211
IV. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO DE COLABORACIÓN.....		219
V. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.....		225
VI. MODALIDADES QUE PRESENTA EL CONTRATO DE SUMINISTRO.....		234
E.	EL SUMINISTRO <i>JUST IN TIME</i>	234
F.	EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES	250
C.	EL CONTRATO DE SUMINISTRO ENERGÉTICO.....	256
D.	EL CONTRATO DE SUMINISTRO ADMINISTRATIVO	263

CAPÍTULO 4. ELEMENTOS DEL CONTRATO	268
I. ELEMENTOS SUBJETIVOS	268
A. EL SUMINISTRADOR	271
B. EL SUMINISTRADO	274
II. EL OBJETO DE SUMINISTRO	275
A. EL OBJETO COSA MUEBLE	277
B. EL OBJETO COSA FUTURA	280
C. EL SUMINISTRO DE SERVICIOS	282
III. LA FORMA DEL CONTRATO	286
IV. LA CAUSA DEL CONTRATO	291
V. EL TIEMPO EN EL SUMINISTRO	299
CAPÍTULO 5. CONTENIDO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO	306
I. LAS OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR.....	307
A. LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO.....	307
a) <i>La determinación del objeto del contrato de suministro</i> ...	310
b) <i>La materialización de las entregas</i>	326
c) <i>La doctrina de los riesgos en el suministro</i>	335
B. LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO	343
a) <i>El saneamiento por vicios ocultos</i>	343
b) <i>Saneamiento por evicción</i>	351
c) <i>El principio de conformidad</i>	354
II. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADO	362
A. EL PAGO DEL PRECIO	362
a) <i>La determinación del precio</i>	368
b) <i>La actualización del precio</i>	372
c) <i>Reducciones sobre el precio</i>	375
B. LA RECEPCIÓN DE LA COSA	379
C. OTRAS OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADO	382
a) <i>La obligación de cursar pedidos mínimos</i>	382
b) <i>Las recomendaciones de precios en un contrato de suministro. Una visión desde el Derecho de la competencia</i>	385

c)	<i>El deber de preaviso en la realización de pedidos</i>	399
d)	<i>La obligación de mantener un inventario de seguridad....</i>	404
III.	EL SUMINISTRO EN EXCLUSIVA.....	409
IV.	LA INCIDENCIA DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO	425
A.	BUENA FE Y DEBER DE LEALTAD.....	425
B.	LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA.....	434
CAPÍTULO 6.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO	443
I.	CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.....	443
A.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR CAUSAS SOBREVENIDAS	443
a)	<i>La extinción del contrato por la imposibilidad sobrevenida de la prestación de suministro.....</i>	444
b)	<i>La extinción del contrato por alteración de las circunstancias. La doctrina de la cláusula rebus sic stantibus</i>	451
c)	<i>Notas sobre la exoneración de la responsabilidad por fuerza mayor del art. 1105 CC.....</i>	465
B.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR LA EXPIRACIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA. LA PRÓRROGA DEL CONTRATO.....	469
C.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR DESISTIMIENTO UNILATERAL. EL PREAVISO	474
D.	LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR INCUMPLIMIENTO. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. 484	
a)	<i>El incumplimiento leve o inexacto del contrato de suministro.....</i>	487
b)	<i>El incumplimiento definitivo de las obligaciones</i>	508
E.	LA RESOLUCIÓN POR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL CONCURSO	527
a)	<i>El contrato de suministro en el concurso de acreedores ..</i>	529
b)	<i>La terminación voluntaria del contrato de suministro</i>	538

c)	<i>Resolución por incumplimiento del contrato de suministro</i>	
	540	
d)	<i>Resolución en interés del concurso</i>	556
II.	EFFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO	560
A.	CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES	560
a)	<i>La eficacia ex nunc de las prestaciones</i>	560
b)	<i>El pacto de no competencia post-contractual</i>	562
c)	<i>La compra del stock sobrante</i>	575
d)	<i>La incidencia de la prescripción de la obligación de pago.</i>	
	579	
B.	CONSECUENCIAS PATRIMONIALES	583
a)	<i>El derecho a obtener una indemnización por los daños</i>	
	<i>causados por la terminación del contrato de suministro</i> ..	583
b)	<i>La no aplicación de la indemnización por clientela</i>	587
c)	<i>Indemnización por inversiones no amortizadas</i>	593
	CONCLUSIONES	605
	BIBLIOGRAFÍA	615

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
arts.	Artículos
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
CP	Código Penal
CGC	Comisión General de Codificación
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecho en Viena, en 1980.
Coord.	Coordinador
Coords.	Coordinadores
CP	Código Penal

Dir.	Director
Dirs.	Directores
Ed.	Editor
Eds.	Editores
EM	Exposición de Motivos
ET	Estatuto de los Trabajadores
<i>et al.</i>	<i>Et alii</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCSP	Ley del Contratos del Sector Público
LCA	Ley del Contrato de Agencia
LCD	Ley 3/1991, de Competencia Desleal
LDC	Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia
LLCM	Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley de Sociedades de Capital

núm.	número
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p.	Página
pp.	Páginas
PCC	Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil
PCM	Proyecto de Código Mercantil
PLCD	Propuesta de Ley de Contratos de Distribución de 2011
PMCC	Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, a cargo de la CGC
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SS	Sentencias
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLUCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
t.	tomo
UE	Unión Europea
<i>v.gr.</i>	<i>Verbi gratia</i>
<i>Vid.</i>	<i>Vide</i>
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN GENERAL

I. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de esta investigación es el contrato de suministro, en virtud del cual una persona, el suministrador o proveedor, se obliga a entregar a otra, el suministrado, a cambio de un precio, una pluralidad de cosas muebles de forma sucesiva, en las épocas y cantidades fijadas en el contrato o que serán determinadas por el suministrado en función de sus necesidades. Es un negocio jurídico que se celebra con relativa frecuencia, y se constituye como el contrato de duración por antonomasia, con lo que no es extraño encontrar una relación de suministro en la base de otras operaciones comerciales de mayor complejidad. Como ya señaló la doctrina más autorizada, resulta necesaria la traslación al ordenamiento de aquellas relaciones económicas derivadas de los cambios tecnológicos producidos en nuestra sociedad, mediante su transformación en instrumentos jurídicos propios¹. Y, sin embargo, el contrato de suministro forma parte de los contratos atípicos, aunque socialmente conocidos.

Una de las dificultades que tempranamente aparecen cuando se acomete el estudio de este contrato es la delimitación del significado del término que lo nomina. El contrato de suministro sí ha sido disciplinado por el Derecho público, que ofrece una figura heterogénea que difícilmente puede trasladarse al Derecho privado. Adicionalmente, el legislador ha utilizado libremente la referencia al acto de suministrar como equivalente o sinónimo al acto de entrega, lo que prescinde de sus notas más elementales: la duración y la vinculación a las necesidades del suministrado. En cambio, atendiendo a la función económica del contrato, se observa que el suministro es un negocio orientado a la satisfacción de necesidades que son duraderas, es decir, que se mantienen a lo largo del tiempo.

¹ RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991, p.15. El contrato de suministro es un buen ejemplo de ello.

El contrato de suministro es un contrato que hunde sus raíces en el origen de la contratación, habiéndose vinculado por alguna voz al surgimiento de la sociedad organizada². Pero su vinculación a las necesidades del suministrado determina que su florecimiento y consagración en el tráfico se acentúe a partir del desarrollo de la industria y el comercio, lo que ha resultado en una figura ampliamente conocida por la sociedad y la empresa. Y es que, para la satisfacción de estas necesidades, el suministro se desenvuelve a través de una pluralidad de prestaciones que se suceden periódica o continuamente, extendiéndose en el tiempo, lo que revela la existencia, en el suministrado, del ejercicio de una actividad que se prolonga, a su vez, en el tiempo, y que es el origen de dichas necesidades.

Precisamente por ello, el suministro aparece vinculado a la empresa, al tratarse de un vehículo con el que se consigue asegurar el abastecimiento de cosas durante el arco temporal en el que se extiende su vigencia. Las necesidades del tráfico económico han hecho y hacen surgir nuevas figuras en el anhelo de dar satisfacción a las necesidades de las empresas, los profesionales y los particulares que se interrelacionan en el mercado cuando el Derecho positivo no dispone de las figuras adecuadas. La historia del Derecho mercantil revela esta continua evolución, característica en la disciplina, y el contrato de suministro es buena prueba de ello. Su presencia en el escenario jurídico y económico actual es indudable. Dado que es el instrumento mediante el que puede canalizarse la satisfacción de necesidades duraderas, es un contrato ampliamente celebrado entre empresas, tanto entre sí como con consumidores.

Estas consideraciones no pueden llevar a la conclusión de que el suministro sea exclusivamente un acto mercantil, pues nada impide que pueda reunir las características necesarias para merecer la calificación de civil. Esto, no obstante, el contrato de suministro es un negocio eminentemente mercantil, en donde la intervención de la empresa es fundamental para la consecución del programa contractual. Para poder ejecutar las prestaciones de suministro comprometidas por el proveedor

² MOSSA, L., *La somministrazione*, Athenaeum, Roma, 1915, p.22. Entendía el autor que el suministro no pudo ser ignorado por las primeras sociedades, aunque organizadas de un modo rudimentario.

en virtud de este contrato, será imprescindible una organización empresarial. A mayor abundamiento, una vez excluidos los contratos de suministro sobre los bienes básicos de la vida como los ya referidos, gran parte de la suscripción de este negocio será llevada a cabo por empresarios que necesitan ser suministrados para la satisfacción de sus necesidades corrientes, en ocasiones, incluso, sin apenas margen de actuación para el proveedor, como sucede en la modalidad del suministro *just-in-time*.

El interés del tema escogido se justifica por el papel relevante que despliega el contrato de suministro en el tráfico mercantil contemporáneo. Pese a ser un contrato clásico, que ha sido objeto de estudio por la doctrina, era necesario un estudio que monográficamente actualizase un negocio de gran trascendencia en la economía actual. El contrato de suministro se erige como una herramienta para la descentralización de actividades de la empresa, delegadas o encomendadas a terceras entidades, cuya actividad se integra en la organización. De este modo, el suministro deja de ser percibido como un mero título para el intercambio de bienes y pasa a ser concebido como un vehículo para la colaboración interempresarial, llegando, en ciertas ocasiones, a llegar a ser germen de redes empresariales. En este contexto, se justifica la incorporación de ciertas cláusulas, como la de exclusiva, que obliga a alguna de las partes, sino a ambas, a un intercambio exclusivo de bienes; o las que prevén un régimen de indemnizaciones por la terminación del contrato. Configurado en estos términos, se observa que el suministro puede presentarse como un contrato orientado a la distribución de los bienes del principal en un mercado determinado.

A pesar del tiempo transcurrido desde su implantación en el tráfico, y, a pesar, también, de algún intento legislativo, el contrato de suministro, como muchos otros negocios, siguen huérfanos de reglamentación jurídica, siendo de aplicación la disciplina de la compraventa en aquello que no contravenga su naturaleza duradera. A mayor abundamiento, el tratamiento que la doctrina ha hecho de este contrato resulta excepcional. Apenas existe alguna monografía que aborde las particularidades del suministro, siendo destacable el trabajo realizado por FERNÁNDEZ DEL MORAL, publicado hace ya treinta años. La manualística iusprivatista que lo ha analizado, tanto del orden mercantil como del civil, lo

ha hecho en líneas generales, para acabar remitiéndose a las previsiones del contrato de compraventa, dada la afinidad entre ambas figuras, como tiene declarado desde hace tiempo la jurisprudencia. Solo en fecha reciente, y por ocasión del estudio de los contratos que conforman el fenómeno de la distribución comercial, puede encontrarse alguna referencia actualizada del suministro en la que se apunta su problemática como resultado de su duración y de la colaboración empresarial que genera³.

El propósito de esta investigación ha sido traer un negocio que, si bien no resulta desconocido ni para la empresa, ni para la doctrina, ni para la jurisprudencia, ni para los operadores jurídicos, plantea ciertos problemas que no pueden ser resueltos con una mera remisión a la disciplina de la compraventa. Para ello, se ha optado por abordar el contrato de suministro siguiendo una exposición ordenada de sus distintos elementos al tiempo que se tratan las particularidades que se presentan en cada caso, aprovechando para señalar las diferencias con aquel contrato paradigmático al que, aún hoy, se le subordina. A lo largo de estas líneas se tienen presentes aspectos de distinta naturaleza y consecuencias, tales como su eminente carácter mercantil; su vinculación con la distribución comercial; su afinidad con la compraventa, por supuesto; la atipicidad del negocio; o la incidencia de la duración en la formación y configuración del programa contractual.

El objeto de este trabajo es humilde, limitándose a una exposición del contrato de suministro mercantil. Se prescinden de los contratos intervinidos por un consumidor o un usuario, dadas las particularidades que presenta el Derecho de consumo en la contratación, que aparta las previsiones del Derecho de contratos en los términos del Código civil y del Código de comercio e incorpora un régimen propio, ya sea en su fase precontractual, durante la ejecución del contrato o en su terminación. Del mismo modo, se ha excluido el tratamiento de aquellos contratos de suministro recayentes sobre bienes básicos, en particular la electricidad, el agua potable y el gas, por tratarse de contratos especiales con una marcada regularización.

³ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., «El contrato de suministro», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.), *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p.263 y ss.

Aun con todo, el suministro no deja de ser un contrato de cambio, mediante el que se logra la transmisión de los bienes sobre los que recae por un precio cierto. Al efecto, las partes pueden convenir un contrato de suministro en el que la obligación de dar se traduce en un conjunto de entregas periódicas y sucesivas en el tiempo, o en una única entrega o puesta a disposición sin solución de continuidad en donde el suministrado accede a la cosa a placer. Ahora bien, no cabe confundir el intercambio de bienes que subyace en el negocio con la propia compraventa. Al abordar el tratamiento de este contrato se ha partido de una postura que puede adelantarse ya en estas líneas: la autonomía del contrato de suministro respecto del negocio de la venta. El Tribunal Supremo reconoció, ya en su sentencia de 30 de noviembre de 1984, la afinidad de ambos contratos, pero descartando que pudiesen identificarse como el mismo negocio jurídico. Aun así, a lo largo de este trabajo se apuntan, en numerosas ocasiones, las diferencias entre ambos contratos, resultado de las características y particularidades del suministro.

Estas particularidades, en especial su duración, pero también el fin práctico perseguido en el contrato, que no conviene olvidar, esto es, la satisfacción de necesidades duraderas y recurrentes, obligan a las partes a asumir cierto grado de indeterminación en la fijación del objeto y, en consecuencia, el precio del contrato. De hecho, allí donde el objeto venga determinado, además de demostrar el profundo grado de conocimiento del suministrado, que es capaz de señalar con certeza el alcance de sus necesidades futuras, deberá serlo sujetándose a posibles correcciones. De lo contrario, el negocio puede encerrar una compraventa fraccionada y no un contrato de suministro. Y es que, como se expone en esta investigación, al abordar la naturaleza del contrato, las semejanzas entre la venta fraccionada y el suministro determinan que, aunque en abstracto ambos negocios presenten diferencias sustanciales, en la práctica pueden darse casos en los que resulte imposible distinguir un negocio del otro. Su diferenciación, sin embargo, es importante, y va más allá del simple afán calificador. Aun cuando la atipicidad del contrato de suministro determina la aplicación supletoria de las normas reguladoras de la compraventa, esta aplicación contiene una

importante salvedad, como es que la norma que vaya a ser aplicada no puede contravenir la naturaleza duradera del suministro.

Se llega, así, a la particularidad más relevante, en torno a la que se construye el contrato de suministro y que sirve de elemento característico del tipo: la duración. La propia esencia del contrato encierra su carácter duradero. La relación jurídica que se genera está llamada a extenderse en el tiempo. Es el elemento temporal el que se encuentra en la causa del contrato, el que informa el consentimiento dado por las partes, el que determina que no pueda rellenarse el objeto del contrato al momento de su celebración, el que configura el contenido y ejecución de las obligaciones y, en fin, el que obliga a construir un régimen de extinción contractual que, precisamente, es desconocedor en la compraventa. El trazo sucesivo del contrato de suministro es su característica más importante, pues solo cuando el contrato se extiende en el tiempo puede darse satisfacción a la necesidad de la parte.

Con todo, no se busca en este trabajo, o, al menos, no es la finalidad, replantear el contrato de suministro. Tampoco formular debate que no resulte en una mejor comprensión de la materia. Más bien al contrario, nuestra pretensión es profundizar en el tratamiento de este contrato, para lo cual se acude a la doctrina científica y a los precedentes jurisprudenciales. El objetivo último es ofrecer un estudio sistemático y completo de la problemática que el contrato está planteando, para que pueda ser de utilidad a estudiosos y prácticos del Derecho, así como a los propios operadores económicos.

II. ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA

Esta investigación no innova en la forma de exponer el contrato de suministro. Se sigue una exposición clásica en Derecho de contratos, en donde la primera aproximación a la figura que es objeto de estudio parte de su definición, sus orígenes históricos y las características que lo particularizan. Seguidamente, para mejor comprensión del contrato, y una vez expuesto qué es, conviene delimitarlo mediante la exposición de las figuras afines, con lo que se consigue cerrar su presentación abordando qué no es. Con ello se logra estar en condiciones de conocer el

tema de esta investigación con la suficiente información como para tratar de su naturaleza jurídica, en la que se examina tanto el carácter contractual de este contrato como su autonomía e independencia respecto de otros negocios de intercambio de bienes.

Llegados a este punto, se tratan los elementos del contrato. A las partes contratantes y el objeto, se suma el tiempo en el suministro, manifestación de la relevancia que tiene la duración en este contrato. Tras una breve exposición de estas consideraciones se aborda el contenido del programa obligacional del contrato de suministro, en el que se exponen, junto a las obligaciones principales asumidas por proveedor y proveído, otras cuestiones de interés a la hora de examinar este negocio, y cuya desatención puede desembocar en un incumplimiento contractual. La terminación y especialidades que entraña son las últimas líneas que cierran este trabajo monográfico.

Para llevar a cabo la exposición de la materia siguiendo el planteamiento esbozado, se ha partido del análisis bibliográfico. Ciertamente, no ha sido frecuente entre la doctrina española el estudio del contrato de suministro, aliciente para el desarrollo de esta investigación. Sin embargo, aunque breves, las consideraciones vertidas por las escasas voces doctrinales localizadas han ayudado al acercamiento, el estudio y la exposición de este contrato de suministro. Asimismo, a lo largo del trabajo se ha considerado oportuno recurrir a normas y voces externas a nuestro ordenamiento, especialmente a la legislación y la doctrina italiana, sin pretender hacer una investigación de Derecho comparado, inspirados, tal vez, en nuestra propia jurisprudencia, quien no ha dudado en recurrir a la definición que del contrato de suministro se contiene en el artículo 1559 del *Codice civile*.

Por otra parte, se ha analizado la jurisprudencia recaída, tanto sobre el contrato en sí, como sobre los principales problemas que plantea, así como el modo en el que han sido resueltos por los órganos jurisdiccionales que los han conocido. A través de la jurisprudencia se puede tomar conciencia de la presencia que tiene el suministro en la práctica, así como su incidencia en el tráfico mercantil, acogiendo aquellos planteamientos que han contribuido a rellenar las lagunas de este contrato.

Finalmente, se ha tratado de realizar una interpretación sistemática y coherente de las distintas normas del ordenamiento jurídico español, destacando el Derecho de contratos, en general, y la disciplina del contrato de compraventa, tanto mercantil como civil, en particular.

Noción y función del contrato de suministro

I. CONCEPTO DE CONTRATO DE SUMINISTRO

El estudio del contrato de suministro obliga a prestar atención, en primer lugar, antes de comenzar esta andadura entre sus cuestiones básicas, obligaciones y peculiaridades, a la definición de la acción que dota de *nomen iuris* al contrato. Técnicamente, el contrato adopta su denominación de la obligación principal, consistente en el abastecimiento o suministro de cosas⁴. A pesar de su atipicidad, rasgo característico de este contrato, es un negocio que se particulariza por su tipicidad social y por su extendido uso en el tráfico, mediante el que se logra el intercambio y aproximación de bienes y productos en el mercado⁵. La falta de disciplina legal ofrece un negocio que no está encorsetado en una definición típica⁶, dando libertad a los operadores jurídicos y a los

⁴ El acto de suministrar nomina el contrato, que adopta como denominación jurídica la de su obligación característica. Sucede algo distinto a lo que ha ocurrido en otros contratos, como, por ejemplo, el contrato de franquicia, en el que, en origen, bajo las denominaciones «franchising of the entire business» o «business formate franchising» se hacía referencia a un negocio en el que se agrupaban obligaciones de distinta naturaleza, *vid.* RUIZ PERIZ, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p.25.

⁵ El contrato de suministro ha despertado interés entre la literatura dedicada al estudio del fenómeno de la distribución comercial. La distribución, entendida en sentido amplio, abarcaría desde los contratos de agencia hasta los de franquicia, incluyendo el suministro. En sentido estricto, aunque excluiría el contrato de suministro, sí comprende otros negocios en los que está presente la obligación de suministro. *Vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.38.

⁶ Es un contrato frecuente en el tráfico económico, aunque no ha sido disciplinado por la norma, RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Deusto, Madrid, 1996, p.603. Los trabajos relativos al PCM sí recogieron una propuesta de regulación del contrato de suministro, encuadrándolo dentro de los contratos de intercambio de

agentes del mercado para adaptarlo a sus necesidades⁷, que puede dar como resultado negocios llamados *suministro* que, sin embargo, exceden la naturaleza jurídica de éste; y, a la inversa, negocios referidos como contratos de distribución que *son solo* un contrato de suministro⁸.

Comenzando esta aproximación desde una perspectiva semántica, el contrato de suministro debe su nombre a la obligación principal que lo caracteriza; a saber, el acto de aprovisionar, abastecer, proveer o bastir

bienes y, por tanto, fuera del capítulo dedicado a los contratos de colaboración, *vid.* ALONSO SOTO, R., «Las claves de la regulación de los contratos de distribución en la propuesta de Código Mercantil», en RUIZ PERIZ, J.I. (Dir.), *Claves del derecho de redes empresariales*, Universitat de València, Valencia, 2017, pp.207 y ss.

⁷ Empresas y empresarios se agrupan bajo el nuevo concepto «operadores del mercado» en el PCM. El texto acoge una definición amplia de empresario, que abarca al tradicional comerciante como también al agrícola, al artesano y a los profesionales, tanto liberales como científicos y artísticos, a cualquier persona jurídica y entes sin personalidad jurídica, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La revisión de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310 (2018). Bajo la concepción se encuentran todos aquellos quienes actúan de forma organizada y profesional en el mercado ofreciendo bienes y servicios, *vid.* VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «La regulación de las Obligaciones y de los Contratos Mercantiles en general en la nueva “Propuesta de Código Mercantil”», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292 (2014), p.15. El concepto sirve al PCM para extender la propuesta normativa mercantil a cualquier persona que realice una actividad que tenga repercusión en el mercado sin necesidad de que sea empresario, postura combatida por la doctrina civilista. Por todos, *vid.* GETE-ALONSO CALERA, M.C., «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, Núm.4, (2014), pp.48-49.

⁸ No es de extrañar que, como resultado de esta actividad creadora, surjan nuevos contratos en el mundo de la distribución comercial que vienen a matizar o establecer ciertas diferencias con los contratos tradicionales del sector. Esto es consecuencia del propio dinamismo y actividad distributiva, que, junto a la atipicidad que caracteriza a estas figuras, permite a los operadores jugar con ellas y crear nuevos tipos que, en determinadas situaciones, pueden alcanzar autonomía e independencia respecto de otros contratos, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., «El contrato de comisión-afiliación», en RUIZ PERIZ, J.I. (Dir.), *Claves del derecho de redes empresariales, op.cit.*, p.407. Es obligación de la doctrina atender estas figuras que aparentemente pueden semejar un nuevo tipo contractual pero que, a la luz del Derecho de contratos, pueden ser subsumidos como modalidades de un contrato ya existente, *cfr.* RUIZ PERIZ, J.I., «Nulidad, anulabilidad y resolución por incumplimiento en el contrato de franquicia», en RUIZ PERIZ (Dir.), *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, CGPJ, Madrid, 2004, pp.303 y ss.

aquello que se precisa para la consecución de un fin o para la satisfacción de una necesidad⁹. Suministrar, desde un plano léxico, es sinónimo de entregar, dar, repartir o distribuir¹⁰. Jurídicamente esta definición se presenta inadecuada por su vaguedad e imprecisión¹¹. La noción terminológica ignora caracteres que informan el negocio jurídico e inciden en sus elementos básicos¹². Así sucede con la necesidad constante del suministrado, cuya satisfacción tiene reflejo en la causa del

⁹ DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general)*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1959, p.29. El autor, uno de los primeros en tratar en España el contrato de suministro, partía de la noción del verbo que configura la denominación del contrato para su exposición. Un esquema, por lo que respecta a su presentación, que nosotros seguimos en esta aproximación al contrato de suministro.

¹⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Los contratos de suministro de materiales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Berco-vitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p.144. A la definición semántica recurre con frecuencia el legislador y la jurisprudencia, *vid.* STS 621/2008, de 2 de julio (ROJ 4760/2008). El suministro se enfrenta a una deformación de su significado al utilizarse en el lenguaje como sinónimo de entrega, esto es, prescindiendo del carácter duradero de la acción, *v.gr.*, SSTS núm. 542/2019, de 16 de octubre (ROJ 3242/2019); núm. 444/2018, de 12 de julio (ROJ 2686/2018); o núm. 240/2018, de 24 de abril (ROJ 1489/2018). Pero en todas ellas, el TS refiere al *suministro de información al consumidor*, no en un sentido técnico o jurídico, ni tampoco asumiendo que se trata necesariamente de una acción duradera. En el Derecho positivo, un ejemplo de su uso lo encontramos en la normativa de consumo, en la que el término suministro se emplea como sinónimo de entrega, siendo trasladado a nuestro ordenamiento, *vid.* art. 115.1 TRLGCU cuando refiere a «los contratos de suministro que hayan de producirse o fabricarse».

¹¹ GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1976, p.504, ya apuntaba la poca fortuna del término para acercarnos al contrato de suministro, por cuanto se pierden muchos aspectos que conforman el acto jurídico de suministrar, como son las notas de duración y de repetición de las entregas. Ahora bien, este fenómeno no es exclusivo del contrato de suministro. La imprecisión es frecuente en otros negocios cuyas denominaciones jurídicas no coinciden plenamente con su significado léxico.

¹² Suministrar, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define como «proveer a alguien de algo que necesita». En el Diccionario de la Acadèmia Valenciana de la Llengua se recoge como «proveir a algú (d'allò que necessita)» y en los mismos términos en el Diccionario del Institut d'Estudis Catalans: *fornir*, «proveir (algú) del necessari». Para el Diccionario de la Real Academia Galega consiste en «dar ou vender a alguén [algo que necesita] ou facer que estea á súa disposición». En el *Dictionnaire de l'Académie Française* se recoge bajo la entrada «fournir» como el

contrato; o con la duración, cuya presencia es fundamental al configurar el contenido del programa contractual.

El uso generalizado del término *suministro* enfrenta al concepto a una vulgarización que tiene una importante consecuencia práctica, ya que, al considerar la acción de suministrar como un acto de entrega, prescindiendo de los rasgos definidores del negocio –principalmente la duración–, se viene, de alguna manera, a negar al acto la sustantividad propia para configurar un tipo contractual autónomo e independiente de la compraventa¹³. Esta adulteración de la prestación fundamental del contrato de suministro, como es el acto de entregar repetida y sucesivamente, al que no se enfrentan otros tipos contractuales, obliga a profundizar en la noción de suministro¹⁴.

acto de «Pourvoir de ce qui est nécessaire, approvisionner». En el *Vocabolario* del Instituto Treccari se define como «dare, distribuire ad altri, adempiendo un proprio ufficio specifico, o un còmputo particolare». En fin, el *Essential English Dictionary* lo recoge como «to give things that people want or need, often over a long period of time».

¹³ Vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2017, p.105, quienes clasifican el contrato como un negocio *afin a la compraventa*. En parecidos términos, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil, vol.II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.1603. Una muestra de ello es la STS núm. 141/2002, de 21 de febrero (ROJ 1219/2002), en la que se habla de un suministro de cohetes, cuando todo parece indicar que se está ante una compraventa.

¹⁴ Buena prueba de la adulteración referida es el caso enjuiciado por la SAP Valencia, núm. 345/2011, de 3 de junio (ROJ 4682/2011), en donde el contrato, a pesar de denominarse «de suministro», encerraba una compraventa de equipos y una prestación de servicios. Puede verse también la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo, en materia de contratos celebrados entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales. Su ámbito de aplicación es la regulación de *todo contrato* por el cual un empresario suministra contenidos o servicios digitales a un consumidor. A pesar de que la Directiva, a lo largo de su contenido, se refiere constantemente al suministro, la pretensión del legislador comunitario no es determinar la naturaleza de un contrato particular, sino que reserva a los estados miembros la definición del tipo contractual que mejor se adecúa al negocio de suministro de contenidos digitales. Se evidencia la facilidad con la que determinadas prestaciones pueden configurar una figura autónoma (el contrato de suministro) o encajar en uno de los tipos contractuales ya previstos en la ley, como son la compraventa o la prestación de servicios. El TRLCU es un claro ejemplo del uso del término *suministro*

Desde un plazo económico, la definición aproxima con mayor acierto al concepto de suministro que aquí interesa. En términos económicos, el acto de suministro pone el acento en el flujo constante de bienes y servicios, lo que encierra en su consideración el elemento duradero que caracteriza el negocio. Traída esta concepción al plano jurídico, se traduce en una prestación duradera y repetida, que evidencia la existencia de una relación económica estable. La noción económica de suministro supera el mero acto de dar o entregar, es decir, abandona la percepción de acto único, para acoger un acto duradero, cuya finalidad es la entrega constante para atender la demanda del suministrado. Esta concepción del suministro conecta con la función económica del contrato, que es la de dar satisfacción a unas necesidades constantes del acreedor mediante prestaciones duraderas, revelando, a su vez, la presencia de la empresa en las posiciones contractuales¹⁵.

Finalmente, entrando a considerar el concepto de suministro desde una perspectiva jurídica, cabe advertir que, a pesar de la falta de regulación

como sinónimo de acto de entrega. A lo largo de su redacción encontramos numerosas referencias al acto de suministrar, pero sin que el legislador esté exigiendo un acto duradero y continuado, sino que es suficiente una entrega ocasional y esporádica, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F., «Derecho de desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.1531 y ss.

¹⁵ La noción económica del suministro centra su atención de interdependencia entre las empresas que suscriben este contrato cuyo objetivo es mejorar su operatividad, optimizar la planificación y la organización, así como consolidar las ventajas competitivas. Esto se debe a que la vertiente económica del término se ha desarrollado al calor de las *cadena de suministro*, esto es, aquellas relaciones comerciales fuertemente marcadas por la descentralización de actividades donde las empresas que intervienen colaboran y compaginan sus funciones hasta que el producto o el servicio llega a su destinatario final. CHOPRA, S. y MEINDL, P., *Administración de la cadena de suministro. Estrategia, planeación y operación*, Pearson Educación de México, Naucalpan de Juárez, 2013, p.445, ponen de manifiesto la voluntad de la empresa suministrada de encontrar satisfacción a sus necesidades, presentes y futuras; mientras que por la empresa suministradora interesa colocar su producción en el mercado.

positiva del contrato, no es una figura desconocida en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶. Se localizan numerosas referencias al acto de suministrar en el Código penal¹⁷; en la normativa de Derecho de consumo,

¹⁶ Aunque no es función del legislador dar definiciones, como recordaba el profesor DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 2012, p.133, se observa una importante influencia de la normativa comunitaria sobre la española al respecto. En nuestros días se localiza abundante legislación, y no solamente la que transpone el Derecho comunitario, en la que se incorpora un cuerpo de definiciones sobre los conceptos jurídicos contenidos en la norma. La doctrina se ha mostrado favorable a esta técnica legislativa, por cuanto supone una mejora formal y ayuda a su interpretación y comprensión por los operadores jurídicos, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2014, p.164.

¹⁷ El Código penal tipifica como delitos el suministro de sustancias perjudiciales para la salud (art. 232); suministrar acceso a servicios de radio y televisión privados (art. 286), el suministro de sustancias nocivas (arts. 359 a 361); el suministro de aparatos explosivos (art. 568) y armas (574). Pero en estos casos el CP utiliza el término como sinónimo de una conducta activa del autor del delito, que fácilmente podría sustituirse por entregar o dar. En estos delitos mencionados no se requiere una conducta constante, siendo suficiente para incurrir en el tipo penal que la conducta se realice una sola vez, como apunta la STS núm. 491/2015, de 23 de julio (ROJ 3465/2015), en relación al delito de suministro de información reservada del 285. «El Código Penal exige un comportamiento activo, a través de los términos usar, esto es, hacer las operaciones del tipo, por sí y para sí, o a través de otro, supuestos para los que utiliza el término suministrar», SAN núm. 44/2014, de 23 de diciembre (ROJ 4884/2014). Por su parte, en los delitos contra la salud pública, su comisión no requiere de una continuidad en el tiempo, sin perjuicio de que, por una cuestión propia de las conductas del tráfico de drogas, se produzcan de forma reiterada, como apuntan las SSTS núm. 1207/2004, de 11 de octubre (ROJ 6354/2004) y núm. 154/2017, de 10 de marzo (ROJ 1227/2017).

como por ejemplo el TRLCU¹⁸; en la legislación tributaria¹⁹; en la normativa sectorial reguladora de la edificación²⁰; o en la disciplina administrativa²¹. Lógicamente, las distintas alusiones al suministro no son

¹⁸ El art. 7 del TRLCU define al proveedor como aquel «empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución». Según la EM de la norma, bajo esta definición se pretenden englobar a todos los que no tienen la consideración legal de vendedores: «El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial». En consecuencia, proveedor será el intermediario en la distribución de bienes muebles de consumo, ya sea por razón de un verdadero contrato de suministro como por cualquier contrato de distribución o incluso de arrendamiento, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Capítulo I. Ámbito de aplicación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p.78. La incorporación al ordenamiento español del término *suministrar* como sinónimo de entrega es una práctica frecuente que se produce de manera acentuada en el Derecho de consumo. Es consecuencia de una traducción del verbo «provide», lo que lleva a una constante referencia al acto de suministrar, pero sin que esto lleve aparejadas las notas de duración o satisfacción de una necesidad. Para un ejemplo del uso del concepto puede verse SIMÓN MORENO, H., «El suministro de bienes o servicios no solicitados en el Derecho europeo de contratos», en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015, pp.409 y ss.

¹⁹ Son muchas las referencias al suministro que se contienen en la legislación tributaria. Interesa señalar la obligación relativa al *suministro de información*, cuyas menciones son constantes en la normativa y donde el legislador está configurando una obligación de carácter duradero. *V.gr.*, el *suministro inmediato de información*, sistema de gestión del Impuesto sobre el valor añadido a través de la sede electrónica de la Agencia Tributaria y basado en la remisión por el contribuyente de manera continuada de los detalles de su facturación, DELGADO GARCÍA, A.M., «La regulación del Suministro Inmediato de Información», *Quincenal Fiscal*, núm. 20 (2017), p.103. Se trata de una obligación *ope legis* en la que la información debe entregarse de forma sucesiva a medida que se vaya generando y que se aproxima a la definición de suministro que venimos examinando.

²⁰ El Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, define a los suministradores en su anexo tercero, relativo a terminología a efectos de la aplicación de dicho Código, como todas aquellas personas que proporcionan productos de construcción a las obras, tales como fabricantes, almacenistas, importadores o vendedores de productos de construcción. Definición similar

coincidentes. Unas veces la norma utiliza el término en un plano semántico, no exigiéndose, por ejemplo, una reiteración en la conducta²²; en otras se utiliza como equivalente a «prestación»²³, mientras que, otras, lo hace desde una verdadera perspectiva jurídica, incluso coincidente con el concepto que ahora interesa²⁴. El concepto de suministro que nomina nuestro contrato se utiliza en un sentido específico, similar al acto de entrega, pero particularizado por la duración de la acción. Cuando se habla de suministro, en sentido técnico o jurídicos, se hace en referencia al acto de entrega duradera, lo que puede significar una entrega repetida en el tiempo. Se reitera la entrega de cosas del mismo

a la utilizada para los proveedores por la TRLCU, y que incide en las notas de relación de duración en la que se prevén una pluralidad de prestaciones y que, jurídicamente, no se limitan al contrato de suministro, sino que también son propias de los contratos de arrendamiento, de concesión, estimatorio o de compraventa fraccionada.

²¹ El suministro reviste una especial importancia en el sector público, junto con los contratos de obras y servicios y las respectivas concesiones, por ser el instrumento mediante el cual las entidades públicas se proveen del mercado. Se trata de un contrato esencial, cuya razón es permitir a la Administración proveerse de los bienes que necesita para el cumplimiento de sus funciones. Aunque para ello, el legislador ha optado por configurar una figura compleja no identificable con lo que en Derecho privado llamamos contrato de suministro, *cf.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo, I*, Civitas, Madrid, 2011, p.764. Sobre el concepto jurídico del suministro empleado por el derecho administrativo volveremos más adelante.

²² DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.40, descartaba la noción semántica por dar cabida tanto a los contratos que tienden a garantizar la satisfacción de necesidades duraderas como también aquellos que prescinden de la duración y se centran en el carácter futuro de la prestación.

²³ PÉREZ LÓPEZ, E., «Negocios fiduciarios en Derecho mercantil. Contrato de factoring, contrato de renting, contrato de suministro, contrato estimatorio», en VILLAGÓMEZ RODIL, A. (Dir.) *Cuadernos de derecho judicial. Contratos mercantiles especiales*, CGPJ, Madrid, 1997, p.320.

²⁴ La regulación más cercana que disponemos en nuestro ordenamiento jurídico del contrato de suministro viene de la mano de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías de Viena de 1980 (CISG), que incluye en su ámbito de aplicación los contratos de compraventa con entregas sucesivas, así como los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser producidas o manufacturadas, *vid.* ARPIO SANTACRUZ, J., «El contrato de compraventa internacional de mercaderías», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.401-403.

género de forma constante, o una entrega sin solución de continuidad, lo que se traduce en una sucesión de entregas de cosas que no se interrumpe. La definición es descriptiva del tipo contractual y recoge sus notas elementales: la duración del contrato, la repetición o continuidad de las prestaciones que engloba y la satisfacción de las necesidades del suministrado²⁵.

Con todo, se nos ofrecen los suficientes elementos para adelantar una noción del contrato de suministro. El contrato de suministro es aquel por el que el proveedor se obliga, a cambio de un precio, a realizar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de en-

²⁵ La definición de los contratos, con frecuencia, suele ofrecer una descripción del negocio. Tomando la definición contenida en el art. 1559 del *Codice civile* nuestra jurisprudencia ha concebido el suministro como el contrato «por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra, prestaciones periódicas o continuas», SSTS núm. 693/1984, de 30 de noviembre (ROJ 1704/1984); núm. 576/1988, de 8 de julio (ROJ 5332/1988) y núm. 1046/1996, de 2 de diciembre (ROJ 6849/1996), entre otras, y cuyo contenido se identifica con una serie de prestaciones de duración, o de ejecución continuada o sucesiva. Más exacta, a nuestro juicio, la STS núm. 502/2002, de 23 de mayo (ROJ 3665/2002), al referir al cumplimiento sucesivo del suministro, obligándose una parte a la entrega de cosas y la otra al pago del precio mediante entregas y pagos sucesivos y periódicos determinados o determinables, cuya función es la satisfacción de las necesidades continuadas del acreedor, STS núm. 590/2002, de 16 de junio (ROJ 4307/2002). A esta definición ha acudido igualmente nuestra doctrina, *vid.* GRIMALT SERVERA, P., «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa, op.cit.*, p.129.

trega de cosas genéricas, con el fin de satisfacer una necesidad duradera. Una definición respecto de la que coinciden la doctrina española²⁶ y comparada²⁷ y la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁸.

²⁶ DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.53, lo define como «el contrato por el que una de las partes se obliga frente a la otra al cumplimiento de prestaciones duraderas, por un precio determinado o determinable». GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, p.418, lo define como el contrato «por el que una empresa se obliga mediante precio unitario a entregar a otra cosas muebles en época y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo con sus necesidades». En el mismo sentido, pero sin expresa referencia a la empresa en su definición, los profesores URÍA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p.738 («contrato por el cual el suministrador se obliga a entregar al suministrado, a cambio de precio y de forma sucesiva y periódica, cosas muebles genéricas en el momento y cantidad pactadas»), y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2014, p.532 («el contrato de suministro es aquel por el que el suministrador se obliga, a cambio de un precio, a realizar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de cosas genéricas, para satisfacer unas necesidades duraderas»). La mención a la empresa la mantiene BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., «El contrato de suministro», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles*, *op.cit.*, p.523, que ofrece una descripción muy próxima a la de GARRIGUES: «el contrato por el que un empresario se obliga mediante un precio unitario a entregar, a otra, cosas muebles en época y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el suministrado según sus necesidades». El autor enfatiza un carácter mercantil que es cuestionado por VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.1603, que acerca el contrato al Derecho civil definiéndolo como «aquel por el cual una persona, suministrador, se obliga a entregar a otra mercancías o unidades de agua, gas, electricidad, carbón, u otras cosas susceptibles de ser pesadas o medidas, según las necesidades del suministrado». Ya desde la doctrina civilista Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2012, p.175, quien no ofrece una definición, sino que expone sus características principales: la relación obligatoria duradera, la pluralidad de prestaciones y su vinculación a las necesidades del suministrado.

²⁷ El art. 1559 del Código civil italiano define la *somministrazione* como «*il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazione periodiche o continuative di cose*». La definición no ha estado exenta de críticas, pues algún autor considera que es lo suficientemente amplia como para englobar otra clase de prestaciones que desbordan la naturaleza del suministro, CARINGELLA, F. y DE MARZO, G., *Manuale di Diritto Civile*, vol.III, Giuffrè Editore, Milán, 2007, p.1132. Pero, sin embargo, es la noción jurídica a la que se adhiere la mayoría de la doctrina, NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione*, Giuffrè Editore, Milan, 2010, pp.7-9. A esta definición normativa ha acudido en alguna ocasión

Como resultado de la sujeción del negocio a la satisfacción de las necesidades duraderas del suministrado se configura un contrato de *tracto sucesivo*²⁹. En cierta medida, la obligación de pago del suministrado no tiene por qué compartir este carácter duradero, si bien con frecuencia lo hará, generándose obligaciones duraderas a cargo de ambas partes³⁰. Junto a la duración, la segunda peculiaridad a destacar del contrato es la función económica buscada por el suministrado, informadora de la causa, como es *estar abastecido*, lo que implica que el objeto de la prestación pueda ser determinado durante la vigencia del contrato en

nuestra jurisprudencia, *vid.* por todas la STS núm. 145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012).

²⁸ Por todas, la STS núm. 576/1988, de 8 de julio (ROJ 5332/1988), que define el contrato de suministro como el contrato «por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar, en favor de otra, prestaciones periódicas o continuas, cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender al interés duradero del acreedor». Sigue el Alto Tribunal el criterio de su S. núm. 310/1986, de 20 de mayo (ROJ 2602/1986), y que se reproducirá en resoluciones posteriores: SS. núm. 1046/1996, de 2 de diciembre (ROJ 6849/1996); núm. 590/2002, de 13 de junio (ROJ 4307/2002), y núm. 340/2003, de 3 de abril (2300/2003), entre otras.

²⁹ En este sentido puede verse la definición que se hace en MONTOYA MELGAR, A., *Diccionario jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p.278: «Contrato por el que una persona, denominado suministrador, se obliga de forma duradera o estable a entregar periódicamente a otra, suministrado, determinados bienes a cambio de precio, según las necesidades manifestadas por el segundo. Es un contrato atípico, si bien le resultan de aplicables por analogía las normas de la compraventa (ordinariamente, mercantil), de la que se distingue por el carácter estable o duradero de la relación contractual».

³⁰ GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.505, refiere a este contrato como el *típico contrato de duración*, por revestir este carácter las obligaciones que se generan a cargo de cada una de las partes. Se apoya el autor en este carácter duradero para distinguirlo de los contratos de ejecución instantánea, y, en particular, de la compraventa. En el mismo sentido, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, UTET, Milano, 1997, p.28, afirma que el suministro «è un contratto tipicamente di durata» por estar encaminado a la satisfacción de necesidades duraderas, periódicas o continuadas, del suministrado.

función de cada necesidad³¹. Ahora bien, como se aborda seguidamente, no es ésta la única función que despliega el contrato de suministro.

II. FUNCIÓN ECONÓMICA DEL SUMINISTRO

Mediante un contrato de suministro se logra la consecución de una diversidad de finalidades o funciones: facilita el flujo de productos entre producción y consumo; permite el acceso rápido a unos bienes, sin tener que recurrir constantemente a la búsqueda de proveedores; transmite la propiedad del objeto del contrato; garantiza el abastecimiento futuro; reduce el riesgo de incertidumbre ante eventuales vicisitudes; y sirve como instrumento de financiación cuando el precio no se abona hasta un tiempo después de obtener las mercaderías. Aun con todo, la función primordial del contrato de suministro, por cuanto es característica de este negocio, es la satisfacción rápida, segura, económica, simple y duradera de las necesidades del suministrado³². El suministrado presenta una necesidad duradera para cuya satisfacción requiere un flujo constante de bienes, lo que le conduce a programar un contrato en el que la obligación de entrega se prolonga del mismo modo que lo hace su necesidad³³. Esta necesidad se podría atender mediante una sucesión de contratos de compraventa, mediante los cuales se adquieren

³¹ El contenido de la prestación puede ser pactado en el contrato o puede ser determinable, pactando que la calidad, cantidad y demás condiciones relativas a la entrega queden fiadas a un momento posterior a la celebración del contrato en función a las necesidades específicas del suministrado, *vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.1603.

³² El contrato de suministro es un instrumento cuya función económica principal es la satisfacción de necesidades continuas, es decir, atender el interés duradero o continuado del suministrado, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.528.

³³ La vinculación entre el suministro y la necesidad es estudiada con detalle por FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp.22 y ss. En cierto sentido, la idea de necesidad no es exclusiva del suministro. Cualquier contrato se suscribe por la necesidad de una de las partes en obtener una cosa o un servicio. La compraventa de un vehículo para acudir al trabajo, la obtención de un préstamo para la adquisición de una casa o los servicios de un abogado para la defensa en un pleito ponen de relieve una necesidad, entendida como una carencia de algo unida al deseo de darle satisfacción para la consecución de un

las cosas necesitadas. Sin embargo, esta operativa enfrentaría al suministrado a una constante búsqueda de proveedores, a una continua negociación de las condiciones del contrato y, lo que es más importante, le colocaría ante la incertidumbre que supone desconocer si podrá obtener los bienes requeridos y el coste de la transacción. Como alternativa, el contrato de suministro permite atender esta necesidad mediante la configuración de una obligación duradera de entrega que evita el riesgo de la falta de existencias del proveedor y la oscilación de precios del objeto del contrato. La atención a esta necesidad duradera se erige como la verdadera razón por la que se suscribe un contrato de suministro³⁴.

A. SATISFACCIÓN DE UNA NECESIDAD DURADERA

La existencia de una necesidad que no puede ser cubierta por otros contratos justifica la conclusión de un contrato de suministro³⁵. Existe una

fin. La necesidad informa la función económica de contratos como la agencia, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., «El contrato de agencia», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles, op.cit.*, p.509, o el estimatorio, *cfr.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., «El contrato estimatorio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles, op.cit.*, p.417.

³⁴ La doctrina hace hincapié que el suministro no solo beneficia al suministrado, sino también al proveedor. En este sentido, leemos en DI MARZIO, F. (Dir.), *Codice civile. Comentario e aggiornato in de jure*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p.1967, que: «La fattispecie soddisfa le esigenze di entrambe le parti: di chi riceve la fornitura, a non rimanerne sprovvisto e a corrispondere un prezzo più basso rispetto a quello che si determinerebbe sommando singole ripetute prestazioni; quello del fornitore ad assicurarsi un introito prolungato nel tempo e a non dover rivervare continuamente la clientela.»

³⁵ La necesidad del suministrado está siempre vinculada al contrato de suministro. Esta necesidad se prolonga en el tiempo, en el sentido de que se repite periódicamente o es continua, esto es, sin solución de continuidad. Entonces, sólo un contrato que permite acoger una pluralidad de prestaciones relacionadas con la satisfacción de dicha necesidad satisfará el interés del acreedor. La importancia que tiene la necesidad en el suministro la relata FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento, op.cit.*, pp.22 y ss.: En la medida en que la necesidad se prolonga en el tiempo el interés de la parte en obtener su satisfacción también lo será. Lo que, en fin, delata que la satisfacción también compartirá el carácter duradero que es natural en este contrato.

pretensión en obtener las cosas necesarias para el ejercicio de una actividad o para el desenvolvimiento de la vida personal o familiar, de modo que encontramos contratos de suministro celebrados entre empresas para asegurar el regular abastecimiento, haciéndose depender el funcionamiento de una de ellas de la entrega periódica de bienes por parte de la otra³⁶; y contratos de suministro entre un empresario y un consumidor para satisfacer necesidades de la vida corriente, como sucede con los suministros domésticos³⁷. En la medida en que son necesidades duraderas, el acreedor no puede obtener su satisfacción mediante una entrega puntual u ocasional. Esta prestación única satisfaría la necesidad en un solo momento, pero en cuanto vuelva a manifestarse exigiría nuevas prestaciones de entrega. Por lo tanto, el acreedor está interesado en obtener un compromiso duradero del deudor en satisfacer esta necesidad siempre que se exteriorice y que exige que la obligación se adapte a la necesidad³⁸. De forma que encontramos suministros cuya obligación de suministrar es continuada, sin solución de continuidad;

³⁶ Fuera de los suministros domésticos, el contrato se celebra mayormente entre empresas. Esto ha llevado a parte de la doctrina a afirmar el carácter mercantil del contrato, aunque reconociendo la posibilidad de suministros civiles, *cfr.* ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil, II*, Civitas, Madrid, 2006, p.229. Efectivamente, un contrato de suministro entre particulares es, al menos desde el plano de la hipótesis, totalmente aceptable. Y, sin embargo, en la práctica será extraño un suministro en el que, al menos la parte proveedora, no tenga sea una empresa o profesional.

³⁷ Suelen recaer sobre bienes esenciales de la vida personal y doméstica, como el agua, la electricidad o el gas. Estos contratos de suministro especiales suponen casos excepcionales tanto por el carácter especial de los bienes sobre los que recaen, por venir regulados en normativa sectorial, por el elevado número de ellos y por someterse a la legislación civil, como recuerda BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.105.

³⁸ El interés del acreedor se traduce en obtener prestaciones que satisfagan su necesidad, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p.20. En correspondencia con esta necesidad duradera los contratantes tienen un interés consistente en aprovisionarse de determinados bienes durante un periodo de tiempo. De ahí que se hable de necesidad duradera generadora de un interés duradero en obtener una satisfacción duradera de aquélla, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento, op.cit.*, p.29.

mientras que hay suministros que tienen un carácter periódico, cuya entrega depende de épocas o pedidos del suministrado³⁹.

Se trata de una necesidad de contenido económico, presente en el suministrado, que tiene un interés particular en obtener su satisfacción. Un interés partidista que requiere de un abastecimiento duradero, seguro, rápido, simple y económico de una necesidad duradera⁴⁰. La pretensión del suministrado responde a estas consideraciones, la mayor parte de las veces incluso de manera inconsciente, que no pueden alcanzarse a través de otros contratos, ni de manera inmediata⁴¹. Por ello, la prestación de suministro está llamada a extenderse en el tiempo para poder dar satisfacción a esa necesidad duradera⁴².

³⁹ El contrato de suministro es un negocio caracterizado por la ejecución continuada o periódica de las obligaciones contractuales, en función de la configuración del contrato en atención a los intereses particulares de las partes, que programan el contenido de la obligación duradera de dar atendiendo a éstas, *vid.* GALGANO, F., *Tratatto di Diritto Civile*, vol.II, CEDAM, Padova, 2015, p.550.

⁴⁰ Un interés duradero que lleva a un contrato duradero, STS núm. 590/2002, de 13 de junio (ROJ 4307/2002). *Vid.* MENDOZA LOSANA, A.I., «Contratos de suministro de gas y electricidad», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, *op.cit.*, pp.773; FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.28.

⁴¹ AVILÉS GARCÍA, J., «Contratos con finalidad traslativa de dominio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, vol.2, Tirant lo Blanch, 2013, p.2295. La pretensión perseguida por las partes y razón de ser del contrato de suministro es satisfacer una necesidad periódica de ser abastecido que se va repitiendo de forma sucesiva o periódica, garantizándose el mantenimiento del precio de los bienes a suministrar ante eventualidades del mercado. Esta es la razón de ser del contrato de suministro para la doctrina más autorizada, véase también GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1983, p.95. Pero no se puede desconocer que si bien el interés del suministrado es satisfacer necesidades corrientes que surgen en la vida moderna el interés que tiene el proveedor no es tanto el de dar satisfacción a esas necesidades de la contraparte sino colocar en el mercado sus productos o servicios. Con el contrato de suministro se garantiza una sucesión de ventas, razón por la que algún autor ha querido ver en el suministro una función de colaboración entre empresarios. En este sentido véase FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.33.

⁴² La duración de las obligaciones asumidas por las partes incide en la causa del contrato. De manera que éste no cumple su función económica si la ejecución de las prestaciones no se prolonga en el tiempo, *cf.* GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho*

Precisamente la reiteración de la necesidad a lo largo del tiempo explica por qué el objeto del contrato no puede fraccionarse. En el fraccionamiento o reparto de la cosa en diversas épocas el interés del acreedor va satisfaciéndose a medida que van completándose las entregas. En este sentido, las entregas de las distintas partes en las que se ha dividido el objeto van integrando el todo. En cambio, el suministro no puede compartir este esquema, más propio de una compraventa con entregas fraccionadas. La necesidad se manifiesta en su totalidad en cada ocasión, con lo que debe ser atendida mediante la ejecución de una nueva prestación de entrega independiente de las pasadas y de las futuras. El interés del acreedor no se ve disminuido a medida que se van ejecutando las prestaciones de entrega, sino que resurge a medida que aparece la necesidad⁴³. Bajo esta perspectiva se comprende por qué en muchas ocasiones el suministro se ha visto como una sucesión de compraventas. Cada vez que se manifiesta la necesidad lo hace de manera completa e independiente respecto de las anteriores y de las futuras, con lo que cada acto de entrega, aisladamente considerado, mediante el que se busca dar satisfacción a aquélla, podría ser –erróneamente– subsumido en una compraventa⁴⁴. En cambio, cuando todas estas entregas, atendidas en su pluralidad, tienen su fundamento en una misma necesidad

Mercantil, op.cit., p.505. Si la necesidad, razón del suministro, es ocasional, el adquirente puede satisfacerla mediante una compraventa.

⁴³ La necesidad de la que hablamos se manifiesta en su totalidad en cada ocasión que se presenta, no como una porción, *v.gr.*, el contrato de suministro de carburantes. En éstos, la estación de servicio necesita un flujo constante de carburantes que poder revender a sus clientes. A medida que éstos vayan consumiendo el carburante de aquélla ésta vuelve a tener una necesidad de carburante. Como vemos, no se trata de una parte sobre un todo. Esto sucede en la adquisición de diez torres eólicas que van entregándose sucesivamente según van fabricándose por el proveedor. En este caso las entregas sí son parciales, porque el objeto del contrato se ha repartido. En cambio, en el suministro el objeto no se fracciona. Se entrega en su totalidad en cada momento, pero la reiteración de la necesidad hace que vuelva a aparecer la obligación del proveedor de atenderla, *cfr.* CORRADO, R., *La somministrazione, op.cit.*, p.291.

⁴⁴ La STS de 26 de septiembre de 1927 calificó como compraventa ordinaria y no como suministro un contrato de venta con ejecución dividida, en donde la entrega se sucedía en el tiempo, partiendo, entre otras cosas, en que el suministro exige tener en cuenta la mayor o menor necesidad de cada entrega parcial, *vid.* SANTOS BRIZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 2003, pp.101 y 102.

que se viene repitiendo en el tiempo, y cuya satisfacción es la pretensión principal del suministrado, se desprende que no se está ante una sucesión de contratos de venta aislados sino ante un único tipo cuya causa está integrada por dicha satisfacción. Por ello es frecuente localizar el contrato de suministro en determinados sectores en los que se necesita un flujo constante de bienes⁴⁵; además de entre el cuerpo de obligaciones de los contratos de distribución⁴⁶. Con ello se observa la importancia que tiene este contrato en el seno de la empresa al permitir un abastecimiento continuado de mercancías con las que desarrollar una actividad económica⁴⁷.

B. UN ABASTECIMIENTO SEGURO, SIMPLE Y ECONÓMICO. LA FUNCIÓN DE FINANCIACIÓN

⁴⁵ La cantidad recurrente de bienes que se necesitan en algunos sectores de la actividad económica aconseja que el contrato de suministro sea el mejor instrumento jurídico para su atención frente a una sucesión de compraventas aisladas que no permiten satisfacer el interés del que quiere ser suministrado, *vid.* BENITO Y ENDARA, L. *Derecho Mercantil*, Madrid, Reus, 1922, p.170; ALONSO ESPINOSA, F.J., SÁNCHEZ RUIZ, M. y VERDÚ CAÑETE, M.J., *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.76-77.

⁴⁶ Hay suministros integrados en una red de distribución, a veces siendo el origen de la propia cadena. Aunque sobre este tema volveremos más adelante, baste ahora apuntar que las redes de distribución son una categoría de redes empresariales, formada por empresarios independientes jurídicamente pero económicamente interdependientes, en donde los distintos miembros que la componen dependen de un empresario principal –el cabeza de la red– quien, en cierta medida, la controla, dirige y coordina desde su posición contractual. Sobre un estudio más detenido de este fenómeno empresarial, puede verse RUIZ PERIS, J.I., «Un derecho específico para las redes empresariales», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁴⁷ El contrato asegura al empresario el flujo regular de los bienes necesarios para el desarrollo de su actividad económica, sea cual sea: la producción, la manufactura o la reventa exigen una entrada periódica de bienes, que queda cubierta por un único contrato. De acuerdo con FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, UTET, Milano, 2001, p.818 el interés del suministrado no es el de contar con una prestación completa, sino con una prestación repetida en relación con la repetición de sus necesidades. Entre nosotros, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.415 apuntaba la necesaria presencia de la empresa, al menos en la parte que asume la obligación de suministro. También lo califica como el típico contrato de empresa URÍA, R., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.738.

Decíamos que la finalidad principal del contrato es la de estar abastecido. A fin de atender esta pretensión el suministro se erige como la vía más económica, simple y segura⁴⁸. Es económica, por cuanto esquiva una sucesión de ventas aisladas; además de evitar la aleatoriedad del precio, el riesgo de desabastecimiento y la incertidumbre que uno y otro conlleva⁴⁹. Es simple, precisamente por la reunión en un mismo contrato de todas las prestaciones de entrega, así como por recoger en él las disposiciones necesarias para mantener el carácter conmutativo de las obligaciones⁵⁰. Finalmente, es económico porque asegura la disposición de los bienes durante el tiempo en el que se extiende su vigencia, lo que ayuda a prevenir posibles alteraciones y mantener bajo control eventualidades futuras⁵¹.

⁴⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2017, p.105, entienden que la función esencial del suministro es satisfacer las necesidades periódicas del suministrado, aunque no es la única función que despliega este contrato. Más minuciosos son CARINGELLA, F. y DE MARZO, G., *Manuale di Diritto Civile, op.cit.*, p.1132, quienes separan la razón económica del suministro destinada al aseguramiento de la disponibilidad constante, continuada o periódica de bienes, de la función del contrato que sustituye una repetida contratación.

⁴⁹ También en este sentido puede leerse GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.418, para quien la suscripción de contratos independientes determinaría, de una parte, la propia inseguridad, intrínseca a cualquier negociación contractual, de no conclusión del contrato; de otra parte, la imposibilidad del proveedor de atender a la necesidad del suministrado por la falta de bienes, máxime cuando previamente deben ser fabricados; finalmente, la oscilación que pueden sufrir los precios.

⁵⁰ CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.28. Todo contrato de duración se enfrenta a la fluctuación natural del valor de la cosa y, por lo tanto, la ganancia o pérdida está en cierta medida sujeta a vicisitudes. El suministro permite obtener, con vistas a futuro, unos determinados bienes, contemplando mecanismos revisores y correctores que permitan el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones durante su vigencia. *V.gr.*, las fórmulas que permiten determinar la cantidad del objeto y el precio por su razón o que admiten la extinción de la relación en situaciones en las que el contrato pierde su finalidad económica o resulta desproporcionadamente gravoso para una de las partes.

⁵¹ Su difusión en el tráfico se debe a su aptitud para dar satisfacción a las necesidades duraderas de la parte interesada en obtenerla: el suministrado. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p.296 y ss., apuntan que «el carácter duradero de la necesidad de obtener ciertas cosas y el interés en su cobertura que se prolonga en el tiempo se

Adicionalmente, el contrato de suministro también puede desplegar una función de financiación, particularmente cuando es suscrito entre empresarios, por las posibilidades que ofrece a los operadores económicos de demorar el pago a un momento posterior a la obtención de la mercancía⁵². A pesar de no ser ésta una función característica ni propia del negocio de suministro, no puede pasar desapercibido, sobre todo por la importancia que tiene en el ámbito de la empresa poder disponer de bienes abonando su precio en un momento posterior, sin perjuicio de las consideraciones recogidas en la LLCM⁵³.

C. EL SUMINISTRO COMO INSTRUMENTO DE DESCENTRALIZACIÓN

vinculan a la razón de ser de este contrato». MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p.495, deduce claramente del concepto que da del contrato la finalidad previsoramente perseguida por las partes, y que también es apuntada por la STS núm. 310/1986, de 20 de mayo (ROJ 2602/1986).

⁵² PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., «La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p.1614. La función de financiación también está presente en otro negocio a caballo entre el intercambio de bienes y la distribución: el contrato estimatorio. En éste sucede de igual forma que en el suministro. El detallista no tiene que pagar el precio de los productos en el momento de la puesta a disposición de los mismos, sino que se hace posteriormente, cuando se liquidan las cuentas por las partes. De modo que el comerciante minorista puede comercializar los productos sin tener que adelantar su precio y evitando el riesgo de adquirirlos para posteriormente no poder revenderlos, pues el contrato estimatorio le permite devolverlos, *cf.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., «El contrato estimatorio», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p.290.

⁵³ La LLCM contempla un plazo relativo al pago tanto en el ámbito mercantil como en el ámbito del sector público. En su virtud, el plazo se fija en sesenta días, plazo que no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes. En este sentido, desaparece el plazo general de treinta días que se contenía en la primera redacción de la norma, y que fue criticado por la doctrina, *vid.* PERALES VISCASILLAS, M.P., «La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil», *REDUR*, núm. 5, 2007, pp.16-17.

Continuando el análisis del contrato de suministro desde una perspectiva mercantil, encontramos que el tipo sirve como instrumento de descentralización de actividades y procesos de la empresa⁵⁴. La descentralización, u *outsourcing*, aparece como una alternativa plausible para muchas empresas⁵⁵. Con el objetivo de optimizar su actividad empresarial optan por replanificar los recursos de producción, almacenamiento, distribución y de gestión de provisiones⁵⁶. En líneas generales,

⁵⁴ Así sucede en las cadenas de suministro, definidas como aquel flujo real de materias primas, componentes, productos semielaborados y productos finales, a la larga de todo el proceso productivo, desde el fabricante inicial hasta el consumidor final. El objetivo de las distintas empresas que intervienen en la cadena de suministro es buscar la máxima eficiencia (menores costes) en la gestión del proceso de producción y comercialización del producto, con independencia de qué empresa sea la que ejecuta las diferentes funciones, *vid.* CRUZ ROCHE, I., «Las transacciones económicas en la cadena de valor alimentaria», en GONZÁLEZ CASTILLA, F. y RUIZ PERIS, J.I., *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución alimentaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p.30.

⁵⁵ La generalidad del término permite reconducir al mismo numerosos mecanismos e instrumentos jurídicos y económicos aptos para la descentralización, de ahí que no haya una definición que la doctrina económica adopte de forma unánime. Algunos autores acogen una definición amplia, según la cual implicaría la decisión de adquirir externamente cualquier bien o servicio que la organización necesite, sin perjuicio de la capacidad de la propia empresa para fabricarlo por sí mismo. Para otros, ofreciendo un concepto más estricto, *outsourcing* supondría una subcontratación de actividades que pueden ser o no importantes: desde la distribución hasta la limpieza. En fin, otros autores reservan el término solamente para las actividades que en alguna ocasión han sido asumidas por la empresa pero que por estrategia se decide externalizar. Sea como fuere, en la actualidad pocas empresas realizan ellas solas todas las actividades de su cadena de valor, *cfr.* GÓMEZ ANSÓN, S. y SACRISTÁN, M., «Los acuerdos de *outsourcing* en el mercado de valores español: valoración y factores determinantes», *Cuadernos de economía y dirección de empresa*, núm. 16 (2003), p.30. De las distintas acepciones de externalización se puede hablar de externalización táctica y externalización estratégica. La externalización táctica reduce sus razones a una cuestión de costes, mientras que la externalización estratégica, además de los costes, persigue otros objetivos como la calidad de las operaciones, suplir la falta de recursos o habilidades para desarrollar ciertas actividades, o acceder a capacidades y conocimientos, *cfr.* *Cfr.* ESPINO RODRÍGUEZ, T.F., *El outsourcing y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones. Una aplicación empírica, op.cit.*, p.86.

⁵⁶ Buena prueba de ello es el sector automovilístico, en el que las sinergias que se producen entre las marcas de automóviles y las empresas auxiliares fabricantes de los distintos componentes permiten a las primeras reducir costes a la vez que aumenta el grado de especialización. Se crean redes empresariales globalmente deslocalizadas y,

el *outsourcing* supone cualquier fenómeno u operación de descentralización originado en un proceso productivo, aprovechando la especialización en estas actividades por algunas empresas, lo que además permite a la entidad descentralizada focalizar sus recursos en una parte del proceso productivo⁵⁷. Esto implica la generación de redes empresariales interrelacionadas⁵⁸, cuya entidad puede ir desde la mera relación contractual de colaboración hasta la integración de algunas empresas en la órbita de la principal, que ejerce cierto poder de decisión y control sobre ellas⁵⁹.

en la gran parte de los casos, interrelacionadas, donde se subcontrata la producción de componentes que son contrasignados con los signos de la empresa descentralizada, lo que a ésta le permite, además, diversificar sus productos, *cfr.* ARRUÑADA, B. y HENRIQUE VÁZQUEZ X.V., «La fabricación subcontratada y el futuro del sector del automóvil», *Economía industrial*, núm.358 (2005), p.80. Los autores refieren al *contract manufacturing*, como aquella empresa especialista que se responsabiliza de la fabricación de los productos de la empresa principal. También en este sentido ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (*outsourcing*)», *Revista de Derecho Social*, núm.23 (2003), p.74.

⁵⁷ Las empresas han de plantearse nuevas fórmulas de organización y gestión ante los retos de la empresa moderna, marcados por la globalización de la economía, la madurez de los mercados, la transformación tecnológica, las exigencias de los clientes y la intensa competencia. En este marco, que la empresa se centre en sus actividades básicas, especializándose en determinadas funciones o actividades, es una estrategia que determina la mejor forma de gestionar la organización. *Cfr.* ESPINO RODRÍGUEZ, T.F., «El *outsourcing* y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones. Una aplicación empírica», *Revista de Cuadernos de Gestión*, vol. 3, (2003) núms. 1 y 2, pp.83-84.

⁵⁸ Para una noción del concepto de red empresarial, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., «Un derecho específico para las redes empresariales», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, *op.cit.* Sobre las características de las redes contractuales, en la doctrina comparada, por todos, *cfr.* CAFAGGI, F., *Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?*, en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, 2009, pp.83 y ss.

⁵⁹ La descentralización empresarial se erige como una nueva forma de gestión empresarial frente a las estructuras tradicionales, en donde la empresa se configuraba como una organización autónoma en el plano económico y jurídico, con un control directo sobre su producción, gestión, distribución y venta. Los objetivos básicos que persiguen las empresas descentralizadas son tres: una mayor adaptación a los cambios del mercado, la especialización en sus diferentes fases de producción y comercialización; y la reducción de costes fijos en la organización interna, sobre todo de índole

En este salto de una logística por cuenta propia hacia una logística por cuenta ajena, el suministro desempeña un papel relevante⁶⁰. En cierta medida, la descentralización puede obtenerse a través de numerosos instrumentos jurídicos, como la formación de alianzas entre grandes empresas (*v.gr.*, *joint ventures*) y la configuración de relaciones contractuales de colaboración. En el marco de estos contratos, se encuentran tanto los que no generan una dependencia, de manera que la empresa nuclear no interviene sobre aspectos financieros, laborales o de gestión –así sucede en el arrendamiento de obra, la comisión mercantil, la mediación o el corretaje– como aquellos en los que existe una integración de las empresas auxiliares en la principal⁶¹ –como sucede en la franquicia, la agencia o la concesión⁶²–. El contrato de suministro podría ser localizado en ambas clasificaciones. La variedad tipológica de

laboral. Con todo ello, la empresa nuclear mejora su competitividad en el mercado a la vez que reduce los riesgos mediante la disgregación de partes de la producción y distribución entre varias empresas. Para un profundo análisis del *outsourcing*, *vid.* ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 5 (2009), pp.65-106.

⁶⁰ La colaboración interempresarial se alza como una herramienta para la empresa en una economía global, que permite salvar una eventual falta de capacidad productiva o la escasa eficiencia en la realización de determinadas actividades. En este contexto, las organizaciones suelen optar por subcontratar de terceros la fabricación y el suministro de determinados componentes o la realización de funciones concretas, *cfr.* BELSO MARTÍNEZ, J.A. y ESCOLANO ASENSI, C.V., «La externalización de actividades como estrategia competitiva en el sector juguetero español: consideraciones desde la perspectiva», *Economía industrial*, núm.372 (2009), pp.115-116.

⁶¹ En estos casos, la empresa descentralizada obtiene los beneficios de la integración vertical, como ahora el control de la producción, la calidad de lo producido, y su distribución en el mercado. Le permite coordinarse con las demás empresas, manteniendo el control, disgregando los riesgos, reduciendo los costes laborales e inhibiéndose de los riesgos de la marcha empresarial, *cfr.* ALCALÁ DÍAZ, M.A., *Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)*, *op.cit.*, p.75.

⁶² La actividad de distribución, como cualquier otra, será organizada dentro de la propia empresa cuando los costes de su organización externa sean superiores. Cuando, en cambio, la descentralización permite una reducción de los costes, mejorar el desarrollo empresarial y de reputación, y mejorar la calidad del producto o del servicio, se traduce en un beneficio tanto para el fabricante como para el distribuidor, *cfr.* PAZ-

contratos que pueden utilizarse para estos fines de descentralización es tan amplia que difícilmente pueden agruparse dentro de una misma categoría jurídica⁶³. En el plano económico se habla de *contratos de logística*, o *contratos de prestación de servicios logísticos*. En el plano jurídico, podríamos englobarlos bajo un amplio concepto de distribución⁶⁴. En todos concurren notas de encargo por un empresario a otro de actividades que vienen a integrarse, directa o indirectamente, en el ciclo productivo del primero. En este panorama es donde ahora interesa destacar que también el contrato de suministro funciona como instrumento de descentralización⁶⁵. El proveedor asume funciones de abas-

ARES RODRÍGUEZ, J.C., «La terminación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho mercantil*, núm.223 (1997), p.14. En la actualidad, actividades como la publicidad, la mercadotecnia, o el desarrollo tecnológico, han alcanzado un grado de especialización tan elevado que difícilmente puede considerarse que formen parte del ciclo productivo asumible por una empresa. De ahí que su externalización exceda la descentralización que comentamos y se imponga como necesaria. La subcontratación a la que referimos se reduce a actividades que, siendo directamente asumibles por la entidad, se opta por cederla a una tercera empresa auxiliar.

⁶³ La descentralización empresarial no se presenta como una verdadera opción a la organización interna en aquellas actividades en las que no pueden realizarse dentro del seno de la empresa, bien por necesitar de un alto grado de especialización, como los contratos publicitarios, de marketing, o el asesoramiento jurídico o contable, bien por necesitar de una organización propia para poder desempeñarla, como los contratos de factoring o de financiación. En estos casos, la colaboración entre la empresa prestadora de estos servicios y la empresa descentralizada no supone una integración de aquella en ésta, ni se hace en régimen de exclusividad.

⁶⁴ La distribución entendida en sentido amplio abarca desde los contratos de agencia hasta los de franquicia, incluyendo el suministro, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.38.

⁶⁵ DE LA VEGA GARCÍA, F., «El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del PCM)», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, op.cit.*, p.1293. Defiende el autor que la operación logística más característica del suministro se encuentra recogida en el PCM, en su artículo 513.2.2, cuando refiere: «cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato». A pesar de que el precepto no refiere expresamente al ámbito de la logística, de su lectura se recuerda su importancia en el ámbito del aprovisionamiento de la empresa según las necesidades puntuales.

tecimiento de bienes a la empresa descentralizada, mediante un contrato estable en el tiempo y, a la vez, flexible, que permite adaptar las distintas y sucesivas prestaciones a las necesidades actuales de la empresa suministrada⁶⁶. El grado de integración del proveedor será una cuestión circunstanciada, en función de los intereses de las partes, reflejados en el programa obligacional. Razón por la que, en algunas ocasiones, el suministro se ha visto como un contrato de intercambio de bienes mientras que, en otras, se ha considerado un contrato de distribución⁶⁷. Esta oscilación en la clasificación del suministro es un buen ejemplo de la peculiar evolución del negocio y del desarrollo, doctrinal y jurisprudencial, de su consideración.

III. ANTECEDENTES DEL SUMINISTRO

El acto de suministrar es empíricamente conocido desde los orígenes de la sociedad como forma de organización humana. Un sencillo ejercicio especulativo nos lleva a deducir que la acción de aprovisionar se encontraba presente en las civilizaciones más antiguas. Las necesidades recurrentes a las que el suministro permite dar satisfacción convergen en los grupos humanos que afloran en torno a las primeras sociedades, siendo una de sus primeras manifestaciones el abastecimiento regular de un ejército⁶⁸. Durante la Edad Media se observa una mayor presencia del negocio en el tráfico, aunque como una forma especial de

⁶⁶ La flexibilidad del contrato de suministro es examinada por CASTILLO PARRILLA, J.A., *El contrato marco de suministro (un contrato flexiseguro)* [tesis doctoral], Universidad de Granada, 2019.

⁶⁷ El contrato de suministro es clasificado como un contrato de distribución por ALONSO SOTO, R., «Contratos de distribución comercial y de defensa de la competencia», *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado al Contrato de agencia, distribución y franquicia*, núm. 21, CGPJ, Madrid, 2006.

⁶⁸ La necesidad recurrente de entrega de cosas materiales se circunscribe a colectivos, ya que la economía privada o familiar, en donde el grupo se valía de sus propios medios y producciones, servía para satisfacer estas necesidades sin tener que recurrir a terceros que abasteciesen de productos. Es con la aparición del Estado, la consolidación de organizaciones, comunidades y, más tarde, la aparición de grandes empresas, cuando se origina la necesidad de disponer de manera continuada de bienes con los que poder realizar una actividad, *cfr.* NOVOA, E. «Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, 1947, p.610.

venta. Una vinculación con el contrato paradigmático de cambio que se ha conservado hasta hoy, resultado de la finalidad de intercambio de bienes a la que atiende el suministro y, sobre todo, la fuerza centrífuga que ejerce la compraventa sobre cualquier contrato de cambio⁶⁹.

En la actualidad el suministro es esencial para el funcionamiento de muchas empresas, quienes confían en este contrato para obtener los bienes y productos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad empresarial. Además, permite el acceso a los bienes esenciales de la vida como el agua corriente o la electricidad, que también conducen a consumidores y particulares a concertar este tipo de contratos con las empresas suministradoras. Con todo, ya sea en el seno de una empresa o en el ámbito personal y familiar, la contratación de bienes de primera necesidad tiende a realizarse a través de un contrato de suministro⁷⁰. Sin embargo, a pesar de su utilidad práctica y de su frecuencia en el tráfico, no ha despertado un verdadero interés doctrinal, aun menos legislativo. Prueba de ello son las escasas y aisladas fuentes que arroja un estudio de sus antecedentes históricos. No será hasta la Codificación cuando se localicen referencias normativas. Los primeros estudios doctrinales se desarrollan a medida que el suministro alcanza protagonismo con la industrialización y, luego, la democratización de los servicios de electricidad, agua y gas. Bajo este panorama, el suministro es estudiado como un contrato público. Será en una época posterior cuando el contrato administrativo de suministro sea desbordado por la

⁶⁹ Originariamente el suministro se identificó como una modalidad especial de la compraventa. La condición y naturaleza del objeto del contrato exigían una modificación de su esquema general para adaptarlo a las particularidades del negocio. De este modo, las subastas, la venta en provecho común, de esperanza, y las ventas de abasto se recogían en la *manualística* española como formas de compraventa especial, *cfr.* BENITO Y ENDARA, L. *Derecho Mercantil, op.cit.*, p.169. La *compraventa por abastos* era de uso frecuente en el tráfico, con lo que consolidó su autonomía respecto de la compraventa mudando incluso su denominación, por lo que estudiamos el negocio como contrato de suministro. Sobre una exposición de la relación entre el suministro y la compraventa, *vid.* VICENTE GELLA, A., *Introducción al derecho mercantil comparado*, Labor, Barcelona, 1930, p.296.

⁷⁰ Uno de los contratos más extendidos en el mercado es el de suministro eléctrico. Según el *Informe 4/2017 El Sector Eléctrico en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2017, p.19, existen casi veinte millones de consumidores de energía eléctrica, lo que nos permite hacernos una idea de la extensión que tiene el suministro.

compraventa por abastos, que vendrá reclamando su espacio propio dentro del catálogo de tipos que conforman el Derecho de contratos.

A. ORIGEN PÚBLICO

A pesar de la falta de referencias documentadas, no podemos rechazar que las antiguas civilizaciones no hayan conocido una primera manifestación del suministro, aunque desde una perspectiva jurídica rudimentaria⁷¹. Las asociaciones y organizaciones humanas de aquellas civilizaciones también presentaron complejas necesidades para cuya satisfacción debieron de precisar de un continuado abastecimiento de víveres, vestimenta y armamento⁷². Indudablemente, las guerras exigieron un aprovisionamiento mínimo para la subsistencia y el funcionamiento del ejército en sus campañas militares⁷³. En estos supuestos se acudía a la compraventa para mantener proveído al ejército, con la especialidad de que la entrega no se hacía al momento de la celebración sino en un momento posterior y de acuerdo a las necesidades⁷⁴, sobre

⁷¹ DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., «Análisis del concepto de suministro», *R.D.M.*, 1962, p.31 mantiene que el suministro que hoy conocemos es el resultado de una evolución contractual de otras figuras que, originalmente, atendían a la función que hoy se reserva al primero: el abastecimiento de bienes mediante una sucesión de entregas.

⁷² MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, p.21 llega a conclusión de dos variedades de suministro: el germano, cuyos planteamientos descantaban en la adquisición de la cosa con posterioridad a la celebración de contrato, y el latino, centrado en la repetición de una prestación. Para el autor estas disparidades son resultados de una evolución de un negocio que se conocía en la antigüedad y que fue adaptándose al tráfico. En el mismo sentido, NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio), op.cit.*, pp.610-611, quien apunta que la aparición del Estado y el interés en mantener a las organizaciones públicas abastecidas, como mataderos, puertos o presidios, está en los orígenes del contrato de suministro.

⁷³ El suministro del ejército es una de las actividades contractuales más antiguas del Estado. La compra sucesiva o periódica de una pluralidad, indeterminada a veces, de bienes con los que aprovisionar a la tropa es una de las primeras manifestaciones de los contratos de «suministro» o «asiento», *cf.* BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.759.

⁷⁴ VOICI, P., *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p.443 expone que en Roma se admitía la compraventa de cosa futura, la cual presentaba dos

todo cuando las tropas debían recorrer grandes distancias y desplazarse a lugares hostiles en los que no podían subsistir sin un abastecimiento continuado. Así lo expone LIVIO⁷⁵ cuando reporta acerca de los ejércitos desplazados a Hispania que eran suministrados de víveres y vestimenta por medio de contratos celebrados por el Pretor desplazado a la Península. Contratos que debieron compartir el mismo esquema respecto de los suscritos para garantizar el abastecimiento de grano a la ciudad de Roma, o para el suministro de materiales necesarios en la ejecución y el mantenimiento de las grandes obras de época republicana, o incluso para la prestación de los servicios públicos de Roma⁷⁶. Contratos, en todo caso, de carácter público⁷⁷, razón de la ausencia de

variantes: *emptio rei speratae* o compraventa de cosa esperada; y *emptio spei* o compraventa de esperanza, una modalidad de contrato aleatorio, modalidad contractual en la que más tarde nuestros autores decimonónicos señalarán el origen del contrato de suministro. Aquella modalidad de *emptio rei speratae*, no obstante, no es originaria del Derecho romano sino fruto de la evolución jurisdiccional, apuntando FERNÁNDEZ BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2015, p.558 que en esta forma de venta el precio sería susceptible de determinación al momento en que la cosa llegase a existir.

⁷⁵ MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, p.24, citando a su vez a LOWEMBERG, *Ueber des Lieferungsvertrag*, p.78, quien refiere a la adquisición y entrega al ejército romano desplazado en Macedonia de seis mil túnicas. En un momento histórico en el que la producción de bienes se reducía a una actividad artesana, donde ni se conocía ni era posible una producción en masa, para este tipo de compra su entrega se dilataba en el tiempo, pudiendo aceptarse incluso entregas periódicas a medida que los bienes eran fabricados. Para su ejecución se acudía a las *societas publicarum*, un modelo de asociación por grupos capitalistas encargados del acopio de suministros, el cobro de impuestos o la realización de obras públicas, *vid.* PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.500.

⁷⁶ MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, p.24, citando a MOMMSEN, V., *Disegno del diritto pubblico romano*, p.320, señala la necesidad que tenía Roma de importar grano de sus colonias, ya que la ciudad no cultivaba grano para satisfacer a su población y éste era el principal alimento de la dieta romana. Del mismo modo, las grandes infraestructuras por las que se caracterizó Roma necesitaban un flujo constante de materias primas que, de nuevo, nos recuerda al esquema del suministro. Al igual que los suministros públicos, de cuya contratación sí tenemos constancia que era competencia del Senado en la época de la República, FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, A., *Derecho público romano*, Civitas, Madrid, 2019, p.43.

⁷⁷ PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano, op.cit.*, p.31, menciona el suministro, junto a los arrendamientos y la concesión de obras públicas entre las competencias

referencias al suministro en las fuentes documentales⁷⁸. Adicionalmente, como resultado del *principio de absorción* que imperaba en el Derecho romano⁷⁹, el suministro sería reconducido a la compraventa⁸⁰.

El suministro, así planteado, como una especialidad en la ejecución de la venta y suscrito por la *res publica*⁸¹, llega a la Edad Media. A pesar

reservadas a los censores, quienes junto a los cónsules y los pretores conformaban las principales magistraturas. MOSSA, L., *La somministrazione*, *op.cit.*, p.24, recuerda que los contratos celebrados por quienes ocupaban cargos públicos escapaban del control judicial ordinario de la época, aunque eran conocidos por los *jurisconsultos* y tenían un especial valor normativo en el Derecho romano.

⁷⁸ BECHMANN, *Sistem des Kaufes*, p.336, citado por MOSSA, L., *La somministrazione*, *op.cit.*, pp.22-25, quien le rebate. Presume el primero que el silencio documental acerca de este contrato no se debe a un descuido sino a un desconocimiento no solo del contrato, sino de su configuración. Una tesis que no comparte el profesor italiano, para quien la prestación duradera no solo era conocida en época romana, sino que incluso era necesaria para la correcta ejecución del contrato. Si la producción de bienes era limitada, difícilmente podrían consumarse compraventas de grandes cantidades de bienes siguiendo los formalismos romanos si no se adaptaba la ejecución del contrato. Por tanto, la adquisición de bienes de forma sucesiva, mediante entregas continuadas posteriores a la conclusión del contrato era una realidad en Roma. La ausencia de precedentes romanos como origen de la parquedad doctrinal hacia el suministro es también denunciada entre nuestra doctrina, *vid. NOVOA, E. Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.611.

⁷⁹ VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Pentagraf, València, 1980, p.388. El derecho romano no aceptaba, por principio, efectos obligatorios a los pactos que no seguían el criterio de tipicidad contractual. Este criterio, no obstante, se fue atemperando y en época justinianea se hablará de convenciones atípicas denominadas *conventiones sine nomine*.

⁸⁰ La naturaleza compartida entre venta y suministro, además de servir ambos a un mismo propósito, a saber: el intercambio de bienes conduce a la aplicación de las normas de la compraventa sobre el suministro, *cfr. MOSSA, L., La somministrazione*, *op.cit.*, p.26. Una solución que aun hoy abriga la jurisprudencia ante la atipicidad de este negocio, con lo que, al igual que sucedía en época romana, se nivelan las diferencias con las semejanzas.

⁸¹ Exceptuando al Estado romano, ninguna otra organización en la época fue lo suficientemente grande para presentar necesidades duraderas y futuras que requiriesen de su satisfacción mediante esta modalidad especial de compraventa. El suministro en Roma se circunscribe al ámbito público, y así se recibe en el Medievo, cuando tras-

de la escasez documental, de esta época sí pueden localizarse normas de policía⁸², de finales del siglo XIV, destinadas a garantizar el abastecimiento de víveres a los núcleos de población⁸³. En puridad, no se está ante un suministro como el que hoy conocemos, pero en el negocio sí se localiza un interés que hoy conserva el suministrado: el deseo de ser suministrado para garantizarse un acceso a unos bienes ante la manifestación de unas necesidades futuras⁸⁴. En torno a este interés se de-

centerá al comercio. *Vid.* BOERO, P., «La somministrazione», en COTTINO, G., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 1991, p.238.

⁸² Las normas de policía reflejan la voluntad del gobernante de corregir vicios, de mantener el orden. En palabras de N. C., *Historia del Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, p.34, «Dos lenguas —dos mundos— separan ambos conceptos. En el momento del *Ius Mercatorum* que ahora nos interesa, cuando los mercaderes eran simples piezas de ajedrez, la idea de naturaleza se manifestó como completo normativo que no solo, ni esencialmente, valía como orden o sistema jurídico. Hacia arriba, las reglas de la política, con su fulcro centrado en el bien común, imponían actividades, explicaban modelos, reproducían privilegios; al comercio y a sus practicantes les afectaron esos extremos. Hacia abajo, las recetas económicas del control familiar, por lo común elaboradas con la casa noble como referente, disciplinaron los negocios según la lógica de las rentas agrarias, lo que solamente hoy resulta un contrasentido. Y sobre la política y la economía, la religión (representación, creencia, orden) aportó continuación, vale decir, norma de normas, ya fueran económicas y políticas, ya legales y comerciales».

⁸³ La Novísima Recopilación, en su Libro VII, Título XVII, Ley primera, recoge una prohibición sancionada por el rey Enrique II de Castilla del año 1369 con la que se pretendía evitar que algunos pueblos vetasen la exportación de su pan y otras viandas para el abastecimiento de otras poblaciones. Mediante esta norma de policía el monarca pretende garantizar la provisión de alimentos impidiendo su restricción por parte de las autoridades municipales. Aunque la disposición no habla de ningún contrato, sí se pone de manifiesto la presencia de necesidades futuras y duraderas para cuya satisfacción, lógicamente, debió acudir a una modalidad de venta semejante al suministro moderno.

⁸⁴ En este sentido, eran comunes las ordenanzas y normas tendentes a garantizar el abastecimiento a las ciudades y núcleos de población. Se trata de normas públicas con la finalidad de garantizar el aprovisionamiento y evitar la escasez de productos de primera necesidad y el incremento de su precio, con lo que el orden público interviene dictando normas de policía donde, si bien no refieren a contratos de suministro privados, sí se desprende la preocupación por mantener el continuo abastecimiento

cretaron por el poder real normas destinadas a asegurar el aprovisionamiento en organizaciones⁸⁵, hospitales⁸⁶, ejércitos⁸⁷ o la propia corte⁸⁸, y que denotan que, al igual que ocurre en Roma, la ausencia de grandes entidades privadas que presentasen necesidades futuras y duraderas en el tiempo limitó el suministro a un ámbito público, en donde las autoridades de la época contrataban los abastecimientos con los llamados *asentistas*⁸⁹. Observamos que el suministro o avituallamiento de viandas a hospitales, tropas, beneficencias o presidios es tan antiguo como

ante necesidades duraderas. Puede verse en este sentido GALÁN LORDA, M., «Ordenanzas del Cabildo de México sobre abastos en el siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 67 (1997), p.1315 y ss. De vuelta a la Península, era habitual que las ordenanzas regulasen materias relativas con los bosques, los pastos, los montes y el ganado tendentes al desarrollo económico de las poblaciones y a su sustento y abastecimiento de la población, *vid.* POLO MARTÍN, R., «Ordenanzas de un lugar de señorío: Cepeda», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm.82 (2012), p.765.

⁸⁵ *Vid.* el decreto de 11 de mayo de 1734, que prohibía a las organizaciones sometidas al fuero eclesiástico suministrarse de sus propias carnicerías y despensas, que aparece recogido en el Libro VII, Título XVII, Ley XI de la Novísima Recopilación.

⁸⁶ Destacan entre las primeras necesidades recurrentes las de medicamentos para hospitales y provisiones para centros de beneficencia y penitenciarios, *cfr.* BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del sector público*, *op.cit.*, p.759.

⁸⁷ *Vid.* la Orden dada por Felipe III en Segovia en 1609 relativa al aprovisionamiento de las tropas y la marina que se recoge la Novísima Recopilación en el Libro III, Título XVI, Ley VIII. Como decíamos anteriormente, es en la subsistencia del ejército donde el suministro, como modalidad de venta que satisface necesidades futuras, en este caso de alimento, armamento y vestido, se manifiesta originalmente.

⁸⁸ Carlos I, en 1528, sanciona varios decretos relativos al aprovisionamiento en la Corte y las especialidades en la adquisición de pan por adelantado, abonándose su precio al momento de la celebración del contrato y relegándose su entrega a un momento posterior. La preocupación por el abastecimiento será una constante en la normativa emanada por el poder real, *vid.* GALÁN LORDA, M., *Ordenanzas del Cabildo de México sobre abastos en el siglo XVIII*, *op.cit.*, pp.1313-1336.

⁸⁹ El término ha llegado a nuestros días. El Diccionario de la Real Academia Española define al asentista como «la persona encargada de hacer asiento o contratar con el Gobierno o con el público, para la provisión o suministro de víveres u otros efectos, a un ejército, armada, presidio, plaza, etc.». Se observa el carácter público que concurre en el suministrado. El término se recogía en el *Diccionario de Autoridades* de 1726 bajo la entrada «assentista», se refería a quienes *hacen contratos* «con el Rey o

la propia Administración⁹⁰. La consolidación del poder público y la construcción del Estado harán frecuente este tipo de normas destinadas a garantizar la subsistencia de las poblaciones, corporaciones y entidades públicas, pasando de los decretos que prohibían conductas dañosas para la hacienda y las ciudades⁹¹ a las normas que disciplinan la contratación por los entes públicos, implementándose un sistema de licitación y subasta⁹² con el fin de erradicar los vicios y la corrupción presentes en la Administración pública.

Con todo, el suministro entra en el siglo XIX de la mano del Derecho administrativo⁹³. La Ley de 2 de abril de 1845 lo contempla como uno de los contratos celebrados por la Administración *para toda especie de*

con la República sobre las rentas reales, u otras cosas, como provisiones de ejército, armada, plazas y otros negociados».

⁹⁰ Del tratamiento que hace SOSA WAGNER, F., *El contrato administrativo de suministro*, Civitas, Madrid, 1996, pp.15-25, se desprende la presencia que tuvo el suministro para la Administración ya desde sus orígenes. Ya en la época medieval el suministro o asiento era habitual en el abastecimiento de alimentos, extendiéndose más adelante a otros ámbitos comerciales y productivos. Señala el autor el famoso *asiento de negros* y, apoyándose en la literatura, pone de relieve la mala fama de los asentistas al ser el suministro un vehículo para «las más imaginativas corruptelas».

⁹¹ La Orden dada por Enrique IV en Toledo en 1462 es buen ejemplo de ello. Con ella se prohibía la adquisición por los regatones de las provisiones destinadas a su comercialización en la Corte, y que contiene la Novísima Recopilación en el Libro III, Título XVII, Ley VIII. Las ordenanzas dadas en México para garantizar el abastecimiento de ciudades prohibían también conductas tendentes al lucro de los asentistas como resultado del incremento del precio de productos en momentos de carestía, *vid.* GALÁN LORDA, M., *Ordenanzas del Cabildo de México sobre abastos en el siglo XVIII*, *op.cit.*, p.1320.

⁹² Así ocurrió con instituciones como la Beneficencia, prohibiéndose por la Real Orden de 8 de julio de 1853 que fuese adjudicada ninguna obra ni servicio sin la previa licitación pública y aprobación del correspondiente remate; con el ejército, obligándose por Real Orden de 25 de julio de 1870 a adquirir víveres, ropas y efectos previa subasta; y con la Guardia Civil, que mediante Circular de 29 de diciembre de 1849 se dispusieron las reglas para la contratación de las prendas para sus efectivos.

⁹³ La atención que el suministro despierta en el Derecho administrativo no es exclusiva de nuestro país. También Francia recoge el contrato entre las normas destinadas a reglar el funcionamiento de la Administración. En este sentido, el Decreto de 11 de junio de 1806 atribuyó competencias relativas a los suministros para el servicio de los ministros al Consejo de Estado a la jurisdicción contencioso-administrativa.

*servicios públicos*⁹⁴. Una suerte de cajón de sastre del que no saldrá hasta la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963, que recogerá el contrato como una categoría contractual propia, en la que se intercalan otras prestaciones instrumentales ajenas al acto de abastecer, pero necesarias para el funcionamiento de la Administración.

B. REFLEJO EN EL TRÁFICO PRIVADO

Durante el Medioevo el comercio alcanzó un grado de madurez que empujó al desarrollo de su propia reglamentación al margen de un obsoleto *ius commune*. Aparece en escena el comerciante, quien participa activamente en el tráfico económico en torno a ferias y mercados, impulsa el comercio marítimo, asume nuevos riesgos y opera sobre la base del crédito. En este nuevo escenario aparece el *ius mercatorum*, originándose nuevas necesidades en el comercio que obligan a adaptar algunos negocios y crear otros nuevos. Es el caso del «*vorkoft*»⁹⁵, un negocio intermediario por el cual el vendedor obtenía la mercancía de un tercero para, después, entregarla al comprador. Una especie de venta de cosa ajena que, a pesar de los prejuicios ético-religiosos de la época, se admitió como medio de transmisión de la propiedad⁹⁶, sobre todo en

⁹⁴ PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo de suministro en el Derecho español*, Sevilla, 1963, pp.99-100 recuerda que el concepto *servicio* en esta primera ley era sinónimo de *necesidad, órgano o función*. Desde esta perspectiva, se comprenderían todos los contratos instrumentales que son competencia de la Administración. En el mismo sentido, SOSA WAGNER, F., *El contrato administrativo de suministro, op.cit.*, p.16, quien afirma que el suministro recaía dentro de esta categoría contractual. Prueba de ello son las resoluciones del Consejo de Estado de 27 de enero y 23 de mayo de 1863 relativas al suministro de carbón de piedra para la armada, y de 30 de junio de 1862 sobre el suministro de cáñamo para las fábricas de tejidos del Estado.

⁹⁵ Nombre alemán que se le daba a la venta por suministro. Esta modalidad de venta se limitaba a algunas ciudades portuarias del sur del mar Báltico. MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, p.29, apunta a razones de policía comercial en el comercio ultramarino, señalando prohibiciones en ciudades portuarias como Hamburgo, Riga o Bremen, extendiéndose a todo el Reino de Prusia en 1425. Destaca el autor la prohibición del comercio ultramarino de suministro de Lübeck de 1434, según la cual aquello que llegaba sobre el mar no debía ser objeto de contratación anticipada.

⁹⁶ La venta de una cosa que no es propiedad del vendedor al momento de celebración del contrato ya se conocía en Roma. Son numerosas las instituciones que giran en

las ciudades portuarias⁹⁷. Los países de tradición latina también conocieron su propia modalidad de suministro, más cercana a la modalidad de venta de cosa futura⁹⁸. Dos versiones, la germana y la latina, que tendrán su reflejo posterior en el Derecho positivo.

La corriente germana puso el foco en la voluntad de satisfacer una necesidad futura. La primera referencia normativa al suministro en la esfera privada data de 1727, en Baviera. Referente a las relaciones entre fabricantes y vendedores de cerveza, se regularizaba una práctica comercial: la adquisición de cerveza mediante una venta por suministro⁹⁹. Sería sucedida en 1794 por el *Landrecht* de Prusia¹⁰⁰, en cuyos párrafos

torno a esta forma de venta, como la evicción, que tiene un importante desarrollo en nuestro Código civil en sede, precisamente, de la compraventa; o la usucapión, cuyo fin es remover la «posesión civil» de quien no es su dueño. Para más información puede verse GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid, 2003, p.478. Por su parte el profesor VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho privado romano, op.cit.*, 1980, p.172 afirma al ser la venta romana obligacional, y no real, era habitual que se vendiesen cosas ajenas potenciando ilimitadamente las posibilidades en esta materia. Se trataba de ventas *a non domine*, por el que no es dueño, en las que no concurría dolo, sino simple desconocimiento de que la cosa enajenada pertenecía a otro.

⁹⁷ En algunas ciudades portuarias hanseáticas evolucionó en una *venta a suministro con riesgo marítimo*, donde el riesgo era asumido por el vendedor, DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro, op.cit.*, p.33.

⁹⁸ BOCCHINI, R., «La somministrazione», en GABRIELLI, E. (Dir.), *Commentario del Codice civile. Dei singoli contratti*, Utet Giuridica, Milano, 2011, p.167 refiere al contrato de esta época como el suscrito entre el rey Eduardo de Inglaterra con Brujas e Ypern en 1340, donde aquél se obligaba a procurar la entrega de lana a estas ciudades. También destacar el contrato de *Paternoster* de Lübeck de 1424, cuyo objeto era toda la producción durante dos años, estipulándose el método de pago.

⁹⁹ La ley bávara de 1727 regulaba el abastecimiento de cerveza por su fabricante al cervecero, aunque no se trataba de una verdadera disciplina del contrato pues apenas regula algunas obligaciones en la comercialización de la cerveza. Estuvo vigente hasta la promulgación de la Ordenanza de 25 de abril de 1811, que también pasó a recoger las relaciones entre los fabricantes de cerveza, los cerveceros y el público consumidor, señalando la duración del contrato y el contenido de sus prestaciones.

¹⁰⁰ El *Landrecht* prusiano definía el suministro como aquel contrato en virtud del cual una parte debe procurar a otra una cosa a cambio de un precio, BOCCHINI, R., *La somministrazione, op.cit.*, pp.167-169.

981 a 986 adaptaba algunas reglas del contrato de obra al suministro¹⁰¹. Destacaba el carácter diferido de la prestación por su ejecución posterior a la celebración del contrato. Esta configuración del suministro se trasladaría al Código de comercio general alemán de 1862¹⁰², el cual, siguiendo la estela de algunos estados alemanes, influidos por el Código napoleónico, consideró el suministro como un acto de comercio¹⁰³.

Por su parte, la corriente latina trató el suministro como un negocio duradero del que destacaban su periodicidad y la reiteración de las prestaciones en la ejecución. Esta vertiente no disciplinará el suministro privado hasta el *Code de commerce*¹⁰⁴. Hasta entonces, los actos de las

¹⁰¹ El legislador prusiano salvaba las particularidades del suministro mediante la aplicación de normas propias del contrato de obra y de la compraventa, disciplinando un negocio que se movía a caballo entre ambos. MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, p.38 señala que la regulación del *Landrecht* preveía también la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (párrafo 984) cuando las circunstancias hacían desaparecer la finalidad del contrato. La aplicación de las normas de la compraventa al contrato por el que el vendedor se compromete a un hacer también ha sido destacada por PERALES VISCASILLAS, M.P., «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías», CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F.J. (Dir.), *et al.*, *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.1127.

¹⁰² El Código germano, en su art. 272, mantenía la vieja figura del *vorkoft* que se había venido empleando en las ciudades marítimas medievales, y que desconocía el número de prestaciones futuras, esto es, su reiteración, concibiendo un suministro cuyo carácter temporal era menos restringido que el latino, por ser suficiente la dilación de una única prestación. Como expone DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general)*, p.29, se consolidan dos versiones de suministro, al descansar el elemento identificador del contrato en notas tan dispares como la repetición de la prestación, en el caso latino, y su dilación, para el germano.

¹⁰³ MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, p.42. Previamente a la promulgación del Código de comercio alemán algunas legislaciones de sus estados ya habían incorporado a su ordenamiento el suministro. Es el caso de la ley comercial de Hamburgo que, buscando adaptarse al sistema francés, hablaba del suministro como acto de empresa, sin entrar a detallar el modo de ejecución.

¹⁰⁴ La Ordenanza de Colbert, ministro de Luis XIV, de 10 de febrero de 1673, supuso la primera ley orgánica del comercio, y en ella no se hacía ninguna mención del su-

entreprises des fournitures habían venido siendo conocidos por los tribunales administrativos, por cuanto el negocio era contemplado desde una perspectiva de derecho público¹⁰⁵. La promulgación del *Code* incorporó estas empresas al derecho jurídico-privado y sus actos fueron sometidos al conocimiento de los tribunales mercantiles¹⁰⁶. Una calificación que influiría sobre otros textos europeos, donde el suministro

ministro. En su título XII, artículo 4º, determinaba la competencia de jueces y cónsules, quienes «connaîtront des différents pour ventes faites par des marchands, artisans et gens de métier, afin de revendre ou de travailler leur profession, comme à tailleur d'habit, pour étoffes, passements et autres fournitures; boulangers et pâtisseries, pour blé et farine; maçons, pour pierre, moellon et plâtre; serruriers, maréchaux, taillandiers et armuriers, pour fer; plombiers et fontainiers, pour plomb; et autres semblables». La referencia que hace a «*autres fournitures*» se ha interpretado por MOSSA, *La somministrazione, op.cit.*, p.35, en un sentido limitado y circunscrito a las telas vendidas a los sastres. Aunque no debemos olvidar que se trata de una norma pensada para regular la competencia de unos tribunales especiales, los de comercio, la expresión *actos de comercio* será rescatada por el codificador de 1807 para determinar qué tendrá carácter mercantil, sustrayendo esta capacidad creadora del derecho al comerciante para «ser un dominio del Estado», PUGA VIDAL, J.E., *El acto de comercio. Crítica a la teoría tradicional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p.82.

¹⁰⁵ Un cambio originado por la naturaleza de los tribunales a quienes se reservan sus conflictos. DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general), op.cit.*, p.28, afirmaba que quedaban comprendidos en el ámbito de conocimiento de estos tribunales privados no solamente los abastecimientos entre particulares sino también los que afectaban a las instituciones públicas. Por su parte, DE NOVA, G., *Il tipo contrattuale*, CEDAM, Padova, 1974, p.179, afirma que el art. 632 del *Code* no solamente se refiere al suministro de bienes, sino también al de servicios y, en general, a cualquier clase de suministro siempre que posea cierta naturaleza comercial.

¹⁰⁶ BOCCHINI, R., *La somministrazione, op.cit.*, p.168. En 1806, se reservó el conocimiento de los contratos suscritos por las empresas de abastos a los tribunales competentes de conocer asuntos administrativos. Sin embargo, la promulgación del *Code* en 1807 reconoció el carácter mercantil de estas empresas de abastos, DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro*, p.35. Recuérdese que el contrato tenía un marcado carácter público, por ser frecuentemente utilizado por las organizaciones e instituciones públicas.

recibió la misma calificación¹⁰⁷ como fueron los códigos mercantiles italianos de 1865 y 1882¹⁰⁸.

C. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN ESPAÑA: LA COMPRAVENTA POR ABASTOS

En nuestro país el suministro no tendrá ningún reflejo normativo. Ni el Código de comercio de 1929 ni el de 1885 hicieron mención sobre este negocio, ni tampoco sobre las empresas de abastos, a pesar de que ya eran conocidas en la época¹⁰⁹. Estas organizaciones tenían por razón social surtir de ciertos artículos a una población, comunidad o establecimiento por el precio estipulado, ya fuera alzado –esto es, fijo e inalterable en una sola cantidad por todo lo que se entregue– o a tanto por razón o libra¹¹⁰. Su interés radicaba en las necesidades de la colectivi-

¹⁰⁷ CANO RICO, J.R, y SERRA MALLOL, A., *Manual práctico de contratación mercantil*, t. I, Tecnos, Madrid, 1993, p.173, citan las Leyes de Excepción de las Dos Sicilias de 1819, el código chileno de 1867, rumano de 1887, belga de 1872, o mexicano de 1890. Contrastan con las legislaciones españolas o portuguesa, que guardaron silencio al respecto, sin perjuicio de las numerosas referencias normativas a los contratos de suministro administrativo.

¹⁰⁸ En Italia, según afirma MOSSA, L., *La somministrazione*, op.cit., p.44, el acogimiento de las empresas de suministro sigue la línea de algunas disposiciones regionales como el Código civil de Cerdeña de 1837 (art. 672), el Reglamento de excepción de los Estados Pontificios (art. 602) y la Ley de las Dos Sicilias (611). De hecho, el legislador italiano será el primero en dotar al suministro de un contenido legal en el Código civil de 1942. Y ello a pesar de que el Código unificado francoitaliano de obligaciones y contratos de 1925 no llegó a regularlo, como sí hicieron sus antecesores, los Códigos de comercio de Vivante, en 1922, y D'Amelio, en 1925, a través de una sola norma que remitía a la venta como también haría el art. 381 del Código civil alemán de 1900.

¹⁰⁹ Se advierte a menudo que el Código nació obsoleto para la época en la que se promulgó al desaprovechar la ocasión de dotar de disciplina nuevas instituciones, negocios y entidades jurídicas que se estaban consolidando al calor de la industrialización del país. Entre ellas, las empresas de abastos, *cfr.* BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de derecho mercantil: según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España*, Hijos de Reus, Madrid, 1910-1911, p.178.

¹¹⁰ GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta de C. González, Madrid, 1853-1854, p.235.

dad, constantes y repetidas, que requerían de una satisfacción continuada, segura y económica¹¹¹. El negocio que desarrollaban, a pesar de ser atípico y no coincidir con las notas de la recién codificada compraventa, fue calificado como una venta mercantil especial tanto por concurrir en él circunstancias que impedían la aplicación de las reglas generales de la compraventa¹¹², como por la organización que se hacía

¹¹¹ BOLAFFIO, L., *Derecho Mercantil (Curso general); prólogo, notas y traducción sobre la quinta edición italiana*, trad. Benito, J.L., Reus, Madrid, 1935, p.192, citaba como paradigmáticas las empresas de alumbrado público, aguas potables, conservación, limpieza y riego de las vías públicas, pompas fúnebres, adorno de calles en las fiestas públicas, alquiler de instrumentos y trajes, de aprovisionamiento para el ejército y los presos, etc. El autor agrupaba bajo esta categoría de empresas a todas aquellas cuya actividad consistiese en un *hacer* particular: procurar los medios para satisfacer una necesidad determinada, ya fuese mediante la entrega de cosas o mediante la prestación de servicios. Este concepto, como vemos, entremezcla el suministro con el contrato de arrendamiento de obra y servicios, en línea con lo apuntado por PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo de suministro en el Derecho español*, *op.cit.*, pp.99-100, respecto a la identificación entre el concepto *servicio* con el de *necesidad, órgano o función*.

¹¹² VICENTE Y GELLA, A., *Introducción al Derecho Mercantil comparado*, *op.cit.*, p.298, defiende su carácter de compraventa «a pesar de las vacilaciones de algunos tratadistas italianos». También BACARDÍ DE JANER, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, t. 1, Imprenta de Benito Espona, Barcelona, 1840, p.44, afirmaba que «Hay otra clase de ventas que son actos mercantiles por naturaleza sin que deba mirarse si las cosas vendidas fueron compradas con este objeto. Cuando por ejemplo se obliga alguno a proveer de víveres o vestuario un ejército, sin limitar la provisión a los productos de sus propiedades es justo presumir que aquella persona comprará lo que promete, que su empresa es una especulación, y la venta que hace debiera reputarse acto mercantil, mientras no se pruebe haberse adquirido las cosas por título que no fue compra. [...] Esta regla decide el carácter que deba darse a los contratos de los que proveen a las necesidades del gobierno. Si son empleados suyos, sus compras no son mercantiles porque no compran para revender, sino que es el gobierno quien obra por su medio. Pero, otra cosa diríamos si los compradores fuesen asentistas; estos realmente venden al gobierno, lo que con este objeto compraron».

responsable del abasto¹¹³. Se presentaba como una venta aleatoria¹¹⁴, tanto por su particular naturaleza¹¹⁵ como por el contenido de su clausulado¹¹⁶, que solamente podía ser ejecutada por una empresa¹¹⁷. En su virtud, el asentista se obligaba a la entrega de «cuanto pueda necesitar la comunidad o establecimiento»¹¹⁸, «sin limitar la provisión a los productos de sus propiedades», siendo «justo presumir que aquella persona

¹¹³ Para la satisfacción de la necesidad del suministrado con puntualidad, regularidad y exactitud es necesaria una organización capaz de atender estos abastecimientos. Se descubre, de esta forma, la empresa de abastos o de suministros que hay detrás de estos negocios y que tiene por razón social su celebración, *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.415.

¹¹⁴ BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de derecho mercantil, op.cit.*, p.176, define las compraventas aleatorias como aquellas que recaen sobre un objeto cuya existencia depende en todo o en parte de un acontecimiento futuro e incierto. Para calificar de aleatoria la venta —dice— es indispensable que se trate de una cosa incierta e indeterminada, pero cuya existencia sea posible conforme a las leyes de la naturaleza. Esta incertidumbre, a fin de no invalidar el contrato, debe existir en los dos contratantes. Así, en la compraventa por abastos (el autor habla de «empresas sobre abastos») la venta es aleatoria porque, según tenga el asentista que abastecer a más o menos individuos, o que el precio de los géneros sea más alto o bajo, «así será mayor o menor la utilidad de una u otra parte.» En el mismo sentido se pronuncian ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA Y SAN MARTÍN, A. y MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero, t. II*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, p.49, quienes destacan de la venta por abastos su carácter aleatorio por la mayor o menor cantidad de artículos que puede necesitar el abastecido y por la oscilación que puede tener el precio desde la perfección y la consumación contractual y durante el tiempo que pueden subsistir los efectos el contrato. Luego la ganancia del abastecido dependerá «tanto de los géneros que le compren y de las fluctuaciones del precio de los últimos».

¹¹⁵ CARRERAS Y GONZÁLEZ, L., *Elementos del Derecho Mercantil de España. Legislación mercantil comparada y sistemas aduaneros*, Librería de la Viuda de Hernando y Cia., Madrid, 1893, p.168, explica que «las compraventas se dividen en comunes y excepcionales, siendo éstas aquéllas en las que, por su naturaleza, por el objeto sobre el que recaen y por otras circunstancias, se rigen por reglas especiales».

¹¹⁶ En este sentido, VISO Y AÑÓ, S., *Lecciones elementales del Derecho Mercantil de España*, Ramón Ortega, Valencia, 1886, p.207.

¹¹⁷ Solo una empresa tiene la capacidad suficiente para dar satisfacción a pedidos recurrentes de sus clientes como resultado de «una coordinación previa de las fuerzas productivas», *cfr.* BOLAFFIO, L., *Derecho Mercantil (Curso general); prólogo, notas y traducción sobre la quinta edición italiana, op.cit.*, p.193.

¹¹⁸ GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.235.

comprará lo que promete»¹¹⁹, y por el precio «que se estipula»¹²⁰, con independencia de que el abastecido fuese una entidad pública o privada¹²¹. Con todo, al extender su vida a lo largo del tiempo el negocio se enfrentaba a eventualidades susceptibles de hacerlo inútil para las partes¹²².

No obstante su creciente importancia práctica el tratamiento que la doctrina patria dio al suministro fue residual, como una simple modalidad de venta especial, caracterizada por la periodicidad y repetición de las prestaciones en el tiempo. El tratamiento que la literatura de la época hace del suministro nos presenta un contrato cuya presencia en el tráfico parece anecdótica o residual, a pesar de tratarse de un negocio frecuente en el comercio. Despertó poca atención en la legislación mercantil y entre la doctrina científica¹²³, contrastando con los estudios que

¹¹⁹ BACARDÍ DE JANER, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España, op.cit.*, p.43. Conecta el autor el concepto de *empresa de abastos* con la noción de contrato de compraventa por suministro del derecho alemán, donde la adquisición de la cosa por el proveedor se producía con posterioridad a la suscripción del contrato.

¹²⁰ GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.235, ya advierte que se asemeja este contrato a una promesa de vender más que a una verdadera venta, pero afirma que es una venta formal que obliga desde su celebración, quedando pendiente la entrega del objeto contractual, diferido tras la celebración del contrato y dilatado en el tiempo.

¹²¹ BACARDÍ DE JANER, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, p.466, define las empresas de abastos como aquellas en las que existe «la obligación de vender mediante cierto precio los artículos que necesita un establecimiento determinado bien sea público o privado».

¹²² *Íbid.*, p.466, pone como ejemplo el caso de un incremento en el precio sin que se hayan previsto fórmulas para evitarlo, lo que haría especialmente gravoso el contrato. Mismo supuesto contemplaba VISO Y AÑÓ, S., *Lecciones elementales del Derecho Mercantil de España, op.cit.*, p.207, para el caso de que el suministrado pudiese adquirir los productos por menor precio o no le fueran ya necesarios. Justifican los autores que la naturaleza de contrato aleatorio de la compraventa por abastos imponía a las partes soportar estas consecuencias.

¹²³ BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho Mercantil*, Establecimiento Tipográfico Doménech, València, 1908, p.282, afirma que el suministro es una forma particular de compraventa «sumamente frecuente entre industriales o fabricantes (proveedores) y comerciantes al por mayor o menor [...] También se contratan en forma de

recibió de otros países de nuestro entorno¹²⁴. Muestra de su importancia en el tráfico económico es el interés que mostró en el negocio la legislación tributaria. El contrato fue definido por primera vez en la Ley de los impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes, de 1927¹²⁵, siendo uno de los pocos tratamientos que recibió el suministro en el Derecho positivo, lo que ha obligado a recurrir a las normas de la

suministro de servicios importantísimos de carácter general, como son los suministros de agua, gas, energía eléctrica y otros usos domésticos e industriales». VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1909-1916, p.352, no se refiere al suministro cuando trata los contratos de compraventa especial. Tampoco ESPEJO DE HINOJOSA, R., *Tratado teórico y práctico de derecho mercantil*, Renovación Tipográfica, València, 1922, ni DE BENITO Y MAMPEL, J., *Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1922.

¹²⁴ La escasa atención que despertaban en España las nuevas instituciones jurídicas era denunciada por LANGLE, E., *Derecho Mercantil*, Reus, Madrid, 1931, p.83, recordándonos la monografía del profesor MOSSA, L., *La somministrazione, op.cit.*, publicada en Roma en 1915. BENITO Y ENDARA, L. *Derecho Mercantil, op.cit.*, p.170, apuntó que las *empresas de abastos* no merecen mención especial en un estudio del Derecho mercantil, siendo realmente relevante su forma de contratación por suministro lo que ha de despertar el interés del Derecho de contratos. El autor pone de relieve la disparidad de conflictos que pueden nacer de este contrato, cuya resolución no encuentra fácil acomodo en las leyes que regulan la compraventa, siendo necesario recurrir a los usos y prácticas comerciales de los comerciantes. La bibliografía específica que ha estudiado el contrato de suministro no es abundante en nuestro país, salvando los trabajos de DE MARINO y FERNÁNDEZ DEL MORAL, como enseguida ponen de manifiesto quienes se acercan al negocio, *vid.* MIQUEL RODRÍGUEZ, J., «Consideraciones sobre el contrato de suministro: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001», *Anuario de justicia alternativa*, núm. 2 (2001), p.185.

¹²⁵ El texto refundido de 28 de febrero de 1927, en su artículo segundo, apartado séptimo, definía el contrato «a los efectos de este impuesto, como aquel por cuya virtud una persona se obliga a entregar a otra, en plazos sucesivos y mediante precio o compensación de otra especie, una pluralidad de objetos, muebles o unidades métricas de agua, gas, electricidad, etc., cuya cuantía se condiciona a las necesidades del adquirente y no puede, por tanto, fijarse de antemano, si no es en términos sujetos a rectificación. Más tarde el Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados también sujetaba a gravamen el contrato de suministro en su art. 55.2º.

compraventa para disciplinar el negocio, aun cuando su *tracto sucesivo* no encaja bien en el esquema típico de la venta¹²⁶.

D. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Junto a la normativa tributaria, las restantes referencias normativas al contrato de suministro se localizan en el ámbito del Derecho administrativo. En la regulación de los contratos del sector público se encuentra disciplinado un suministro cuyo contenido engloba un haz de negocios instrumentales de los que la Administración se sirve para satisfacer sus necesidades, con independencia de cuáles sean éstas, cómo se presenten o cómo se tengan que satisfacer. Todos ellos quedan englobados bajo un mismo concepto de *suministro*. A excepción de la prestación relativa a la «entrega de una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente», las restantes prestaciones recogidas en la norma pública son ajenas al suministro privado, más propias de un con-

¹²⁶ DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.28 característica que se convirtió en común a todos los contratos de suministro en los países de tradición latina.

trato de arrendamiento de obra o un contrato de arrendamiento financiero¹²⁷. Es decir, el legislador ha configurado un contrato administrativo de suministro que poca relación tiene con su homólogo privado¹²⁸.

No obstante, los trabajos relativos al Proyecto de Código Mercantil supusieron un considerable avance hacia la disciplina y el tratamiento positivo del contrato de suministro. Junto a la regulación de otras figuras contractuales, también huérfanas de disciplina normativa¹²⁹, el sumi-

¹²⁷ La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su art. 16.1 describe a efectos de la norma: «Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles». Este apartado primero se complementa, sin embargo, con los tres siguientes, que amplían el concepto: «Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios. Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos. Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada».

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, I, *op.cit.*, p.764, exponen que lo que la LCSP denomina contrato de suministro es una figura compleja que poca similitud guarda con el contrato homónimo de derecho privado y que abarca un contenido muy diferente adoptando elementos de la compraventa, el arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra y, cómo no, el suministro civil.

¹²⁹ VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., *La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la «propuesta de Código Mercantil»*, *op.cit.*, p.12; ALONSO SOTO, R., «La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, 2015, p.1165. El tratamiento del Derecho de contratos en el PCM no ha estado exento de críticas. Se acusa un ensanchamiento del Derecho mercantil de obligaciones y contratos en detrimento del Derecho civil que suponen una invasión de aquél en instituciones que históricamente se han atribuido a éste en su calidad de derecho común. Una defensa del contenido del PCM puede encontrarse en PERALES VISCASILLAS, P., «¡Larga vida al Derecho mercantil de obligaciones y contratos! (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en la parte general de

nistro ha sido propuesto para tener una tipicidad propia, dentro del capítulo dedicado a los contratos de intercambio de bienes¹³⁰, y considerando *ope legis* que el negocio tendrá *siempre* naturaleza mercantil¹³¹. El suministro, al igual que la permuta mercantil, es concebido en el PCM como un contrato distinto de la compraventa «pero con una vinculación evidente en cuanto a la prestación principal» son disciplinados seguidamente¹³². Los artículos 513-1 a 513-9 contienen una regulación básica del contrato de suministro, en todo caso de carácter dispositivo¹³³. Un total de nueve artículos en los que se contempla un tratamiento independiente, pero, aun así, subordinado a la compraventa, a

obligaciones y contratos)», *La Ley mercantil*, núm.13 (2015), pp.4-10. *A sensu contrario*, para una crítica del PCM *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil», en CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (Coord.), *Codificaciones del derecho privado del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.19-26.

¹³⁰ Dentro del Título I del Libro Quinto del PCM, bajo la rúbrica «De los contratos de intercambio de bienes», se da disciplina legal a la compraventa (Capítulo I), a las modalidades especiales de compraventa (Capítulo II), al suministro ((Capítulo III) y a la permuta mercantil (Capítulo IV).

¹³¹ Hoy en día nuestra jurisprudencia y gran parte de la doctrina, sobre todo civilista, defienden que al suministro se le deben aplicar las normas de la compraventa civil o mercantil, según el carácter que tenga la operación a la vista de la intención de reventa y ánimo de lucro del adquirente. El PCM califica de mercantil este contrato en todos los casos, sin perjuicio de la aplicación de la normativa de los consumidores cuando intervengan como parte suministrada, *cfr.* MAROÑO GARGALLO, M.M., y GARCÍA VIDAL, Á., «El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, *op.cit.*, p.1375.

¹³² *Vid.* apartado VI-12 de la EM. El reconocimiento del suministro como contrato independiente de la compraventa es toda una declaración de intenciones del PCM. En su afán de actualizar el Derecho mercantil, incorpora instituciones contractuales conocidas entre nosotros, pero ignoradas por el legislador: la mediación, el contrato de obra por empresa, la prestación de servicios mercantiles, las operaciones sobre bienes inmateriales, las prestaciones de servicios electrónicos y los contratos bancarios y de financiación son solo algunas de las materias que se incorporan al ordenamiento positivo.

¹³³ Al igual que el resto de los contratos mercantiles, la PCM no contiene normas de carácter obligatorio y no impone a las partes una regulación sobre la materia contractual, que opera con carácter supletorio en defecto de pacto contractual expreso, salvo contadas excepciones, ALONSO SOTO, R., *La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil*, *op.cit.*, p.1167.

la que subsidiariamente se remite la disciplina propuesta en todo aquello no previsto en el capítulo dedicado al suministro. En fin, la regulación propuesta se limitó a recoger sus particularidades.

El contrato de suministro fue definido en el art. 513-1 como aquel negocio por el cual el proveedor se obliga a realizar, a favor del otro contratante, prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato, y aquél a pagar un precio¹³⁴. Una definición poco acertada, que no revelaba cuáles o de qué tipo son esas prestaciones, y que obligaba a completar la definición con el artículo 513-2: la entrega de bienes debe materializarse *con la frecuencia o continuidad, y calidad y cantidad* pactadas por las partes. Así planteado por el PCM, el suministro se delimitaría al intercambio de bienes¹³⁵, excluyéndose la hipótesis de los servicios como objeto del contrato. Una exclusión en cuanto al objeto contractual que se hace extensiva a los bienes inmuebles, a pesar del silencio del PCM al respecto. Aunque de una interpretación amplia del 513-2 podría concluirse que sí podrían tener cabida, la en-

¹³⁴ El PCM ha optado por dar una definición de aquellos contratos *novedosos*, es decir, aquellos que eran desconocidos por nuestro derecho positivo o a los que se les ha dado nueva denominación. Así, junto al suministro (513-1), se ofrece una noción de las ventas al gusto (512-1) y a ensayo o prueba (512-5); del contrato de obra por empresa (521-1) y de prestación de servicios (531-1); del contrato de servicio de comunicación electrónica (532-2); del contrato de alojamiento de datos (532-12); de los contratos de publicidad (533-1), de difusión publicitaria (533-5), de creación publicitaria (533-8), de patrocinio (533-11), de reclamo mercantil o merchandising (533-14), de permuta publicitaria (533-16); del contrato de admisión a subasta pública (534-1); del contrato de cesión de bienes inmuebles (535-1), etc.

¹³⁵ La obligación principal del suministrador, contenida en el artículo 513-2, se identifica con la entrega de bienes. Por otro lado, el conjunto del programa obligacional recogido en el PCM refiere a una transmisión (entrega conforme, entrega en cantidad y calidad). Asimismo, el contrato se regula a continuación de la compraventa y dentro del mismo título, relativo a los contratos de transmisión de bienes. Finalmente, se contiene una cláusula de cierre en la que se remite subsidiariamente a la regulación de la venta. Por todo ello, se concluye que la prestación principal estará referida a la transmisión de bienes, *cfr.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM*, *op.cit.*, p.1618.

trega continuada de bienes raíces no encaja en el esquema del suministro, que siempre comprende cosas genéricas susceptibles de prestaciones repetidas¹³⁶.

El PCM incorporó el suministro como un contrato de intercambio de bienes de carácter duradero. Aquí radicó su particularidad más importante con respecto a la compraventa; aunque no fue la única. Como en la venta, los pactos alcanzados entre las partes prevalecen, reservándose el carácter imperativo de la regulación a los aspectos que equilibran la posición contractual, *v.gr.*, el plazo de preaviso mínimo, nunca inferior a siete días¹³⁷; la mercantilidad del contrato, que para el PCM es indiscutible¹³⁸; o los plazos mínimos de denuncia del contrato¹³⁹. En

¹³⁶ Así se pone de manifiesto en el contrato de suministro recogido en el *Codice civile*. De la lectura de su art. 1559 se desprendería que el negocio comprende tanto los bienes muebles como los inmuebles, por cuanto su redacción es genérica y, además, recuerda a la que da el art. 1571 de la norma italiana para la *locazione*. Sin embargo, la cosa objeto del contrato de suministro debe tener la suficiente identidad como para satisfacer una necesidad duradera a través de prestaciones reiteradas o continuadas, lo que parece excluir la entrega de bienes muebles por su carácter específico y por su entrega individualizada, *cfr.* NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione*, *op.cit.*, pp.37-38.

¹³⁷ El apartado VI-9 de la EM introduce, como regla general, el carácter dispositivo de las normas que establecen el régimen jurídico de los contratos salvo que excepcionalmente se les atribuya un carácter imperativo. Ahora bien, aunque el artículo 413-2, apartado 4, no dice expresamente que es una regla imperativa, no tiene ningún sentido que se emplee la expresión «nunca inferior a siete días» si las partes pueden libremente pactar un preaviso inferior. Este plazo está previsto para cuando el suministrado tiene la capacidad de fijar el vencimiento de la prestación de entrega a cargo del proveedor. Esta contradicción, afortunadamente observada en un borrador normativo, es apuntada por MAROÑO GARGALLO, M.M., y GARCÍA VIDAL, Á., *El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil*, *op.cit.*, p.1378, quienes concluyen, sin embargo, que esta disposición también debe tener carácter dispositivo.

¹³⁸ Para un análisis detenido de la mercantilidad en el PCM, *vid.* GONZÁLEZ NIETO, E., «La mercantilidad de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp.219-232.

¹³⁹ Dispone el artículo 513-7, relativo a la extinción del contrato por tiempo indefinido, en su apartado segundo, que la denuncia deberá notificarse al otro contratante con al menos tres meses de antelación; o, en su caso, uno para aquellos contratos cuyo plazo fuera interior al año. Seguidamente, el apartado tercero decreta que las partes

cambio, aspectos como el contenido de las prestaciones, los plazos y lugares de entrega, la duración, la determinación del precio o los medios de pago se dejan al arbitrio de las partes, como no podría ser de otro modo por cuanto inciden en el programa contractual. Más llamativo fue que la CGC optase por excluir el pacto de exclusiva de la regulación propuesta para el contrato de suministro. Frecuente en la práctica, y presente en el primer borrador del PCM, en el texto definitivo no había ninguna referencia a la exclusividad en sede del contrato de suministro¹⁴⁰. En cambio, sí se recogía el pacto de preferencia, también habitual en la contratación, junto a otras disposiciones como ahora la prórroga automática del contrato; la extinción *ad nutum* y la facultad de resolución en caso de incumplimiento grave o, en fin, la limitación del alcance de la resolución, afectando sólo a las prestaciones futuras y no a las pasadas.

pueden concertar plazos mayores de preaviso, lo que ya era evidente si tenemos en cuenta que la regla general es que toda la regulación relativa a contratos es dispositiva, *ex* apartado VI-9 EM. Esta matización que hace el PCM solo tiene sentido si se interpreta el plazo de tres meses como un plazo impositivo y que, por tanto, no puede ser modificado por las partes. De lo contrario, el apartado cuarto resultaría trivial.

¹⁴⁰ La propuesta anterior al PCM recogía un total de diez artículos relativos al suministro, en cuyo artículo 513-6 se contenía una referencia al pacto de exclusiva, por el cual alguna de las partes asume una obligación de no hacer: el proveedor asume no abastecer a terceros distintos del suministrado, y éste, por un lado, a no abastecerse de otros proveedores; y, por otro, a no fabricar o elaborarlas con sus propios medios. El PCM, sin embargo, ha suprimido toda referencia al pacto de exclusiva en relación con el suministro.

Capítulo 2

Características del contrato

I. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

El estudio de las características de un contrato sirve como complemento al examen de su concepto, ya que derivan naturalmente de éste. Lógicamente, las características de un contrato no pueden ser incompatibles con el concepto del mismo. Ahora bien, proponemos hacer una exposición de estas características de un modo distinto, superando la habitual enumeración del carácter bilateral, conmutativo, oneroso, consensual y sinalagmático del contrato, por cuanto, aun cuando sean características del mismo, no son exclusivas del suministro ni nos ayudan en su estudio¹⁴¹. Son caracteres comunes a una pluralidad de contratos, *v.gr.*, la compraventa, la permuta, el estimatorio, la concesión o el arrendamiento. Por este motivo, en este apartado se indagan las características principales del suministro, por ser las que realmente caracterizan esta figura, le dotan de esencia propia y la diferencian de otras afines.

A. EL CARÁCTER DURADERO

De entre las características del suministro destaca, en primer lugar, por ser la más relevante, su duración. La propia esencia del contrato encierra su carácter duradero. El contrato de suministro genera una relación

¹⁴¹ Nos permiten calificar un contrato, a pesar de su escasa utilidad, como afirma LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «El Contrato», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. y VERDERA SERVER, R., *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.227. DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro*, *op.cit.*, p.55, insistió en la importancia de un estudio caracterológico, pues las características son consecuencia del concepto y lo complementan.

contractual que necesita de un periodo de tiempo más o menos prolongado para que puedan desplegarse las prestaciones y dar satisfacción a la necesidad del suministrado. El suministro genera, pues, obligaciones de *tracto sucesivo*¹⁴². Frente a las obligaciones de tracto único, las duraderas se caracterizan por necesitar de un periodo de tiempo prolongado para su desarrollo y para la satisfacción de los intereses de los contratantes, ya sea por depender de una conducta constante o por la realización de prestaciones que se suceden y tienen continuidad en el tiempo¹⁴³. Así, mientras que en los contratos con obligaciones instantáneas es indiferente que la ejecución se traduzca en un periodo más o menos prolongado en el tiempo, en las obligaciones de tracto sucesivo o de carácter duradero las obligaciones de las partes se devengan de modo sucesivo. El interés de acreedor se satisface cada vez que se cumple cada una de las prestaciones a las que está obligado el deudor y que bien se reiteran sucesivamente, bien perduran en el tiempo por no conocer de interrupción¹⁴⁴.

¹⁴² En nuestro ordenamiento tienen cabida dos clases de obligaciones: las instantáneas y las duraderas, *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t.III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el Contrato en general*, Reus, Madrid, 2008, p.187. En este sentido también DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p.365, donde el autor distingue entre las obligaciones instantáneas y las obligaciones duraderas, nociones más expresivas, dice, que las de *tracto instantáneo* y *tracto sucesivo*. El suministro se identifica con las relaciones obligatorias continuadas o duraderas, por cuanto su desenvolvimiento requiere de un periodo de tiempo más o menos prolongado, según las prestaciones asumidas en el contrato, y que implica «una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas». Esta distinción ha tenido eco en la jurisprudencia, *vid.* STS núm.313/2004, de 22 de abril (ROJ 2638/2004), en donde se distinguen los contratos de tracto único de los sucesivos, siendo que éstos «dan lugar a obligaciones cuyo cumplimiento supone realizar prestaciones reiteradas durante cierto tiempo».

¹⁴³ OPPO, G., «I contratti di durata», *Rivista di Diritto Commerciale*, fasc. 5-6 (1943), p.145, defiende que conviene hablar de relaciones obligatorias de duración antes que de contratos de duración como categoría contractual propia compuesta por aquellos contratos en el que las partes se vinculan durante un lapso de tiempo determinado o indefinido para satisfacer sus intereses. Para un estudio más reciente sobre la duración en los contratos puede verse GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.347 y ss.

¹⁴⁴ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias, op.cit.*, pág.366. Como expone CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Lecciones*

Este elemento temporal es el rasgo más característico del suministro, aunque no sea un carácter exclusivo del mismo¹⁴⁵. En nuestro contexto económico han surgido nuevas figuras contractuales, tendentes a optimizar la comercialización de bienes y servicios, como son aquellos que integran el fenómeno de la distribución, caracterizados por generar una relación de cooperación entre empresarios independientes que se vinculan jurídica y económicamente durante un tiempo indefinido o determinado, pero con vocación de estabilidad, lo que exige un periodo de

de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general, Tecnos, Madrid, 2017, p.31, la realización de prestaciones periódicas o sucesivas no debe confundirse con la ejecución dilatada de la obligación, como ocurre con los contratos de arrendamiento de obra o los contratos de compraventa con entregas fraccionadas. En estos contratos la obligación es de tracto único, pero las partes optan por fraccionarla o dilatarla en el tiempo. La duración, entonces, incide en la ejecución. En cambio, en los contratos de tracto sucesivo, o duradero, las prestaciones de las partes se devengan de un modo repetido y continuado, y cada una de ellas satisface, temporalmente, el interés de las partes. Estas obligaciones duraderas imponen al deudor bien la prestación de una conducta permanente, bien la realización de actos reiterados. En este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, op.cit.*, p.39.

¹⁴⁵ ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.228. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.414, apunta que «el contrato de suministro es el típico contrato de duración» por generar obligaciones duraderas a cargo de las partes. La durabilidad del contrato de erige como uno de los caracteres nucleares del suministro, y principal distinción respecto de la compraventa, *cf.* VEIGA COPO, A.B., «El contrato de suministro», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p.704. *Vid.* también la STS de 30 de noviembre de 1984 (ROJ 1704/1984), en la que se analiza la adquisición de hormigón destinado a la construcción. Aunque en el caso litigioso ambas partes procesales calificaban el contrato de suministro, y por lo tanto no era un hecho controvertido, la sentencia entra a hacer una exposición del mismo por considerar que las consecuencias que se alcanzan están ligadas a la calificación contractual. Así pues, calificado como contrato de suministro que, «aunque sea afín a la compraventa, en su forma de “con entregas repartidas o diferidas”», no puede calificarse con ella. El TS hace énfasis en el carácter duradero del contrato para distinguirlo de la compraventa, e insiste: «su contenido es, por tanto, una serie de prestaciones duraderas o de ejecución continuada o sucesiva -que recuerda la vieja fórmula de los contratos "qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro"- cuya función, económica y jurídica, es la satisfacción de necesidades continuas, para atender al interés duradero o continuado del acreedor».

duración en el que poder atender las obligaciones asumidas y desplegar los fines perseguidos¹⁴⁶. Así sucede igualmente en el suministro, que se yergue como el típico negocio de *tracto sucesivo*¹⁴⁷. El proveedor asume una obligación duradera de dar, que puede consistir una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas e intermitentes¹⁴⁸. Tanto la primera como las segundas necesitan extenderse en el tiempo, de manera determinada o indefinida, dando satisfacción al interés duradero del acreedor¹⁴⁹.

La duración es el principal elemento que nos sirve para desligar el suministro del contrato de compraventa. Aunque en ambos tipos subyace un interés en el intercambio de bienes, en la compraventa este interés es ocasional y su ejecución puntual conlleva la consumación del contrato y la extinción tanto de la necesidad como de la obligación de dar.

¹⁴⁶ En este sentido, las sentencias del TS núm. 990/1995, de 8 de noviembre (ROJ 5591/1995), núm. 1030/2001, de 31 de octubre (ROJ 8489/2001), núm. 920/2007, de 20 de julio (ROJ 5408/2007) y núm. 332/2009, de 18 de mayo (ROJ 2906/2009).

¹⁴⁷ Por todas, *vid.* la STS núm. 145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012): «Los contratos de suministro constituyen el paradigma de los de tracto sucesivo».

¹⁴⁸ Esta obligación duradera a la que se compromete el proveedor tiene su razón de ser: dar satisfacción a las necesidades duraderas del suministrado. El interés de éste en encontrar esta satisfacción justifica que su contraparte asuma, a cambio de un precio, una obligación que se traduce en una pluralidad de prestaciones que se repiten en el tiempo, *cfr.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.296.

¹⁴⁹ La STS núm. 145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012) ofrece una definición de contrato de *tracto sucesivo* a colación de un contrato de suministro de energía eléctrica, afirmando que tiene tal carácter «aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes». Esta concepción de lo que debe entenderse por contrato de *tracto sucesivo* es muy cercana al suministro, hasta el punto de que bien podría servirnos como definición del mismo. No es de extrañar que el alto tribunal afirme en esta sentencia que el suministro es el contrato de duración paradigmático.

En cambio, en el suministro, la necesidad sobrevive a la ejecución individual y aislada de cada prestación¹⁵⁰. El contrato no extingue su eficacia con un singular acto de entrega, sino que conserva su riqueza. Se adapta al interés partidista del acreedor, conservándose en cada ejecución de la prestación en aras a abarcar a las necesidades que sucesivamente se manifestarán en el futuro. Esta adaptación explica por qué la prestación tiene que repetirse bien durante toda la vigencia del negocio (prestación sucesiva), o bien no interrumpirse (prestación continuada)¹⁵¹. Ahora bien, la duración no es solamente un elemento presente en la ejecución del contrato. El carácter duradero se erige como una cualidad esencial que impregna el resto de sus elementos contractuales, principalmente la causa del contrato –las partes tienen el propósito de satisfacer una necesidad que se manifiesta constantemente–¹⁵², los intereses perseguidos por las partes –la utilidad que encuentran en

¹⁵⁰ FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, *op.cit.*, p.777 habla de nuevas obligaciones que se generan por virtud del contrato de suministro, por estar ligado a las necesidades del suministrado. Sin embargo, como veremos seguidamente, la obligación que se genera es única, pero duradera, consistente en realizar una pluralidad de prestaciones ligadas a las necesidades del suministrado. Por su parte, NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.613, entiende que el tracto del suministro es reiterado o intermitente, pero no continuado. Esta concepción excluiría los contratos de suministro doméstico, donde la prestación del proveedor no se interrumpe.

¹⁵¹ Habrá prestación continuada cuando el proveedor tenga que tener siempre a disposición del suministrado la cosa del contrato, como ocurre en el abastecimiento de agua, gas o electricidad, *cfr.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.196. NOVOA, E., «Contrato de compraventa por suministro (notas para un estudio)», *op.cit.*, p.615, niega que el suministro pueda recaer sobre prestaciones continuadas, por cuanto lo concibe como un contrato en el que las prestaciones son plurales y tienen que poder ser cumplidas de manera independiente. Negando que el suministro pueda albergar una prestación continuada, describe el contrato como de *tracto intermitente*.

¹⁵² Un detenido estudio sobre cómo la duración incide en la causa del contrato lo encontramos en FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, *op.cit.*, pp.93 y ss. De acuerdo con la autora, si la causa es el propósito específico que empuja a las partes a suscribir un contrato de suministro para dar satisfacción a las necesidades duraderas que se presentan en el suministrado, aquélla se ve impregnada de la duración que concurre en la necesidad y que es, pues, la razón del contrato.

el contrato es proporcional a su duración¹⁵³ o el cumplimiento de las prestaciones —que se extienden durante la vigencia del contrato—¹⁵⁴ vienen impregnadas del *tractum sucessivum* que caracteriza este tipo¹⁵⁵.

B. PLURALIDAD DE PRESTACIONES

El segundo de los aspectos más característicos del suministro que conviene destacar y al que ya se hecho referencia es la pluralidad de las prestaciones que se reúnen en el mismo¹⁵⁶. Como resultado de la adaptación de la obligación de suministro a la necesidad del suministrado el contrato contempla una reiteración de las entregas, a través de las cuales se va dando satisfacción a dicha necesidad¹⁵⁷.

¹⁵³ DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro, op.cit.*, p.56, refiere a la posibilidad de que las partes configuren un suministro a perpetuidad, a menos de manera abstracta. Cabe que el contrato se determine para un periodo de duración indefinido, vinculándolo a la plena satisfacción de las necesidades del suministrado que pueden reproducirse *in aeternum*. Según el autor, «la relación jurídica obligatoria que el suministro origina “puede ser pensada como eterna, sin que esto contradiga a su esencia”».

¹⁵⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.525 justifica la incorporación al contrato de ciertas cláusulas que permiten ponerle fin de forma extraordinaria, como es la cláusula *rebus sic stantibus*. La previsión de estas disposiciones se justifica en el carácter duradero del negocio, como un remedio a eventualidades imposible de prever que lo hagan excesivamente oneroso para alguna de las partes.

¹⁵⁵ El carácter permanente y único del contrato no es óbice para que el negocio tenga carácter duradero, ya sea mediante una ejecución continuada de la prestación o intermitente, *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, p.74. En este sentido, no compartimos el criterio esgrimido por ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales, op.cit.*, pp.143 y 145, para quien cabe diferenciar entre el suministro sucesivo del *suministro de tracto único* donde los materiales se entregan al mismo tiempo *uno ictu*. En este supuesto de entrega única, la ausencia del carácter duradero del negocio nos lleva a una compraventa, donde la entrega es única y con ella se consume el contrato.

¹⁵⁶ Sin perjuicio de la compraventa con entregas fraccionadas, en el suministro la sucesión de varias prestaciones en periodos determinados o que pueden ser determinados a tenor de lo dispuesto en el contrato impone la duración del negocio, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2294.

¹⁵⁷ *Vid.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p.1104, quien, poniendo como ejemplo el contrato energía eléctrica o de línea telefónica, explica la duración de la necesidad cuya satisfacción se interesa con

Esta reiteración de las prestaciones obliga a detenernos en la división de la obligación. El criterio generalmente seguido para aceptar que una obligación pueda ser dividida ha sido atender a la posibilidad de fragmentar su ejecución en partes iguales, de contenido homogéneo entre sí y respecto del todo, cada una de las cuales produzca en el acreedor una utilidad cuantitativamente menor que el todo¹⁵⁸. Cuando el acreedor puede ser satisfecho tanto por una ejecución única como fragmentada, se habla de obligación divisible¹⁵⁹. En estos casos, un cumplimiento parcial del contrato implica igualmente una satisfacción parcial del acreedor¹⁶⁰. Sin embargo, el suministro no conoce de una obligación dividida, sino repetida. El objeto del contrato no está fraccionado

el contrato de suministro. Por su parte, el contrato de compraventa con entregas fraccionadas atiende a un cómodo cumplimiento en atención a las circunstancias del caso, pero no porque exista una necesidad reiterada en el tiempo.

¹⁵⁸ Respecto al concepto de obligación divisible introducido, puede verse ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, op.cit.*, pp.52 y ss.

¹⁵⁹ Vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Madrid, 1852, p.105, que apuntaba que la obligación es indivisible tanto por su naturaleza como por no satisfacer, su división, a la obligación ni a la intención de las partes. En cambio, las divisibles son aquellas que admiten una realización parcial, esto es, que pueden ser descompuestas en varias partes de contenido igual y homogéneo, HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983, pp.128-129. Obsérvese que el criterio para distinguir unas obligaciones de las otras no está en la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas que son objeto contractual, sino en la naturaleza de la prestación. Entonces, cuando la prestación se puede fraccionar en partes sin que altere la esencia de la obligación, estamos ante una obligación divisible. En estos casos el acreedor puede darse por satisfecho porque las partes en las que se ha dividido la obligación son partes cualitativamente iguales y cuantitativamente proporcionales, además de conservar todas ellas el mismo valor económico. Con lo que la indivisibilidad de la obligación elimina automáticamente que pueda haber un cumplimiento parcial del contrato. Su incumplimiento determina automáticamente la pérdida del valor económico-social que reviste para el acreedor. Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las obligaciones divisibles e indivisibles», *Anuario de Derecho civil*, vol.26, núm.2 (1973), pp. 508-509 y 587 (583-584).

¹⁶⁰ En las obligaciones divisibles, el acreedor recibe la misma satisfacción que si cobrara de una vez y entera la prestación que se le debe, *vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «De las obligaciones divisibles e indivisibles», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t.XV, vol.2º, Edersa, Madrid, 1983, p.402.

para que sea entregado en distintos momentos sucesivos, como sucede en la venta con entregas fraccionadas. Cada prestación es un todo, y no una parte de un todo. Esto no implica que las prestaciones sean indivisibles por la naturaleza de este contrato, ya que las partes podrían determinar que cada prestación sea fraccionada y entregada en diferentes momentos¹⁶¹. Pero la fracción o división no es del objeto del contrato. Cada prestación supone la ejecución completa del contrato y, con ello, el deudor da cumplimiento efectivo a su obligación, la cual no se extingue debido a la naturaleza duradera del contrato y a los distintos momentos de vencimiento pactados. De este modo puede afirmarse que la naturaleza del suministro determina que el contrato mantenga toda su riqueza hasta su extinción.

C. AUTONOMÍA DE LAS PRESTACIONES

Lo anterior conecta con la siguiente característica esencial del suministro, relativa a la independencia y principalidad de todas sus prestaciones de entrega. Cada una de ellas resulta distinta y autónoma del resto, conectadas y proyectadas en el tiempo para atender al interés del acreedor¹⁶². No se integran como partes de un todo que van acumulándose

¹⁶¹ La indivisibilidad puede fundarse en la naturaleza del objeto o en la voluntad de las partes, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, pp.195-196. En el suministro, la obligación de suministrar se traduce en una sucesión de entregas de mercancía, cuyo *quantum* es determinado por el contrato o por el suministrado. Cada una de estas prestaciones de entrega es una repetición de la anterior. Por lo que no hay una división de la obligación. Cosa distinta es que las partes opten por fraccionar las individuales prestaciones, que sí pueden ser objeto de fraccionamiento o, al contrario, que se exija la unidad íntegra, indivisa y total en cada entrega. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las obligaciones divisibles e indivisibles, op.cit.*, p.560: «No basta con que las obligaciones recaigan sobre prestaciones fraccionables en una pluralidad de prestaciones fungibles para que pueda hablarse de su divisibilidad [...] habrá que contrastar ese punto de partida objetivo con el subjetivo de la voluntad de las partes. En efecto, la autonomía privada puede configurar de tal manera los intereses en juego [...] que lo divisible en principio (por naturaleza) se torne indivisible (convencionalmente)».

¹⁶² LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.194. Por su parte, NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, pp.612-613 confundía la pluralidad de prestaciones con el fraccionamiento del objeto. Esta falta de precisión lleva al autor a presentar un negocio más cercano a

hasta completar la cosa¹⁶³. Tampoco son complementarias o accesorias las unas de las otras. Todas ellas son principales, como resultado de la repetición de la prestación¹⁶⁴. Como ha quedado apuntado, el suministro no divide el objeto en una sucesión de prestaciones de entrega. Éstas, por sí mismas, representan el objeto en su totalidad¹⁶⁵. Resultado de la configuración especial del contrato de suministro es que se regeneran sucesivamente, de suerte que el contrato conserva su riqueza de

la compraventa con entregas fraccionadas, al referirse a las cuotas o porciones del objeto de la prestación o de ejecuciones parciales.

¹⁶³ Este esquema sí se comparte en la compraventa con entregas fraccionadas. En el suministro, la pluralidad de las prestaciones está directamente conectada con la satisfacción de una necesidad duradera en el acreedor. A este esquema no responde la compraventa con entregas fraccionadas, que tiene por objeto una única prestación, pero que por razones determinadas su ejecución se divide en un periodo de tiempo. *Vid.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.29, quien pone como ejemplo de esta distinción la adquisición de una enciclopedia donde cada volumen se entrega a medida que va siendo publicado.

¹⁶⁴ NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.614. DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto del suministro, op.cit.*, pp.65 y 66, la pluralidad de las prestaciones no es un antojo, sino el resultado de su conexión subjetiva (son los mismos sujetos) y objetiva, al tratarse de prestaciones diferenciadas por el elemento temporal que las separa. Entonces, todas estas prestaciones simples no pierden su individualidad por formar parte de un complejo que atiende a un fin distinto al de aquéllas: satisfacer la necesidad duradera.

¹⁶⁵ No puede hablarse de fraccionamiento del objeto en un contrato de suministro. Este reparto en cuotas o porciones sí es propio de la compraventa con entregas repartidas, pero en el suministro la prestación recae sobre el objeto del contrato en su totalidad. Aun así, alguna voz ofreció una definición más cercana al contrato de compra fraccionada, *vid.* NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, pp.613-614. Haciéndose eco de esta característica, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, p.74. Aun así, la distinción entre una pluralidad de compraventas sucesivas y el suministro no está exenta de confusión, *vid.* la STS 1116/1992, de 2 de diciembre (ROJ 8814/1992), donde se trataba un suministro en diversas «entregas parciales» de material eléctrico, cuya aceptación por el demandante consumió «las ventas» de dicho material. Lo cual es contradictorio: si hay más de una venta hay entrega única, una por cada una de las ventas. En cambio, si son entregas parciales estas sí derivarán de un mismo contrato que las engloba todas. Pero no puede, como se detrae de la resolución, existir una pluralidad de ventas razón de las entregas parciales, pues entonces éstas no serían parciales sino completas.

contenido durante toda su vigencia¹⁶⁶. En la medida en que ésta vuelve a manifestarse se genera una nueva prestación, completa y total, que no una porción de un conjunto. Como resultado, las prestaciones no tienen por qué tener el mismo valor económico ni tiene que haber identidad entre ellas, al estar sujetas a cubrir la necesidad del suministrado¹⁶⁷.

D. CONTRATO ÚNICO

Como se ha visto, el contrato de suministro genera una obligación duradera que comprende un conjunto de prestaciones tendentes a satisfacer la necesidad constante del acreedor. Cada una de estas prestaciones es autónoma e independiente respecto de las otras, ligadas a la necesidad recurrente del suministrado. El origen de todas ellas está en el mismo contrato de suministro, capaz de cubrir un número determinado

¹⁶⁶ «La misma riqueza de contenido que tenía al principio, surgiendo sin embargo dichas prestaciones homogéneas o heterogéneas de un modo particular y tomando una determinada dirección personal no en virtud de circunstancias contingentes y ocasionales, sino en cuanto cada una de ellas y todas en conjunto constituyen el desenvolvimiento y la ejecución de precisas obligaciones jurídicas, surgidas entre las partes con el contrato fundamental en el que se dispone no sólo sobre el "sí", sino también sobre el "cómo" de las sucesivas prestaciones, siendo la causa del contrato, más que la venta, la repetición de las prestaciones de venta», STS núm.417/1955, de 29 de octubre (ROJ 2924/1955).

¹⁶⁷ STS núm. 167/1992, de 24 de febrero (ROJ 1432/1992): «En este sentido el suministro parte de un convenio único y previo, que se ejecuta mediante una serie de prestaciones periódicas y continuas, por medio de entregas diferidas, englobadas en el contrato general que las disciplina y contempla en relación al resultado final pretendido, que por ello las vincula, ya que obedecen a una finalidad previsora y suponen para su abono las necesarias operaciones de liquidación de cuentas, en razón a la misma estructuración del pacto, cuya determinación lo es en razón a tener cierta duración temporal en la realización las prestaciones múltiples generadoras del precio a satisfacer por las mismas, por lo que ostentan aptitud jurídica obligacional, conforme a los artículos 1.091, 1.254, 1.255 y concordantes del Código Civil».

de operaciones¹⁶⁸. Con lo que llegamos a otra de las características del suministro: la unidad del vínculo¹⁶⁹.

Los contratantes buscan suscribir un único contrato que reúna la pluralidad de las prestaciones, sirviéndose de él para dar satisfacción a las necesidades del suministrado. Precisamente este contrato es interesante para las partes porque simplifica la satisfacción de necesidades futuras, las cuales quedan cubiertas en un mismo acuerdo, sin tener que recurrir a una constante negociación y contratación que las atienda. El acuerdo de voluntades aparece como unidad formal, génesis de la obligación de suministro, aunque exteriorizada en un conjunto de prestaciones orientadas a satisfacer esa necesidad duradera¹⁷⁰.

E. UNIDAD OBLIGACIONAL

¹⁶⁸ El contrato de suministro, en su constitución, tiene unidad de vínculo. Durante la vigencia del negocio el origen de las distintas prestaciones es un único acuerdo contractual, *cfr.* NOVOA, E., *Contrato de compraventa por suministro (notas para un estudio)*, *op.cit.*, p.612.

¹⁶⁹ *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, p.74, que señala la unidad de vínculo como una de las características del suministro. En el mismo sentido, NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.612. Puede verse también STS, de 4 de febrero de 1992 (ROJ 1482/1992).

¹⁷⁰ Al igual que en la compraventa, el suministro es un contrato único. Pretender configurar el negocio como una pluralidad de compraventas individuales, aunque conectadas, supone desconocer la realidad del tráfico jurídico, en donde las relaciones duraderas están a la orden del día. La ejecución en el tiempo de sucesivas prestaciones independientes se quiere por las partes, y así se configura específicamente en el contrato, por estar ligado a las necesidades futuras de una de las partes. Pero no por ello pierde su unidad contractual, ni es un negocio en el que se reúnan varios contratos, sino uno solo que se prolonga en el tiempo, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2294. En este sentido, la STS 576/1988, 8 de julio (ROJ 5332/1988): «Atendiendo a la doctrina jurisprudencial y a la científica en general, es factible estimar como notas características del contrato de suministro la existencia de un solo contrato comprensivo de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en períodos de tiempos determinados, o a determinar con posterioridad, y por un precio en la forma preestablecida por las partes».

Una aproximación rápida al negocio podría llevarnos a entender que el contrato genera tantas obligaciones de dar como prestaciones se ejecuten durante su vigencia¹⁷¹. Sin embargo, esta exposición sería incorrecta. Aunque el contrato de suministro integra una pluralidad de entregas, todas ellas tienen su razón en una única obligación de suministrar. Esta peculiar característica del suministro se explica por diferentes razones. En primer lugar, porque la pluralidad obligacional no encaja en aquellos contratos de suministro en los que la obligación es continuada. Cuando la prestación no se interrumpe, *v.gr.*, el agua corriente o la energía eléctrica, difícilmente puede haber una pluralidad de obligaciones de entrega. Admitir, por un lado, que en los contratos de suministro en donde la prestación es continuada hay una sola obligación, al tiempo que se defiende, por otro lado, que en aquellos en los que la obligación de suministro es periódica hay una pluralidad de obligaciones, conduciría a una construcción compleja del contrato¹⁷². No debe plantearse un tratamiento distinto de la obligación contractual según el carácter continuado o periódico de la obligación, porque esto nos conduciría a aceptar un contrato de suministro diferente según la prestación desdoblado su tratamiento.

En segundo lugar, admitir una pluralidad de obligaciones, tantas como prestaciones se realicen, nos impediría conocer su número total hasta la extinción del contrato allí donde no hayan quedado determinadas

¹⁷¹ URÍA, R., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.739, al definir el suministro, afirma que «es un contrato afín a la compraventa, aunque no hay una sola obligación de entrega que puede tener un cumplimiento diferido, sino que existe un solo contrato, pero con diversas obligaciones de entrega autónomas e independientes entre sí». CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, p.74 también habla de varias obligaciones. En ambos casos, la mención de las obligaciones, en plural, hace referencia a «prestaciones», esto es, a los distintos actos en los que se traducen las obligaciones de suministro y de entrega. En este sentido puede verse FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.778: «Los actos singulares de prestaciones y contraprestaciones, de las cuales el contrato de suministro resulta, tienen su propia autonomía en cuanto satisfacen ya de por sí un interés de las partes e importan, desde el momento en que vengyan realizados, cumplimiento integral de las obligaciones diamantes del contrato».

¹⁷² DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro, op.cit.*, p.64 pone de manifiesto la inexactitud de este planteamiento para rebatir la existencia de una pluralidad de obligaciones.

contractualmente, lo que no parece encajar bien con la regla de la determinación del objeto del contrato. Asimismo, en tercer y último lugar, no podría hablarse de una obligación duradera, sino de una constelación de obligaciones instantáneas cuyo vencimiento es sucesivo en el tiempo. Así planteado, incluso, cabría cuestionar el contrato de suministro como un tipo contractual propio, por cuanto el programa contractual sería más cercano a una sucesión de compraventas englobadas en un mismo acuerdo marco que a un único vínculo contractual.

Por ello, cabe defender que el contrato de suministro genera dos obligaciones principales, cada una a cargo de cada contratante¹⁷³. El proveedor se obliga a una entrega periódica o continuada del objeto, integrándose en una única obligación de dar. El suministrado, por su parte, se obliga a pagar el precio, que, si bien no necesita compartir la naturaleza duradera de la obligación de suministro, con frecuencia sí la tiene. Las diferentes prestaciones tendrán encaje en estas dos obligaciones, que son duraderas y están llamadas a mantenerse en el tiempo.

II. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Junto a las características esenciales anteriores, cabe exponer ahora las características que habitualmente se esbozan en el estudio de un contrato. Así las cosas, el suministro es un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, conmutativo y consensual, además de atípico, al menos en la esfera privada, eminentemente mercantil, y un negocio *intuitu personae*¹⁷⁴.

¹⁷³ STS núm. 409/2005, de 26 de mayo (ROJ 3395/2005): «En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos [...] y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables. En este sentido, son de ver las sentencias de 20 de mayo de 1986, de 10 de septiembre de 1987, la de 8 de julio de 1988 y la de 28 de febrero de 1996».

¹⁷⁴ No puede caracterizarse el suministro como un contrato de adhesión por el mero hecho de que sea una práctica habitual la contratación de suministros con consumidores que se someten a clausulados generales. Lo contrario nos conduciría, igualmente, a considerar el contrato de compraventa como un contrato de adhesión. *Cfr.* BLASCO GASCÓ, F.P., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular. Causicontratos. Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.122.

A. ATIPICIDAD DEL SUMINISTRO

El suministro es uno más de los muchos contratos atípicos que pueblan nuestro Derecho de contratos¹⁷⁵. Aunque encontramos una extensa regulación del contrato administrativo de suministro y del contrato de suministro eléctrico, el ordenamiento español carece de una disciplina genérica del suministro en el ordenamiento privado. Si bien sí tiene un significado social unívoco¹⁷⁶. De este modo el suministro se integra en esa categoría de contratos atípicos o innominados¹⁷⁷, que han ido apareciendo en el tráfico mercantil sin intervención del legislador, con lo

¹⁷⁵ Ha quedado superada la postura que vio el suministro como una mera modalidad de compraventa con especialidades en cuanto a su ejecución, *cf.* VICENTE Y GELLA, A., *Introducción al Derecho mercantil comparado*, *op.cit.*, p.298; LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.195. El suministro se concibe como un contrato autónomo y atípico. Por todos, *vid.* MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, *op.cit.*, p.495; GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, *op.cit.*, p.130.

¹⁷⁶ Reconociendo el Derecho la capacidad creadora de las partes de nuevos negocios jurídicos, separándose de los tipos recogidos en las leyes, el contrato de suministro es uno de esos contratos atípicos cuyo contenido es rellenado por las partes y que está tipificado socialmente dado su generalidad y uso corriente, *vid.* SANTOS BRIZ, J., *Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato*, *op.cit.*, p.303.

¹⁷⁷ En sentido estricto, un contrato atípico es el que carece de una regulación legal, mientras que los contratos innominados son aquellos que no tienen nombre, *cf.* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., «Los contratos atípicos», *Actualidad civil*, núm. 2, 1998, p.351. La razón de que nos refiramos a los contratos atípicos como innominados se encuentra en Derecho romano, cuando la validez de un negocio estaba sujeta a su previsión en la norma y que ésta le diese un *nomen*. Este requisito desaparece posteriormente cuando son aceptados los contratos atípicos, aunque hasta nuestros días se ha mantenido el uso sinónimo de innominado y atípico. Los contratos innominados eran ya conocidos en época romana, donde se admitió la eficacia obligatoria de ciertos pactos convencionales atípicos, *cf.* CASINOS MORA, F.J., *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 2016, p.524. Para JORDANO BAREA, J.B., «Los contratos atípicos», *RGLJ*, 1953, pp.11 y ss., es más correcto hablar de contrato típico y atípico, por cuanto contrato innominado equivale a un contrato carente de *nomen iuris* y, lo realmente esencial, es que el contrato no dispone de una particular disciplina legal. Aunque como expone GÓMEZ TABOADA, J., «Los contratos atípicos o innominados», *Revista Jurídica del Notariado*, núm.61, 2007, p.164, los contratos atípicos pueden carecer de nominación, siendo entonces un contrato atípico e innominado.

que carecen de una normativa o disciplina jurídica propia¹⁷⁸. Conviene recordar que la adscripción de un contrato en un tipo contractual cumple, al menos, dos funciones. Por un lado, permite integrar las lagunas acudiendo a la disciplina jurídica del tipo al que pertenezca el contrato en cuestión. De otra, sirve de referencia para el control del contenido contractual¹⁷⁹. A partir de la aparición de nuevas modalidades de contratación desconocidas por el derecho positivo el jurista se enfrenta a la labor de buscar la disciplina jurídica que mejor se adapta con el contenido del contrato atípico¹⁸⁰. En estos casos de parsimonia legislativa

¹⁷⁸ El silencio por el legislador fuerza a la jurisprudencia y a la doctrina a dar una disciplina jurídica del negocio atípico, *cfr.* BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.60. Como cualquier contrato, el atípico recibe de las reglas y pactos convencionales la primera disciplina. Tampoco escapan de la regulación general del Derecho de obligaciones y contratos (arts. 1088 a 1314 CC). Sin embargo, los problemas se plantean cuando las lagunas que se presentan no pueden ser superadas ni con los pactos entre las partes ni con las normas generales de los contratos, *cfr.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato, op.cit.*, p.493.

¹⁷⁹ BUSCH, C., «La influencia del derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el 651 BGB», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65 (2012), núm. 2, p.718. Cuando el contrato carece de un régimen jurídico específico previsto por el ordenamiento tratamos con un contrato atípico y su problema más inmediato: cuál es la normativa que resulta aplicable.

¹⁸⁰ SANTOS BRIZ, J., «Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm.20 (1976), p.318, explica que los contratos atípicos derivan de las cambiantes necesidades económicas, de evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes. No integran de modo alguno un irregular proceso evolutivo sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica. Para CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, vol.1*, Bosch, Madrid, 2005, p.12 la presencia que en nuestro Derecho tienen actualmente los contratos atípicos se debe a varios factores. De una parte, a la influencia del derecho anglosajón, del que se vienen importando nuevos tipos contractuales nacidos al calor del tráfico mercantil y que no han alcanzado a ser incorporados ni a los Códigos de comercio ni, en muchas ocasiones, las leyes especiales. De otra, a los avances tecnológicos, así como al fomento del comercio de exterior, lo que impone entrar en contacto con nuevas fórmulas de contratación. Finalmente, a la aparición de grandes empresas que impulsan nuevas formas de contratación (véanse los contratos de adhesión) y nuevos negocios contractuales. Ello denota la obsolescencia de los Códigos de comercio, tanto decimonónicos como el nuestro, como otros más modernos: véase el *Codice civile* italiano de 1942

la jurisprudencia y la doctrina contribuyen a la construcción jurídica del negocio, como sucede en el suministro¹⁸¹.

Pero la atipicidad legal del contrato de suministro contrasta con una peculiar tipicidad social, fruto de un uso generalizado en el tráfico, sobre todo en el ámbito de la empresa, como instrumento legal para el intercambio de bienes de forma duradera, ampliamente conocido por la jurisprudencia y estudiado, aunque en menor medida, por la doctrina científica¹⁸². Su consolidación supone la consagración de la libertad contractual y de la autoridad creadora de la libertad individual¹⁸³. Los contratantes, en el libre desarrollo de su voluntad, han adaptado desde antiguo un tipo contractual particular, la venta, a un fin específico: la

en el que difícilmente podían tener cabida, al momento de su promulgación, los contratos de transferencia tecnológica, de franquicia o de arrendamiento financiero.

¹⁸¹ Destacaba la escasa atención que había despertado en el legislador y la jurisprudencia, a pesar de su importancia social y económica al permitir el abastecimiento de mercados, plazas y empresas, NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.611. Se hace eco, igualmente, de la falta de bibliografía específica, MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Consideraciones sobre el contrato de suministro: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001*, *op.cit.*, p.185.

¹⁸² El contrato socialmente típico es aquel que, aun careciendo de disciplina normativa recogida en una ley, son frecuentes en el tráfico jurídico. A estos contratos se acude de manera reiterada por los operadores del derecho, los consumidores y los empresarios como instrumento contractual que discipline un determinado negocio. Su reiteración les dota de un *nomen iuris* determinado y una regulación *habitual* que se consagra vía doctrinal o jurisprudencial, *vid.* DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, *op.cit.*, pp.385-391. El suministro puede realizarse en diversos contextos según su significación jurídica. Así, junto al suministro administrativo, que sí goza de una disciplina normativa, puede celebrarse en el plano mercantil, civil y de consumo. Esto pone de relieve la utilidad del contrato en la práctica, *cf.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.263.

¹⁸³ La validez de los contratos atípicos, aunque generó sus dudas en su momento, es una cuestión superada por la doctrina, *cf.* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., *Los contratos atípicos*, *op.cit.*, p.351. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, p.492, afirma que la cuestión no se plantea en torno a los contratos atípicos en general, sino en relación a cada supuesto en particular.

satisfacción de una necesidad, futura y constante, a través de un negocio cuyo programa contractual recoge una obligación duradera de dar mediante prestaciones continuadas o repetidas en el tiempo¹⁸⁴.

En el suministro concurren elementos que son propios de otros contratos¹⁸⁵. Su atipicidad radica en el conjunto unitario resultado de la confluencia de estos elementos¹⁸⁶. Pero para declarar su atipicidad no basta con que parezca salirse de la órbita de la compraventa. Es preciso determinar cuál es el elemento de su fisonomía sin el cual el contrato no existiría o no sería el mismo, y, posteriormente, averiguar si este elemento esencial responde a alguno de los que dan fisonomía a un determinado contrato típico¹⁸⁷. Pues bien, en el suministro este elemento

¹⁸⁴ Esta falta de adecuación entre el contrato singular celebrado por las partes y el tipo preestablecido por la ley puede manifestarse de diversas formas: Mediante la suscripción de un contrato al que se adhieren pactos o cláusulas que no se corresponden con la disciplina normativa, pero que no suponen realmente una modificación sustancial del tipo. Mediante la creación de un contrato desconocido por la ley, que LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2011, p.493, reconoce como el verdadero contrato atípico (esta situación se dará pocas veces, ya que se plantea verdaderamente difícil que algún elemento contractual no se encuentre ya integrado en la disciplina de algún contrato típico). O mediante, la concertación de un negocio sirviéndose de elementos propios de otros tipos legales, opción que se ubica en un plano intermedio entre las otras dos.

¹⁸⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato, op.cit.*, p.490, sintetiza que en una zona intermedia entre los contratos típicos y los atípicos en sentido estricto se encuentran aquellos en los que se integran prestaciones de otros tipos legales. Aunque su terminología varía según el autor, se distingue entre los contratos mixtos, como aquéllos en los que confluyen elementos que pertenecen a distintos contratos diferentes; los contratos coligados, llamados también conexos, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.206, donde se yuxtaponen prestaciones diversas propias de varios tipos contractuales pero que integran un único negocio; y los contratos complejos, llamados también híbridos o dobles, por todos *vid.* SANTOS BRIZ, J., *Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato, op.cit.*, p.321, en los que las respectivas prestaciones corresponden a dos tipos de negocios.

¹⁸⁶ El contrato mixto es síntesis, y no suma, de diversos elementos. JORDANO BAREA, J.B., «Contratos mixtos y unión de contratos», *Anuario de Derecho Civil*, t.IV (1951), p.330: El contrato mixto es un solo contrato y no una unión o pluralidad de contratos, y en el que las distintas prestaciones concurren en plano de igualdad.

¹⁸⁷ DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general), op.cit.*, p.107.

es la duración¹⁸⁸. La duración opera sobre las diferentes prestaciones contractuales, impregna la causa del contrato, justifica el consentimiento de los contratantes, incide en las causas y las consecuencias de la extinción del contrato.

Confirmada la atipicidad del contrato, conviene atender a su disciplina, más allá del programa regulador trazado por las partes. Al efecto, la doctrina ha propuesto diversas soluciones sobre la base de las teorías de la absorción, de la combinación y de la aplicación analógica¹⁸⁹. De ellas, esta última es la que mejor respuesta da al contrato de suministro,

¹⁸⁸ La razón de ser del suministro radica en la seguridad que se le ofrece al suministrado de que sus necesidades futuras serán atendidas por el proveedor, *cf.* GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.506.

¹⁸⁹ Es esta teoría la que mejor acogida ha tenido tradicionalmente por nuestra doctrina frente a la teoría de la absorción y la de la combinación. La teoría de la absorción aboga por localizar el elemento preponderante y aplicar la normativa del contrato típico al que pertenezca dicho elemento. La causa del suministro consiste en la seguridad jurídica preventiva de tener satisfechas necesidades futuras mediante la entrega continuada de cosas, DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general), op.cit.* p.109, por lo que serían de aplicación las disposiciones que corresponden al contrato de compraventa, paradigma del negocio sinalagmático de adquisición de cosas, LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general, op.cit.*, p.4. No obstante, la teoría de la absorción es inaplicable en aquellos contratos en los que no puede identificarse cuál es la prestación principal. En un contrato de suministro no hay dificultad en localizar la prestación principal, pero la dificultad de localizarla en otros contratos llevó a acoger la teoría de la analogía.

Por otra parte, la teoría de la combinación propugna por identificar aquellos elementos correspondientes a diferentes contratos típicos y aplicar la normativa de éstos a cada uno de aquéllos, de tal suerte que al contrato le sería de aplicación un combinado normativo. Esta operativa, criticada por ver en el contrato un agregado de diferentes elementos que quiebra la unidad contractual, véase DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.208, admitiría la aplicación combinada de las normas relativas a varios contratos al suministro, como las de la compraventa para las prestaciones de entrega de la cosa, o las del arrendamiento para las cuestiones relativas al tracto sucesivo. La conveniencia de esta teoría ha sido puesta de manifiesto por JORDANO BAREA, J.B., «Contratos mixtos y unión de contratos», *op.cit.*, p.332 o DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias, op.cit.*, p.494 quien, sin negar la unidad orgánica del contrato, acepta que la confluencia de varios elementos pertenecientes a diferentes tipos contractuales permitiría la aplicación combinada de su disciplina.

por cuanto aconseja aplicar la norma del tipo contractual más semejante. Como consecuencia, se hace aplicable el régimen de la compraventa de forma supletoria al contrato de suministro siempre que su aplicación no contradiga sus particularidades ni sea contrario a su naturaleza duradera¹⁹⁰. De lo contrario, una aplicación inflexible de sus reglas legales podría llegar a ir contra los intereses de las partes que justifican la celebración del suministro¹⁹¹.

B. CONTRATO CONSENSUAL

¹⁹⁰ SSTs núm. 310/1986, de 20 de mayo (ROJ 2602/1986); núm. 523/1987, de 10 de septiembre (ROJ 5547/1987); núm. 576/1988, de 8 de julio (ROJ 5332/1988); núm. 91/2002, de 7 de febrero (ROJ 778/2002), o núm. 340/2003, de 3 de abril (ROJ 2300/2003). Así las cosas, por poner un ejemplo, no sería aplicable al suministro la *retroventa* o retracto convencional de los artículos 1506 y 1507 del Código civil, por la cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida, por cuanto no parece que sea coherente con la causa del contrato de suministro que el proveedor pueda recuperar las cosas que entregó para satisfacer una necesidad constante del suministrado, y que precisamente es constante porque la cosa entregada en un momento puntual no sirve para darle completa solución, bien porque se ha consumido, bien porque se ha revendido; de ahí que reaparezca y deba realizarse una nueva prestación por el proveedor. Asimismo, tampoco coincidiría con la finalidad perseguida por las partes con la retroventa, que usualmente tiene una función de garantía, *cfr.* JORDÁ CAPITÁN, E., «La venta con pacto de retroventa del Código Civil español en el marco unificador contractual europeo», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, Dykinson, Madrid, 2012, pp.161-165.

¹⁹¹ El recurso de la aproximación al régimen jurídico del negocio más próximo al atípico de su razón podría dar lugar a soluciones contrarias a los intereses de las partes, *cfr.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, *op.cit.*, p.147. Por lo que la subsunción sin más de un contrato atípico como el suministro en el tipo de la compraventa podría desembocar en la aplicación de normativa que es contraria al negocio. Además, como recuerda MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, *op.cit.*, p.83, podría ocurrir que para la validez del negocio se tuviesen que respetar ciertos formalismos que no han sido atendidos por las partes y que nos llevarían a cuestionar la existencia del propio negocio.

El contrato de suministro es un contrato consensual, como buena parte de los contratos de nuestro ordenamiento que no se encuentran sometidos a ningún requisito formalista para su validez¹⁹². La libertad de forma pivota sobre la manifestación de la voluntad de los contratantes, que es suficiente para generar obligaciones¹⁹³.

El carácter consensual del suministro puede justificarse por dos razones. Siendo un contrato atípico, encontramos que la compraventa es el negocio típico que mejor se adapta a su estructura¹⁹⁴. En la medida en que la venta es un negocio consensual, donde las partes quedan obligadas por el mero consentimiento a la entrega de una cosa a cambio del

¹⁹² La libertad de forma de los contratos es un principio general del derecho, consagrado en los artículos 1254, 1258, 1261 y 1278 CC, 51 y 52 CCo. Incluso los contratos que tradicionalmente se han clasificado como reales, donde la *datio rei* se prevé como presupuesto para su validez –como son ahora el mutuo (art. 1740), el comodato (art. 1740), el depósito (art. 1748), o la prenda (art. 1863)–, obligan por el mero consentimiento aun en ausencia de la entrega de la cosa. Aunque faltaría el acto preciso para su consumación: la entrega de la cosa, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; contratos y cuasicontratos*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2013, p.162. GARCÍA VICENTE, J.R., «Artículo 1278», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VII, Tirant lo Blanch, Valencia, p.9164, existen voces que defienden que la forma *ad solemnitatem* supone que la documentación se añade, como requisito de validez, a los enumerados con carácter general en el artículo 1261 CC.

¹⁹³ El principio espiritualista rige nuestra tradición jurídica se remonta al Ordenamiento de Alcalá. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y aun en los supuestos excepcionales en la ley exige el cumplimiento de algunos formalismos (1290 CC) su ignorancia no acarrea la nulidad del contrato. En este sentido, *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p.282.

¹⁹⁴ STS núm. 502/2002, de 23 de mayo (ROJ 3665/2002), califica una relación comercial que las partes denominan «contrato de acopio y suministro de fertilizantes» como compraventa. Para tribunal, aunque se pretendió un suministro, las continuas negociaciones y las vicisitudes en las prestaciones, en las que modificaba o sustituía el objeto primitivo por otros productos, revelan la existencia de múltiples compraventas con independencia del documento suscrito por las partes en origen. Por su parte, la STS núm. 270/1995, de 24 de marzo (ROJ 1766/1995) condena al abono al proveedor de las cantidades pendientes de pago, a pesar de no existir pacto expreso en relación al contrato, por quedar probada la presencia de un suministro por «la existencia de pactos al menos verbales y de actos concluyentes reveladores de la intervención de los demandados en las relaciones jurídicas originarias, cuyas consecuencias jurídicas le son exigibles conforme al principio “pacta sunt serenada”».

pago de un precio, al suministro le será también aplicable esta ausencia de formalismos típica de la compraventa¹⁹⁵. Asimismo, si admitimos que el contrato de suministro no puede tener por objeto bienes inmuebles, por no tratarse de bienes genéricos susceptibles de una entrega repetida, descartamos la aplicación de los formalismos propios de su venta, como es el otorgamiento de escritura pública para la válida transmisión de la cosa inmueble. Finalmente, y, posiblemente, la razón más relevante, la consensualidad del suministro se justifica, precisamente, por su atipicidad. Siendo la libertad de forma la regla general en el derecho español, las excepciones a este principio deben venir expresamente previstas en la ley. Los contratos innominados, precisamente por no estar disciplinados legalmente, pueden ser concertados por la mera voluntad de las partes sin que sea predicable el cumplimiento de formalidades¹⁹⁶.

Cuestión distinta será la relativa al traspaso de la propiedad. De nuevo, al acudir a las normas de la compraventa permite dibujar cómo funciona el traspaso posesorio en el suministro. La entrega de la mercancía de cosas muebles no exige el cumplimiento de forma alguna, siendo, por lo demás, que la entrega no se identifica con la celebración del contrato sino con su consumación¹⁹⁷. Así las cosas, la entrega consumará

¹⁹⁵ Es frecuente que se celebren contratos de suministro verbales. *Vid.* STS núm. 992/2004, de 18 de octubre (ROJ 6566/2004), tiene por acreditada la existencia de un suministro que no se recoge por escrito por la continuidad de la relación comercial entre las partes. Una relación contractual duradera es inevitable que no genere un rastro documental que pruebe la existencia del suministro y descarte la compraventa, aunque la atipicidad del primero implique, a la postre, la aplicación de las reglas del segundo en todo lo que no contradiga su naturaleza jurídica.

¹⁹⁶ STS de 28 de febrero de 1996 (ROJ 2257/1996), como regla general, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan. Momento que no debe confundirse con la consumación del contrato, máxime cuando, como ocurre con el suministro, las entregas se han previsto en sucesivos momentos posteriores.

¹⁹⁷ STS núm. 91/2002, de 7 de febrero (ROJ 778/2002), que tiene su origen en un contrato calificado por las partes «de suministro y compraventa», en el que el vendedor se comprometió a suministrar una elevada cantidad de cintas de vídeo. En el desenvolvimiento del contrato se puso el objeto a disposición del comprador, quien negó haber efectuado ningún pedido, oponiéndose al pago del precio. El tribunal califica el contrato como suministro y no como compraventa, por lo que la puesta a disposición de las cintas de vídeo respondía a un cumplimiento del contrato, no siendo

cada prestación de suministro, no así el contrato, que continuará obligando a nuevas entregas en la medida en que vuelva a manifestarse la necesidad de su razón.

C. CONTRATO BILATERAL Y SINALAGMÁTICO

El suministro es un negocio jurídico bilateral¹⁹⁸. De él se genera una relación bipolar enfrentada en las posturas del deudor y del acreedor. La bilateralidad implica una dualidad o pluralidad de vínculos que se derivan de ella¹⁹⁹. La bilateralidad se identifica con el sinalagma, la mutua causalidad y la interdependencia²⁰⁰. La obligación que cada una de las partes asume es contrapartida o retribución de la obligación de

necesario un nuevo pacto entre las partes cuando el vendedor se limitaba a ejecutar sus obligaciones convencionales.

¹⁹⁸ El calificativo bilateral, como en las restantes obligaciones civiles, hace referencia no tanto a los sujetos de la relación jurídica sino a su contenido, *cf.* Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Vol. II*, Tecnos, Madrid, 2005, p.34. Son bilaterales aquellos contratos en los que nacen obligaciones a cargo de cada una de las partes, de manera recíproca, con el efecto de que cada parte resulta a la vez acreedora y deudora, *vid.* SANTOS BRIZ, J., «Artículo 1124», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Comentario del Código civil*, t.VI, Bosch, Barcelona, 2006, p.265.

¹⁹⁹ Las obligaciones unilaterales refieren a las que hay un solo vínculo obligatorio: una persona se obliga respecto de otra, sin que esta última asuma ninguna obligación para con aquella. La bilateralidad refiere a las que concurren una pluralidad de vínculos, obligándose las partes recíprocamente. En palabras de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.III, op.cit.*, p.145, citando a ENNECERUS: «una de las partes se hace prometer una prestación y promete otra a título de contrapartida de aquélla».

²⁰⁰ Señala FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm.639, p.404, que la concepción que identifica bilateralidad con sinalagma era compartida en el período codificador y acabó imponiéndose tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En el mismo sentido, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil, op.cit.*, pp.33 y ss.

la otra²⁰¹. Cada obligación es causa o contravalor de la contraria²⁰², y en esta órbita cada parte acepta el sacrificio que a su patrimonio le supone realizar la prestación que le incumbe porque espera como resultado la prestación opuesta²⁰³. Cada parte tiene frente a la otra un derecho de crédito y un deber de prestación, por lo que son a su vez, y por la misma razón, acreedora y deudora²⁰⁴. En las obligaciones recíprocas cada una de las atribuciones patrimoniales debe su origen a la otra, hallándose éstas en condicionalidad mutua²⁰⁵. La obligación de cada una de las partes es querida como equivalente de la contraria, sin perjuicio de que la reciprocidad no requiera de una equivalencia de valores²⁰⁶.

²⁰¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.III, op.cit.*, p.145. El proveedor asume una entrega sucesiva de mercancía a cambio de un precio. El suministrado acuerda pagar este precio como contrapartida a la recepción de las cosas sucesivamente.

²⁰² CLEMENTE MEORO, M.E., «Concepto y fuentes de las obligaciones», en VERDÁ Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.16.

²⁰³ DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Vol. II, op.cit.*, p.149.

²⁰⁴ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Derecho General de las Obligaciones*, II, Bosch, Barcelona, 1988, p.110.

²⁰⁵ Cabe hablar de una obligación recíproca cuando con causa en el mismo negocio nacen deberes de prestación a cargo de ambas partes, quienes ocupan a la vez la posición de deudor y de acreedor, siempre que exista entre esas prestaciones una interdependencia o condicionalidad mutua, entendiéndose conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una venga prevista inicialmente (sinalagma genético) y funcione como contravalor o contraprestación de la otra. En este orden, STS núm. 301/1998, de 20 de abril de 2004 (ROJ 2631/2004), y núm. 156/2016, de 15 de mayo (ROJ 1158/2016).

²⁰⁶ El CC no define la reciprocidad. Son la doctrina y la jurisprudencia las que se han ocupado de ella al tratar las consecuencias que le están vinculadas y la repercusión que dicho contenido tiene en el funcionamiento de la relación. Se habla de obligaciones recíprocas cuando con causa en un mismo negocio nacen deberes de prestación a cargo de las dos partes contratantes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad. De tal modo que ambas prestaciones puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra. «La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación

A la luz de lo anterior, el suministro es un contrato bilateral en el que existen dos partes enfrentadas: el proveedor y el suministrado, que asumen los roles de acreedor y deudor mutuos²⁰⁷. Al mismo tiempo, el suministro es un contrato recíproco. Por su virtud, el proveedor se obliga a entregar al suministrado, a cambio de un precio y de forma sucesiva y periódica, cosas genéricas en el momento y cantidades pactadas. El suministrado, por su parte, se obliga a pagar un precio como contravalor a estas entregas. Existen obligaciones principales a cargo de ambas partes²⁰⁸, con la particularidad de que se extienden durante la vida del contrato como consecuencia del tracto sucesivo²⁰⁹. La alteración del esquema típico, anticipando o retardando el cumplimiento de

contractual de que se trate». *Vid.* STS núm. 44/2013, de 19 de febrero (ROJ 1427/2013).

²⁰⁷ Siendo el contrato bilateral por antonomasia la compraventa, que origina cuatro obligaciones distintas: las del vendedor de entregar la cosa, transmitiendo su propiedad, y garantizarla; y las del comprador de recibirla y pagar el correlativo precio, GASCA, C.L., *La compraventa civil y comercial*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, p.27, difícilmente podría negarse la bilateralidad del contrato de suministro cuando comparte su esquema, aunque de forma repetida. De hecho, como afirma ARIAS DÍAZ, M.A., «Las obligaciones», en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Conceptos básicos de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.195, la mayoría de las obligaciones dimanantes de un contrato son bilaterales.

²⁰⁸ La reciprocidad no se limita a un momento inicial, llamado sinalagma genético, que determina la causa del contrato, sino que despliega sus efectos en un momento posterior: durante la consumación contractual, llamado sinalagma funcional. La regla general, como apunta Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, p.559, es que «las obligaciones recíprocas son, por su propia naturaleza, obligaciones de cumplimiento simultáneo porque la satisfacción de las partes se realiza en el mismo momento. Ambas prestaciones traen causa de la respectiva, y si una queda incumplida la otra carece de causa».

²⁰⁹ La simultaneidad de las obligaciones bilaterales recíprocas despliega importantes efectos: de una parte, ninguno de los contratantes podrá exigir del otro su prestación contractual si no ha cumplido o se ha prestado a cumplir la suya (*exceptio non adimpleti contractus*). Por otra parte, la falta de cumplimiento por ambas partes impide que se incurra en mora (*compensatio morae*). En fin, para aquellos supuestos en los que el incumplimiento frustra el fin del contrato, cabe la resolución contractual. Así, las SSTS núm. 516/1988, de 17 de junio (ROJ 4667/1988), núm. 411/1994, de 9 de mayo (ROJ 3381/1994), núm. 996/1995, de 22 de noviembre (ROJ 5887/1995), y núm. 511/2005, de 1 de julio (ROJ 4417/2005).

alguna de las prestaciones, no supone una quiebra a esta reciprocidad entre las prestaciones de las partes²¹⁰.

D. CONTRATO CONMUTATIVO Y ONEROSO

Al tratar la compraventa por abastos, la doctrina entendió el suministro como una modalidad de venta especial caracterizada por ser un negocio aleatorio²¹¹. Al ligarse a las necesidades de una de las partes y, por lo tanto, depender únicamente de la cantidad de bienes demandados y de las fluctuaciones de su precio, al momento de la celebración se desconocía si del contrato se obtendría una ganancia y si ésta sería proporcional al sacrificio experimentado²¹². Entonces, la aleatoriedad residía

²¹⁰ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales*, *op.cit.*, p.410. En ocasiones el pago del precio puede anteceder la entrega de la cosa. Otras veces, el contrato despliega una función de financiación retrasándose el pago hasta un momento posterior a la entrega. *Vid.* la STS núm. 132/2011, de 11 de marzo (ROJ 1243/2011), donde en un suministro de materiales de construcción se anticipaba el pago del precio mediante pagarés librados para cubrir el importe de varias entregas de mercancías. Una práctica, el pago adelantado del precio, que es habitual en estos contratos en el que las prestaciones se suceden y repiten en el tiempo.

²¹¹ LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.196, aun cuando expone un suministro actualizado, superando el autor los primeros tratamientos que hacía la doctrina de principios de siglo del mismo, mantiene que el contrato es «casi siempre aleatorio» cuando se conviene un precio fijo e invariable en el contrato.

²¹² ÁLVAREZ DEL MANZANO, F.; BONILLA Y SAN MARTÍN, A. y MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, *op.cit.*, p.49, justificaba el carácter aleatorio del contrato de compraventa de abastos «por la mayor o menor cantidad de los artículos que pueden necesitarse por el establecimiento [a suministrar] y por la oscilación que el precio puede tener en el plazo que media entre la perfección y la consumación contractual y durante el tiempo que pueden subsistir los efectos del contrato. Claro es que la ganancia mayor o menor del abastecedor depende de la cantidad de géneros que le compren y de las fluctuaciones del precio de los últimos». En el mismo sentido, GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Curso de Derecho Mercantil*, Imprenta de C. González, Madrid, 1867, p.269, quien confirma que esta venta queda sujeta a que se consume con la entrega de los bienes contratados y se abone el precio convenido, que puede subir o bajar, residiendo aquí el alea del contrato: será beneficioso o perjudicial al vendedor según las alteraciones de los precios. El resultado del contrato, según el autor, pende de la casualidad.

en la incertidumbre del resultado económico para cada una de las partes²¹³. Este planteamiento presentaba el *alea* estrechamente relacionado con la duración del contrato: cuanto mayor es la duración contractual, mayor es el riesgo de que se produzca un incremento o disminución del precio de la cosa. Ahora bien, aceptar este postulado implicaría aceptar que todo contrato mercantil de *tracto sucesivo* es un contrato aleatorio, porque el valor de la cosa puede fluctuar a lo largo del tiempo en que extiende su vigencia, con lo que la ganancia inicialmente esperada podría verse seriamente comprometida.

Superadas las anteriores consideraciones por la doctrina moderna, debe considerarse el contrato de suministro como un contrato conmutativo. Las partes, al momento de cerrar el programa obligacional, pueden dejar abierto, mediante disposiciones expresamente previstas al efecto, la determinación de la cantidad y la calidad de la cosa, así como el cálculo del precio. Pero también pueden no hacerlo, fijándose lo uno y lo otro al momento de la suscripción del contrato sin perjuicio de su duración. En ambos casos el contrato seguirá siendo conmutativo, sin perjuicio de que la ganancia que les repute el negocio no haya quedado determi-

²¹³ DE MARINO Y BORREGÓ, R., *Análisis del concepto del suministro*, *op.cit.*, pp.70 y 71, distingue la aleatoriedad desde una perspectiva técnico-jurídica y desde una perspectiva económica. En virtud de la primera, se puede distinguir entre el contrato conmutativo y aleatorio por la certeza o incertidumbre del resultado económico que tendrá el contrato para cada una de las partes. De manera que cuando esta estimación pueda hacerse en el mismo acto en que se forma el contrato será conmutativo, mientras que será aleatorio cuando se desconoce. Desde la perspectiva económica, todo contrato presenta cierta incertidumbre respecto a la ganancia o pérdida que reputará a las partes. De hecho, esta incertidumbre de ganancia económica es habitual en los negocios de carácter duradero, razón de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Nuestro Código Civil define los negocios aleatorios en el art. 1.790, diciendo que «por el contrato aleatorio una de las partes o ambas recíprocamente se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de la que la otra parte ha de hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado», una definición desafortunada por su proximidad con los contratos condicionales, en los que existe también un acontecimiento incierto del que depende la efectividad del contrato. Pero como expone Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción. Teoría del Contrato*, *op.cit.*, p.104, la incertidumbre del contrato aleatorio y la del negocio condicional son distintas. Esta última viene a referirse a la existencia o eficacia del contrato en sí mismo considerado, mientras que aquella primera refiere a las prestaciones a ejecutar o a su respectiva relación.

nada al momento de la celebración en el primero de los casos o, habiéndolo quedado como en el segundo, las oscilaciones en el precio de la cosa se revelen en el futuro más gravosas para alguna de las partes²¹⁴. En todo caso, estas oscilaciones en cuanto al valor de la cosa afectarán a la especulación, por lo demás presente en cualquier contrato mercantil, sin que llegue a trascender del aspecto económico. Para que el contrato se pudiese reputar aleatorio el *alea* debería afectar a la estructura del contrato –sin poder determinar quién es acreedor y quién deudor en el momento inicial–, o a su contenido, pudiendo llegar a extinguirse la obligación²¹⁵. El hecho de que el precio pueda fluctuar durante la vida del contrato, ya sea al alza o a la baja, no se presenta como un evento incierto de tal trascendencia que afecte a la estructura y contenido del contrato que destruya su carácter conmutativo. Sobre todo, cuando esta eventualidad es inherente a los contratos de duración, razón, a su vez, de cláusulas como las que prevén la estabilización del precio, por ejemplo²¹⁶.

²¹⁴ En cuyo caso entraría en juego la cláusula *rebus sic stantibus* por la excesiva onerosidad para alguna de las partes. Según DE MARINO Y BORREGÓ, R., *Análisis del concepto del suministro*, *op.cit.*, p.72, la doctrina acerca de la resolución por excesiva onerosidad se ha ido formando precisamente en torno al contrato de suministro. Solución que solamente era predicable de los contratos conmutativos, nunca de los aleatorios, donde las partes asumían el riesgo desde el momento primigenio de su celebración. El Código civil, no obstante, abandonó la regla que eximía los contratos aleatorios de la rescisión por lesión, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op.cit.*, p.273.

²¹⁵ A este respecto interesa traer las consideraciones de CORRADO, R., *La somministrazione*, *op.cit.*, pp.61-65, en torno al *alea*. Según el autor, una definición imprecisa de los contratos aleatorios, como aquellos en los que la ventaja, que ambas o una sola de las partes se prometen entre sí, depende de la suerte, nos conduce al equívoco de interpretar esa ventaja desde una perspectiva económica, como el mayor o menor lucro que se obtiene del contrato. Para el autor, bajo esta definición, podrían ser aleatorios los contratos comerciales, en los que hay presente un elemento especulativo, como también los de duración, en los que el tiempo influirá de alguna medida en la mayor o menor ganancia. Por ello, el *alea* que se ha encontrado presente en el contrato de suministro es económica, y no en un sentido jurídico, que refiere a la estructura del contrato y a sus efectos.

²¹⁶ Es lógico pensar que el valor de la mercancía variará durante la vida del contrato de duración, *cf.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.196. También de CORRADO, R., *La somministrazione*, *op.cit.*, pp.63-64, que afirma que es normal que cuanto mayor sea el tiempo de duración del suministro mayor será

Finalmente, cabe apuntar que el contrato de suministro es un negocio oneroso. La manifestación más típica de los contratos onerosos es la transmisión de bienes, donde la pérdida que para una parte supone entregar la cosa se ve compensada por el pago del precio de la contraria²¹⁷. Tratándose el suministro de una relación recíproca, cada prestación tiene su causa en la contraria, produciéndose dos desplazamientos patrimoniales²¹⁸. Este contrato supone un sacrificio patrimonial para cada una de las partes. Por la misma razón, obtienen una ventaja, aun cuando las prestaciones no sean equivalentes económicamente²¹⁹.

el riesgo de que fluctúe el valor de las prestaciones. Es deber de las partes contemplar la posibilidad de fluctuación del valor de la cosa e incorporar al contrato disposiciones que permitan actualizar el precio, *vid.* DÍAZ GÓMEZ, M.J., *El contrato aleatorio*, Comares, Granada, 2004, p.35. A mayor abundamiento, si aceptamos esta tesis, podríamos incluso reputar aleatorio el contrato de compraventa futura de vivienda en construcción, supuesto que ha venido siendo descartado por la jurisprudencia, por todas STS núm. 401/2013, de 10 de junio (ROJ 3521/2013). Según el TS, esta compraventa debe calificarse como una *emptio rei speratae* y no una *emptio spei*, que sí sería un contrato aleatorio.

²¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.III, op.cit.*, p.607, recuerda que, salvo contadas excepciones, como el préstamo con interés, los contratos bilaterales son ordinariamente onerosos, por cuanto presuponen un cambio de prestaciones recíprocas.

²¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.262. La onerosidad o la gratuidad de un acto jurídico determina el sometimiento a reglas imperativas de interpretación y de integración del contrato. Por otra parte, entendiendo el Código civil que la causa gratuita se encuentra en relativa debilidad respecto de la onerosa, prevé especialidades: por ejemplo, en cuanto a la rescisión de los primeros (arts. 643, 1002 o 1297 CC).

²¹⁹ La falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no constituye en nuestro Derecho causa de rescisión contractual. En este sentido, ALBÁCAR, J.L. y SANTOS BRIZ, J., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t.IV, Trivium, Madrid, 1992, p.784. Polémico es entre la doctrina el carácter objetivo o subjetivo de la onerosidad del negocio, esto es, si habrá que atenerse a lo que las partes digan o parezca que han querido, o si estará permitido inquirir sobre la existencia de una real reciprocidad de intereses o una verdadera liberalidad, como expone DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.262. En nuestro Derecho imperan las tesis objetivas, fundadas exclusivamente en la estructura económica del contrato sin contemplar los intereses que mueven a las partes. Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias, op.cit.*, p.84.

E. INTUITU PERSONAE

El contrato de suministro genera una relación estable y duradera, en el que las partes se vuelven relativamente dependientes de las prestaciones de la contraria. El proveedor se asegura la colocación de sus productos en el mercado, al tiempo que el suministrado confía en la obtención de la mercancía comprometida por el primero para la consecución de unos fines. A la vista de estas consideraciones, se observa que el suministro genera una relación de confianza recíproca. Durante los tratos preliminares y relaciones previas a la contratación se valoran aspectos como la solvencia profesional y la capacidad productiva para atender una obligación duradera en el tiempo, la suficiencia para atender entregas puntuales, la especialidad para realizar actividades de determinada exigencia técnica, el tamaño y organización para soportar incrementos en la demanda o la liquidez para hacer frente al pago continuado del precio²²⁰. A ello, además, hay que añadir que el suministrado confía la satisfacción de una necesidad en la prestación del proveedor, con lo que depende de su voluntad cumplidora para darle satisfacción. Por todo ello, podemos asumir que el suministro puede ser calificado

²²⁰ La doctrina ha puesto de valor los tratos previos a la celebración de un contrato, que adquieren especial relevancia en ciertos negocios. Para un estudio sobre el tema en relación con el contrato de franquicia puede verse RUIZ PERIZ, J.I., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*

como un contrato *intuitu personae*²²¹, celebrado en razón de la entidad suministradora, cuyas cualidades han sido determinantes²²².

²²¹ Todo contrato se basa en la confianza del acreedor de que el obligado cumplirá su obligación, incluso en aquellos en los que se refuerza su cumplimiento mediante la constitución de garantías, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Vol. II, op.cit.*, p.158. Hay ciertos contratos en los que la confianza despliega una función mayor o especial, como son la comisión mercantil, el depósito o la agencia, donde la duración obliga a ambas partes a una relación que se basa en la mutua confianza, GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.120. En ellos la íntegra satisfacción del interés del acreedor queda diferida, dependiendo en mayor medida de las particulares condiciones del deudor y de la suerte que éstas corran, DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general), op.cit.*, p.73. En los contratos celebrados por razón de la persona o de sus condiciones personales deben atenderse las normas relativas al error *in personae*; a la posibilidad de rechazar las prestaciones realizadas por un tercero, que supondría un *aliud* en la prestación por no ser ya la misma; el obstáculo que supone de cara a la cesión del contrato, aunque no la imposibilita siempre que haya acuerdo entre las partes, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias, op.cit.*, pp.552 y 1049; así como la posibilidad de resolver el contrato cuando fallece la persona cuyas cualidades o condiciones han motivado la contratación, MACÍAS CASTILLO, A., «Carácter personalísimo de la obligación contraída y facultad de una de las partes para resolver el contrato ante el fallecimiento del otro contratante: análisis de la STS de 14 de diciembre de 2011», *Actualidad Civil*, núm. 11 (2012).

²²² Paradigma de los contratos de carácter duradero e *intuitu personae* son aquellos que constituyen redes de distribución. Su cualidad personalísima implica un especial deber de lealtad y confianza recíproca entre las partes, que se justifica precisamente por mantenerse el contrato vivo durante un considerable periodo de tiempo. En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., «Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del Derecho de Redes Empresariales, op.cit.*, p.217. En el mismo sentido, JARNE MUÑOZ, P., «El intuitu personae en los contratos de distribución integrada», *Actualidad civil*, núm.6 (2016), p.65. Entre los contratos duraderos donde destaca esta cualidad están el suministro y la distribución, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2300, aunque matiza que los atributos personales han dado paso a aspectos económicos e instrumentales de la empresa que se encarga de ejecutar el contrato.

Pero en un mercado desarrollado, especializado y caracterizado por la capacitación técnica de las empresas, el carácter *intuitu personae* parece haber quedado desplazado a un segundo plano²²³. El carácter personalísimo del contrato ha quedado absorbido por un *intuitu instrumenti*, en la medida en que lo que se atiende son las condiciones organizativas, técnicas o productivas de la empresa encargada del suministro como resultado lógico de que será una empresa la encargada del

²²³ Todo contrato de duración implica cierto grado de confianza hacia la parte que asume la prestación característica del contrato. Sin embargo, algún autor ha rechazado el carácter personalísimo del contrato de suministro, *vid.* DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.74. Expone que la confianza pudo despertar mayor interés entre las partes en una época preindustrial, pero que se acabó superando como consecuencia del desarrollo económico del mercado que permitía sustituir a la persona del proveedor fácilmente por otra. Un ejemplo al que acude el autor es la Ordenanza de Baviera reguladora de esta bebida de 1811, que permitía sustituir al proveedor de cerveza tras las modificaciones incorporadas en 1846. En algunos casos, el contrato podrá descansar en una relación de confianza cuando se haya tenido en cuenta la persona del suministrador, pero no parece que deba elevarse a rasgo característico de este contrato para el profesor GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.416.

aprovisionamiento²²⁴. En todo caso, el carácter *intuitu instrumenti* no deja de ser una manifestación moderna del *intuitu personae*²²⁵.

Sea como fuere, el elemento *intuitu* es bilateral. No solamente el suministrado está interesado en la solvencia y las cualidades del proveedor para abastecerle, a veces integrándose con otras actividades o servicios; sino que éste, a su vez, vigilará la capacidad económica aquél para poder hacer frente a los numerosos pagos que está asumiendo. De manera que, en el contrato de suministro, existe un especial interés en elegir

²²⁴ Las condiciones personales de la persona física dejan paso a las aptitudes técnicas de la persona jurídica o de la empresa de su titularidad. Se trata de despersonalizar la empresa como una organización con unas cualidades propias y estables en el tiempo capaz de vincularse contractualmente y cuya solvencia profesional y especialidad técnica, su tamaño, logística etc., no son verdaderos rasgos *personales*. A nuestro juicio, la terminología hace hincapié en el desplazamiento del *intuitu* de la persona hacia la empresa, pero sin que implique un verdadero cambio en la institución. El carácter personalísimo será predicable de la persona jurídica o, en su caso, de la empresa, y no de la persona física. Una exposición al respecto la encontramos en MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, *op.cit.*, pp.164-169. En el mismo orden, ALONSO SOTO, R.J., «Tipología de los contratos de distribución comercial», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C., *et al.* (Dirs.), *Los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.61. Sirvan como ejemplo del predominio del *intuitu instrumenti* los fallos de las AAPP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 503/2004, de 20 de diciembre (ROJ 2699/2004); de Tarragona, núm. 361/2005, de 20 de julio (ROJ 1226/2005); de Girona, núm. 367/2011, de 26 de septiembre (ROJ 1153/2011); de Barcelona, núm. 212/2012 (ROJ 15921/2012), o de Madrid, núm. 232/2013, de 22 de mayo (ROJ 9996/2013). Se trata de una evolución de la confianza que subyace en el contrato respecto de la que anteriormente se depositaba en las cualidades particulares de una de las partes, ya sean propias de la personalidad, de su solvencia profesional o económica, o simplemente de su organización o producción, como pone de manifiesto en la SAP de Madrid, núm. 755/2004, de 21 de junio (ROJ 9141/2004).

²²⁵ IGLESIAS PRADA, J.L., «Notas para el estudio del contrato de concesión», en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pp.277-278, aunque en relación al contrato de concesión mercantil, ponía ya de relieve el desplazamiento del carácter personalísimo de este contrato al denominado *intuitu instrumenti* o *intuitu tabernae*. Ahora bien, apunta que esta característica, que condiciona la elección del contratante, aunque es frecuente, «no puede afirmarse que el contrato de concesión se concluya necesariamente en atención a las condiciones personales del concesionario». La importancia que despliega el *intuitu* en el suministro se apunta también por ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.266.

bien a la contraparte como garantía de que reúne las condiciones necesarias para un cumplimiento adecuado de sus obligaciones. Quiere insistirse en este planteamiento. Una de las partes confía en el proveedor para poder desarrollar su actividad económica. No se trata de obtener un producto y de pagar un precio. Hay una proyección hacia el futuro en la relación jurídica, en la que las prestaciones van a repetirse por un motivo: porque el suministrado necesita de los bienes para poder revenderlos o integrarlos en un ciclo productivo. El flujo de bienes hace dependiente al suministrado del proveedor. Es decir, su prestación se hace necesaria para él; le necesita. Y en este contexto se observa que el suministro produce una colaboración entre dos empresarios independientes que encuentran en el suministro un instrumento en el que canalizar un flujo continuado de bienes, con el consiguiente rédito económico para ambos²²⁶.

F. MERCANTILIDAD DEL SUMINISTRO

El debate en torno al carácter civil o mercantil del suministro, aunque puede tener cierto interés académico, es particularmente vacuo, máxime cuando buena parte de los contratos de suministro se celebran con consumidores, siendo de aplicación las especialidades del Derecho de consumo; y otra buena parte se celebra entre empresarios, reuniéndose los requisitos de los arts. 325 y 326 CCo. La estrecha relación del contrato con la empresa, en donde su función económica se manifiesta con mayor intensidad, así como la frecuencia con la que este contrato de suscribe en el tráfico comercial, son indicios de su marcado carácter

²²⁶ En las relaciones contractuales de larga duración, como lo es el suministro, se pone de relieve que se produce esta cooperación y colaboración entre empresarios. Se trata de justificar este efecto tanto por razones informales entre los contratantes, basados en la confianza, la reputación y la reciprocidad de la relación; por cuestiones sociales, que influyen en las partes en adoptar un comportamiento hacia la contraria; o motivos económicos. Sea como fuera, se constata en los contratos de larga duración, especialmente en aquellos que forman parte del fenómeno de la distribución, que los empresarios cooperan y colaboran en la ejecución del contrato. Al efecto puede verse GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *InDret*, núm. 1 (2010), pp.9-10.

mercantil²²⁷. Pero esta postura podría ser rebatida si se atiende a la intencionalidad perseguida por el suministrado. Bajo esta recurrente consideración, la determinación del carácter mercantil o civil del contrato y, con ello, la aplicación de la ley común o especial, será una cuestión circunstanciada²²⁸.

a) Carácter mercantil del suministro

El carácter mercantil del contrato de suministro se justifica por la necesaria intervención de un empresario en alguna o ambas posiciones contractuales, lo que delata que el negocio es eminentemente un contrato de empresa²²⁹. La intervención de un empresario en este negocio

²²⁷ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp.414-415, defiende que para satisfacer la necesidad con exactitud y puntualidad el proveedor precisará de una organización adecuada: «Por aquí se descubre la empresa de suministros y se comprende la mención que de ella hacen algunos Códigos extranjeros considerando tales empresas como actos objetivos de comercio». Para el autor, la búsqueda de la seguridad en estar abastecido, a un precio determinado, es un carácter propio de la empresa, por lo que frecuentemente tanto proveedor como suministrado serán entidades sujetas a Derecho mercantil.

²²⁸ A pesar de que durante años la doctrina, sobre todo civilista, ha defendido un derecho de obligaciones unificado a semejanza del italiano, las últimas propuestas legislativas, y en singular el PCM, confirman la duplicidad que comentamos. Entre los mercantilistas defensores de esta unificación, el profesor VICENT CHULIÁ, F., «La unificación del derecho de obligaciones», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm.2, 1999, pp.21-52. La distinción entre mercantil y civil tiene trascendencia en la interpretación del contrato, en el término de cumplimiento de las obligaciones, en los plazos de prescripción de las acciones, en las acciones por los defectos de la cosa vendida y de reclamación del precio por el vendedor, en cuanto a la transmisión de los riesgos, por mencionar algunos. Por lo que, aunque antigua, la cuestión sigue teniendo relevancia y la tendrá en la medida en que existan en el ordenamiento dos soluciones distintas según la calificación que se haga del negocio.

²²⁹ En este sentido, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.415; URÍA, R., *Derecho Mercantil, op.cit.*, p.738; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.532; VICENTE Y GELLA, A., *Introducción al Derecho mercantil, op.cit.*, p.297; BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*; p.392, CANO RICO, J.R., y SERRA MALLOL, A.J., *Manual práctico de contratación mercantil, op.cit.*, p.310; AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2293, por su parte, aunque defiende la naturaleza mercantil del contrato, debiendo adecuarse a las disposiciones del Código de comercio reguladoras de la compraventa, no descarta que pueda presentar naturaleza

es la regla general, ya sea como proveedor, como suministrado o, en la mayor parte de los casos, en ambas posiciones contratantes. Desde la postura del proveedor, se necesita de una organización capaz de cumplir con las obligaciones de aprovisionamiento derivadas del contrato, al tiempo que el profesional se asegura la continua colocación de bienes en el mercado. De una forma u otra se revela la existencia de una estructura productiva capaz de atender con las prestaciones del contrato²³⁰. Desde la postura del suministrado, la necesidad de un flujo

civil: por ejemplo, cuando se trata de adquirir sucesivamente bienes para su autoconsumo. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.297, quienes se remiten a las normas de la compraventa del Código de comercio dada su naturaleza mercantil. URÍA, R., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.738 asegura que el suministro facilita el ejercicio de una actividad económica planificada al tiempo que permite al suministrado un aprovisionamiento estable que minimiza costes de producción y de almacenamiento. VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.705, defiende el carácter mercantil del suministro tanto por el fin que cumple como por la relación profesional que vincula a las partes. También ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.229, aunque consciente de que el contrato puede revestir carácter civil si atendemos a las notas de los artículos 325 y 326.1 del Código de comercio, sobre todo teniendo presente que el suministro carece de tipificación en nuestro ordenamiento.

²³⁰ En este sentido, GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.505 afirma que las notas de continuidad y periodicidad del suministro lo encuadran en el ámbito del Derecho mercantil, por cuanto revelan la existencia de una organización adecuada que asuma el suministro. Del mismo autor, *Curso de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.95. Acoge el profesor la tesis defendida por la doctrina italiana, véase MOSSA, L., *La somministrazione*, *op.cit.*, p.62; GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, *op.cit.*, p.1104, y CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, *op.cit.*, p.28. Volviendo a nuestra doctrina, URÍA, R., *Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.738 también concibe el contrato de suministro como un contrato de naturaleza mercantil. También CANO RICO, J.R., y SERRA MALLOL, A.J., *Manual práctico de contratación mercantil*, *op.cit.*, p.310, quienes defienden que «es normalmente un contrato entre empresarios y su carácter mercantil deviene precisamente de esta característica». A juicio de este autor el suministro facilita el ejercicio de una actividad económica planificada. VICENTE Y GELLA, A., *Introducción al Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.297, al ver en el contrato una modalidad de compraventa mercantil. LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.198 no niega que puede darse la rara hipótesis de contrato de suministro civil, si bien la generalidad tendrá carácter mercantil. También VÁZQUEZ PENA, M.J., «Contribución al estudio del contrato mercantil de energía eléctrica», *Cuadernos de derecho y comercio*, núm.31 (2000), pp.64-65. Defiende el autor el carácter mercantil del suministro de electricidad, quien entiende que aun en los casos en los que se suministra a un consumidor puede reconducirse al art. 325

constante de bienes y productos genéricos descubre el desarrollo de una actividad económica, para cuyo desenvolvimiento se necesita del acceso inmediato y de la seguridad de disponerlos en los momentos marcados y al precio acordado, esquivando eventuales incertidumbres y permitiendo una mejor organización productiva. De este modo, se puede afirmar que el contrato de suministro es prácticamente un negocio mercantil²³¹. Se suscribe mayormente entre empresarios, persiguiendo una función económica particular, como es dar satisfacción a una necesidad duradera de productos. A través del suministro la empresa puede disponer de forma segura, rápida, simple y económica de bienes con ciertas especificaciones técnicas²³², mantener un *stock*²³³ o desarrollar actividades propias de la intermediación y distribución comercial²³⁴.

CCo. En todo caso, entendemos nosotros que este régimen del CCo sería arrinconado tanto por la legislación específica aplicable al contrato como por el Derecho de consumo aplicable a los contratos suscritos con consumidores.

²³¹ El Derecho mercantil se concibe como un derecho especial que debe ser aplicado para una clase determinada de personas, *cf.* GIRÓN TENA, J., «Concepto del Derecho Mercantil en derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, vol.7, núm.4 (1954), pp.1008-1009; GÓMEZ SEGADE, J.A., «Algunos problemas actuales del Derecho mercantil», en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, op.cit.*, p.215-218; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.35. La doctrina contemporánea mantiene vivas estas posiciones, como se recoge en la Exposición de motivos del PCM, núm. I-10: «el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas».

²³² En el caso enjuiciado por la STS núm. 348/2016, de 25 de mayo (ROJ 2292/2016), de fabricación y suministro de locomotoras, éstas debían cumplir con la normativa reguladora de las condiciones para la homologación del material rodante ferroviario.

²³³ La STS núm. 593/2016, de 5 de octubre (ROJ 4271/2016) conoce de un contrato de suministro, en su modalidad *just in time*, en el que el proveedor asumía la obligación de disponer en sus almacenes provisiones suficientes para poder hacer frente a pedidos intempestivos del suministrado.

²³⁴ El suministro puede ser el origen de una cadena de distribución, donde los bienes fabricados por el primer empresario pasan a los siguientes, quienes los van transformando hasta llegar al destinatario final. La STS núm. 398/2011, de 14 de junio (ROJ 3984/2011), refiere a la importancia organizativa, dentro de una red de distribución de productos, de las actividades de suministro.

La mercantilidad del contrato de suministro puede justificarse, posiblemente con mayor acierto, por la intencionalidad de los contratantes, en un ejercicio de analogía con respecto a los artículos 325 y 326 CCo²³⁵. El suministro es un contrato en el que subyace una finalidad de lucro, bien sea transformando el objeto de suministro para su introducción en un proceso de fabricación, bien sea a través de su reventa directa²³⁶. El negocio se revela como un instrumento utilizado para el desarrollo de una actividad económica, productiva o intermediadora de productos y servicios²³⁷, motivo por el que ha sido considerado una especie de los *contratos de empresa*²³⁸. Es en su seno donde mejor se desenvuelve su

²³⁵ Ya así la STS (1ª) de 26 de septiembre de 1927 decía que la compra de suministros tenía un especial carácter mercantil. De acuerdo con GIRÓN TENA, J., *El concepto del derecho mercantil, op.cit.*, pp.1003 y 1004, el TS en este fallo no ha podido sino aceptar la realidad del tráfico y calificó como mercantil un contrato que no venía –ni viene aún hoy– previsto en la ley mercantil como un acto de comercio. Pero esto no es óbice para su calificación mercantil. Según el autor, el legislador decimonónico quiso dejar al «buen sentido de los comerciantes y a la experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados» la calificación de los actos que vayan apareciendo en la escena mercantil. Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, p.75, rechaza esta doctrina. Para el civilista, aunque el suministro tenga carácter mercantil, no hay obstáculo a que en ciertos casos pueda constituir también un contrato civil. Por lo que, admitiéndose esta dual calificación, no puede aceptarse que el contrato reviste siempre un carácter mercantil.

²³⁶ La STS núm. 767/2012, de 19 de diciembre (ROJ 8869/2012), referida al suministro de hormigón para la ejecución por una unión temporal de empresas de una obra de carácter público, califica el contrato de mercantil. Sigue la postura de la STS núm. 340/2003, de 3 de abril (ROJ 2300/2003), sobre el suministro de cloruro de polivinilo en una relación de carácter mercantil. La línea mantenida por el TS es considerar mercantil la compra cuando el destino de la cosa sea la reventa o la transformación para revender el resultado de ésta, incluso cuando esa transformación implica una pérdida de la identidad de la cosa adquirida, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil. Sentencia de 20 de noviembre de 1984», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 7 (1985), p.2180.

²³⁷ Acerca del contrato como vehículo de circulación de bienes y servicios y su trascendencia en el seno de la empresa desde antiguo, *vid.* URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «El contrato mercantil», en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2006, pp.31 y ss.

²³⁸ CANO RICO, J.R., y SERRA MALLOL, A.J., *Manual práctico de contratación mercantil, op.cit.*, p.310, o BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho*

función económica y despliega sus efectos y su utilidad práctica. Permite al proveedor planificar y asegurarse la colocación o distribución de sus bienes en el mercado al tiempo que habilita al suministrado garantizarse de un abastecimiento de productos que incorporar a un proceso productivo²³⁹ o destinar a la reventa²⁴⁰.

Mercantil, op.cit., p.35, que define estos contratos como que se realizan necesariamente en el marco de una actividad organizada de la empresa y constituyen, precisamente, su objeto, sin perjuicio de que la parte que recibe estos servicios o productos no sea un empresario. Igualmente, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.297, quienes declaran la naturaleza mercantil de este contrato, si bien reconocen que no es esta la postura que sigue el Tribunal Supremo que, en cambio, atiende a los pactos establecidos por las partes y a la finalidad que persiguen.

²³⁹ En la STS de 20 de septiembre de 1927 el alto tribunal calificó la compraventa por suministros como un contrato de naturaleza mercantil. Las críticas que recibió esta conclusión, por desconocer el carácter civil que tendrá el contrato en ausencia de ánimo de lucro llevó a modificar este planteamiento, *cfr.* NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio), op.cit.*, p.621 y NAVARRO PÉREZ J.L., *La compraventa en el Código civil*, Ibarra de Arce, Córdoba, 1997, p.100. Este elemento divisorio se recuerda por la STS núm. 242/2015, de 13 de mayo (ROJ 2219/2015), según la cual el Código de comercio, art. 325, demanda «un doble requisito subjetivo o intencional del comprador: que se realice la compra para ser revendida con ánimo de lucrarse en la reventa posterior». En cambio, esta delimitación empieza a ser cuestionada. Como demuestran la STS de 20 de noviembre de 1984 (ROJ 1704/1984), que reproduce la postura tradicional según la cual la compraventa mercantil descansa en la intencionalidad y no en la profesión del que compra o vende, que pasa a ser secundario e irrelevante, por lo que debe estarse a la reventa y el propósito de lucrarse con ella; y la STS de 3 de mayo de 1985 (ROJ 1914/1985), que implicó una ruptura de la posición clásica introduciendo el carácter mercantil en las compras que las empresas hacen para su consumo, esto es, destinadas a un fin de producción, transformación o inversión productiva. La doctrina posterior del alto tribunal se ha mostrado dubitativa. No obstante, en la actualidad puede afirmarse la mercantilidad de la compraventa, y por extensión el suministro, para uso o consumo empresarial cuando existe una finalidad de transformación para posterior venta, *cfr.* ORDAS ALONSO, M., «La compraventa para uso o consumo empresarial», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Berco-vitz, op.cit.*, p.66.

²⁴⁰ ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.228, expone la importancia que guarda este contrato en el comercio y, en particular, en el sector de la distribución, erigiéndose como un instrumento útil para el flujo de bienes entre empresarios. Afirma su carácter mercantil tanto por esta finalidad como por la interacción de un empresario, al menos, en la parte del suministrador, pues «la actividad

Más cuestionable es la calificación del contrato de suministro en el que los bienes están destinados a un uso o consumo por la empresa. En tales casos, en los que no concurre ninguna actividad de transformación ni de reventa, la aplicación del 326 CCo podría generar dudas²⁴¹. Aplicando las posiciones mercantilistas, el *suministro de inversión* –por el cual una empresa adquiere con la finalidad de satisfacer una necesidad interna, destinando los objetos que viene adquiriendo en virtud del contrato de suministro a su explotación o integración industrial o comercial– debería reputarse mercantil²⁴². Esta corriente, no obstante, es contestada por quienes defienden una interpretación del precepto conforme

de suministro reclama la necesidad de una organización empresarial adecuada». Con ello recuerda al profesor GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho mercantil*, p.505, quien también defendió la imprescindible concurrencia de una empresa para poder desplegar la ejecución de estas prestaciones duraderas.

²⁴¹ No es pacífica la doctrina al respecto, y la posición del TS no ha sido constante en los últimos años. Así, la STS núm. 282/1985, de 3 de mayo (ROJ 1914/1985) marca un giro importante en la doctrina del TS y califica el contrato de compraventa productos para el consumo empresarial como mercantil. Ello sobre la base de entender que la excepción del artículo 326.1º sólo queda referida a las compras para el consumo *personal o familiar*, pero no empresarial. Esta nueva línea jurisprudencial ha sido cuestionada por extender la aplicación del Derecho mercantil aun cuando sus postulados pueden no ser adecuados para la tutela de las partes. *Cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil. Sentencia de 3 de mayo de 1985», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 8 (1985), pp. 2599 y ss.

²⁴² Defensores de esta lectura de los arts. 325 y 326.1º CCo fueron GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.71; URÍA, R., *Derecho Mercantil, op.cit.*, pp.546-547; POLO DíEZ, A., «La calificación mercantil de la reventa (en torno a la S. de 27 de enero de 1945)», *Revista de Derecho Privado* (1945), pp.285 y ss.; LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, pp.13 y ss.; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del 20-XI-1984)» *Revista de Derecho mercantil*, núms.175-176 (1985), p.245-264. Según este autor, debe hacerse una lectura coherente con los tiempos actuales del art. 325 cuando dispone la mercantilidad de la compraventa «para revender», acto que realmente oculta un ánimo de inversión con el que actúa el adquirente y que debe acoger cualquier conducta en la que se constate dicho ánimo. Así las cosas, la reventa sería más que uno de esos actos, pero también la compra para un uso y consumo empresarial. MUÑOZ PLANAS, J.M., *La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo, Aca-*

a su literalidad, rechazando la expansión del Derecho mercantil ante la ausencia del propósito de reventa en estos contratos²⁴³.

De uno u otro modo, puede concluirse que el contrato de suministro será en la práctica totalidad de los casos un contrato mercantil²⁴⁴. Es un instrumento suscrito en el ámbito de la empresa y que atiende fundamentalmente los intereses de los profesionales que lo intervienen. Atiende las necesidades de la empresa, permitiendo el flujo constante de mercancía para el desarrollo de una actividad, de lo que se detrae la finalidad de reventa o el destino empresarial de los productos suministrados. En fin, subyace un ánimo de lucro. Pero, cuando faltase este

demia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1979, pp.178-180, entiende que la compra para el consumo a la que se refiere el art.326.1º CCo se refiere a un consumo doméstico o particular, no industrial o comercial, que será mercantil. Con ello se plantea reducir el contenido de este art. 326 ampliando, a su vez, el del 325. Por último, *vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pp.68-69, donde se recogen las razones que llevan a la doctrina mercantilista para defender esta postura, si bien, afirma el autor, debemos distinguir entre lo que la ley dice y lo que, de acuerdo con algunos autores, debería decir.

²⁴³ Requisitos que siguen siendo aplicables por cuanto es Derecho vigente. Por lo que las adquisiciones de bienes de equipo por el empresario o profesional, a un comerciante o fabricante, para la instalación o explotación de su empresa, son civiles, como defiende VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pp.1587-1588. Del mismo autor, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, *op.cit.*, pp.85 y ss. ORDAS ALONSO, M., *La compraventa para uso o consumo empresarial*, *op.cit.*, pp.70-72, encuentra que no debe hacerse una expansión del carácter mercantil de la compraventa (y suministro) sobre la base del uso o consumo empresarial de las cosas adquiridas, «pues, siendo cierto que se trata de adquirir objetos, básicamente bienes de equipo, cuyo destino es su integración en el proceso industrial o mercantil del adquirente, no es posible hablar de reventa por pues el beneficio que se espera obtener proviene precisamente de su utilización, no de desprenderse de ellos». Así las cosas, la autora estima que la reventa de las mercancías adquiridas, sean en el mismo estado en que se adquirieron o habiendo sido transformadas, puede reputarse mercantil; pero no aquellas que sean utilizadas para el consumo del propio empresario, pues en ellos la idea de reventa no aparece directa ni indirectamente. Esta es la línea que defiende el TS en la STS núm.242/2015, de 13 de mayo (ROJ 2219/2015): ante la ausencia de reventa, ya sea directa o previa transformación, la operación tendrá naturaleza civil.

²⁴⁴ Esta parece ser la postura adoptada por la CGC, al contener en el artículo 513-1, párrafo segundo, que «el contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil».

ánimo, su carácter mercantil podría ponerse en entredicho cuya ausencia, no obstante, podría llevarnos a cuestionar la naturaleza civil del contrato.

b) Contrato sujeto a Derecho común

Como se ha visto, el contrato de suministro es un negocio que se circunscribe al ámbito de la empresa. Es concertado entre empresarios, atiende a la necesidad de un flujo constante de productos que se enmarca dentro de la empresa y la intencionalidad perseguida por los contratantes lo reconduce a las consideraciones que los arts. 325 y 326 CCo enumeran para calificar como mercantil la compraventa. Aun con todo, en el contrato de suministro concurre una particularidad ausente en otros negocios mercantiles: puede ser celebrado entre un empresario y un consumidor, o entre particulares, sin que por ello se desnaturalice el negocio. Una especialidad que no ocurre en otros negocios en los que necesariamente ambas partes deben revestir la cualidad de empresario, *v.gr.*, el contrato de franquicia o el de distribución selectiva²⁴⁵. Tampoco en aquellos negocios reputados mercantiles por imperativo legal²⁴⁶.

Muestra de lo anterior son los contratos de suministro doméstico, suscritos con consumidores y usuarios²⁴⁷. Sin perjuicio del debate doctrinal

²⁴⁵ A diferencia de otros contratos atípicos cuya naturaleza mercantil se impone por la presencia en ambas posiciones contractuales de un empresario que actúa en el tráfico de su actividad, en el suministro la ausencia de estas notas justificaría la aplicación de la normativa civil: véase el contrato de máster franquicia, reputado mercantil por ser un negocio celebrado entre empresarios, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, *op.cit.*, pp.149-152; o el contrato de agencia, *vid.* MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p.111.

²⁴⁶ Así sucede, por ejemplo, por los contratos bancarios, que el CCo expresamente considera actos de comercio (175 CCo), *vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.244.

²⁴⁷ En estos casos se habla de *contratos o actos mixtos*. Son aquellos negocios intervenidos, de una parte, por un empresario y, de otra, por el destinatario final de los productos o servicios, por lo que el acto sería civil para una de las partes y mercantil

nal acerca de la calificación jurídica que deberían recibir estos negocios²⁴⁸, los suministros de agua, gas y energía eléctrica encuentran su propia disciplina legal desde el Derecho de consumo²⁴⁹, al tiempo que revela que el flujo constante de bienes y productos para satisfacer necesidades duraderas no exige que la posición del suministrado sea ocupada por una empresa.

Por otro lado, así como veíamos que la intención de obtener un lucro mediante la integración de las cosas en el ciclo productivo o su reventa revelaba el carácter mercantil del negocio²⁵⁰, la ausencia de esta inten-

para la otra. La polémica en torno a la mercantilidad de este acto viene de antiguo, *cfr.* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., «El derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado», *RDM*, núm.291, 2014, p.132.

²⁴⁸ Cuando los contratos se celebran entre empresarios que buscan la obtención de un lucro con la mercancía que adquieren el contrato se califica mercantil sin ofrecer dudas, como sucede con algunos contratos que son propios de la empresa como el estimatorio, *cfr.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, p.294. Carente de lógica supondría sustraer la legislación mercantil de una relación en la que el empresario, actuando en el ejercicio de su actividad empresarial, interactúa con un particular. Si son estas notas las que precisamente sirven para delimitar la materia mercantil, no creemos que deba ser de aplicación la ley civil. En este sentido, véase la sentencia del TS de 24 de enero de 1987 (ROJ 305/1987).

²⁴⁹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.35, no creen que sea posible determinar la naturaleza de los actos mixtos *a priori*, sino que dependerá del contrato ante el que estemos: compraventa, seguro, contrato bancario, etc. En cualquier caso, en la gran mayoría de actos mixtos interviene un consumidor, al que le serán aplicables las normas de consumo que regulan las relaciones entre empresarios y consumidores. Supletoriamente a estas normas habrá que aplicar el Derecho civil o el Derecho mercantil según el contrato ante el que nos encontremos. Pero, así como la falta de un ánimo de lucro en una compraventa determina la aplicación del Derecho civil, la misma solución debería predicarse del suministro, sobre todo cuando si asumimos que son las reglas de la compraventa las que deben ser de aplicación en todo aquello que no contravenga su naturaleza.

²⁵⁰ Entre los civilistas que defienden esta postura, *vid.* NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.620; SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, *op.cit.*, p.108; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Reus, Madrid, 1993, p.75, quien rechaza la doctrina que califica como mercantil la *compraventa de suministro* por no resultar convincente, «...pues, en

cionalidad nos conduciría a aplicar el Derecho civil para suplir el régimen jurídico del contrato²⁵¹. Esto es, la intencionalidad a la que refieren los arts. 325 y 326 CCo determina que un negocio, que con carácter general puede ser considerado civil, sea calificado como mercantil y se le aplique una normativa específica²⁵². La naturaleza mercantil se atribuye a las adquisiciones «de cosas muebles para revenderlas», bien sea en la misma forma en que se compraron, bien en otra diferente, «con ánimo de lucrarse en la reventa». Este elemento objetivo, relativo a la intención que tiene el adquirente, es predicable del suministrado²⁵³. En

realidad, aunque de hecho suela tener ese carácter, es indudable que el suministro puede en ciertos casos constituir un contrato civil; GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, op.cit., p.130. Entre los mercantilistas, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op.cit., p.1603; SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p.416; ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, op.cit., p.263. En el mismo sentido, algunas resoluciones del TS, véanse las sentencias núm. 91/2002, de 7 de febrero (ROJ 778/2002); núm. 924/2006, de 27 de septiembre (ROJ 5497/2006), y núm. 22/2009, de 23 de enero (ROJ 70/2009) que remiten a la normativa de la compraventa, civil o mercantil, según el carácter del contrato de suministro litigioso.

²⁵¹ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t.I, Bosch, Barcelona, 1995, op.cit., p.20. Aunque el suministro tiene preponderantemente naturaleza mercantil, obtenido por la adquisición de productos destinados al consumo de la empresa, que adquiere frecuentemente para transformar y revender, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, op.cit., p.2295.

²⁵² Será civil cuando no exista lucro en la reventa, *cf.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, op.cit., p.94. La idoneidad del suministro para la adquisición de bienes justifica que se apliquen por analogía las reglas de los arts. 325 y 326 Código de comercio, a pesar de que su técnica de delimitación entre la compraventa civil y la compraventa mercantil se presenta deficiente y problemática: en ésta la intención de lucro del comprador es característica delimitadora de la primera. Sin embargo, en la práctica es difícil, salvo que el comprador se dedique al tráfico mercantil, identificar esta intencionalidad, URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, op.cit., p.98.

²⁵³ La profesión de quien compre o vende BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, op.cit., p.103, aplica igualmente las reglas de la compraventa mercantil para determinar si el contrato es mercantil o civil. Del mismo modo, SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, op.cit., pp.413 y 414;

suma, la falta de esta intencionalidad haría inaplicable la norma mercantil. Como resultado, el suministro sería calificado como un contrato civil allí donde el suministrado adquiere con la finalidad de abastecerse para sí, dando satisfacción a una necesidad personal o familiar. Si bien, conviene reiterar, a modo de conclusión, que el suministro civil será una figura residual y anecdótica, por cuanto la práctica totalidad de contratos o se celebran entre empresarios o se descubre una intencionalidad que, en aplicación analógica de las reglas del 325 y 326, hace aplicable el CCo y la normativa especial que lo desarrolla –v.gr., la LLMCM–.

c) La regulación proyectada por el PCM

El PCM²⁵⁴ aspiraba a incorporar materias ausentes de disciplina legal, actualizando nuestro ordenamiento positivo mediante la regulación de

MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Consideraciones sobre el contrato de suministro: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001*, op.cit., p.186 aboga por atender a la condición de las partes y el destino del objeto del contrato. La intencionalidad del comprador ya preocupaba a la doctrina bajo la vigencia del Código de comercio de 1829. Así, CARRERAS Y GONZÁLEZ, L., *Elementos del Derecho Mercantil de España*. op.cit., p.119, deduce del art. 360 de dicho Código que se presume la intención de revender cuando la cantidad comprada excede las necesidades domésticas del comprador.

²⁵⁴ El PCM, publicado en 2014, es un código de nueva planta cuya pretensión era acabar con el inadecuado sistema vigente basado en la dispersión normativa y desactualizada. Era resultado de seis años de trabajos por la CGC. Un trabajo ambicioso que a lo largo de sus casi mil novecientos artículos está llamado a modernizar el Derecho mercantil incorporando figuras desconocidas y dando a las viejas una regulación acorde con los tiempos que corren, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Hacia un nuevo Derecho mercantil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885 (2014).

muchas figuras atípicas ampliamente conocidas por el tráfico económico y los operadores jurídicos²⁵⁵, entre ellas el contrato de suministro²⁵⁶. A los efectos que aquí interesan, conviene destacar que el borrador de la norma proyectaba un contrato de suministro de naturaleza mercantil²⁵⁷, con independencia de que los contratantes actúen en la esfera de su ámbito profesional o personal²⁵⁸. Esta calificación resulta

²⁵⁵ El texto ha recibido numerosas críticas por la doctrina. Tanto autores mercantilistas como civilistas dudan de la oportunidad, alcance y acierto del PCM. *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 8172 (2013); ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil*, *op.cit.*, pp.21-22, entre las razones que expone el autor para manifestarse en contra de la promulgación de un nuevo Código de comercio, plantea la interesante cuestión de la repercusión económica que supondría promulgar un nuevo sistema mercantil del alcance y envergadura del PCM planteado. GONDRA ROMERO, J.M., «La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.290 (2013) y GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil*, *op.cit.*, pp.27-65, hacen una crítica a la expansión del Derecho mercantil a costa del Derecho civil con la cuestionada pretensión de unificar el mercado.

²⁵⁶ Es innegable que el suministro es conocido en nuestro ordenamiento jurídico. Es un contrato que cuenta con una amplia presencia en el tráfico jurídico desde hace mucho tiempo. Su atipicidad se ha subsanado mediante la aplicación de la normativa de la venta en aquello que no contradiga la naturaleza duradera del suministro. El PCM, en su EM (VI-54) reconoce que la regulación propuesta se inspira en el derecho italiano y en las soluciones jurisprudenciales. El PCM lo define en su artículo 513-1 como aquel contrato por el cual «el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio».

²⁵⁷ En el mismo artículo 513-1, párrafo segundo, preceptúa: «El contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil», que junto al contenido del artículo 411-1 («Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y a su mercantilidad, tiene carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes») impone el carácter mercantil del contrato.

²⁵⁸ Una de las críticas más interesantes a la noción de mercantilidad prevista en el PCM de Código Mercantil la encontramos en GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil*, *op.cit.*, págs. 27-65: La autora denuncia la expansión del carácter mercantil a costa del derecho común, para lo que se replantean las nociones que delimitan la materia mercantil. Entre ellas, se

coherente con la pretensión perseguida por la CGC de extender la disciplina mercantil a cualquier acto o contrato en que intervenga un operador del mercado²⁵⁹. Con todo, se superaban los criterios seguidos por el CCo, lo que a la postre determinaba que el PCM habría resultado aplicable a la práctica totalidad de la actividad económica²⁶⁰.

acusa una redefinición de los ámbitos objetivo y subjetivo, mediante la incorporación de nuevos criterios y conceptos como ahora el de «operador del mercado», que permite que cualquier actividad que tenga una repercusión en el mercado sea redirigida al derecho mercantil, sin perjuicio de que quien la realice sea empresario. Bajo esta solución, se evita el debate en torno a la calificación de los contratos mixtos. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., «La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, *op.cit.*, p.1618. De hecho, este contrato destaca en el sector de la distribución, donde es frecuente que se incorpore una cláusula de exclusividad, con las dificultades que esto entraña al delimitar un contrato de suministro y un contrato de distribución en exclusiva. En este sentido, véase también ALONSO SOTO, R.J., «La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, *op.cit.*, p.1168, quien habla de «compra en exclusiva o suministro en exclusiva» definiéndolo como aquel contrato en el que el comprador «se obliga a adquirir determinados bienes o servicios solamente a un proveedor o a otras personas que ese proveedor designe», concurriendo en él una finalidad comercializadora o de reventa de los mismos.

²⁵⁹ El PCM fue duramente contestado dado el ensanchamiento de este derecho especial, *apéndice del Derecho civil*; por todos, *vid.* PERALES VISCASILLAS, P., *¡Larga vida al Derecho mercantil de obligaciones y contratos! (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en la parte general de obligaciones y contratos)*, *op.cit.*, pp.4-10.

²⁶⁰ Una de las muchas novedades del PCM era la superación del debate en torno a la calificación de una compraventa como mercantil o civil según la intencionalidad del comprador. Como es sabido, nuestro CCo no califica la compraventa como mercantil por el sistema subjetivo, en virtud del cual sería mercantil la compraventa que sea acto de comercio para el comprador o para el vendedor, o para ambos, sino que se apoya en un sistema objetivo: la intención con la que se compra. De modo que el concepto de compra profesional no se conoce por el CCo, que acoge una compra de especulación. Lo esencial es la intención del que adquiere, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil. Sentencia de 20 de noviembre de 1984*, *op.cit.*, pp.2175 y 2176. El PCM, pretendiendo ser un derecho especial aplicable a los actos de comercio, atiende en muchas ocasiones al carácter empresarial del actuante, *cfr.* OLIVENCIA RUIZ, M., «Delimitación de la materia mercantil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p.61.

La mercantilidad del suministro era declarada *ipso iure*²⁶¹. Se partía de la existencia de una estructura organizativa y productiva sin la cual no se podrían atender las necesidades del suministrado. Sobre este planteamiento se vino a justificar que el suministro *siempre tendría carácter mercantil*, por cuanto una de las partes, al menos, debería ser un operador de mercado²⁶². Es un contrato de empresa, que permite el desenvolvimiento de una actividad empresarial, obteniendo un flujo continuado de bienes, mientras que la otra parte se asegura la colocación de sus productos. Bajo este planteamiento, el suministro se erigía como un acto de comercio²⁶³, al que le deberían ser de aplicación el Derecho mercantil por el juego del criterio objetivo que sigue el PCM²⁶⁴.

²⁶¹ El PCM contemplaba el carácter dispositivo de todas sus normas, a excepción de un puñado de ellas, entre las que estaba la noción del contrato y su mercantilidad. En el proyectado código se establecían distintos criterios de atribución de la mercantilidad. Por un lado, los contratos en los que intervenía un operador de mercado sujeto al Código, cuando su contenido principal correspondiera a las actividades propias de tales sujetos; por otro, aquellos contratos que por razón de su objeto el propio Código reputaba mercantiles. Como vemos, de un lado como del otro, el contrato de suministro acababa atrapado en el PCM, tanto por los sujetos que lo intervienen, sometidos a la norma; por el objeto específico de la contratación; como, en fin, porque el contrato fuese mercantil en sí mismo. En todo caso, para evitar cualquier género de dudas, algunos contratos eran directamente previstos como mercantiles. Así sucedía con el suministro, art. 513-1. Sobre la mercantilidad, *vid.* SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos en el Anteproyecto de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 294 (2014), pp.59-114.

²⁶² La presencia de un operador del mercado es el elemento subjetivo que nuclea el ámbito de aplicación del PCM, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Ciruz Menor, 2019, pp.119 y ss. Pero «operador de mercado» y «empresa» no son usados como sinónimos. Aquél primero refiere a todos los que intervienen en el mercado, sean o no sean empresarios. En este sentido EMBID IRUJO, J.M., «El lugar de la fundación en el Código Mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, *op.cit.*, p.403.

²⁶³ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.568, expone que este contrato ya se estudiaba bajo la vigencia del Código de 1829, siendo considerado por la doctrina como una subespecie de los contratos-empresa por su vinculación al comercio.

²⁶⁴ Como expone VEGA VEGA, J.A., «La regulación de la permuta comercial (barter) en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, *op.cit.*, p.1940, el PCM actualiza la delimitación de mercantilidad, debiendo acudir a un criterio mixto: «se exige, de un lado, la participación en el contrato de al menos un operador del mercado, criterio profesional, y, de otro, se alude a

d) Recapitulación

Como regla, la distinción entre suministro mercantil o suministro civil, además de por razones dogmáticas, persigue aclarar una cuestión práctica, como es la determinación de la ley aplicable. Cada orden normativo contiene unas soluciones dispares para los mismos supuestos de hecho. Las normas del CCo relativas a los contratos de los arts. 50 y ss. apartan las propias del Derecho común, con lo que interesa acertar en la calificación del contrato a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable, cuyas consecuencias prácticas son evidentes al determinar cuestiones tales como la prescripción de la reclamación, los plazos para la denuncia de la falta de conformidad, reclamar el pago del precio, etc.

El suministro es un contrato atípico que al que pueden ser aplicables las normas de la compraventa, incluidas las que refieren a la calificación de la naturaleza del contrato. La doble regulación, civil y mercantil, determinará la aplicación de la norma especial si concurren los requisitos de los arts. 325 y 326 CCO, que será en la práctica totalidad de las veces, quedando la norma civil para supuestos residuales²⁶⁵. La adquisición con el ánimo de usar o consumir las mercancías con el fin de satisfacer necesidades personales o familiares se reputa civil²⁶⁶. Sin

la necesidad de que sea un bien afecto a la actividad económica de una de las partes, es decir, aplicación del criterio objetivo».

²⁶⁵ Seguimos de este modo la postura defendida por VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op.cit., p.1603, quien aboga por atender a la intencionalidad del comprador para la calificación del negocio. De este modo, el destino que el adquirente haga de las mercancías adquiridas en suministro será relevante para la aplicación supletoria de la normativa que disciplina la compraventa mercantil o civil, según el caso. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil. Sentencia de 3 de mayo de 1985*, op.cit., p.2608.

²⁶⁶ Esta conclusión se alcanza a la vista de los arts. 326.1º y, a sensu contrario, 325 CCo. Esta compraventa, para cuya calificación debe ser observada desde la perspectiva del comprador, tiene carácter civil por no concurrir ninguna voluntad de reventa, siendo así, aunque los géneros sobrantes lo fuesen por recaer en el número 4º del 326, cfr. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C, *La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial*, op.cit., p.246

embargo, más allá de los suministros domésticos, atendidos por el Derecho de consumo, rara vez los consumidores presentan una necesidad que requiera la conclusión de un contrato de suministro. Más extraordinario, si cabe, sería un contrato de suministro concertado entre particulares. Por eso, cabe entender que el hábitat natural de este negocio será la empresa, razón por la que se le puede considerar eminentemente un *contrato de empresa*, por ser donde se circunscriben las actividades económicas que exigen un constante flujo de bienes para destinarlos a la reventa o a la incorporación de un proceso productivo. De hecho, la aparición de gran parte de los contratos atípicos que actualmente se manejan en el tráfico son resultado del tráfico mercantil, ya sea por la contratación de nuevos objetos que exigen prestaciones particularizadas, ya sea por la adopción de figuras conocidas en otros ordenamientos, especialmente el anglosajón. No se olvide, sin embargo, que el suministro ya era conocido en el mercado español antes de la industrialización. Precisamente la actividad de programación y de organización de las empresas originaron la aparición de contratos de duración con los que eludir las carencias de contratos aislados e instantáneos²⁶⁷. Asimismo, la necesidad de seguridad en el tráfico y, especialmente, en el aprovisionamiento de materias primas de forma estable, justificó la expansión del contrato de suministro en el seno de la empresa. El empresario acude a él como remedio para garantizarse el acceso a los productos de forma rápida, económica, simple y duradera con los que continuar desarrollando una actividad económica, con lo que la aplicación analógica de las reglas del 325 y 326 CCo determinaría la aplicación de la normativa mercantil a estos contratos de suministro.

III. FIGURAS AFINES

²⁶⁷ VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, José María Bosch, Barcelona, 1990, p.48, apunta varias razones por las que se explica la expansión de los contratos atípicos, como son la extensión de la contratación a nuevos objetos, la actividad de programación a largo plazo en el fuero de la empresa, la necesidad de obtener seguridad en el tráfico mercantil y el desplazamiento del centro de creación del Derecho mercantil, que bebe de las figuras manejadas en los países anglosajones. Algunas de estas razones, particularmente la necesidad de seguridad y la búsqueda de una programación de la actividad empresarial, son las que justifican la expansión del contrato de suministro.

A. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA COMPRAVENTA

La función intercambiadora de bienes del suministro ha llevado a considerarlo, tradicionalmente, como una modalidad de la compraventa²⁶⁸. El hondo arraigo que ha tenido en nuestra tradición jurídica la naturaleza de las prestaciones como criterio de clasificación contractual²⁶⁹, unido a la aptitud de ambos negocios para la enajenación y transmisión

²⁶⁸ Desde antiguo nuestro Tribunal Supremo ha configurado el contrato de suministro como una compraventa. Así, la STS 368/1957, de 9 de mayo (ROJ 65/1957), donde dice: «se combate la calificación jurídica ... se consigna el contrato de autos al conceptuarlo como de suministro; pero esta calificación no cambia la índole del problema debatido, pues el contrato de suministro constituye esencialmente una modalidad de la compraventa». En el mismo sentido, la STS 331/1961, de 28 de abril (ROJ 1581/1961), que habla de compraventa especial. Se hace eco de la confrontación de posición en torno a la naturaleza del contrato la STS núm. 193/1973, de 9 de abril (ROJ 90/1973), que dice: «El negocio jurídico originario de la litis, es un contrato de los llamados "compraventa por suministro", o "contrato de suministro", que un sector doctrinal configura como una modalidad especial de la compraventa y que algunos autores reputan como contrato atípico, independiente, que aunque participa de las características de la compraventa, difiere de ella en que la contraprestación debida en el "suministro" no es única, sino que está integrada por varias y sucesivas prestaciones, conexas entre sí, pero autónomas (contrato de tracto sucesivo)».

²⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, op.cit., pp.255 y 256. También FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, op.cit., p.211 que cuestiona el tratamiento que se venía haciendo por la doctrina y la jurisprudencia españolas del suministro como una modalidad del contrato de compraventa, defendiendo su naturaleza autónoma respecto de éste. Haciendo un análisis cronológico de los fallos del Tribunal Supremo plantea una evolución: se pasa de un suministro entendido como modalidad de ejecución a un suministro afín a la compraventa pero que no puede identificarse con ella. Prueba de esta evolución es también SÁNCHEZ CALERO, F., quien, en *Instituciones de Derecho Mercantil*, Clares, Valladolid, 1977, p.392, exponía que el contrato de suministro «se estima que es una variante de la compraventa», mientras que, en la 37ª edición de la obra, revisada por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, pág. 296, advierte la posición de parte de la doctrina y de la jurisprudencia que entienden que el suministro es un contrato autónomo a la compraventa, aunque sin negar su afinidad.

de las cosas²⁷⁰, han justificado este planteamiento²⁷¹. Pero la reiteración y consolidación en el tráfico jurídico del contrato de suministro terminó poniendo de manifiesto una variada fenomenología que difícilmente podía encontrar satisfacción en las soluciones recogidas en la disciplina de la compraventa. Al menos, sin llegar a modificar el negocio²⁷². Adicionalmente, la tipificación del suministro en otros ordenamientos, como fue el italiano, en el que surgieron voces autorizadas que defendieron la autonomía del contrato²⁷³, llevó a que se replantease el contrato como un verdadero tipo contractual distinto de la compraventa²⁷⁴.

²⁷⁰ DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias*, *op.cit.*, p.175. De hecho, cuando en el tiempo se suceden varias compraventas individuales pueden confundirse con un contrato de suministro. Para su distinción habrá que atender a la redacción del contrato, a la voluntad perseguida por las partes, y a indicios como la mención a plazos de entrega o la determinación de las cantidades de entrega, *vid.* STS 143/1975, de 31 de marzo (ROJ 1966/1975).

²⁷¹ Tampoco podemos desconocer que una reacción temprana del Derecho ante negocios nuevos tiende a intentar encajar éstos en los institutos jurídicos ya conocidos. Los contratos son instrumentos al servicio de las partes, que los adaptan según sus intereses incluyendo cláusulas y condiciones distintas en cada supuesto. En este escenario, el Derecho, y el Derecho mercantil en particular, se adapta por los contratantes, quienes modifican «los dogmas o postulados tradicionales o clásicos, adaptándolos a las exigencias del comercio moderno [...] prueba de que el Derecho tiene que regir la vida tal cómo ésta es, sin aferrarse a fórmulas recibidas, tradicionales, cuando sean incapaces de aprehender los nuevos hechos de la realidad social», *cfr.* URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXII, núm. 62, 1956, pp.221-241.

²⁷² La difusión del suministro en el tráfico socioeconómico ha permitido delimitar sus elementos caracterizadores a pesar de su atipicidad, *cfr.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.126.

²⁷³ Por todos, CORRADO, R., *La somministrazione*, *op.cit.*, cuya monografía presenta un contrato con autonomía y rasgos propios.

²⁷⁴ El Código civil italiano de 1942 actualiza instituciones e incorpora otras de novedosa disciplina jurídica, como son los contratos de suministro y estimatorio. Se presenta como un cuerpo normativo moderno, despertando, en buena medida, la atención de nuestros juristas, *cfr.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.193. El texto influyó en la doctrina española tanto por la incorporación de instituciones concretas desconocidas en nuestro ordenamiento –como también lo eran en el italiano antes de la reforma del Código de 1882– como por la delimitación del

Con todo, este debate relativo a la autonomía e independencia del suministro no puede darse por superado. No existe una posición unánime entre nuestra doctrina, lo que se agrava con los vaivenes que ha presentado la doctrina del TS a la hora de enjuiciar el contrato²⁷⁵.

Derecho mercantil, unificada desde entonces al Derecho civil, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Motivos, problemas y sistema de la unificación del Derecho privado en el *Codice civile* de 1942», IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.) en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.1., Civitas, Madrid, pp.273-320. La jurisprudencia también ha querido prestar atención al *Codice civile*, acudiendo a él *obiter dicta*, *v.gr.*, STS núm. 693/1984, de 11 de noviembre (ROJ 1704/1984), donde ofrece la definición que el art. 1559 del *Codice* hace del contrato de suministro.

²⁷⁵ Con facilidad se encuentran voces que ven en el suministro una *modalidad atípica de compraventa*, como expone AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2293. Entre estos autores que defienden que el suministro no deja de ser un tipo de venta, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales*, *op.cit.*, pp.141-142. Para el autor el tracto sucesivo del negocio, entre otras particularidades, no configuran un contrato autónomo sino complejo, mixto o coligado, donde es frecuente que concurren otras prestaciones como el mantenimiento, la reparación, el asesoramiento, etc., y que son prestadas por el propio suministrador. Pero, habida cuenta que la función principal es el suministro, traducido en un interés en estar provisionado del material o producto de que se trate durante el tiempo que dure el contrato, estas prestaciones se contemplan como accesorias y el contrato no pierde su naturaleza propia de la compraventa. Otros autores, por su parte, hablan de una artificiosa dualidad de los contratos de suministro y de compraventa, *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R., y PERALES VISCASILLAS, M.P., «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», *Derecho de los negocios*, año 23, núm.265-266 (2012), pp.9-19.

La afinidad de la figura del suministro y de la compraventa es innegable²⁷⁶, como se pone de manifiesto al observar la jurisprudencia menor²⁷⁷. Ambos tipos contractuales permiten el intercambio de bienes, son vehículos adecuados para la transmisión de su propiedad a través del juego de la *traditio*, la principal obligación consiste en una prestación de dar a cambio del pago de un precio²⁷⁸, la ejecución y las consecuencias derivadas de ambos contratos son muy semejantes²⁷⁹, y, finalmente, la aplicación analógica al suministro de las reglas de la compraventa cierra las similitudes de los regímenes jurídicos. De hecho, esta identidad en el tratamiento normativo juega en contra del suministro. Además de hacérsele extensivos algunos problemas de la compraventa –apuntado ha quedado ya la doble regulación entre compraventa

²⁷⁶ La afinidad de la compraventa y el suministro es un planteamiento bien arraigado entre nuestros juristas. *Cfr.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.533, que examinan el suministro bajo el epígrafe «Contratos próximos a la compraventa», aunque defienden que sus especialidades, y en particular la pluralidad de prestaciones, son suficientes para escindirlo de la compraventa. Sea como fuere, la semejanza con la compraventa no significa que deba identificarse con ella, *cfr.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.297.

²⁷⁷ Son numerosas las sentencias que conocen de un contrato que a caballo entre un suministro y una compraventa, *vid.* SAP Asturias, núm. 454/2001, de 9 de octubre (ROJ 3910/2001); SAP Pontevedra, núm. 681/2007, de 19 de diciembre (ROJ 3159/2997); SAP Sevilla, núm. 282/2008, de 16 de junio (ROJ 2751/2008); o SAP Madrid, núm. 508/2008, de 21 de octubre (ROJ 15140/2008). En orden inverso, entendieron que se trataba de un suministro y no una venta, la SAP Toledo, núm. 2/2009 (ROJ 292/2009).

²⁷⁸ Aunque coinciden los elementos esenciales, la diferencia, para GARRIGUES Y DÍAZ CABAÑETE, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.505, es clara: en la compraventa el pago del precio del comprador se corresponde a una entrega única de la mercancía. Mientras que en el suministro esta obligación se prolonga en el tiempo por tener su razón en entregas periódicas o continuadas.

²⁷⁹ El suministro ha sido considerado de forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia como una modalidad atípica de la compraventa, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2293. La reiteración de la prestación de entrega desvirtúa la figura básica u ordinaria de la compraventa. Una primera solución condujo a considerar este negocio como una compraventa especial o atípica. Sin embargo, la creciente difusión de la figura en el tráfico comercial y su conexión a las necesidades de una de las partes pone de manifiesto un carácter duradero que no encaja bien en la figura típica de la compraventa.

civil y mercantil—, en algunos casos se pone de manifiesto que es irrelevante la calificación que se haya del contrato, precisamente, porque las consecuencias legales serán las mismas.

Pero si pretendemos conectar negocios por el hecho de que compartan las mismas obligaciones podemos barrer el Derecho de contratos y reconducir a la compraventa todos los tipos contractuales en los que haya

un intercambio de bienes. La permuta²⁸⁰, la concesión²⁸¹, el estimatorio²⁸² o los contratos de distribución exclusiva²⁸³ y selectiva²⁸⁴ podrían

²⁸⁰ Si el suministro se asemeja a la compraventa, ni qué decir tiene la permuta. Económicamente la finalidad es idéntica. Según la STS de 2 de febrero de 1991 «la similitud estructural de los negocios jurídicos de compraventa y permuta» es evidente: son dos contratos traslativos del dominio sobre una cosa, con un marcado carácter consensual, que permiten la circulación de bienes. Sin embargo, no se plantea que la permuta sea una modalidad de la compraventa, aunque la diferencia radica en que en aquélla la contraprestación la constituye la entrega de una cosa y, en ésta, de un precio, *vid.* RIBERA SABATÉS, V., «Compraventa con integración *in natura* versus permuta con compensación pecuniaria», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, *op.cit.*, pp.235-236.

²⁸¹ Sobre los esfuerzos en separar la concesión mercantil de la compraventa pueden verse PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976, pp.49 y ss. La concesión se calificó como una compraventa especial, llegándose a hablar de *venta con carga* para encajar la imposición del precio de reventa por el concedente en la estructura de la compraventa. Al igual que en el suministro, primaba el intercambio de bienes sobre el resto de los pactos, la función económica que despliega el contrato y el interés querido por las partes. Igual de capital es la obra del profesor MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato de concesión mercantil*, *op.cit.*, donde nos presenta un contrato autónomo que se origina a raíz de la industrialización como efecto de la incapacidad de la compraventa y la comisión de satisfacer los intereses de las partes.

²⁸² Sobre la base de que el propósito final del contrato estimatorio es el traspaso de los bienes, se clasificó el estimatorio como una subespecie de la compraventa, *vid.* CHULIÁ VICENT, E., y BELTRÁN ALANDETE, T., *Los contratos mercantiles*, Bosch, Barcelona, 2001, p.69. Algunas particularidades del contrato, como la devolución de las mercancías que no se venden por el comerciante minorista se explicaban acudiendo a la condición resolutoria o suspensiva, *vid.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.205. También GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.97. Pero, sin perjuicio de las notas de identidad con la venta, incluso con los contratos de depósito y comisión, cabe reafirmar su autonomía respecto de todos ellos. De una parte, porque la presencia de prestaciones que son características o principales de otro tipo no puede hacerse valer como rasgo que nos permita reconducir todo contrato en el que esté presente a aquél, *cfr.* URÍA, R., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.739; CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., «Actualidad del contrato estimatorio: su problemática», en AAVV, *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 2, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, p.1209; BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., «El contrato estimatorio», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, *op.cit.*, p.153. De otro lado, porque la función económica del estimatorio en el tráfico, la finalidad perseguida por las partes, y la ausencia de traspaso de la propiedad de un empresario a otro, pues el minorista coloca los bienes que pertenecen al principal, exceden la

ser reducidos a modalidades de la venta, pues en todos ellos está presente el intercambio de bienes²⁸⁵, en todos ellos hay una obligación de dar, todos sirven para la transmisión de la propiedad de las cosas sobre las que recae el contrato, y, en fin, a todos les resulta aplicable la disciplina contenida en la compraventa por ser el contrato paradigmático –v.gr., la responsabilidad por saneamiento, por ejemplo–. No obstante, en todos concurre algún elemento que tiene suficiente importancia como para escapar de la fuerza centrífuga de la compraventa²⁸⁶. Como

estructura de la compraventa, *cfr.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, p.299.

283

²⁸⁴ De acuerdo con la letra d) del art. 2 del proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011, se entiende por esta modalidad de distribución aquel contrato «por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revender esos bienes o a prestar esos servicios a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores.» Como apunta TORRUBIA CHALMETA, B., *El contrato de distribución selectiva*, *op.cit.*, p.96, aparecen notas características de la compraventa y del suministro, lo que obligará a acudir a las normas de la compraventa. Realmente, esta remisión a la regulación de la venta es inevitable en Derecho de contratos, al tener en su sede regulación algunos institutos, como el régimen de responsabilidad por saneamiento, que no se encuentran en otros contratos. Aun con todo, el negocio presenta la suficiente autonomía como para conformar un tipo contractual propio.

²⁸⁵ Incluso la visión originaria de la dación en pago la concebía como una forma de compraventa. Partiendo del Derecho romano (*dare in solutum est vendere*) se entendía que la entrega de una cosa en pago de una cantidad debida comportaba una compraventa, siendo el precio equivalente a dicha cantidad debida. En este sentido, LACRUZ MANTECÓN, M.L., «La dación en pago», en ALONSO PÉREZ, M.T. (Coord.) *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p.326.

²⁸⁶ La jurisprudencia del TS no ha mantenido una misma postura respecto a la relación entre el suministro y la compraventa. Se localizan sentencias que consideran que estamos ante dos contratos independientes, donde la obligación de entrega sucesiva por parte del proveedor revela un tipo contractual autónomo, SSTS núm. 693/1984, de 30 de noviembre (ROJ 1704/1984); núm. 576/1988, de 8 de julio (ROJ 5332/1988); núm. 1046/1996, de 2 de diciembre (ROJ 6849/1996) y núm. 35/2010, de 17 de febrero (ROJ 907/2010). Pero también se encuentran resoluciones donde el alto tribunal

expusimos al tiempo de tratar el carácter duradero, en el contrato de suministro este elemento es la duración de la obligación de dar, que por venir ligada al interés en obtener una satisfacción de las necesidades duraderas informa la causa del contrato²⁸⁷ y le dota de autonomía propia²⁸⁸, como se verá al abordar la naturaleza del contrato.

obvia la *afinidad* entre ambos tipos que se declara en las sentencias que acabamos de citar y entiende el suministro como una especie de compraventa, SSTS 461/1989, de 13 de junio (ROJ 15630/1989); de 28 de febrero de 1986 (ROJ 1257/1996) y núm. 551/2011 de 8 de julio (ROJ 4898/2011).

²⁸⁷ La temporalidad presente en la necesidad del suministrado informa la causa del contrato de suministro, que se configura como un contrato duradero. La causa en este contrato no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque se realice en diversos momentos como sucede en la compraventa fraccionada, sino en asegurar por un tiempo varias prestaciones repetidas o una única prestación continuada. *Cfr.* GARRIGUES Y DÍAZ CABAÑETE, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.505.

²⁸⁸ PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, p.39, al igual que GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp.416-417, defiende que no se pueden tratar la compraventa y el suministro como dos negocios independientes. Ambos tienen las mismas obligaciones fundamentales. En cambio, a renglón seguido, separa la compraventa de la concesión afirmando que, aunque comparten las mismas obligaciones (básicamente la entrega de la cosa a cambio del pago de un precio) en la concesión hay un interés muy distinto que en la compraventa; a saber: la reventa por el concesionario de las mercancías que previamente le vende el concedente. Precisamente la autora vuelve a recurrir al interés para diferenciar ambos negocios contractuales en PUENTE MUÑOZ, T., «El pacto de exclusividad en la compraventa y el suministro», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 103, 1967, p.97, en donde expone que el suministro presenta un interés radicalmente alejado del que persiguen las partes en la compraventa, que es la adquisición de la cosa y la obtención del precio. El suministrado busca *estar suministrado*, valga la redundancia, como garantía de abastecimiento que le permita afrontar las necesidades futuras. Pero el proveedor también tiene un interés en este contrato, que es garantizarse la colocación de sus mercancías en el mercado. Estos intereses configuran un contrato de *tracto sucesivo* que encaja mal con la naturaleza instantánea de la compraventa.

Las diferencias existentes entre las figuras del suministro y la compraventa pueden resumirse en varios puntos. El primero de ellos es el que refiere a la confrontación de intereses presentes en cada contrato. Mientras que en la compraventa el comprador se mueve por la adquisición de la propiedad de la cosa objeto del contrato, en el contrato de suministro el interés del suministrado no se centra tanto en la obtención de la propiedad como en la satisfacción de una necesidad a lo largo del tiempo. Dado que el comprador también puede acudir a la compraventa para la satisfacción de una necesidad, conviene precisar que ésta será puntual u ocasional, con lo que la entrega o la puesta a disposición de la cosa, de una sola vez o en varias como resultado de un fraccionamiento, le da satisfacción. Sin embargo, la existencia de esta necesidad recurrente, que se consume tras cada entrega solo temporalmente, volviéndose a manifestar en su integridad, justifica que las partes configuren una relación contractual duradera.

En este contexto, se observa el especial interés que tiene el suministrado en que el proveedor asuma una obligación de dar duradera. Con ello, obtiene la seguridad de disponer de la cosa en los momentos futuros en los que se manifieste su necesidad. Se trata de un interés partidista²⁸⁹. Es lógico pensar que en el negocio también subyacerá un interés económico por parte del proveedor, para quien el suministro le reporta también la seguridad de disponer de una salida constante de sus bienes en el mercado²⁹⁰. Pero en cierta medida este interés resultará accidental, ya que también está presente en otros negocios traslativos del dominio –v.gr., el vendedor tiene el afán de vender sus productos

²⁸⁹ Recuerda la STS núm. 693/1984, de 11 de noviembre (ROJ 1704/1984) que «su contenido es, por tanto, una serie de prestaciones duraderas o de ejecución continuada o sucesiva [...] cuya función, económica y jurídica, es la satisfacción de necesidades continuas, para atender al interés duradero o continuado del acreedor, con la inevitable exigencia básica en los contratos determinados por un fin, de que las cosas que se entreguen. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales*, op.cit., p.143 se hace eco de esta sentencia para subrayar el interés que reviste la continuidad para el suministrado, dado que su necesidad solo se satisface plenamente cuando la entrega futura está asegurada.

²⁹⁰ La STS núm. 258/2019, de 7 de mayo (ROJ 1455/2019) enjuicia un supuesto en el que se observa el interés que tiene el proveedor de colocar sus productos y el perjuicio que le ocasiona el suministrado cuando deja de cursar pedidos.

y, con ello, garantizar la viabilidad de su empresa—. En cambio, el interés del suministrado trasciende de la perspectiva económica del contrato y alcanza una faceta jurídica, conformando la causa del suministro y configurando un programa obligacional específico orientado a dar satisfacción al interés partidista del suministrado²⁹¹.

Adviértase que no se trata de un interés en obtener una prestación completa, como sí sucede en la compraventa fraccionada. Se trata de un interés en *estar abastecido*. El suministrado busca disponer de la cosa que es objeto del contrato en los momentos indicados en el contrato, mediante unas prestaciones repetidas, en función de su necesidad, que le den satisfacción²⁹². Para lo cual es necesario la configuración de un contrato de *tracto sucesivo* que comprenda todas estas prestaciones y no se extinga tras la entrega de la mercancía. La celebración de contratos aislados de tracto único ante cada necesidad sería contraria al sentido común, a la lógica de los negocios y antieconómico. Además, no aportaría una solución rápida, ni simple, ni reportaría al suministrado la seguridad que lleva aparejada consigo el contrato de suministro. Esta distinción de *tracto* es la segunda de las diferencias entre la compraventa y el suministro. El papel que juega el elemento temporal en el suministro es indiscutible, siendo una de sus cualidades esenciales. Su continuidad y permanencia en el tiempo contrasta con la instantaneidad de la compraventa. Su duración se erige como el elemento distintivo y sustancial del contrato, dotándole de identidad propia, como ya indicamos al tratar el carácter esencial de esta característica²⁹³.

²⁹¹ Sobre la relevancia de esta pretensión satisfactoria de la necesidad y su incidencia en el contrato, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.22 y ss.

²⁹² El afán de satisfacer la necesidad duradera mueve el interés del adquirente hacia el contrato de suministro, *vid.* FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.778. En este sentido, como cualquier otro contrato, sólo la entrega conforme a las condiciones pactadas satisface el interés del acreedor. Por lo que cuando el objeto no reúne las características o cualidad indicada las prestaciones no sirven para alcanzar la satisfacción perseguida. En este sentido, *vid.* la STS núm. 151/1997, de 28 febrero (ROJ 1438/1997).

²⁹³ *Cfr.* CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *Actualidad del contrato estimatorio: su problemática, op.cit.*, p.1208. Frente a las posturas que consideraban que el suministro era una modalidad de compraventa especial, por cuanto la duración no permitía que se

Esta diferencia en el *tracto* ayuda a distinguir, teóricamente, si estamos ante una compraventa o ante un contrato de suministro. La entrega de la cosa necesitada en un solo acto revelará la existencia de un contrato de compraventa, mientras que repetición de las prestaciones de entrega revela la presencia de un contrato de suministro²⁹⁴. En la práctica, sin embargo, el carácter duradero del contrato se descubre a través de otras disposiciones contractuales, como son la renovación automática, la cláusula de preferencia, las previsiones respecto a las causas y efectos de la extinción contractual, etc. Su presencia en el negocio se debe a su duración, siendo extraños en una compraventa²⁹⁵.

El tercero y último de los aspectos que ayudan a determinar la distinción entre una compraventa y un contrato de suministro es la pluralidad de las prestaciones que se reúnen en nuestro contrato, frente a la simplicidad prestacional de la compraventa. Para que este abastecimiento y la satisfacción de la necesidad tengan éxito, se configura un programa

aplicasen las reglas generales que disciplinaban el contrato exigiendo una adaptación, otras posiciones defendieron la autonomía del contrato, precisamente, por su *tracto sucesivo*. Desarrollaremos unas y otras en el capítulo dedicado a la naturaleza del suministro.

²⁹⁴ La confusión entre ambos contratos se produce cuando la compraventa extiende la entrega durante un periodo de tiempo, *cf.* MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, *op.cit.*, pp.496 y 497. Para los autores, de hecho, no debería tampoco generarse confusión entre el suministro y las compraventas sucesivas, es decir, la relación jurídica que dimana de una pluralidad de contratos de compraventa que se suceden en el tiempo. Sin embargo, a nuestro juicio, la distinción no siempre será sencilla.

²⁹⁵ El elemento que mejor distingue el suministro de la venta es su carácter periódico frente a ésta. Propio de la periodicidad del contrato es la incorporación de cláusulas según este carácter instantáneo o duradero: la inalterabilidad del precio en la venta frente a la actualización en el suministro, las cláusulas de preferencia, renovación, prórroga o incluso exclusiva, que puede ser accidental en la venta, pero es habitual en el suministro. Además de las cláusulas que configuran el programa básico del contrato, como la pluralidad de entregas o la determinación de la cantidad de la cosa, *cf.* GIANNATASSIO, C., «La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione», en CICU, A. y MESSINEO, F., *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. XXIV, t. I, Giuffrè Editore, Milán, 1974, pp.223-225.

obligacional en el que están presente una pluralidad de prestaciones²⁹⁶. Éstas podrán tener carácter continuado o periódico. En el primer caso, la prestación se ejecuta sin solución de continuidad. Desde que se inicia su ejecución hasta que el contrato se extingue el proveedor se compromete en tener la cosa en constante disposición del acreedor. El ejemplo paradigmático de esta modalidad es el suministro eléctrico. En cambio, cuando las prestaciones tienen carácter reiterado o repetido, la obligación de mantener abastecido al acreedor se traduce en una sucesión de prestaciones individuales de entrega. Cada entrega permite dar satisfacción a una necesidad del acreedor, sea esta personal, familiar o empresarial. En la medida en que es repetida y duradera, la prestación deberá volver a ejecutarse íntegramente. Esta reiteración en la prestación de entrega es desconocida por la compraventa. En ésta se genera una única obligación que se traduce en una única prestación. Con la entrega de la cosa el vendedor ha cumplido el contrato. A salvo quedarán las compraventas con entregas fraccionadas, cuyas particularidades se abordan en el apartado siguiente.

B. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA COMPRAVENTA CON ENTREGAS REPARTIDAS

Si hay una figura a la que verdaderamente se parece el suministro es la compraventa con entregas repartidas. Aunque se trata de una modalidad de la compraventa, las particularidades que presenta esta forma de venta en la que se inserta un elemento temporal exigen un tratamiento diferenciado²⁹⁷. En la compraventa fraccionada, la prestación de en-

²⁹⁶ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, II*, Bosch, Barcelona, 1994, pp.356-357, al marcar la línea divisorias entre la compraventa y el suministro, confunde la pluralidad de las prestaciones con la pluralidad de objetos. Centra la atención en el *objeto unitario* de la compraventa frente entrega repetida del suministro, al que presenta como un negocio con multiplicidad de objetos. Acierta el autor, sin embargo, cuando pone el acento en la pluralidad de prestaciones de carácter periódico o continuado del suministro, que sí contrasta con la compraventa, donde la prestación de entrega es única sin perjuicio de que se fraccione.

²⁹⁷ Una modalidad con la que se rompe la regla general de simultaneidad e instantaneidad en el cumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato de compraventa, relativas a la entrega de la cosa y al pago del precio, *vid.* LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014, p.406.

trega no se realiza en un momento único, sino que se fracciona, sucediéndose cada fracción en el tiempo²⁹⁸. Esta división es intencionada, siendo las partes quienes introducen el fraccionamiento de la prestación y, con ello, extienden en el tiempo la ejecución del contrato²⁹⁹.

Esta compraventa especial se asemeja al suministro con prestaciones periódicas o repetidas. En ambos tipos la obligación de proveedor o del vendedor, que es única, se traduce en una pluralidad de prestaciones que se ejecutan en momentos distintos y sucesivos³⁰⁰. Si se ha visto que la distinción entre el suministro y la compraventa *ordinaria* radica en el interés de las partes en obtener una pluralidad de prestaciones de forma duradera que permitían mantener abastecido al acreedor, en la compraventa con entregas fraccionadas estas diferencias se difuminan. Aquí, la desaparición del carácter instantáneo típico de la compraventa, introduciéndose en el esquema contractual la duración en la ejecución, unido a la pluralidad de prestaciones, dificulta la distinción entre uno y otro contrato.

²⁹⁸ En la compraventa con entregas fraccionadas la cosa objeto del contrato se entrega de forma repartida durante un plazo de tiempo determinado contractualmente. No confundir con la compraventa a plazos. Aunque refiere también a un cumplimiento diferido en el tiempo, contempla el fraccionamiento del precio, que es abonado por el comprador, normalmente un consumidor, *en los plazos pactados*. Esta modalidad de compraventa ha encontrado una disciplina especial de cara a garantizar una adecuada protección del consumidor y dotar de regulación un método de pago fuertemente vinculado al crédito. En este sentido, *vid.* MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, *op.cit.*, pp.447 y ss.

²⁹⁹ Las razones por las que en la práctica se fracciona la entrega suelen estar relacionadas con la adquisición de una gran cantidad de mercancía y su incapacidad para almacenarla en las condiciones adecuadas. Como se pone de relieve en el caso enjuiciado por la SAP Málaga, núm. 228/2005, de 11 de abril (ROJ 1456/2005), donde se conoce de una adquisición de doscientas toneladas de aceite de oliva refinado entregadas de forma fraccionada, se corre el riesgo de que parte de la mercancía no sea entregada o no reúna las cualidades pactadas, siendo el objeto de algunas entregas diferente del de las restantes.

³⁰⁰ FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.129.

La distinción no ha estado exenta de dificultades para la doctrina y para la jurisprudencia³⁰¹. La escasa relevancia práctica que suele tener su calificación por no existir una disciplina normativa propia para el suministro –que hace aplicable el régimen jurídico de la compraventa a gran parte de los problemas que suscita el contrato– hace que las partes tampoco introduzcan como cuestión procesal la calificación del contrato³⁰². El resultado es la inexistencia de una postura jurisprudencial clara que delimite ambas figuras³⁰³.

³⁰¹ PÉREZ LÓPEZ, E., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, op.cit., p.321, apunta las dificultades que, en ciertos casos, se darán para distinguir entre una compraventa con entregas fraccionadas y un contrato de suministro. Se puede pensar que la distinción parece tener poca trascendencia práctica, pues siendo aplicable al suministro la legislación de la compraventa las soluciones, al menos *a priori*, serían las mismas. Sin embargo, la compraventa no deja de ser un contrato instantáneo que, por tanto, impide la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* o de la imposibilidad sobrevinida de la prestación, que permiten la resolución anticipada del contrato sin penalización para ninguna de las partes. También es relevante el régimen de transmisión de los riesgos, pues dista el aplicable a la compraventa del que rige en el suministro, como trataremos más adelante.

³⁰² *V.gr.*, la STS núm. 590/2002, de 13 de junio (ROJ 4307/2002): «Para la resolución del litigio no resulta relevante si el contrato es de suministro [...] o de compraventa [...] en cualquier caso, al tratarse el contrato de suministro de una figura atípica, carente de regulación positiva, le son aplicables, aparte de las normas imperativas y de las derivadas del pacto [...] las del contrato de compraventa». Pero a pesar de que al suministro se le apliquen por analogía las reglas previstas para la compraventa, conviene tener en cuenta las diferencias en cuanto al tratamiento del cumplimiento parcial *ex art.* 1169 del Código civil, a la pérdida del beneficio del plazo *ex* 1129, los efectos que tiene una prestación defectuosa respecto del resto del contrato, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, o las consecuencias que tiene una resolución contractual.

³⁰³ Como se pone de manifiesto en la jurisprudencia menor, existen supuestos muy similares en los que se plantea si, en lugar de un suministro, estamos en presencia de ventas continuadas. Así, las SSAAPP de Madrid, 713/2005, de 17 de noviembre (ROJ 12823/2005); de Pamplona, núm. 93/2013, de 17 de junio (ROJ 1303/2013); de Barcelona, núm. 175/2013, de 21 de marzo (ROJ 4574/2013); de Zamora, núm. 136/2018, de 14 de mayo (ROJ 225/2018), o de Alicante, núm. 287/2018, de 11 de junio (ROJ 1888/2018). En cambio, otras veces la relación se circunscribe en un único contrato de compraventa que genera pluralidad de entregas sucesivas y fraccionadas, véanse las sentencias de las AAPP de Barcelona núm. 135/2015, de 25 de marzo (ROJ 3154/2015) y núm. 405/2013, de 18 de julio (ROJ 7870/2013) y de Alicante núm. 477/2017, de 7 de diciembre (ROJ 3027/2017). En fin, supuestos en los que el tribunal entiende que nos encontramos ante un suministro, como los que se enjuician por las

Sea como fuere, en abstracto pueden señalarse algunos elementos que ayuden a distinguir entre una compraventa fraccionada y el suministro. En primer lugar, la venta con entregas repartidas es el resultado de una voluntad expresa del comprador en dividir el objeto de la prestación en varias porciones³⁰⁴. Las razones que pueden empujar a un adquirente a esta división serán variadas, *v.gr.*, las dificultades de almacenamiento cuando se compra una elevada cantidad de bienes; la necesidad de una fabricación previa que impide la entrega en unidad de acto; el montaje o la instalación de las cosas entregadas, etc. Obsérvese que no hay una necesidad prolongada que justifique esta entrega dividida. En el sumi-

AAPP de Tarragona, sentencia núm. 303/2012, de 21 de septiembre (ROJ 986/2012); de Zaragoza, núm. 82/2012, de 9 de febrero (ROJ 266/2012); de San Sebastián, núm. 72/2017, de 20 de abril (ROJ 352/2017).

A efectos de discernir si nos encontramos ante una compraventa con alguna especialidad en cuanto a su ejecución o ante un contrato de suministro podemos encontrar elementos que ayudan al tribunal a calificar la relación jurídica, como la estabilidad y regularidad de las entregas, SAP de Santa Cruz de Tenerife, núm. 61/2014, de 19 de febrero (ROJ 1071/2014); o si éstas dimanen de un único contrato o pueden señalarse una pluralidad de ellos, como en la SAP de Madrid, núm. 72/2013, de 11 de febrero (ROJ 2417/2013).

A pesar de todo, y aunque pueden señalarse fallos en los que el TS delimita cuándo nos hallaremos en presencia de una compraventa y cuándo ante un suministro, *vid.* SSTS de 27 de diciembre de 1980 (ROJ 5104/1980) y núm. 22/2009, de 23 de enero (ROJ 70/2009), se aprecia cierta confusión en la práctica a la hora de delimitar cuándo un contrato en el que las prestaciones no se ejecutan *uno ictu* se debe calificar de compraventa o de suministro. En este sentido puede verse el análisis jurisprudencial que realiza SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, pp.407-412.

³⁰⁴ «En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio en entregas y pagos sucesivos y en periodos determinados o determinables», SSTS 409/2005, de 26 de mayo (ROJ 3395/2005) y 340/2003, de 3 de abril (ROJ 2300/2003). Las diferencias apuntadas por nuestro TS son poco acertadas cuando se trata de distinguir entre la compraventa con entregas fraccionadas («actos distintos») y el suministro, pues en ambos la obligación de entrega de la cosa, así como el pago del precio, se cumple de manera sucesiva en el tiempo.

nistro, la multiplicidad de prestaciones es consecuencia de una necesidad que se repite. La reiteración de la prestación es indispensable para darle satisfacción. Cuando se manifiesta, la voluntad de las partes se limita a decidir entre suscribir el contrato de suministro o en dejar la necesidad sin satisfacción. En consecuencia, la intención de los contratantes, expresada en la construcción del contrato, será el primer criterio que deba valorarse en la distinción entre suministro y compraventa fraccionada³⁰⁵.

El segundo de los criterios será la división del objeto del contrato. En el contrato de compraventa con entrega fraccionada, la solución abrigada por las partes es la división que comentamos y el reparto en el tiempo de la entrega³⁰⁶. La introducción de estos dos elementos extraños al esquema típico de la compraventa –división del objeto y su reparto temporal–, acercan la compraventa con entregas fraccionadas al suministro y generan confusión en su calificación. Por ello debe advertirse que en el suministro el objeto de la prestación no se divide. La prestación de entrega se reitera, es repetida, pero no está dividida. Mientras la compraventa fraccionada divide su ejecución, siendo una característica de la prestación, en el suministro la prestación se reitera

³⁰⁵ Para GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato, op.cit.*, p.1104, aunque no siempre será sencillo distinguir entre un contrato de compraventa con entregas repartidas y un contrato de suministro, atender al interés perseguido por las partes será un primer indicio para calificar el negocio ante el que nos encontramos. Este es el criterio seguido por el art. 1281 CC, confiando en los términos del contrato la intención de los contratantes y solo cuando no son claros o dejan dudas sobre la voluntad querida permite acudir a otros medios de interpretación de esa voluntad, como recuerda la STS núm. 671/2016, de 16 de noviembre (STS 5100/2016) enjuiciando un contrato de suministro bajo la denominación «contrato de fabricación de medicamentos».

³⁰⁶ Esta división incide en la ejecución del contrato, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias, op.cit.*, p.175. Por su parte, LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.195 señalaba que en el suministro la pluralidad no solamente afectaba a la ejecución como pasa en el contrato de compraventa con entregas fraccionadas, sino también a la propia formación del contrato. Una afirmación rebatida por la doctrina por su falta de precisión, por cuanto en la compraventa fraccionada la división también se pacta al momento de formación del contrato, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.136.

de forma duradera, siendo una característica del contrato³⁰⁷. Como resultado, el contrato de suministro acaba generando una pluralidad de prestaciones. Estas prestaciones son independientes unas de otras, funcionando de forma autónoma³⁰⁸. Su ejecución garantiza la satisfacción razón de la singular prestación, así como las sucesivas necesidades que vayan sucediéndose en el tiempo³⁰⁹. Este esquema no se comparte en la compraventa con entregas repartidas. Tanto la obligación como la prestación son únicas, con la peculiaridad de que la prestación se ha dividido en fracciones, que son partes de un todo. A medida que se van entregando las porciones se va completando el objeto del contrato y se va dando satisfacción al acreedor, lo que nos conduce al tercer criterio de distinción entre la compraventa dividida y el suministro: la autonomía de las prestaciones. En el contrato de compraventa, siendo partes de un todo, todas ellas en su conjunto conforman el objeto contractual. El incumplimiento en la entrega de una de ellas equivale a un incumplimiento contractual. En cambio, en el suministro, siendo cada entrega independiente y autónoma de las demás, con cada prestación se ejecuta

³⁰⁷ El esquema de ambos contratos es muy semejante y es cierto que en la práctica será difícil en ciertos casos saber ante qué negocio nos encontramos. Pero pueden señalarse las diferencias entre ambos. La periodicidad de la entrega es una característica esencial del contrato, que despliega así su función de mantener abastecido al suministrado; mientras que la duración no es un elemento propio del contrato de compraventa, pero sí es una característica de la prestación cuando debe ejecutarse de forma fragmentada, *cfr.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica, op.cit.*, p.106.

³⁰⁸ SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*. t.IV, Edersa, Madrid, 1975, p.106. Más atención a la distinción del suministro y la compraventa con entregas repartidas ha mostrado la doctrina italiana. *Vid.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato, op.cit.*, p.1104, quien incide en que el objeto de la única prestación en el contrato de compraventa con entrega fraccionada es dividido y repartido en el tiempo, coexistiendo en el contrato una pluralidad de actos de entrega. Esta pluralidad de entregas está presente también en el suministro, pero aquí éstas se someten a las necesidades del acreedor.

³⁰⁹ CORRADO, R., *La somministrazione, op.cit.*, p.52 hace hincapié en la autonomía de las prestaciones que integra el contrato de suministro frente a la vinculación, las unas con las otras, en la compraventa con entregas repartidas. Esta modalidad de compraventa no constituiría un verdadero negocio duradero, más allá de que la ejecución se extienda en el tiempo, por lo que no son de aplicación las normas del suministro ni de cualquier otro contrato de ejecución periódica o continuada, *vid.* CAMPO-BASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.29.

el contrato, haciendo nacer la responsabilidad por riesgos en el proveedor, no siendo la infracción de una de ellas causa de resolución por incumplimiento y conservando el contrato su riqueza prestacional.

Tomando los elementos anteriores (la intención de las partes, la división de la prestación frente a su repetición, la autonomía de las prestaciones frente a su fraccionamiento) se pueden dibujar, desde un plano teórico, los contornos de estas dos figuras afines. Pero cabe admitir que habrá casos en los que serán insuficientes para calificar el tipo. Ambos negocios permiten el intercambio de cosas, la transmisión de su propiedad, y se ejecutan a través de una pluralidad de actos de entrega que se suceden en el tiempo. Jurisprudencia³¹⁰ y doctrina³¹¹ recuerdan las dificultades que tendrá el jurista para calificar el negocio, señalándose la inclusión de determinados pactos como indicios reveladores de la verdadera naturaleza del negocio³¹². Por ejemplo, estando el suministro vinculado a las necesidades futuras del suministrado, no sería posible

³¹⁰ La STS núm. 1046/1996, de 2 de diciembre (ROJ 6849/1996) señala que no es totalmente ajena a la compraventa que el objeto venga fraccionado, no resultando claro, para el caso enjuiciado, su calificación jurídica.

³¹¹ La distinción será fácil cuando en el contrato no estén determinadas, pero sean determinables en función de la variable necesidad de la parte. No lo resultará cuando el número de prestaciones o la cantidad a suministrar hayan sido puntualizados en el contrato, *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.416; CORRADO, R., *La somministrazione, op.cit.*, pp.38 y ss.; MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines, op.cit.*, p.497.

³¹² Según este indicio, allí donde la prestación hubiese quedado determinada al momento de celebrar el contrato, estaríamos ante una compraventa con entregas fraccionadas. *Vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.391 afirma que en el suministro las prestaciones no deben quedar predeterminadas al momento de suscribir el contrato, como sí ocurre en la compraventa con entregas fraccionadas, pues al estar en el primer contrato ligadas a la necesidad del suministrado deberán decidirse sucesivamente. Afirma el autor que «si estas circunstancias ya estuviesen totalmente determinadas en el contrato de suministro, tal contrato no podría distinguirse de una compraventa con entregas repartidas». No parece compartir esta posición la CGC. El PCM sí contempla la indeterminación de la cantidad del objeto, art. 513-2.2, cuando dice: «Cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro...».

determinar sus prestaciones³¹³. En caso de hacerse sería sujetándolas a corrección³¹⁴. Otras cláusulas como la preferencia, la exclusividad, la renovación o prórroga del contrato o algunos efectos en caso de terminación como la previsión de indemnizaciones serán indicios que ayudarán a esclarecer ante qué tipo contractual nos hallamos. Pero, en todo caso, no siempre será sencillo distinguir estas figuras. Con lo que cabe asumir que en la práctica puede darse algún caso que sea imposible de calificar con certeza el negocio.

³¹³ Esta capacidad de determinación en un contrato de compraventa fraccionada se debe a que no atiende a la misma función que el suministro: la satisfacción de necesidades duraderas que, en mayor o menor medida, son inciertas en cuanto a su alcance al momento de suscribir el contrato. Así, la jurisprudencia menor ha calificado como compraventa fraccionada la adquisición de almendras cuya entrega debía producirse durante «fines de agosto y principios de septiembre», SAP Alicante, núm. 477/2017, de 7 de diciembre (ROJ 3027/2017); de productos químicos con entregas mensuales, SAP Barcelona, núm. 405/2013, de 18 de julio (ROJ 7870/2013); de prendas de ropa para cada campaña o temporada, SAP Madrid, núm. 72/2013, de 11 de febrero (ROJ 2417/2013); de material para una construcción urbanística, donde los materiales, su precio y el plazo durante el cual éste se garantizaba venían indicados en el contrato, SAP Santa Cruz de Tenerife, núm. 1/2009, de 8 de enero (ROJ 94/2009); así como de leche, SAP León, núm. 32/2012, de 16 de enero (ROJ 15/2012) y de aceite de girasol, SAP Sevilla, núm. 424/2012, de 11 de septiembre (ROJ 3244/2012), donde el objeto del contrato, el precio y los plazos de entrega venían determinados contractualmente. En cambio, otros precedentes ponen de relieve que la falta de determinación es más propia de los suministros por estar ligados a las necesidades del suministrado, véase la SAP San Sebastián, núm. 72/2017, de 20 de abril (ROJ 352/2017), donde no se está ante un contrato «*para satisfacer una necesidad puntual o concreta [...], sino ante una relación contractual que responde a la entrega continuada o periódica [...] para la satisfacción de una necesidad duradera*»; SAP Zaragoza, núm. 82/2012, de 9 de febrero (ROJ 266/2012), enjuiciando un contrato «*en virtud del cual la actora se comprometía a remitir mercaderías conforme a las peticiones que le hiciera la demandada a cambio de un pago continuado*»; o SAP Tarragona, núm. 303/2010, de 21 de septiembre (ROJ 986/2010), donde los diferentes artículos de marroquinería se van entregando según las necesidades del suministrado.

³¹⁴ Lo habitual será recurrir a fórmulas que hagan posible su determinación, como el juego de límites mínimos y máximos y la determinación respetando un plazo de preaviso. Las prestaciones del suministro también pueden quedar determinadas desde la suscripción del contrato si las partes así lo han querido, por lo que este indicio no siempre será adecuado para calificar el negocio, *cfr.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.138.

C. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA COMPRA-VENTA EN EXCLUSIVA

Cuando hablamos de compraventa en exclusiva, podemos estar refiriéndonos a varios negocios diferentes. Tradicionalmente se ha denominado así al contrato de distribución en exclusiva o de concesión³¹⁵. Otras veces, será solo una compraventa ordinaria que se ha suscrito incorporando una cláusula de exclusividad³¹⁶. Finalmente, y volviendo al fenómeno de la distribución, también puede referirse a una compra y venta en exclusiva³¹⁷. En este apartado cabe detenerse en la segunda

³¹⁵ La falta de uniformidad en la terminología empleada era frecuente en la jurisprudencia, que utilizaba las denominaciones distribución y venta seguidas del calificativo «en exclusiva» para hacer referencia a fenómenos parecidos, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., «En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución», *Curso de Derecho y comercio*, núm.12 (1993), p.221. Concesión comercial es la denominación que le daban la doctrina belga y francesa, y que fue adoptado por la española para diferenciar este contrato de distribución de otros. En sus orígenes, entre nosotros recibía el nombre de «venta en exclusiva» o «exclusiva de venta». A raíz del Reglamento de la Comisión de la CEE 1983/83 recibe el nombre de «distribución exclusiva», contraponiéndolo a la compraventa en exclusiva. *Vid.* VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.180. La STS núm. 824/1987, de 12 de diciembre (ROJ 7983/1987) trata de un contrato «de compraventa, representación o suministro» suscrito con un pacto de exclusiva, que en primera instancia fue calificado como una compraventa en régimen de exclusiva y que el TS concibe como un contrato de concesión de venta en exclusiva. En el mismo sentido, la STS núm. 417/1955, de 29 de octubre (ROJ 2924/1955), donde habla de «contrato de venta con exclusiva» al examinar un contrato de distribución exclusiva.

³¹⁶ *Vid.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica, op.cit.*, p.109. Del mismo autor, *Tratado de Derecho civil*, vol. IV, *op.cit.*, p.103. También BADENES GASSET, R. *El contrato de compraventa, op.cit.*, p.108 y ss., quien considera que el pacto de exclusiva matiza el contenido del contrato con suficiente relevancia. Así, cuando la exclusiva opera a favor del comprador, al convertirse éste en el único cauce para la salida de los productos del vendedor, el contrato de compraventa originario al que se le inserta una exclusiva desemboca en una concesión en exclusiva. En cambio, cuando la exclusiva obliga al vendedor a proveer únicamente al comprador dentro de un territorio, la reiteración de la prestación desembocará en un suministro. Con todo, apunta el autor la frecuencia de los pactos de exclusiva en la compraventa, sobre todo en aquellas celebradas entre empresarios.

³¹⁷ ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, pp.193 y ss., habla de la compra y de la venta en exclusiva como dos modalidades de la compraventa o la distribución en exclusiva. Nos define el primero como el contrato donde el

de las modalidades, dejando el contrato de concesión y las figuras de la compra y de la venta en exclusiva para un apartado distinto.

La exclusividad implica que las partes asumen una obligación de no hacer³¹⁸. Se materializa a través de una cláusula contractual, integrándose como un acuerdo accesorio que cumple una función complementaria y que no modifica el contrato al que se integra³¹⁹. Con frecuencia

distribuidor se compromete a adquirir los productos solamente del proveedor, o a las empresas vinculadas a él. En cambio, en el segundo es el proveedor quien asume la obligación de no vender sus productos a otro empresario distinto del distribuidor dentro de un determinado territorio. Asimismo, los dos pactos pueden coincidir en un mismo contrato simultáneamente. La terminología, en cambio, no tiene por qué coincidir con el verdadero negocio que están celebrando las partes. *Vid.* SAP Barcelona, núm. 152/2021, 12 de marzo (ROJ 2655/2021), en la que se enjuicia un contrato de *compraventa en exclusiva* donde el adquirente se obligaba a adquirir durante tres años, al menos, la cantidad mínima de cerveza pactada, sin perjuicio de que pudiese ser mayor por sus necesidades. La finalidad de reventa que subyace en el negocio nos revela que nos encontramos ante un contrato de distribución. De otra parte, la incorporación a un contrato de compraventa de una cláusula de duración en la que se reitera la prestación pone de relieve un interés en el abastecimiento, propio de un suministro, como también ocurre en las compraventas de carburantes, SSAP Madrid, núm. 356/2004, de 5 octubre (ROJ 12702/2004) y Las Palmas, núm. 575/2004, de 7 octubre (ROJ 3167/2004). Estos errores a la hora de calificar un contrato donde hay un intercambio de bienes junto a una cláusula de exclusiva también fueron denunciados en su momento por PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, p.34.

³¹⁸ PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro, op.cit.*, p.90, expone que la cláusula de exclusiva equivale a una obligación de no hacer, lo que supone una limitación de la competencia para futuras relaciones de compra o de venta. Este pacto despliega una importante función económica, al multiplicar el valor económico que las partes esperan obtener de la prestación al excluir a terceros al contrato de las prestaciones sobre las que éste crea una exclusividad, de ahí que la autora haga hincapié en la incidencia en el ámbito de la libre competencia.

³¹⁹ Así lo ha considerado el TS desde antiguo, véase S. núm. 417/1955, de 29 de octubre (ROJ 2924/1955), donde declaró la autonomía de esta cláusula y su insuficiencia para alterar la naturaleza del negocio al que se integra: «La cláusula de exclusiva, no priva al contrato al cual se une (venta, suministro, mandato, arrendamiento de servicios, mutuo depósito, etc.), de la naturaleza que deriva de la estructura sustancial y del fin jurídico económico de la relación que tiene carácter preeminente, si bien modificado a veces sustancialmente sus elementos siendo necesario para que pueda hablarse de un contrato mixto, que al pacto de exclusiva se agregue otro que represente una obligación autónoma asumida con ocasión del contrato principal, como

esta obligación refiere a no suscribir un contrato que reúna las mismas prestaciones o recaiga sobre el mismo objeto que aquel que contiene la exclusiva³²⁰. Es frecuente encontrarlo, además de en la compraventa, en los contratos de agencia, intermediación inmobiliaria, propiedad industrial e intelectual, mandato, comisión, e incluso de las relaciones laborales.

La eficacia de la cláusula está ligada a un contrato con obligaciones duraderas, donde tiene sentido incorporar una prohibición de contratar con terceros las mismas prestaciones o el mismo objeto contractual mientras dure la vigencia de aquel que la prevé. En este caso, el contrato reviste un especial valor económico, ya que las prestaciones solamente pueden obtenerse de la parte a favor de la que opera la exclusiva³²¹.

La doctrina, aunque no es unánime, también admite la incorporación de la exclusiva en los contratos de tracto instantáneo³²². En tales casos

cuando en el contrato de venta con exclusiva, el comprador se obliga a desenvolver una particular actividad para la difusión de la mercancía, que es objeto del contrato de compraventa, dándose en tal supuesto una relación mixta de venta y de arrendamiento de servicios a la cual puede unirse». En este sentido, también SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica, op.cit.*, p.109; GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.127; PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp.37 y ss.

³²⁰ Esta limitación de la libertad de contratación de alguna o ambas partes es interesante desde un plano concurrencial, lo que no ha pasado desapercibido para el legislador comunitario, PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, pp. 33 y ss.

³²¹ Vid. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Tecnos, Madrid, 1966, p.312-314. El autor, comentando la STS de 29 de octubre de 1955, respecto a la infracción de una cláusula de exclusiva inserta en un contrato de suministro, advierte que la «esencia del contrato de exclusiva se halla, pues, en no realizar o en no recibir determinadas prestaciones. Ahora bien, como quiera que toda prestación es, en definitiva, el objeto de un contrato resulta que el pacto de exclusiva a lo que propende, en realidad, es a impedir la celebración de determinados contratos». Concluyendo el autor que la exclusiva entraña siempre una obligación de no contratar.

³²² PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, pp.119-120. PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro, op.cit.*, pp. 94-95. Para la autora, una compraventa con exclusiva es un contrato ya perfecto, por lo que no

se afirma que la cláusula mantiene cierta autonomía respecto de las obligaciones principales del contrato, de ejecución *uno acto*, de tal suerte que se integraría con una duración diferente a la de aquéllas³²³. Esto es, dicho pacto sobreviviría al contrato de su razón imponiendo a las partes una obligación de no hacer vinculada a una prestación ya pasada.

La cuestión, a nuestro juicio, es importante. La incorporación de una cláusula de exclusiva en un contrato de ejecución instantánea como es la compraventa no puede convertirlo en un contrato duradero, porque esto entraría en contradicción con una de las características esenciales de la exclusiva, que es la no modificación de la naturaleza del contrato al que se integra. Por lo tanto, incorporar este pacto de no hacer en un contrato de compraventa no puede degenerar en nuevas obligaciones de hacer (entrega y pago del precio) cuando éstas ya han sido ejecutadas. Cumplidas las obligaciones de las partes, la compraventa se ha consumado y el contrato se extingue. Admitir que la previsión de una cláusula de exclusiva obliga a las partes a adquirir y vender, nuevamente, de su contraria, conllevaría extender la eficacia del contrato. Las obligaciones instantáneas devendrían duraderas y, con ello, se estaría alterando la naturaleza del contrato de compraventa³²⁴.

Como vemos, la cuestión reviste una especial importancia en lo tocante al suministro. Si admitimos que la exclusiva puede tener relativa autonomía, en lo que se refiere a su duración, respecto de la obligación principal en un contrato de ejecución instantánea como la compraventa,

cabe sostener que es un contrato preliminar, ni una promesa de venta, ni un contrato normativo. *Vid.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, *op.cit.*, p.110, que también admite el carácter obligacional de este contrato sin que su exigibilidad esté sujeta a posteriores actos de confirmación.

³²³ PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, *op.cit.*, pp. 100 y ss. La autora no solamente defiende que la cláusula de exclusiva puede sobrevivir a la obligación principal en la que se integra, sino que considera que la cláusula puede revestir un carácter autónomo. PEÑA ROMERO, K., *La cláusula de exclusiva*, *op.cit.*, p.33 defiende también la eficacia del pacto de exclusiva más allá de la vigencia de la obligación principal.

³²⁴ En esta línea, puede verse FRANCESCHELLI, «Natura giuridica della compravendita con esclusiva», *Rivista del diritto commerciale*, núm. I (1939), pp.236 - 265.

se está admitiendo que puede vincular a las partes una vez extinguido el contrato. Sin embargo, en la práctica la eficacia de esta cláusula sería limitada, ya que no obligaría a las partes más que a abstenerse a celebrar un nuevo contrato de compraventa. En ningún caso esta exclusividad les obligaría a hacer nuevas adquisiciones o ventas con la misma parte. De lo contrario, repetimos, se excedería el contenido de la compraventa, que ya ha sido consumada³²⁵.

Esta reiteración en la obligación de dar tiene sentido en el suministro, donde la obligación es duradera y, una vez ejecutada, vuelve a repetirse. Con lo que las partes están obligadas a ejecutar nuevas prestaciones, con independencia de las pasadas. Cuando al contrato se le suma un pacto de exclusividad las partes solo podrán acudir a la otra para obtener esa prestación. En cambio, en la compraventa, al ser un contrato instantáneo que ya se ha ejecutado, no puede originar nuevas ventas. Aceptar esta posibilidad supondría desvirtuar la compraventa como resultado de incorporar una cláusula de exclusiva. Lo que pone de relieve el error al que puede llevarnos calificar un negocio como una compraventa en exclusiva, cuando se trata de un verdadero contrato de suministro en el que concurre una obligación duradera de suministro tanto para el proveedor como para el suministrado, en función de qué parte se vea constreñida por la cláusula de exclusiva.

³²⁵ En este orden de cosas, hablar de venta con exclusiva por la que el vendedor y el comprador se comprometen a adquirirse y transmitirse recíprocamente por un tiempo determinado equivale a hablar de contrato de suministro. *Vid.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica, op.cit.*, p.110, quien considera esta modalidad de venta como una especialidad de suministro. En el mismo sentido, *vid.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, op.cit.*, p.90, quien pone de manifiesto que la cláusula de exclusiva inserta en un contrato de compraventa en el que el vendedor debe entregar *en exclusiva* al comprador hace éste asumir una función propia de un distribuidor, con lo que la figura desemboca en un contrato de concesión. Siguiendo con este planteamiento, y volviendo a la instantaneidad de la compraventa, si admitimos que el negocio tiene esta naturaleza el comprador no debería estar obligado a realizar nuevas adquisiciones. Si las admitimos estamos introduciendo elementos (duración, reiteración de las prestaciones) ajenos a este negocio y, al tiempo, desdibujamos los límites con el suministro. Con todo, la cláusula de exclusiva no desvirtúa el contrato en el que se integra. Al contrario, en este caso reafirma que el contrato no es una compraventa sino un suministro en exclusiva.

D. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE COSAS

La distinción entre el contrato de suministro y el contrato de arrendamiento de cosas puede fundamentarse en dos aspectos fundamentales: el tratamiento en el traspaso de la propiedad de la cosa y la incidencia de la duración en el contrato. Respecto a la primera, por virtud del contrato de arrendamiento de cosas una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o el uso de un bien por tiempo determinado a cambio del pago de un precio cierto. En el arrendamiento esta prestación de entrega es única³²⁶. Su ejecución da inicio a la relación contractual, siendo la obligación principal del arrendador (1554.1º CC). Una vez ejecutada, el arrendador ha cumplido con la obligación de hacer instantánea que hay presente en este contrato, y entran en juego dos obligaciones duraderas. La del arrendatario, consistente en el pago del precio, y la del arrendador, consistente en un no hacer: mantener a aquél en el goce pacífico por el tiempo del contrato. No se requieren por parte del arrendador que se consumen nuevas entregas; lo que contrasta claramente con el contrato de suministro periódico. En éste la obligación de entrega se reitera durante el tiempo de vigencia del contrato. En cambio, el suministro continuado sí presenta una estructura similar a la del contrato de arrendamiento por lo que respecta a esta unicidad de la prestación. Al ser su prestación única, aunque ininterrumpida, sin que haya una repetición en la entrega, el esquema recuerda al de un contrato de arrendamiento de cosa. Lo mismo sucedería en el contrato de arrendamiento en el que hay una sucesión de entregas, cuya estructura es similar a la del suministro con entregas periódicas. En ambos casos, el criterio distintivo entre un contrato y otro será el traspaso del dominio de los bienes.

³²⁶ La obligación de entrega a la que se refiere el núm. 1 del art. 1554 CC presupone que la entrega sea con posibilidad de cumplimiento del destino pactado, ya que entregar en el aspecto jurídico en materia de arrendamiento es efectuar desplazamiento de posesión con posibilidad de dedicación por el arrendatario a lo que se hubiese convenido como base fundamental y motivo esencial del contrato en cuanto al destino a dar al local arrendado. El arrendador está obligado a entregar la cosa, que es su obligación principal, y ello con posibilidad de cumplimiento del destino pactado. Véanse al efecto las SSTs 2/2019, de 8 de enero (ROJ 4/2019); núm. 1311/2006, de 22 de diciembre (ROJ 7943/2006); núm. 599/2001, de 14 de junio (ROJ 5095/2001) y núm. 1149/1996, de 31 de diciembre (ROJ 7699/1996).

El arrendamiento obliga al arrendador a ceder el uso y disfrute de las cosas sobre las que recae el contrato durante un tiempo determinado³²⁷. Pero no pierde su propiedad³²⁸. Su entrega solo atribuye al arrendatario

³²⁷ Nos recuerda la STS núm. 866/2010, de 13 de enero (ROJ 290/2010), citando la STS de 8 de noviembre de 1968, que la causa de todo contrato de arrendamiento es la cesión del uso de la cosa sobre la que recae a cambio del pago de una renta o precio por el arrendatario durante el tiempo de vigencia del contrato, siendo lo propio en un contrato de tracto sucesivo como lo es el arrendamiento que el arrendatario haga uso de la cosa conforme al destino pactado, desnaturalizándose el contrato cuando hay una falta de utilización que se prolonga en el tiempo. En estos casos, como dispone la STS núm. 553/2009, de 15 de julio (ROJ 4827/2009), el contrato puede ser resuelto por contravenir lo dispuesto en el art. 1555.2º CC.

³²⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.392. En el suministro sí es necesaria la transmisión de la propiedad. Por tanto, para este autor con el suministro el deudor no entrega la cosa y tolera que el suministrado la disfrute como si ocurriría en un arrendamiento, sino que la entrega deberá acarrear un traslado en la titularidad del objeto del contrato. La posición de este autor no es, en absoluto, ni disparatada ni ajena a la realidad del tráfico mercantil: En primer lugar, porque si aceptamos que el suministro es un contrato afín a la compraventa no podemos ignorar que esta afinidad está conectada, precisamente, con la función traslativa que produce la entrega de la cosa, ya sea única en la compraventa o reiterada en el suministro. Así, ha sido una tradición en nuestra jurisprudencia remarcar la sentida cercanía del suministro a la compraventa en sentencias en las que se conocía de un contrato de suministro donde existía un desplazamiento pleno de la titularidad de la cosa (por todas, las SSTS 590/2002, de 13 de junio (ROJ 4307/2002) y 340/2003, de 3 de abril (ROJ 2300/2003)); y, entre nuestra doctrina, aquellos autores que han considerado el suministro como un contrato autónomo pero afín a la compraventa también lo han clasificado entre los contratos traslativos del dominio, como ahora VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.704 y ss. En cambio, SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, pp.400 y 417, cree inevitable la confusión que el suministro puede ocasionar con respecto la compraventa y el arrendamiento por encontrarse el primero entre las fronteras de estos últimos.

De otra parte, pocos precedentes jurisprudenciales pueden señalarse en los que las partes hayan configurado, libremente al amparo del art. 1255 del CC –que, recuérdese, sirve de acogimiento para todos los contratos atípicos presentes en el tráfico jurídico, como lo es el suministro–, una relación en la que el proveedor entrega, de forma duradera o periódica, la cosa que es objeto del contrato a cambio de un precio con la especialidad de que dichas cosas se entregan para su mero goce o disfrute, debiendo el suministrado retornarlas a su original propietario al finalizar el contrato.

facultades de goce y disfrute³²⁹. En este sentido, el arrendamiento es claramente diferenciable del suministro. Se trata de un contrato de cambio, adecuado para el traspaso del dominio. En su virtud, el proveedor traspasa la propiedad de las cosas y el suministrado la adquiere³³⁰. Puede plantearse la hipótesis de si el negocio del suministro admite un traspaso de la posesión sin que ello implique una transmisión de la propiedad. Bajo este planteamiento cabría un contrato en el que lo fundamental sería la entrega continua o periódica de cosas para cubrir una necesidad duradera, pero sin que su propiedad sea adquirida por el suministrado, quien solo dispondría de su uso o disfrute durante un tiempo determinado. Al acabar el término convenido las cosas se devolverían al proveedor-arrendador³³¹.

Esta hipótesis supondría incorporar al contrato de suministro una obligación de no hacer por el proveedor, relativa a mantener al suministrado en el uso y disfrute de las cosas durante el plazo pactado. Una obligación que es típica del arrendamiento, y que no cabe hacer extensiva a contratos típica y tradicionalmente concebidos como negocios que permiten el intercambio de bienes con pretensión de traspaso del dominio, como es el suministro³³².

³²⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; contratos y cuasicontratos*, op.cit., p.114.

³³⁰ El suministro es un contrato de intercambio de bienes. El adquirente suministrado busca la propiedad de las cosas que conforman el objeto del contrato. Una nota que lo distingue claramente del arrendamiento de cosas, *cf.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, op.cit., p.194.

³³¹ Esta posición fue defendida por FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, op.cit., p.214 y ss., para quien no es imprescindible para que podamos hablar de suministro que la entrega del bien se realice con la intención de transmitir su propiedad. La autora abogaba por admitir un suministro con prestaciones repetidas de entrega de cosas en las que se cedía el uso y disfrute, retornando a su propietario al finalizar el plazo convenido para ello. En este supuesto, la norma que estuviese llamada a disciplinar el suministro tendría que remitirse a la disciplina del tipo legal al que mejor se adecuen las prestaciones, siendo la compraventa cuando haya un traspaso del dominio o el arrendamiento cuando solo haya un uso y disfrute.

³³² MOSSA, L., *Il contratto de somministrazione*, op.cit., p.119 y ss., descartaba que la estructura del suministro pudiese dar cabida a prestaciones mediante las cuales las partes cediesen el uso y disfrute de la cosa y no se produjese un traspaso pleno de su titularidad. Para el autor italiano esta hipótesis desbordaría la figura del suministro y

Por otro lado, cabe advertir la distinta incidencia que el tiempo tiene en ambos contratos. El contrato de arrendamiento de cosa, al igual que el contrato de suministro, es de tracto sucesivo. La duración tiene incidencia en la voluntad de las partes, en la necesidad que buscan satisfacer, en la causa del contrato y en las obligaciones que asume cada una de ellas. Sin embargo, la duración tiene un significado distinto³³³. En el arrendamiento de cosas la duración no recae sobre la obligación de dar del prestador. Esta obligación se consume en el instante de la entrega. La duración que caracteriza el contrato tiene incidencia sobre una obligación de no hacer pareja a aquella obligación de entrega, consistente en mantener al arrendatario en la posesión y goce pacífico de la cosa durante el plazo concertado. Por tanto, la entrega es única y es en el goce y disfrute de la cosa por el arrendatario donde recae el *tracto sucesivo*. En cambio, en el suministro, la temporalidad incide sobre la pluralidad de entregas de la cosa. La actuación del tiempo en la obligación implica que la entrega se repite, dando así satisfacción al acreedor. En la medida en la que éste adquiere la propiedad de la cosa no hay una obligación duradera negativa de tolerar el uso y disfrute durante un periodo de tiempo. Es en la reiteración de la prestación característica de entrega donde la duración del contrato despliega su eficacia. Solo el suministro donde la obligación es continuada escapa de este esquema.

abarcaría prestaciones típicas del contrato de arrendamiento de cosa, por lo que se desnaturalizaría el primero y se confundiría con el segundo. La promulgación del Código civil italiano de 1942 ha resuelto este planteamiento: su art. 1677 se remite a la regulación del suministro en aquello no previsto para el arrendamiento continuado o periódico *de servicios*, omitiendo conscientemente el arrendamiento *de cosas*. En este sentido, NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione, op.cit.*, p.221. Entre nosotros, la doctrina ha sido constante en calificar el contrato de suministro como un negocio próximo o afín a la compraventa. Posición que ha sido recogida por el PCM que incorpora el contrato dentro del título dedicado a los contratos de intercambio de bienes, remitiendo a la normativa reguladora de la compraventa en todo aquello que no esté expresamente previsto.

³³³ Que el contrato de arrendamiento crea una relación obligatoria de tracto sucesivo ofrece pocas dudas, DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias, op.cit.*, p.259. No se trata de un contrato cuyo programa obligacional se agote en un momento, sino que exige una permanencia en el tiempo para el interés perseguido por las partes y la razón del contrato pueda desplegarse. En el mismo sentido STS núm. 204/2013, de 20 de marzo (ROJ 1895/2013).

Pero, aún en este caso, la duración tiene incidencia en la obligación positiva de entrega ininterrumpida.

E. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y ARRENDAMIENTO DE OBRA Y SERVICIOS

La similitud entre el suministro y el arrendamiento de obra se da cuando concurren en un mismo contrato una prestación de hacer y otra de dar. Esto es, cuando en el contrato el proveedor asume una obligación de fabricación o de producción, en donde se presentan difusos los límites del suministro y del arrendamiento de obra³³⁴. En estos casos, cabe adelantar que la figura del suministro es la que mejor responde a las pretensiones de las partes, tanto por la nota de duración, la pluralidad de prestaciones de entregas, y, sobre todo, por el régimen jurídico aplicable, propio del intercambio de bienes con traspaso del dominio sobre las cosas. A mayor abundamiento, ésta es la solución abrigada por la normativa administrativa al remitir al suministro público los contratos de fabricación³³⁵.

En los contratos de suministro así planteados es habitual que el *facere* preceda al *dare*, con lo que el negocio se encuentra a caballo entre la compraventa, el suministro y el arrendamiento de obra. La esencia del contrato de obra está en que una de las partes asume la obligación de ejecutar una obra mediante un trabajo previamente planificado. Las partes buscan un resultado determinado que deberá entregarse al comitente a cambio de un precio³³⁶. Luego, bajo el contrato de obra, pueden

³³⁴ La doctrina civilista tiende a reconducir al arrendamiento cualquier tipo de actividad productiva siempre que implique un encargo o un desplazamiento de un empresario a otro. *Vid.* ALCALÁ DÍAZ, M.A., *Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial, op.cit.*, quien remite al contrato de arrendamiento de obra, o de servicios cuando las obligaciones son de hacer.

³³⁵ El artículo 16.3, letra c) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, considera contrato de suministro el contrato de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

³³⁶ Al contrato de arrendamiento de obra se le pueden dar varias acepciones, como ahora contrato de obra, o contrato de empresa o contrato de ejecución de obra, *cfr.*

tener cabida multitud de planteamientos en los que alguien se obliga a obtener un resultado, como en el supuesto en que un contratista aporta (suministra) los materiales para la ejecución de una obra. Aquí, junto a la obligación de suministrar material, concurre una segunda prestación, también principal en el contrato, consistente en un hacer. Esta actividad puede ser anterior –*v.gr.*, la fabricación– o posterior –*v.gr.*, el montaje o instalación– a la entrega. Tanto en uno como en otro caso, habrá que valorar la relevancia de la prestación de hacer dentro del contrato para acertar en su calificación, en función de en cuál de las dos prestaciones reside el interés del acreedor³³⁷.

El suministro precedido de una obligación de hacer –la fabricación de cosas– se ha considerado por algún autor como un contrato afín a la compraventa, en donde el proveedor asume esta particular prestación de un servicio³³⁸. Otras veces han considerado que estas prestaciones

ESTRUCH ESTRUCH, J., «Artículo 1588. Convenios sobre la contratación de ejecución de obra», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p.479.

³³⁷ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.1625.

³³⁸ *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales*, *op.cit.*, p.146-148. El autor, que concibe el suministro como una modalidad de compraventa, ve en este negocio una compraventa especial donde el comprador asume una peculiar obligación de hacer consistente en la fabricación de los productos que debe vender posteriormente. Encuentra apoyo en la STJUE, C-381/08, de 25 de febrero de 2010, asunto Car Trim, donde el órgano judicial «responde a la primera cuestión prejudicial que aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de “compraventa de mercaderías” a los efectos del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial en materia civil y mercantil. Ahora bien, el TJUE no entra a calificar el negocio como una compraventa, sino que declara que, a los efectos de aplicación del Reglamento, deberá entenderse incluido en el concepto *compraventa*. La misma interpretación cabe dar del artículo 3.1 de la Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, donde la *consideración del contrato de suministro como compraventa* es a los efectos de hacer extensible a aquel contrato la aplicación de la Convención, que refiere constantemente a la compraventa. En fin, la misma conclusión debemos alcanzar respecto al concepto *suministro* de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en cuyo art. 1.4 se consideran contratos de compraventa los *contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse*. Como el propio precepto

de hacer excederían el tipo de la venta, situándonos ante un negocio atípico³³⁹. El TS, por su parte, ha recurrido a las normas de la compraventa para la resolución de los conflictos este tipo de contratos en los que previamente a la entrega de la cosa el vendedor asume su fabricación, lo que revela el peso que tiene cada una de las obligaciones dentro del programa obligacional³⁴⁰.

matiza, esta interpretación extensiva de la compraventa debe hacerse «a los efectos de esta Directiva», sin que debamos concluir que el legislador comunitario está haciendo una clasificación de los contratos. Prueba de que la normativa europea deja a los estados miembros la calificación de los contratos de acuerdo a sus tipos contractuales es la reciente Directiva (UE) 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en cuyo considerando duodécimo puede leerse: «La presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional».

³³⁹ Cuando aparece vinculada a la prestación de entrega la prestación de un servicio, como sucede en los contratos de abastecimiento de gas o de suministro eléctrico, se ha querido ver un negocio atípico en el que se integra la entrega de la cosa, propia de la compraventa, con la prestación de un servicio, propia de un arrendamiento de este tipo, *cfr.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica, op.cit.*, p.107. Bajo esta tesis, cuando en el contrato concurra una prestación de dar estaremos ante una venta por suministro, y solo cuando se añada una prestación de hacer habrá un contrato atípico y mixto, LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.197.

³⁴⁰ En estos contratos en los que, además de la entrega de bienes, hay un compromiso de fabricarlos, las fronteras entre el arrendamiento se diluyen con las de la compraventa, *cfr.* VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.707. La jurisprudencia es también consciente de la dificultad de diferenciar el contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento de obra. En alguna ocasión se ha recurrido al art. 651 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), que ordena que «Las disposiciones del derecho de compraventa de bienes serán aplicables a un contrato que se refiera al suministro de bienes muebles que se vayan a producir o fabricar». A este precepto acude la STS núm. 551/2011 de 8 de julio (ROJ 4898/2011), que lamentablemente retrocede en el estado de la cuestión y reputa como una modalidad de la compraventa el suministro. El litigio versaba sobre la aplicación de la regulación del contrato de obra o del contrato de compraventa al suministro de torres eólicas. Aunque el conflicto, tal y como es descrito en la sentencia, se acercaría más a la compraventa con entregas fraccionadas, por cuanto las torres eran entregadas a medida que iban siendo fabricadas, el alto tribunal, al descartar la aplicación de las normas del contrato de obra y someter el negocio a la compraventa declara *indudable* que el suministro se

A nuestro juicio, cuando en un contrato de *tracto sucesivo* se introduce una obligación de hacer anterior a cada una de las entregas, no podemos hablar de compraventa, precisamente porque en el negocio concurren las notas que hemos indicado anteriormente para distinguir el suministro de la venta: la duración y la pluralidad de las prestaciones³⁴¹. Del mismo modo que calificamos el negocio de compraventa cuando no reviste carácter duradero ni hay una pluralidad de prestaciones de entrega, cuando concurren estas dos notas junto a una sucesiva prestación de hacer el negocio se revela más cercano al suministro que la compraventa. Despejada esta incógnita, cabe afirmar que el contrato será un suministro y no un arrendamiento cuando la prestación que verdaderamente interesa al acreedor sea la entrega de las cosas, razón, por otra parte, de la prestación de hacer que la precede. Aunque será una cuestión circunstanciada, la obligación de dar tiende a revelarse como la verdadera razón por la que se suscribe este contrato³⁴².

trata de una modalidad de la compraventa. Sin perjuicio de esta opinión jurídica, al art. 651 BGB se ha remitido también la STS núm.7/2014, de 17 de enero (ROJ 192/2014). Otros ordenamientos como el italiano reconducen al *appalto* estos negocios. Con ello, simplifica la distinción al afirmar que el contrato de suministro sólo puede tener por objeto cosas muebles. Cuando en el acuerdo concorra una prestación periódica o continuada de servicios constituirá un *appalto* y no un suministro, *cfr.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, pp.28-29. A pesar de la distinción, al contrato de *appalto* le serán aplicables las normas relativas al contrato de suministro en todo aquello que sea compatible con su naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1677 *Codice civile*.

³⁴¹ Si el vendedor tiene que fabricar las cosas para poder entregarlas, el contrato adquiere una naturaleza mixta entre el arrendamiento de obra y la compraventa, pero será este último contrato el decisivo en el negocio, *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.416. Ahora bien, no perdamos de vista que la compraventa es un negocio de tracto único, por lo que cuando el negocio tiene carácter duradero nos coloca en sede de suministro.

³⁴² El TS recurre a las normas de la compraventa en los contratos de intercambio de bienes donde concurre una prestación de hacer, con lo que, sin perjuicio de que se califique como suministro o compraventa, dichas reglas también serán aplicables cuando el negocio revista las cualidades de suministro como consecuencia de la atipicidad del contrato. La regulación prevista para la compraventa será de aplicación en la medida en que no contradiga la naturaleza del suministro y su particular carácter duradero, *cfr.* ACEDO PENCO, A., *Derecho de contratos: cuasicontratos y responsa-*

Menos conflictiva es la calificación del contrato donde la prestación de hacer es posterior a la de dar, aunque debemos distinguir entre servicios como la instalación o el montaje de la cosa, del supuesto recogido en el art. 1588 CC. En el primero de los casos, la prestación de justifica la celebración del contrato será la de entrega, sin perjuicio de que el interés del acreedor solo pueda satisfacerse plenamente si se completa con la instalación de la cosa. En estos casos, cabe afirmar que la prestación que mayor interés reviste para el suministrado es, precisamente, el suministro de cosas, siendo su instalación accidental. Distinto es el supuesto recogido en el 1588 CC, en sede de arrendamiento, que dispone que podrá contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material³⁴³. Aquí, aunque los materiales constituyen un elemento importante dentro del negocio, que son aportados por el ejecutante de la obra³⁴⁴, el elemento relevante es la propia obra. El contratista no busca adquirir la propiedad de las cosas individualmente, sino

bilidad extracontractual, Dykinson, Madrid, 2017, p.207. En el mismo sentido, AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2297, que afirma que en el contrato de suministro el servicio que deba ejecutar antes de la entrega el proveedor, como pudiera ser la fabricación de las mercancías, es inherente a su posterior transmisión. La entrega, y no la actividad precedente, es el fin perseguido por las partes en el suministro, y que aleja este contrato del arrendamiento de servicios.

³⁴³ Nuestro CC se separa de la tradición romanista que consideraba contrato de venta el encargo de una obra con la entrega por parte del contratista de los materiales, recogiendo en sede de arrendamiento esta modalidad de contrato de arrendamiento. Sigue, de este modo, el modelo formulado por el *Code Civil* de Napoleón, *cfr.* ESTRUCH ESTRUCH, J., *Artículo 1588. Convenios sobre la contratación de ejecución de obra*, *op.cit.*, p.480. Otros ordenamientos, sin embargo, continúan considerando que cuando el vendedor ha de fabricar o producir el bien, sea con materiales suyos o con materiales proporcionados por el comprador, se estará ante un contrato de compraventa. De hecho, esta es la línea seguida por el CISG, *vid.*, PERALES VISCASILLAS, M.P., *Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías*, *op.cit.*, p.1127.

³⁴⁴ NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.616, considera este negocio como una compraventa. La cuestión no es baladí, pues entre el arrendamiento y la compraventa existen algunas diferencias importantes, como por ejemplo la transmisión de los riesgos: reputándose compraventa, los

recibir las en conjunto o en funcionamiento, como el resultado de un trabajo realizado por el prestatario; con lo que se descubre que el contrato deberá ser calificado como un arrendamiento de obra³⁴⁵.

Antes de cerrar este apartado conviene hacer mención al contrato de arrendamiento de servicios. Las notas características del suministro, la duración y la pluralidad de prestaciones, caben en un contrato de arrendamiento de servicios. Sin embargo, la distinción puede justificarse, principalmente, si atendemos al objeto sobre el que recae el contrato. Este arrendamiento de servicios tiene por objeto la realización de una actividad a cambio de un precio cierto, mientras que el suministro recae sobre cosas muebles genéricas. Adicionalmente, cabe recordar que el arrendamiento de servicios es un contrato de medios. El arrendador no paga el precio por la consecución de un resultado sino por el ejercicio de una actividad. En cambio, el suministro es siempre un contrato de

riesgos serían asumidos por el contratista si la obra se deteriorase antes de su entrega; sufriendo, por tanto, la pérdida de materiales *ex* artículo 1452 del Código civil.

³⁴⁵ Esta es la línea seguida por los ordenamientos de nuestro entorno, *cf.* PERALES VISCASILLAS, P., «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Actualidad civil*, núm. 47-48 (2003), p.1201. También es ilustrativa a estos efectos la STS núm. 322/1982, de 7 de julio (ROJ 1402/1982): «la calificación que conviene a lo pactado es la de arrendamiento de obra con suministro de materiales que contempla el artículo 1.588 del Código Civil y que acertadamente le atribuyó la sentencia de instancia ya que la "naturaleza jurídica mixta" de que habla no es sino expresar lo que reiteradamente enseña la jurisprudencia de esta Sala sobre el arrendamiento de obra con suministro de materiales: que no cabe desconocer que este contrato incorpora, en la modalidad considerada de obra con suministro de materiales, algunos caracteres propios de la compraventa, siquiera sea de cosa futura, pero manteniéndose como esencial la actividad dirigida al resultado comprometido y quedando sujeto por ello a normas específicas; siendo decisivo en el caso propuesto a la interpretación el dato de que lo convenido no fue la entrega de diversos objetos de interés (depósito, compresor, vaporizador), sino la de esos materiales debidamente instalados en lugar determinado y según un proyecto [...] terminando la entrega sólo con la instalación dispuesta para el perfecto funcionamiento del conjunto de todos y cada uno de los aparatos y accesorios». En estos casos, el arrendamiento de obra se centra en la actuación cualificada del contratista, en la sentencia transcrita la instalación y pueda en funcionamiento de una instalación de gas. *Vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.1590.

resultado, donde el fin perseguido por el acreedor es la obtención del bien sobre el que recae la obligación de suministro³⁴⁶.

F. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA DISTRIBUCIÓN

La distribución constituye hoy en día una pieza fundamental en nuestra economía³⁴⁷. Los negocios que se integran en este fenómeno comercial generan una relación de carácter estable y de colaboración, con el fin de hacer llegar los productos del fabricante al consumidor mediante su reventa por el distribuidor³⁴⁸. Aunque se carece de un concepto legal

³⁴⁶ Vid. AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2297. El resultado perseguido nos permite delimitar el suministro del arrendamiento servicios. También en este sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales, op.cit.*, p.146.

³⁴⁷ Una nueva etapa en el ámbito de las relaciones comerciales marcado por la sofisticación y especialización de las empresas, que ha llevado a los mercados a ser sustituidos por redes, y a los vendedores y compradores por proveedores, distribuidores y usuarios. Las nuevas formas de organización empresarial han resultado en nuevas figuras contractuales, como prueba el carácter atípico de muchas de ellas. Cfr. MARTÍ MIRAVALLS, J., «El contrato de franquicia», en VÁZQUEZ ÁLBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.85. Buena prueba de la importancia práctica que ha alcanzado la distribución comercial en nuestra economía son los Reglamentos de la Comisión Europea de exención de la prohibición contenida en el art. 81 del Tratado de la CE a ciertos acuerdos verticales y prácticas concertadas. Así, los contratos de distribución chocan con el apartado primero del citado artículo, por cuanto incluyen cláusulas de fijación de precios, de distribución de territorios o clientes, imponiéndose un número de ventas o la prestación de determinados servicios, entre otras. Sin embargo, las eficiencias de este tipo de contratos justificaron la pronta adaptación de la normativa comunitaria mediante los Reglamentos de exención por categorías. Para una exposición más detenida, véase GORRIZ LÓPEZ, C., «Distribución comercial y Derecho de la Competencia: pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.6, 2010, pp.37-76.

³⁴⁸ CAÑABETE POZO, R., «La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela», *La Ley Mercantil*, núm. 26 (2016), p.10, pone de relieve la importancia que ha adquirido el fenómeno de la distribución comercial en España. A la vista de las necesidades de la empresa se han configurado y consolidado distintas técnicas de distribución. Son un mecanismo apropiado para el crecimiento de la empresa y la comercialización de sus bienes y de sus servicios.

que nos defina la distribución, comúnmente se admite que la distribución refiere a un conjunto de negocios en los que el distribuidor adquiere en firme mercancías para su reventa, en nombre y por cuenta propia, promoviendo los intereses del fabricante, para lo que se integra en su red de distribución y se somete a su disciplina³⁴⁹; prestando, asimismo, servicios complementarios³⁵⁰. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, se entiende la distribución como el conjunto de técnicas, procedimientos y contratos dirigidos a hacer llegar un pro-

³⁴⁹ Es la nota más característica de los contratos de distribución integrada, y que sirve para clasificar en ella aquellos contratos cuya finalidad perseguida por las partes no se limita a la reventa de los bienes adquiridos del empresario principal, sino que presentan una causa más compleja. Lo pretendido «es la comercialización conforme a unos criterios y reglas establecidas por el productor o fabricante, de modo que el distribuidor va a quedar así integrado en una red o canal de distribución, abanderada por la marca y otros signos distintivos». GALÁN CORONA, E., «Los contratos de distribución», en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p.15. De hecho, de la integración en esta red de distribución es de la que derivan las principales virtudes que ofrecen estos contratos. Sobre un estudio en profundidad sobre este tema, puede verse RUIZ PERIS, J.I., *Claves del Derecho de redes empresariales*, UV, Valencia, 2017.

³⁵⁰ VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, op.cit., p.1640. La finalidad distributiva empuja a las partes a establecer vínculos de colaboración, resultado del interés compartido en la colocación y venta de los productos del fabricante por el distribuidor. Esta colaboración se traduce en el sometimiento del distribuidor al control y seguimiento de la otra parte, pasando a integrarse en su red de distribución. Este sometimiento excluiría contratos como el de agencia, comisión, mediación y corretaje, dado que agentes, comisionistas, mediadores e intermediarios desarrollan su actividad con mayor independencia. Y, por supuesto, el suministro, que desde luego no entraría en este concepto estricto de *distribución*, en la medida en que en su causa – el interés en estar abastecido, en garantizarse la satisfacción de una necesidad futura – no es primordial la finalidad de reventa que subyace en la distribución, al tiempo que no hay un seguimiento o control por el fabricante de los productos suministrados, *cf.* TORRUBIA CHALMETA, B., *El contrato de distribución selectiva*, op.cit., p.96. MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, op.cit., pp.27 y ss., expone que dentro del fenómeno de la distribución comercial se integran una serie de funciones generales, como es el acercamiento físico de los productos de su lugar de producción a su lugar de comercialización, su almacenamiento, el mantenimiento de inventarios, la generación de demanda, la prestación de servicios postventa, etc. Todas estas actividades y prestaciones se articulan en torno a diferente tipo de contratos, algunos de los cuales entran dentro del concepto de distribución indirecta integrada, entre los que no cabe el contrato de suministro.

ducto o un servicio desde la empresa productora, fabricante o proveedora hasta el consumidor final³⁵¹, en donde también quedarían englobados los contratos de agencia y comisión, el estimatorio y el suministro. Todos ellos pueden ser útiles para esta finalidad de colocación y acercamiento de los productos al consumidor, aunque en mayor o en menor medida el fin que se persiga no sea precisamente éste³⁵². De hecho, el riesgo que se corre al adoptar este concepto amplio es que se desvirtúe lo que se entiende por distribución. Por esta razón parece más adecuado atender a un concepto estricto, bajo el cual la distribución queda referida a los contratos de concesión, las distribuciones autorizada y selectiva y la franquicia; así como la *compra en exclusiva* y la *venta en exclusiva*. Conformando, todos ellos, el núcleo esencial de los contratos que comprende³⁵³.

³⁵¹ ALONSO SOTO, R.J., *Tipología de los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.57. Expone el autor que la distribución ha experimentado un enorme cambio, y en la actualidad podría comprender desde los negocios clásicos centrados en el simple cambio de mercancías hasta los más actuales en los que las empresas se integran en torno a una marca impulsados por los beneficios económicos, la especialización y la estandarización de la producción. Este concepto amplio de distribución incluiría los contratos de agencia, comisión, mediación, suministro y la licencia de marca, *cfr.* TORRUBIA CHALMETA, B., «El contrato de distribución selectiva», *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, núm. 8 (2011), p.94.

³⁵² Entre los autores que ofrecen una definición amplia de los contratos de distribución, CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *Actualidad del contrato estimatorio: su problemática*, *op.cit.*, p.1208. Desde esta perspectiva, es distribución cualquier técnica empleada por productores o mayoristas en el mercado para hacer llegar sus productos al consumidor final, *cfr.* GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, p.138. Interesa traer aquí las consideraciones de ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., «La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dirs.), *Los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.94: «Por simplificar, cuando se sobrepasa el sistema de intercambio sinalagmático simple que supone la compraventa como intercambio de capital real (bienes o servicios) por capital monetario (dinero) y se establece un sistema organizado de colaboración entre empresarios para la comercialización, podríamos hablar de distribución comercial».

³⁵³ Qué contratos quedan comprendidos bajo el concepto *distribución* no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina, como recuerda PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *La terminación de los contratos de distribución*, *op.cit.*, pp.7-8. El número de contratos que se localizan dentro del concepto de distribución dependerá de si atendemos a un concepto amplio o restringido del término. Dentro de la noción amplia se identifican el contrato de comisión, agencia, mediación, suministro exclusivo, concesión comercial

Los contratos de distribución *strictu sensu* comparten una causa contractual, siendo útiles para cumplir la función distributiva o de comercialización que caracteriza el fenómeno³⁵⁴. Se pone de relieve que el fenómeno de la distribución comercial se trata de un sistema dinámico en el que los productos están en continuo flujo, trasladándose desde la parte alta de la cadena hasta el cliente, pasando por varios empresarios que interrelacionan sus actividades para acercarlos a su destinatario final. Para que puedan desplegar esta función requieren un constante suministro de bienes, de suerte que la relación de distribución gira en torno a una relación de abastecimiento entre el cabeza de la red y los distribuidores, de donde se detrae la importancia que tiene la obligación de suministro en el conjunto obligacional de estos contratos³⁵⁵. De hecho, que se constituya como el verdadero eje aglutinador de estos contratos lleva a que la distinción entre el contrato de suministro y los contratos que conforman la distribución no sea una tarea sencilla³⁵⁶. En

o distribución exclusiva, distribución selectiva o autorizada, franquicia, e incluso los contratos de licencia de marca, de licencia de patentes y de licencia de *know how*, como apunta ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Duración de los contratos de distribución comercial», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C., *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, p.539

³⁵⁴ Una función que consiste en promover la colocación y contratación en el mercado de productos y servicios, marcados por un alto grado de confianza entre los empresarios que se integran en el canal o red de distribución, *cfr.* PILOÑETA ALONSO, L.M., «Contratos mercantiles», Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.321.

³⁵⁵ La distribución comercial, en tanto actividad tendente a acercar los bienes desde el fabricante principal hasta los consumidores y destinatarios finales, se construye en torno a una relación de aprovisionamiento y de reventa. Sobre la relevancia que tiene dentro de los contratos de distribución el aprovisionamiento constante de los distribuidores, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, Reus Madrid, 2016, pp.57 y ss.

³⁵⁶ El funcionamiento adecuado de la red de distribución exige un flujo continuado de bienes, siendo de hecho, el elemento aglutinador de los diferentes contratos que se integran en la distribución comercial, *vid.* ALONSO SOTO, R.J., *Tipología de los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.62.

algunas ocasiones se concibe como un suministro negocios que verdaderamente se adecúan mejor a un contrato de distribución³⁵⁷.

a) La obligación de suministro en los contratos de distribución

El conjunto de negocios que integran la distribución comercial conjuga obligaciones típicas de otros contratos³⁵⁸, donde destaca, como se ha dicho, la obligación de aprovisionamiento o de suministro³⁵⁹. Sería imposible la consecución de los fines perseguidos por la distribución sin el compromiso de mantener abastecido al distribuidor³⁶⁰. Estas relacio-

³⁵⁷ En el ámbito de las centrales de compra es habitual encontrar contratos de suministro que suelen tener un contenido más amplio y propio de otro negocio, como pudiera ser el de distribución selectiva. Aunque habrá que analizar caso por caso, puesto que en el ámbito de las centrales de compra la casuística puede ser muy variada, se acusa un abuso del contrato de suministro para englobar otros tipos contractuales, *cf.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., «Formularios logísticos: contrato de suministro/afiliación a central de compra para la distribución multiproducto: claves para su análisis», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2 (2008), pp.136-137.

³⁵⁸ Las colaboraciones que se generan son tan estrechas que llegan a configurarse relaciones jurídicas a caballo entre el Derecho de sociedades y el Derecho de contratos, RUIZ PERIS, J.I., «Un derecho específico para las redes empresariales», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, *op.cit.*, p.80.

³⁵⁹ Con las peculiaridades propias de la distribución, en donde los actores económicos han adaptado las prestaciones para satisfacer sus intereses. De modo que encontramos, junto al suministro tradicional que va desde el cabeza de la red hacia sus distribuidores, esquemas más complejos como el suministro cruzado, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, pp.60-61.

³⁶⁰ En los contratos de distribución, es imposible atender la necesidad constante en un único acto de intercambio. La obligación de suministro se integra en el programa básico de contratos como la concesión, la distribución selectiva o la franquicia, con lo que se da satisfacción a la demanda de productos del titular de la marca durante la vigencia del contrato, *cf.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p.184. También ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.264. Por su parte, JARNE MUÑOZ, P., *El intuitu personae en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.75 resalta, entre las manifestaciones del deber de diligencia exigible a las partes en estos contratos, las relativas al aprovisionamiento de los distribuidores.

nes jurídicas orientadas a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios³⁶¹, pasando de un fabricante a un distribuidor y que extiende su vigencia en el tiempo, exige un constante flujo de productos. Un desabastecimiento del distribuidor quebraría la función económica de estos contratos e impediría su desenvolvimiento, además de suponer un flagrante incumplimiento por el principal del contrato³⁶². Para evitarlo, se incorpora una obligación de suministro, que dentro del programa obligacional tiene carácter esencial³⁶³. Sin ella, la razón del contrato, su cumplimiento y el fin económico perseguido por las partes

³⁶¹ La categoría de los contratos de distribución se caracteriza por la existencia de una colaboración económica estable entre empresarios independientes que se traduce en una introducción del distribuidor en la red del titular de la marca, como sucede en la concesión o la franquicia, *cfr.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Concesión mercantil y franquicia. Especialidades», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.135.

³⁶² Además de generar una mala imagen de marca bajo la que se integra toda red, que aparece ligada a un correcto y regular abastecimiento para satisfacer la demanda del consumidor final, *cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., «Suministro de productos objeto del contrato: cláusulas de exclusiva y suministros cruzados; obligación de suministro adecuado por el proveedor e información sobre reducción de la capacidad de suministro», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, *op.cit.*, pp.359 y ss.

³⁶³ Atender a necesidades constantes mediante contratos instantáneos resulta antieconómico e inseguro. La garantía de abastecimiento futuro que genera el suministro es un elemento esencial de este negocio, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.263. La incorporación de la prestación típica del suministro, a saber, las entregas repetidas, a los contratos de distribución garantiza al distribuidor el desempeño de su actividad comercial. Buena prueba de ello son las relaciones jurídicas creadas en el sector de las estaciones de servicio. La obligación de suministro de productos derivados del petróleo para las gasolineras es esencial para que los explotadores de éstas puedan desempeñar la actividad. Estas prestaciones son fundamentales. En la práctica totalidad de los casos se ejecutan de manera exclusiva, de forma que el distribuidor solo puede abastecerse de su principal. Dejar sin suministro a la estación de servicio supone impedirle el ejercicio de su actividad económica, de ahí la relevancia que tiene esta obligación dentro del contrato. *Vid.* MARTÍNEZ ROSADO, J., «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *Revista de Derecho de la competencia y la Distribución*, núm.5 (2009), pp.153-188.

no podría realizarse como resultado de la falta de productos que vender³⁶⁴.

En aras a evitar un posible desabastecimiento, con los perjuicios que esto genera tanto para el empresario distribuidor como para la imagen de toda la red, se adaptan las prestaciones, que completan el suministro básico desde el cabeza de la red hacia sus distribuidores, como son las cláusulas que obligan al almacenamiento de una cantidad mínima de productos, a cursar pedidos de manera periódica, a facilitar al cabeza de la red acceso al inventario de sus distribuidores o al suministro cruzado entre éstos³⁶⁵. Mediante estas disposiciones se garantiza el conti-

³⁶⁴ La prestación de suministro es fundamental en los contratos de distribución indirecta integrada. Es una actividad estratégica para los intereses de ambas partes, porque garantiza al proveedor una constante salida de sus productos, y garantiza al distribuidor estar abastecido y poder atender a su clientela. *Cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., *Suministro de productos objeto del contrato: cláusulas de exclusiva y suministros cruzados*, *op.cit.*, pp.359 y ss. Con lo que el abastecimiento insuficiente, o el desabastecimiento total, es un incumplimiento esencial del proveedor, SAP Madrid, núm. 113/2019, de 6 de marzo (ROJ 2837/2019) y SAP Oviedo, núm. 109/2018, de 9 de marzo (ROJ 771/2018). El bloqueo de las mercancías suele utilizarse como estrategia por parte del empresario principal en caso de impago por el distribuidor, cuyo desabastecimiento le impide continuar con la explotación del negocio, SAP Barcelona, núm. 404/2018, de 11 de julio (ROJ 6836/2018).

³⁶⁵ En las redes de contratos, como las denomina CAFAGGI, F., «Redes contractuales y teoría contractual», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, *op.cit.*, pp.32 y ss., expone, a colación de las *redes de contratos* (a saber: formas de colaboración flexible entre varias empresas interdependientes para la consecución de un fin común, pero sin la creación de una entidad organizativa separada), la importancia que puede revestir en el marco de una cadena de suministro la colaboración y la apropiada ejecución de las prestaciones de las empresas que conforman parte de la red contractual. La bilateralidad del contrato de suministro puede reconfigurarse generando una cadena donde un contratante principal delega determinadas tareas a diferentes subcontratistas que tienen que coordinarse entre ellos y con aquél. El autor pone como ejemplo la fabricación de bienes con materiales, diseños y compatibilidades específicas con otros componentes que son ejecutados por miembros de esa misma cadena de suministro, observándose la necesaria colaboración empresarial y la instrumentalización del contrato de suministro para este fin.

nuo flujo y entrada de mercancías, reduciendo el riesgo de desabastecimiento, con lo que se evitan posibles alteraciones de la demanda³⁶⁶. A los efectos que ahora interesan, conviene apuntar que la obligación de suministro se localiza en los contratos de distribución selectiva³⁶⁷,

³⁶⁶ Sobre la importancia que tiene en la distribución este tipo de cláusulas *vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D., «El contrato de distribución exclusiva», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.) *Contratos de distribución, op.cit.*, p.125.

³⁶⁷ Sobre la importancia que puede tener en el seno de un contrato de distribución selectiva la obligación de suministro puede verse la SAP Barcelona, núm. 280/2007, de 23 de abril (ROJ 2769/2007). Si bien una de las partes califica el contrato que le unía con su contraria como suministro, esto puede deberse a la pretensión de evitar la aplicación de la cláusula por clientela que se reclamaba de contrario. En sentido similar el caso enjuiciado en la SAP Barcelona, núm. 333/2019, de 14 de junio (ROJ 7061/2019), donde las partes partían de la existencia de un contrato de suministro que había servido de base para las entregas en un negocio que, para la AP, era de distribución autorizada. A la postre, este contrato gira en torno a la obligación del proveedor de suministrar a un número de distribuidores los productos que conforman el objeto del contrato en aras a su reventa, *cfr.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Distribución autorizada y distribución selectiva. Especialidades», en CARBAJO CASCIÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo, op.cit.*, p.113. El suministro es la principal obligación que asume el fabricante: la entrega regular de sus productos al distribuidor y, en su caso, los repuestos, recambios y accesorios. Pero también los materiales publicitarios necesarios para la promoción y venta de los mismos. TORRUBIA CHALMETA, B., *El contrato de distribución selectiva, op.cit.*, p.102.

en los de concesión³⁶⁸ y en los de franquicia³⁶⁹, como una forma de adquisición en firme de los productos, con el consiguiente traspaso de la propiedad del proveedor al distribuidor, asumiendo el riesgo de la operación³⁷⁰.

³⁶⁸ En el contrato enjuiciado por la SAP Madrid, núm. 268/2015, de 8 de julio (ROJ 10549/2015), el contrato suscrito por Schweppes como principal y Carbónica Murciana como distribuidora principal en la Región de Murcia incluía la obligación de suministro, efectuando pedidos mínimos periódicamente, con la obligación de almacenarlos para poder atender a repentinos aumentos de la demanda. En torno a esta obligación de suministro, PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, pp.40, la calificó como una sucesión de compraventas. «Se concluirán tantos contratos de compraventa como sean necesarios para satisfacer la necesidad de reventa del concesionario». Este planteamiento es coherente con la posición de la autora respecto del suministro, que contempla como una modalidad de venta. Más allá de esta calificación, la satisfacción de la necesidad duradera pone de relieve la importancia del suministro en el ámbito de la concesión mercantil para que el concesionario pueda desplegar sus actividades conducentes a la reventa de los productos que se le suministran.

³⁶⁹ En el seno de un contrato de franquicia de productos, las cláusulas de aprovisionamiento son naturales, aunque no necesariamente tienen que ser en régimen de exclusiva. Es asumible que en una red de franquicia existirán cláusulas de aprovisionamiento, normalmente en exclusiva, con el fin de que se cumplan las legítimas expectativas económicas del franquiciador, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, Juruá Editorial, Porto, 2018, pp.144-146. Por lo demás, el aprovisionamiento al franquiciador es necesario para el adecuado desenvolvimiento del contrato, *vid.* PILOÑETA ALONSO, L.M., *Contratos mercantiles, op.cit.*, p.343. En estos casos, es habitual que concorra un pacto de exclusiva, una obligación de no suministrarse de terceros extraños al franquiciador. Así lo pone de manifiesto la SAP Barcelona, núm. 980/2020, de 29 de mayo (ROJ 3957/2020), al declarar que el contrato de franquicia verbal no se sujetaba a las formalidades de un contrato de estas características al no haber regularidad en el suministro entre las partes, acudiendo el franquiciado a terceros vendedores, por lo demás una obligación esencial del contrato, SAP Santa Cruz de Tenerife, núm. 378/2019, de 7 de octubre (ROJ 2175/2019).

³⁷⁰ JARNE MUÑOZ, P., «¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada?», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm.17, 2015, p.11, acusa en este proceder la expansión y el éxito que ha constituido en el sector de la distribución que el distribuidor adquiera los bienes que se le suministran, alejando el riesgo de la actividad y posibilitando una expansión más rápida del sistema instaurado por el proveedor. El contenido y alcance de las prestaciones puede quedar prefijado en el contrato o bien ligarse a las necesidades que vayan surgiendo durante su vigencia, *cfr.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, p.185.

En todo caso, aunque el suministro despliegue una función principal en estos contratos de distribución, los fines e intereses de las partes contratantes y la inclusión de otras previsiones conducentes a la comercialización de los productos exceden el contenido típico del contrato de suministro. Es precisamente la integración en el programa contractual de prestaciones que exceden el aprovisionamiento lo que revela que las aspiraciones perseguidas por las partes van más allá del mero flujo de bienes, con lo que se persiguen otras prestaciones distintas a la adquisición de mercancía con el fin de satisfacer una necesidad. Esto nos permite distinguir, sin mayor dificultad, entre el contrato de suministro y las modalidades que integran el fenómeno de la distribución comercial, por cuanto no es propio del suministro la cesión de signos distintivos y del *know how*, como ocurre en los contratos de franquicia³⁷¹; ni el sometimiento a las instrucciones y condiciones determinadas por el empresario principal³⁷²; ni que en el contrato se integren obligaciones

³⁷¹ La transmisión del *know how* es un requisito básico en el contrato de franquicia tanto en la legislación comunitaria como en la doctrina y la jurisprudencia, *vid.* CARBAJO VASCO, D., DÍAZ ECHEGARAY, J.L. y DÍAZ ECHEGARAY, M., *El contrato de franquicia. Aspectos jurídicos, laborales y fiscales*, Tirant lo Blanch Valencia, 2018, p.106. La STS 254/2020, de 4 de junio (ROJ 1568/2020) tiene declarado que entre esta prestación de transferencia del *know how* y la formación al franquiciador y la contraprestación de pago de un canon de entrada existe una reciprocidad. Aquellas prestaciones, además, constituyen el presupuesto necesario para posibilitar el ejercicio de las facultades de explotación comercial del franquiciado, y nada tienen que ver con un contrato de suministro. Aun con todo, se aprecia la confusión que puede producirse entre contratos de distribución integrada y el suministro como consecuencia de la relevancia que tiene la obligación de suministro en él, *vid.* STS núm. 145/2009, de 9 de marzo (ROJ 1129/2009).

³⁷² GALÁN CORONA, E., *Los contratos de distribución*, p.15, apunta a que este sometimiento, que implica la integración del empresario en la red de distribución de su principal, es característica esencial de los contratos de distribución integrada. Como puso de relieve la STS núm. 332/2009, de 18 de mayo (ROJ 2906/2009), replicada posteriormente por la jurisprudencia menor, por todas, SAP Barcelona, núm. 628/2015, de 28 de febrero (ROJ 4968/2017), «Conviene recordar que el contrato de distribución es un contrato atípico, englobado dentro de los llamados de colaboración comercial [...] es un rasgo común a los contratos de colaboración, predicable singularmente del de distribución, con o sin exclusiva, y que los diferencia de una simple concatenación por tiempo indefinido de contratos de compraventa, la sujeción del colaborador respecto del empresario principal, al que corresponde impartir instrucciones y fijar las condiciones en que debe llevarse a cabo la distribución de los productos».

conducentes a la reventa de los productos suministrados³⁷³. Con lo que, en estos contratos, la relación de suministro se difumina entre otras obligaciones, como consecuencia de la peculiar configuración que las partes hacen de cada modalidad de contrato que integra la distribución comercial³⁷⁴.

b) La compra en exclusiva y la venta en exclusiva

Mención aparte requieren este negocio, denominado así en función de la parte a favor de la que opera la exclusiva y que ha sido tratado como si de un verdadero contrato se tratase. Así las cosas, la compra en exclusiva y la venta en exclusiva se han contemplado como dos contratos que forman parte del fenómeno de la distribución comercial³⁷⁵. En puridad, se trata de observar una compraventa desde las dos perspectivas que integran el negocio: la del vendedor y la del comprador. Por el contrato de compra en exclusiva el adquirente queda obligado a adquirir bienes solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe, a favor de quienes opera la exclusiva. En cambio, por el contrato de venta en exclusiva el proveedor se obliga a vender tan solo a un distribuidor dentro de una zona geográfica determinada. En ambos casos la operación tiene vocación comercializadora, con lo que se despliega una función de distribución de esos productos dentro de la zona geográfica que comprende la exclusiva³⁷⁶.

³⁷³ La reventa constituye en elemento esencial en este tipo de contratos, *cf.* MARÍN CASTÁN, F., «Los contratos de distribución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución, op.cit.*, p.53.

³⁷⁴ *Cfr.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada, op.cit.*, p.61.

³⁷⁵ El Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de junio de 2011, enumeraba en su art. 2 las principales modalidades de contratos de distribución, entre los que se encontraban la compra en exclusiva y la venta en exclusiva, entre otros contratos como la distribución autorizada, la distribución selectiva, la concesión mercantil o la franquicia.

³⁷⁶ ALONSO SOTO, R., «El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.) *Los contratos de distribución comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.38-39, enumera los distintos tipos que el legislador incluía en el proyecto de ley de contratos de distribución, llamada a disciplinar estos

En el *contrato* de compra en exclusiva las prestaciones se reducen, para uno de los contratantes, en la adquisición de bienes al proveedor, absteniéndose de obtener esos bienes de terceros; mientras que para la otra parte su obligación se centra en el suministro periódico de los productos³⁷⁷. Por su parte, en el *contrato* de venta en exclusiva, existe una obligación que asume el proveedor de suministrar sus productos o servicios a un determinado distribuidor dentro de una zona geográfica, absteniéndose de vender sus productos a otros distribuidores, mientras que la obligación de la otra parte se limita a adquirir estos bienes³⁷⁸.

Así entendido, este negocio no puede calificarse como una simple compraventa. Aunque en la base del mismo encontramos una vocación de transmisión de la propiedad y el intercambio de bienes, además de no concurrir otras obligaciones como sucede en las restantes figuras de la distribución, el programa obligacional descrito no responde a un contrato instantáneo donde la entrega es única, como sucede en la compraventa. Ya se ha dicho anteriormente que no nos parece adecuado plantear la compraventa como un contrato elástico en el que unas veces acoge prestaciones de cumplimiento instantáneo y otras veces presenta un cumplimiento sucesivo. En la venta, tras ejecutarse la entrega del objeto, que puede ser en unidad de acto o venir fraccionado en una sucesión de entregas, el deudor cumple con su obligación y el contrato queda consumido. El contrato no conserva su riqueza tras la entrega,

contratos, y donde se incluía esta modalidad de suministro en exclusiva. De hecho, el autor refiere a ellos como una modalidad de suministro, consciente de que el negocio es más próximo a un suministro por su carácter duradero y la reiteración de las prestaciones que a una compraventa, negocio instantáneo y de entrega única como hemos expuesto.

³⁷⁷ La exclusiva operará únicamente para aquellos bienes relacionados en el contrato, no pudiendo el proveedor impedir que su contraparte se abastezca de terceros en la obtención de productos diferentes, *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, *op.cit.*, pp.95-96.

³⁷⁸ Los servicios a los que hace referencia el proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 son aquellos relacionados a la venta de los productos, *cfr.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)*, *op.cit.* p.99.

admitiendo que las partes puedan rellenarlo nuevamente de contenido mediante la determinación de un objeto y el renacimiento de las obligaciones de entrega de la cosa y pago del precio. Así planteado, este esquema no es propio de la compraventa, sino que a todas luces presenta un suministro, en régimen de exclusiva, en donde el carácter duradero se integra con la pluralidad en las prestaciones típicas de este negocio. En síntesis, la compra en exclusiva y la venta en exclusiva, más allá de que no son sino un mismo negocio de intercambio de bienes, pero observado desde perspectivas distintas, delatan una relación estable y, sobre todo, duradera, a la cual se pretenden reconducir una pluralidad de prestaciones de entrega. Dicho de otro modo, estas figuras no son sino un contrato de suministro suscrito en términos de exclusiva. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al abordar la naturaleza del contrato, pero baste ahora apuntar que no cabe distinguir entre la compra en exclusiva y la venta en exclusiva –definida como hemos hecho en las líneas anteriores– y el suministro –en exclusiva–, por cuanto se tratan del mismo negocio contractual.

c) El contrato de concesión

El contrato de concesión es una modalidad de distribución indirecta³⁷⁹. Genera una relación de colaboración o coordinación duradera y estable³⁸⁰, orientada a la reventa de los productos adquiridos con antelación

³⁷⁹ Por todos, MORALES MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, pp.139 y ss. Conforme a la clasificación que se hace de los contratos de distribución, el contrato de concesión formaría parte del denominado modelo de distribución indirecto integrado, caracterizado por la asunción por parte de los distribuidores del riesgo de colocación de los productos que comercializan en el mercado y el de su propia organización empresarial. El número de distribuidores estaría limitado, así como su territorio de actuación predeterminado, quedando integrados en la red del empresario principal asumiendo su disciplina y, en consecuencia, perdiendo cierta autonomía empresarial. Cfr. CANABETE POZO, R., *La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela, op.cit.*, p.12 que enumera, junto al contrato de concesión, la franquicia, distribución selectiva, distribución autorizada, la compra en exclusiva o la venta en exclusiva.

³⁸⁰ IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión, op.cit.*, p.253. El contrato es la principal figura a través de la que se articula la distribución exclusiva, y reviste una importancia económica destacada, pues a través de él el concedente canaliza la colocación de sus productos de forma homogénea garantizándose

por el concesionario al fabricante³⁸¹. Por virtud de este contrato el concesionario se compromete a la adquisición, en determinadas condiciones, de productos del concedente, asumiendo su posterior reventa también bajo ciertas condiciones³⁸². Esta actividad se caracteriza por hacerse por cuenta del propio concesionario —esto es, asumiendo los riesgos empresariales³⁸³—, por delimitarse temporal y espacialmente, y por someterse a las indicaciones, directrices y supervisión del empresario principal. Así, la fijación del precio de los productos, el lugar de alma-

relaciones diferentes con un gran número de revendedores, todo ello sin tener que correr con el riesgo de la comercialización, *cfr.* ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.197.

³⁸¹ Para PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil*, *op.cit.*, pp.39 y 40, este contrato genera una finalidad compartida: la reventa por el concesionario de las mercancías que adquiere al concedente. No existe una contraposición de intereses, o al menos en términos absolutos, porque ambas partes persiguen la reventa de los productos objeto de la concesión mercantil. Esta relación de colaboración empresarial separa la concesión de la compraventa o, más bien, de los contratos cuya única finalidad es la adquisición de la cosa, como también sucedería en el suministro.

³⁸² IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión*, *op.cit.*, p.253 nos da esta noción descriptiva del contrato del que se sustraen las notas más características del mismo: colaboración entre empresarios, garantía de suministro, asesoramiento técnico y comercial, uso de signos distintivos del concedente en el establecimiento del concesionario, así como sometimiento a las directrices del principal. También en este sentido CRUZ RIVERO, D., «La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm.15 (2014), pp.86-87.

³⁸³ Los contratos de concesión forman parte de los contratos de distribución indirecta integrada, caracterizados por crear una colaboración económica estable entre el titular de una marca y los distribuidores que pasan a integrarse en un sistema de distribución, *cfr.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., «El contrato de concesión», *op.cit.*, p.161. Mediante estos contratos se configura una relación jurídico-económica en la que se lleva a cabo por el propio fabricante de los productos o por el proveedor principal de los servicios su comercialización, acudiendo a empresarios independientes que actuarán en nombre propio, trasladándose el riesgo de la comercialización a estos empresarios independientes. Este riesgo, sin embargo, se compensa con la previsión contractual del pacto de exclusividad a favor del concesionario, impidiendo así que tenga que soportar actividades concurrenciales, *cfr.* ALCALÁ DÍAZ, M.A., *Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial*, *op.cit.*, p.17.

cenaje y su presentación tienden a ser determinados contractualmente³⁸⁴. Por otro lado, es connatural al contrato la presencia de una cláusula de exclusiva generadora de un monopolio que afianza la relación de colaboración³⁸⁵.

El contrato de concesión participa de las notas del suministro en cuanto asegura la continuidad del abastecimiento³⁸⁶. Una de las obligaciones elementales del contrato es la adquisición y la transmisión continuada

³⁸⁴ Con la concesión se establece un régimen jurídico de colaboración para la venta de determinadas mercancías. Esta relación va acompañada de un pacto en exclusiva recíproca para ambas partes, que impone para el concesionario el deber de comercializar los productos adquiridos al concedente siguiendo sus indicaciones, orientadas a obtener homogeneidad a la hora de comercializar los productos, *cfr.* PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, pp.24 y ss. Estas directrices generan roces con el Derecho de la competencia, que prohíbe, entre otras, la fijación del precio de venta de los productos, si bien hace tiempo que se vienen tolerando por la normativa comunitaria recomendaciones o indicaciones de precio máximo, *cfr.* GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Distribución comercial y derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm.6 (2010), p.47.

³⁸⁵ La obligación negativa que conlleva la exclusividad contractual puede ser recíproca o unilateral, aunque es frecuente que el concedente se reserve la facultad de vender directamente a ciertos clientes o en determinados foros o congresos, *cfr.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, pp.193-194. Entre los autores que consideran que la exclusiva no es un elemento esencial del contrato, QUINTÁNS EIRAS, M.R., «La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1 (1997), p.603, en la medida en que su ausencia no desnaturaliza la concesión mercantil.

³⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.241. MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, pp.184 y ss., a la hora de analizar la obligación de suministro sobre la que se construye el contrato de concesión, destaca las notas características del suministro y su problemática en torno a la determinación del contenido y alcance de las prestaciones. CARBAJO CASCÓN, F., «La distribución comercial (I-2). Aspectos contractuales», *Iustitia*, núm. 9 (2011), p.311 refiere a la postura tradicional del Tribunal Supremo que veía en la concesión o distribución en exclusiva un contrato de compraventa o de suministro en exclusiva. PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, pp.40 y 59, habla de «futuras compraventas» previstas en el contrato de concesión, recordándonos esta descripción a la obligación típica de entrega constante en el suministro.

de los productos del concedente para su posterior reventa. Esta obligación es recíproca. No recae exclusivamente en favor del concedente, sino también del concesionario, que se asegura el aprovisionamiento continuado y en condiciones privilegiadas de los bienes de aquél³⁸⁷.

Sin embargo, las similitudes que se dan entre ambas figuras por razón de esta obligación de suministro acaban ahí³⁸⁸. Si se atiende a los intereses perseguidos por las partes encontramos que los contratos son radicalmente distintos, persiguiéndose finalidades distintas³⁸⁹. Esta es la razón por la que el programa obligacional de cada contrato se integre por obligaciones diferentes. El contrato de concesión integra prestacio-

³⁸⁷ Es una obligación que opera a favor de ambas partes: el concesionario se obliga a adquirir un mínimo de bienes del principal, pero a su vez éste se obliga a transmitir o, más bien, mantener abastecido a aquel. Con ello se garantiza que se pueda desplegar la función económica de este contrato; a saber: la distribución de los productos del principal. El concesionario no sólo se asegura el aprovisionamiento en unas condiciones privilegiadas, sino que además se beneficia del prestigio de la marca y de la imagen corporativa, *cfr.* ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.197. Como regla general, el concesionario dispondrá de la exclusiva de reventa de los productos dentro de una zona geográfica delimitada, además de disponer de un asesoramiento y asistencia técnica, lo que genera una expectativa de beneficio, *cfr.* DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «El contrato de distribución exclusiva o de concesión», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A., *Contratos mercantiles, op.cit.*, p.545.

³⁸⁸ La concesión implica una integración del distribuidor en la red empresarial del proveedor, que no ocurre en el suministro, *cfr.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.727. ALONSO SOTO, R.J., *La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil, op.cit.*, p.1169 refiere a la analogía entre la venta en exclusiva (nos remitimos a lo dicho anteriormente acerca del *nomen* que se utiliza para referir a este suministro) y la concesión. En este orden puede verse también TORRUBIA CHALMETA, B., *El contrato de distribución selectiva, op.cit.*, p.95, donde apunta que la causa o finalidad económica del suministro se agota con la entrega de los bienes, sin que el proveedor esté interesado en las condiciones con las que se ofrece para su reventa, que sí son propias de los contratos de distribución integrada.

³⁸⁹ PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, p.34 acude a la finalidad perseguida por las partes: en un contrato de concesión el transmitente no busca solo vender las mercancías. Quiere «seguirlas», dice la autora, hasta que llegan al consumidor final. Por lo que el adquirente no se limita a abonar el precio, sino que asume un compromiso de colaborar con el concedente.

nes que lo particularizan, como consecuencia de la actividad distributiva que se articula en este contrato y que lo configuran como un tipo contractual propio³⁹⁰. La obligación de revender los productos en las condiciones indicadas por el empresario principal, la asunción del riesgo en esta comercialización, la adaptación del establecimiento del concesionario a la imagen empresarial del concedente o el desarrollo de la actividad en régimen de exclusiva son elementos propios del contrato de concesión y ajenos al de suministro³⁹¹, con lo cual, en la práctica, será relativamente sencillo distinguir entre el contrato de suministro y el contrato de concesión.

d) El contrato de suministro y el contrato estimatorio

El contrato estimatorio supone la entrega de bienes por un valor estimado a otra persona, con el encargo de venderlos durante un tiempo determinado, transcurrido el cual deberá pagar el precio de aquellos vendidos con la posibilidad de retornar los sobrantes al empresario fabricante o principal. En estos términos, el estimatorio es un contrato que permite la circulación de bienes, reduciendo los riesgos de su adquisición en firme, si bien por tratarse de un contrato de cambio y ser vehículo para la transmisión de la propiedad del objeto contractual se ha cuestionado su carácter autónomo y, como sucede en el suministro, se ha calificado como negocio afín a la compraventa³⁹².

³⁹⁰ Describe el contrato de concesión MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, p.126, como un negocio «más complejo y rico en connotaciones», no sólo por la subordinación del concesionario al principal, sino por la posterior actividad distributiva que despliega el concesionario, para lo que se integran otras obligaciones ajenas al suministro. De acuerdo con el autor, la concesión «permite al fabricante canalizar sus objetivos y estrategias de comercialización a través de la institución de una red de distribuidores».

³⁹¹ El proveedor no interviene en la actividad empresarial del suministrado, como sí ocurre en la concesión, *cf.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, p.126. Una vez se entrega la mercancía al suministrado éste es soberano de la misma, y libre para decidir su destino y las condiciones, en su caso, de comercialización.

³⁹² Para una aproximación al contrato estimatorio puede verse GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio, op.cit.*, pp.289-329. Para un estudio sobre el contrato estimatorio y la compraventa, *vid.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., «Contrato estimatorio.

Tanto el suministro como el estimatorio son dos contratos que han despertado interés en el sector de la distribución³⁹³. Mientras aquél permite la distribución de productos adquiridos en firme por parte del suministrado-distribuidor, en el estimatorio el distribuidor no los adquiere, sino que intermedia en la compraventa entre empresario principal y cliente. Permite al consignatario obtener mercancías para su venta sin tener que asumir el coste de su adquisición al tiempo que evita el riesgo inherente a una adquisición en firme de productos para su posterior reventa si ésta no llegare a producirse. Al no adquirir los productos, sino tan solo tener disposición sobre ellos para su venta, pueden ser devueltos a su dueño en caso de que no se produzca³⁹⁴. Con todo, el *tradens* obtiene un beneficio mayor al que obtendría si hubiese comprado los productos al *accipiens*. De una parte, porque su contraprestación es equivalente a la diferencia entre el precio de adquisición de los productos por los clientes y el precio de venta del *accipiens*. De otra parte, porque el abono de la contraprestación no se produce al momento de la entrega de los productos sino cuando se produce la venta, con lo que el *tradens*

Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, núm. 690 (2005), pp.1478-1486.

³⁹³ Ambos contratos tienen rasgos que los hacen útiles para la distribución, JARNE MUÑOZ, P., *¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada?*, *op.cit.*, p.11. El contrato estimatorio ha sido muy utilizado por los grandes establecimientos como nueva forma de comercio al por menor. Reduce los esfuerzos tanto de mayoristas como de minoristas al simplificar y economizar los gastos en sus relaciones contractuales, *cf.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.176. Sus peculiaridades en el sistema de organización y venta han encontrado en este contrato un buen instrumento para la consecución de sus fines, *vid.* CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *Actualidad del contrato estimatorio: su problemática*, *op.cit.*, pp.1207-1208.

³⁹⁴ El contrato estimatorio facilita la actividad de venta de productos, erigiéndose como una figura contractual adecuada en el seno de la distribución, sobre todo en sectores como la cosmética, joyería, moda, perfumería, revistas y libros o prensa. Frente a la compraventa, el comerciante minorista tiene acceso a mercancía para su venta, sin comprometerse a desembolsar un precio ni correr el riesgo de comprar unos productos que desconoce si podrá vender en su totalidad con posterioridad. Por otra parte, el empresario principal consigue conformar una red de distribuidores en un territorio, interesados en obtener la venta de sus productos. *Vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, p.155

obtiene una suerte de financiación. Adicionalmente, al igual que el suministro, se trata de un contrato duradero, por cuanto sus obligaciones perduran y se reiteran durante el plazo de vigencia pactado. En particular, las entregas que realiza el *tradens*, las ventas que consiga cerrar el *accipiens* y su consiguiente abono o restitución se repiten durante la vida del contrato.

Ahora bien, más allá de la reiteración de las prestaciones y de su *tracto duradero*, las coincidencias con el suministro son pocas. Como se ha dicho, mediante el contrato estimatorio no se produce un traspaso de la propiedad del *tradens* al *accipiens*, mientras que el contrato de suministro sí lleva aparejado este intercambio del dominio sobre la cosa. Por otra parte, el suministrado puede adquirir para sí, bien por necesitar incorporar los bienes suministrados a un proceso productivo, bien para autoconsumo, pero no asume una obligación de venta de esos productos como necesariamente hace el *accipiens*. Finalmente, la facultad resolutiva de la cosa, que se erige como un elemento básico del tipo en el contrato estimatorio es desconocida en el suministro³⁹⁵. Con lo que la obligación de suministro que se integra en el estimatorio no produce confusión entre estos negocios ante la presencia de otras prestaciones que conforman una figura bien diferenciada³⁹⁶.

³⁹⁵ La devolución de los productos es propia del estimatorio, de manera que el adquirente elude el riesgo de su perecimiento al poder retornarla al vendedor, *cfr.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica, op.cit.*, p.107. No obstante, la práctica demuestra el uso de contratos de suministro en régimen estimatorio, con lo que esta facultad se integraría en aquel contrato, *cfr.* JARNE MUÑOZ, P., *¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada?*, *op.cit.*, p.12.

³⁹⁶ En este orden, puede verse la STS núm. 130/2007, de 5 de febrero (ROJ 431/2007), en el que se enjuicia un contrato estimatorio poniéndose de relieve la importancia que tiene la obligación de suministro en el esquema contractual.

Capítulo 3

Naturaleza del contrato de suministro

Una de las cuestiones de obligado detenimiento en el estudio de cualquier contrato es la referida a su naturaleza jurídica³⁹⁷. La peculiar estructura del suministro hace, además, imprescindible abordar una cuestión tan abstracta y teórica como ésta. La implantación del suministro en el tráfico jurídico, su tipicidad social y su regulación en algunos países deberían llevar a tener por superado el debate en torno a su naturaleza jurídica. Se debe admitir el suministro como una categoría contractual propia, autónoma e independiente de la compraventa, como un único contrato que engloba, principalmente, dos obligaciones duraderas, cada una a cargo de un contratante, que se extienden durante el tiempo de vigencia establecido o de modo indefinido.

Sin embargo, todavía hoy se encuentran referencias que cuestionan el negocio, tanto su carácter de contrato definitivo como su desvinculación respecto de la compraventa. Aun así, la función económica que persiguen las partes al suscribir un contrato de suministro solo puede ser atendida cuando el acuerdo tiene carácter contractual y definitivo. Recurrir al juego de la pluralidad de contratos, distinguiendo un *acuerdo original* y una pluralidad de *acuerdos derivados* no encaja en los intereses perseguidos por las partes³⁹⁸. Además, estas posiciones

³⁹⁷ LOIS ESTÉVEZ, J. «Sobre el concepto de “naturaleza jurídica”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4 (1956), p.178, defiende que la naturaleza jurídica es una cuestión eminentemente científica, con la que se intenta comprender cómo surge una figura jurídica como una «implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva». De tal manera que puedan reducirse a unas pocas instituciones irreductibles en que «se cifran los valores jurídicos primarios», de los que derivan estas figuras.

³⁹⁸ Se dice que una de las ventajas del contrato de suministro es evitar el inconveniente de una celebración sucesiva de contratos de compraventa aislados, lo que supone un importante coste de tiempo y recursos, además de la carga que supone una

ignoran la voluntad de las partes, quienes manifiestan su consentimiento en el acuerdo original persiguiendo celebrar un contrato que dé satisfacción a unas necesidades concretas. *A sensu contrario*, no pretenden obligarse a celebrar un futuro contrato sino obligarse a prestarse futuras prestaciones.

Lo que se observa con las distintas teorías que pueden plantearse sobre la naturaleza jurídica del contrato de suministro es una constante reticencia en reconocer la virtualidad del pacto original para generar una relación obligatoria duradera. Se entiende, de este modo, el interés que ha existido en elaborar complicadas teorías en las que encajar la naturaleza del suministro. Son planteamientos que, aunque pudieron tener alguna justificación en el pasado, en la actualidad han sido superados por desconocer la realidad de la contratación de nuestros días, en donde los contratos duraderos forman parte del panorama contractual y ocupan una posición relevante en el seno de la contratación mercantil. Los contratantes consienten en obligarse durante un largo periodo de tiempo, sobre todo en aquellos contratos que buscan la consecución de un fin común que requiere la colaboración entre ambos contratantes y un marco de estabilidad que les permita desarrollar actividades a medio y largo plazo. Por todo ello se justifica el interés en abordar la naturaleza jurídica del contrato de suministro para poder superar, de una vez por todas, la cuestión acerca de la autonomía e independencia del contrato de suministro en nuestro sistema jurídico.

negociación y contratación constante. En este sentido, GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.418 y BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.529. Para evitar esto, suscribir un único contrato que cubra una pluralidad de prestaciones de entrega se presenta como una alternativa adecuada y cómoda para las partes. Sin embargo, las doctrinas que distinguen entre un contrato original y otro posterior, suscrito en el marco de aquel primero, se evitaría gran parte de la negociación, al haber quedado delimitados los límites dentro de los que se deberán suscribir los contratos derivados. Ahora bien, estas doctrinas ignoran que las partes, mediante este esquema, también buscan simplificar su relación. Una muestra de ello lo encontramos en que en muchas ocasiones los *pedidos* no suponen un verdadero concurso de voluntades. Con lo que difícilmente tendrán carácter contractual al no reunir los requisitos del art. 1261 CC.

I. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL SUMINISTRO

Para la doctrina más autorizada, el negocio jurídico es aquella declaración de voluntad mediante la que unas personas se proponen alcanzar un determinado resultado que el Derecho estima digno de tutela³⁹⁹. Estas declaraciones de voluntad configuran relaciones jurídico-privadas acerca del goce, uso y disposición de los derechos subjetivos de quienes las emiten. El contrato es uno de los negocios jurídicos más paradigmático. Con su celebración, las partes regulan unos efectos que el Derecho tutela, sin perjuicio de que, debido a que el espectro del negocio jurídico es mucho más amplio que el Derecho de contratos, las partes generan negocios que recaen fuera del mismo. En esta configuración de negocios jurídicos atípicos tiene cabida el contrato de suministro.

Tomando la clásica distinción entre negocios típicos y atípicos, el suministro es el resultado de un proceso creativo al que han llegado las partes para dar satisfacción a unos intereses partidistas, que encaja mal en los esquemas contractuales disciplinados por la norma. La estructura del suministro, los resultados perseguidos y el contenido del programa conducen a un negocio que no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Un negocio socialmente tipificado dada su conocida significación, su continuada utilización en el tráfico y su importancia social; sobre todo en el seno de la empresa⁴⁰⁰. En él concurren los elementos

³⁹⁹ *Cfr.* CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.34. Acogemos una definición simple del negocio jurídico, basada en la manifestación de la voluntad, de una o varias personas, dirigida a obtener un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico. De esta definición se extraen varios aspectos: En primer lugar, se trata de un acto jurídico lícito, esto es, no es repudiado por el Derecho. En segundo lugar, implica una declaración de voluntad, ya sea expresada libre y conscientemente o mediante de forma tácita. En tercer lugar, dicha declaración de voluntad va encaminada a la obtención de un resultado querido por las partes. Finalmente, este esquema es protegido por el Derecho dentro de los límites legales establecidos. *Vid.* ACEDO PENCO, Á., *Introducción al Derecho Privado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.252.

⁴⁰⁰ Estos contratos socialmente típicos se sitúan en un segundo grado de atipicidad, por no estar definidos ni regulados por la ley, pero, en cambio, estar consolidados en el tráfico con perfiles muy claros por su práctica en los negocios y conocidos por un nombre, *cfr.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.47.

esenciales de todo contrato, y, por lo tanto, funciona como un instrumento generador de obligaciones para las partes contratantes⁴⁰¹.

Pero el carácter contractual del suministro se ve influido por la fuerza centrífuga de la compraventa sobre cualquier negocio de intercambio de bienes con vocación de transmisión del dominio⁴⁰². Siendo la venta el contrato de cambio paradigmático, su obligación característica, dar una cosa a cambio de un precio, deriva en la creencia, frecuente en el tráfico jurídico, de que todo acuerdo en el que media una entrega puede ser considerado una compraventa⁴⁰³. Así, pudiera parecer que el suministro es una subespecie de este contrato, adaptado en la práctica económica para atender mejor a los intereses de las partes y que se tiene en cuenta por el legislador por puras razones de oportunidad⁴⁰⁴. Ahora bien, es innegable la existencia de una voluntad específica por las partes contratantes de celebrar un contrato con unas determinadas peculiaridades, distintas a las que concurren cuando se celebra una compraventa, cuya pretensión es satisfacer una necesidad duradera, sin perjuicio del impacto económico del negocio⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Sobre la obligatoriedad de los contratos y las distintas teorías que se han construido en torno a esta cuestión puede verse DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I*, *op.cit.*, pp.140 y ss.

⁴⁰² *Vid.* STS, de 31 de marzo de 1975 (ROJ 1966/1975), donde trata de un contrato de suministro que califica como una sucesión de compraventas de grava, guijillas y arena.

⁴⁰³ Sobre este planteamiento se elaboraron las *teorías negativas*, calificadas así por DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, pp.65-67, por negar que el suministro sea un tipo especial de contrato. Según el autor, son dos las teorías negativas: la que encuentra que el suministro es meramente una categoría económica y la que encuentra que el suministro forma parte de una categoría lógico-jurídica más amplia en la que se integran todos los contratos instantáneos que las partes modifican para hacerlos duraderos.

⁴⁰⁴ Expone esta teoría GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, *op.cit.*, pp.185-186, según la cual el suministro no es más que la denominación que recibe un fenómeno que se puede reconducir a la compraventa.

⁴⁰⁵ La realidad jurídica del suministro se constata no solamente por la tipicidad social que ha tenido en algunos países, entre ellos España, en donde con frecuencia se recurre a este contrato, no solamente por su contenido económico sino también por las

La influencia del tiempo altera el esquema de un negocio típico que, *prima facie*, parece una sucesión de compraventas mercantiles⁴⁰⁶. Bajo este planteamiento se podría afirmar que el suministro no es verdaderamente un contrato propio sino una venta en la que, al introducir en su esquema la duración, se le deben aplicar unas normas específicas propias de una categoría lógico-jurídica más amplia reservada a todos los

implicaciones jurídicas que tiene reconocido; sino también porque en países de nuestro entorno se ha incorporado como un tipo contractual autónomo. Como expone DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, pp.66 y 67, el impacto de la duración en el contrato no puede pasar desapercibido por las consecuencias que despliega sobre el consentimiento de las partes y la causa contractual, además del contenido y la ejecución. Con todo, se observa que el suministro no puede reducirse a una alternativa económica de la compraventa.

⁴⁰⁶ Esta parece ser la conclusión que alcanza JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.59, al analizar la figura contractual del suministro. Por su parte, CORRADO, R., *La somministrazione*, *op.cit.*, pp.22-30, atendiendo al contenido del suministro, entiende que la duración del suministro no supone una variación del tipo contractual básico que subyace en este negocio, que es la compraventa. A su juicio, el legislador italiano en el *Codice civile* vino a recoger ciertos negocios de forma amplia, entre ellos el transporte o el descuento bancario, dando cabida a prestaciones instantáneas o duraderas que eran normales en la práctica comercial. También recogió algunos contratos de forma repetida según fuesen sus prestaciones instantáneas o duraderas, lo que generó que un mismo negocio tuviese una regulación distinta según su carácter transitorio o duradero, como el mandato, el arrendamiento de servicios o el suministro. Para el autor, la repetición de las prestaciones en un suministro es una variación del contrato de compraventa que no supone una verdadera variación en el tipo básico, siendo que el legislador ha querido, como hiciese con los contratos bajo condición, o sujetos a término, incorporar aquellos que prevén prestaciones duraderas. Por otra parte, GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, *op.cit.*, p.212, entiende que la regulación del suministro va encaminada, no a construir una teoría general de las obligaciones duraderas, sino un tipo negocial autónomo y distinto de la compraventa. Posición que entre nosotros acoge DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.66.

contratos duraderos⁴⁰⁷, y que exige una adaptación del Derecho de obligaciones a las peculiaridades que presentan aquellas figuras llamadas a extender su eficacia en un arco temporal prolongado⁴⁰⁸.

Ahora bien, a nuestro parecer el suministro no se limita a ser una simple denominación de un fenómeno económico, pero que, a la postre, encierra un contrato de compraventa. En otras palabras, no es asumible ver en el suministro una especial manifestación económica de la venta. En el contrato de suministro las partes emiten una declaración de voluntad particularizada, tendente a regular una relación jurídica duradera, mediante la cual se busca construir una relación obligatoria con la pretensión de satisfacer unas necesidades determinadas. Esto justifica el tratamiento diferenciado que ha venido recibiendo el contrato de suministro, siendo, en fin, que las partes configuran un negocio con un contenido obligacional propio.

⁴⁰⁷ Para los defensores de la modalidad lógico-jurídica, la duración solamente afectaría al contenido de un contrato típico. De suerte que, bajo esta creencia, nos hallaríamos ante una compraventa cuyo contenido se altera por la ejecución duradera sin que llegue a afectarse a la esencial del contrato. Bajo esta teoría, a cualquier contrato *prima facie* instantáneo se le podría adherir una cláusula duradera sin que esto degenerase un nuevo tipo contractual. La naturaleza del negocio no se vería alterada, pues simplemente se debe recurrir a las normas que regulan la categoría *lógico-jurídica* de los contratos duraderos para resolver las cuestiones y conflictos que nazcan y afecten a la duración del contrato. DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, pp.65 y 66, alega contra esta doctrina que la duración no impacta solamente en el contenido del contrato, sino que está presente en su formación afectando a todos sus elementos, con lo que se da vida a un nuevo tipo de contrato. En nuestros días, de hecho, encontramos que el contrato de compraventa puede ser modificado por una cláusula que prolongue en el tiempo su ejecución, tanto en el pago del precio (la compraventa a plazos) como en la entrega (compraventa fraccionada). En ambos casos, la naturaleza jurídica del negocio sigue siendo la de la compraventa, y, sin embargo, podemos seguir distinguiendo estos dos contratos del suministro. Por ejemplo, por la falta de repetición de las prestaciones, por la independencia de éstas o por el fraccionamiento del objeto del contrato en porciones.

⁴⁰⁸ Es imprescindible el desarrollo de unas reglas especiales para todos los contratos de duración, cuyas características especiales no siempre encuentran una cómoda respuesta en la teoría general de obligaciones. La realidad del tráfico actual pone de relieve la necesidad de esta regularización y cómo al albur de los precedentes estudiados por la jurisprudencia han sido en sede jurisdiccional donde ha ido encontrando esa clamada adaptación, *cfr.* FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.40.

II. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO UNITARIO

Admitido el suministro como un negocio jurídico de naturaleza contractual, corresponde analizar si su peculiar estructura responde a un único contrato o a una pluralidad de pactos que se suceden en el tiempo. La distancia temporal que puede darse entre el primer pacto al que arriban las partes y las posteriores entregas puede llevar a un planteamiento equívoco bajo el cual el suministro es visto como un conjunto de acuerdos independientes que, tomados en su conjunto, formarían lo que denominamos suministro. Esto es, el pacto original y los posteriores acuerdos en los que se determina el contenido de las prestaciones conformarían el suministro, si bien cada uno de aquéllos presentaría una naturaleza jurídica diferente⁴⁰⁹. Sobre esta base surgieron en Italia varias doctrinas bajo las cuales se estudiaba la naturaleza jurídica del primer pacto y de las posteriores entregas. Todas ellas vienen a coincidir en la insuficiencia que existe en el acuerdo original para surtir efectos duraderos y obligar a las partes a realizar entregas sucesivas en el tiempo. Por lo que, recurriendo a otras figuras jurídicas, se pretendía encajar el suministro en el Derecho de contratos⁴¹⁰. Estas doctrinas han sido superadas. Algunas de ellas, incluso, ni siquiera han tenido eco en nuestro país, razón por la que en las siguientes líneas nos limitamos a hacer una exposición de las mismas y la contestación que merecen a fin de defender el carácter contractual unitario de nuestro contrato.

⁴⁰⁹ Al respecto interesa citar el trabajo de CASTILLO PARRILLA, J.A., *El contrato marco de suministro (Un contrato flexiseguro)*, *op.cit.*, pp.155 y ss., en donde nos habla de un contrato inicial y posteriores «contratos de aplicación de suministro», en los que se determinará la cantidad concreta a entregar. Con ello, observamos que el autor plantea el suministro como un negocio en el que se reúnen distintos negocios jurídicos.

⁴¹⁰ A pesar de que Italia fue uno de los primeros países de nuestra tradición jurídica en los que se reguló el suministro, fue allí donde se plantearon distintas doctrinas que abogaban por descubrir el verdadero negocio que se escondía tras el negocio del suministro. Todas ellas fueron superadas hace tiempo, admitiéndose su unidad contractual. Sin embargo, en un estudio sobre el suministro no podemos pasar por alto esta materia, como recuerda FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.44.

A. ARGUMENTOS SOBRE LOS QUE SE SUSTENTAN LAS TEORÍAS PLURALISTAS

Frente al planteamiento defendido en esta investigación, que concibe el contrato de suministro como un negocio contractual definitivo y unitario, en el que las partes prestan su consentimiento para obligarse recíprocamente a llevar a cabo una entrega sucesiva de bienes —aunque normalmente las partes introducen otras obligaciones también de carácter duradero—, los cuales pueden haber quedado determinados o estar llamados a determinarse durante el desenvolvimiento del contrato, se esbozan varias *teorías pluralistas*. Llamadas así por plantear el suministro como el resultado de una pluralidad de actos jurídicos cuyo conjunto conforma el negocio, cuya base común es la insuficiencia del pacto original para desplegar obligaciones duraderas⁴¹¹.

Las principales teorías pluralistas, que a continuación abordamos, diferencian dos momentos en la formación del suministro: un primer acuerdo o pacto que sirve de base a los sucesivos actos o acuerdos de determinación. Esta distinción entiende que no concurren los requisitos contractuales necesarios en el primero de los actos, por ser un mero acuerdo fundacional sin mayor eficacia obligatoria y sin que sea apto para extender sus efectos de forma duradera. De manera que, siendo

⁴¹¹ La aparición de un negocio jurídico lleva a la doctrina a tratar de encajarlo en las figuras jurídicas existentes. Se trata de descubrir que el novedoso negocio no es más que una adaptación de un viejo y conocido tipo. En el caso de los negocios jurídicos duraderos, además, las reticencias en reconocer carácter obligatorio en la declaración de voluntad dada en un momento determinado conducen a plantear hipótesis que tienen difícil encaje en el verdadero acto. La insuficiencia del consentimiento inicial para la determinación del contenido de las prestaciones futuras ha sido un argumento común en otros negocios duraderos, *cf.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, *op.cit.*, p.186. La falta de claridad acerca de la naturaleza jurídica de los nuevos negocios que van apareciendo en el tráfico jurídico es una constante en el Derecho de contratos, *vid.* CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *Actualidad del contrato estimatorio: su problemática*, *op.cit.*, p.1208. El contrato estimatorio se planteó, en un principio, como un contrato preparatorio, un precontrato, o incluso un negocio fiduciario. Finalmente se ha acabado admitiendo su naturaleza contractual, no obstante. Aunque mantiene su cercanía a la compraventa por subyacer un intercambio de bienes, el negocio posee sustantividad propia y se reconocen plenos efectos desde la declaración de voluntad que genera el contrato.

insuficiente para extender sus efectos sucesivamente en el tiempo, son necesarios posteriores actos que sí gozan de naturaleza contractual⁴¹².

Una de las razones que llevan a la construcción de las teorías pluralistas se funda en una distinción de la causa del pacto original y las causas de los sucesivos acuerdos derivados. Se rechaza que la primera tenga fuerza suficiente para vincular a las partes a realizar posteriores entregas, las cuales tienen su razón en estos acuerdos derivados, cuya causa es distinta del primero. Es decir, en el acuerdo inicial de suministro, la causa será fijar unas condiciones para las futuras entregas, asegurar el acceso a unas mercancías (el suministro como contrato de coordinación) u obtener un compromiso para futuras entregas (el suministro como contrato de opción o como precontrato). Mientras que la causa de los posteriores contratos derivados consiste en el traspaso de la propiedad de las cosas que se entregan como consecuencia de estos segundos actos, celebrados, a su vez, como resultado del primero.

Esta construcción sobre la pluralidad de causas lleva a una complicación innecesaria del suministro; pero, sobre todo, a una clara contradicción, ya que al tiempo que se rechaza que el acuerdo inicial pueda vincular a las partes a ejecutar posteriores actos de entrega se le reconoce suficiencia para vincular a las partes a celebrar posteriores contratos derivados. Como vemos, carece de sentido rechazar que la causa del contrato de suministro pueda tener carácter duradero y acoger una sucesión de prestaciones de entrega, acudiendo, en cambio, a una construcción artificiosa que se construye sobre una complicada teoría acerca de la pluralidad de causas distinguiendo una primera, que mantiene su vigencia en el tiempo, y que sirve de sostén de un conjunto de contratos de entrega que se van reproduciendo en el tiempo⁴¹³.

⁴¹² Cada una de las distintas teorías concibe el acuerdo fundamental desde una perspectiva diferente. Es, precisamente, en la vinculación que guardan los posteriores actos de entrega con este acuerdo fundamental donde se localizaría la unidad del negocio de suministro, *cf.* RIVERO YSERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro*, *op.cit.*, p.62.

⁴¹³ La teoría resulta complicada por el mero hecho de negar un esquema causal duradero. Pretende reconocer una pluralidad de causas iguales que se van desarrollando sucesivamente en el tiempo entre las mismas partes y una causa que perdura mientras las primeras se van reproduciendo, por ser efecto de ésta. Este esquema reconduce,

Junto a la causa, otra de las razones que han servido para justificar las teorías pluralistas es la insuficiencia del consentimiento de las partes. Se ha considerado que los contratantes no están capacitados para otorgarse recíprocamente un consentimiento que las vincule de manera prolongada a la realización de prestaciones que, entre ellas, tienen cierta autonomía. Siendo esto así, se entiende que en realidad se están celebrando una pluralidad de contratos, de manera que cada uno de los actos de especificación encierra una verdadera manifestación de voluntad que vendría a confirmar esta insuficiencia del consentimiento inicial.

Sin embargo, este planteamiento resulta forzado y contrario a la realidad. Al celebrarse el contrato de suministro las partes no quieren vincularse a futuro para celebrar sucesivos contratos de entrega o de compraventa. Precisamente, entre las bondades del suministro se destaca la simplicidad buscada por las partes. Los contratantes buscan asegurarse una serie de prestaciones de entrega futura, sin necesidad de reunirse nuevamente y de negociar las condiciones cada vez que surja la necesidad. En cierta medida, esto podría verse solventado con los planteamientos que encuentran el suministro como un precontrato, un contrato marco o un contrato normativo. Pero bajo estas teorías se desconoce que las partes quieren obligarse *ab initio*. El acuerdo de voluntades que se manifiesta en este momento genera un contrato definitivo, siendo que con posterioridad no hay una nueva declaración de voluntad sino un acto de especificación cuyo alcance variará en función de cada caso. Aquí, el acto queda limitado a rellenar el contenido de una prestación a la que ya se han obligado. De hecho, en buena parte de los casos se deja al arbitrio del suministrado la determinación de la prestación, con lo que incluso en estos casos la declaración de voluntades tampoco se produce⁴¹⁴. Es más, el contrato de suministro admite que las prestaciones queden prefijadas en el propio contrato al momento de contratar, lo

de nuevo, al contrato duradero, *cf.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.48.

⁴¹⁴ Recuerda SANTOS BRIZ, J., *Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato*, *op.cit.*, p.301, que no es necesario que la declaración de voluntad generadora de un negocio jurídico se exprese de forma explícita y directa. Es suficiente que pueda inferirse de la actuación de una persona que pretende contratar, lo

que pondría de relieve la insuficiencia de esta teoría allí donde no es necesario un posterior acuerdo de voluntades.

Precisamente, en torno a la determinación de la prestación es donde se ha señalado una tercera razón al carácter unitario del contrato de suministro. La necesidad de especificación, tras la celebración del contrato, para poder ejecutar la prestación se ha visto como una ausencia de objeto que lleva a las partes a reunirse con posterioridad a fin de rellenarlo de contenido. Sobre este acto de individuación se ha construido la teoría del suministro como contrato de coordinación y como precontrato.

En cierta medida, el acto de especificación será un acto necesario para la ejecución del contrato en buena parte de los casos en los que las partes así lo han querido. Ahora bien, que este acto de individualización no se reproduzca en todos los contratos de suministro ya adelanta que esta tercera objeción al carácter contractual unitario y definitivo del suministro no es uniforme para todos los supuestos que pueden producirse. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta en nuestro Derecho que el *quantum* del objeto quede indeterminado, siempre que sea posible su determinación posterior sin necesidad de una nueva manifestación de voluntad. En este caso, sí estaremos ante un precontrato de suministro, por faltar el objeto del contrato. Sin embargo, siendo determinable, por haber quedado sujeto a la concreta necesidad de la parte suministrada, el contrato es válido. Es más, a diferencia de otros contratos, el suministro está llamado a dejar parte de su contenido indeterminado (*i.e.*, el suministro a voluntad). Precisamente por ello debe admitirse la falta de indicación de la época en la que deberán realizarse las entregas. En tales casos, la ausencia de pedidos supondrá un supuesto de incumplimiento del contrato original debido a su carácter de contrato definitivo.

que puede darse tácitamente. En tal caso, es imprescindible que la manifestación tácita de la voluntad se derive de actos inequívocos que revelen la voluntad. Ahora bien, llevado esto al acto de especificación que comentamos, la parte suministrada no estaría manifestando un *nuevo* consentimiento, aun tácitamente. Este consentimiento cuelga o está vinculado al original, dado de forma expresa al momento de suscribir el contrato fundamental. De ahí que no consideremos que se deba interpretar el acto de especificación, los pedidos realizados por el suministrado concretando la época y contenido de la prestación, como una nueva manifestación de voluntad, ya que guarda su razón en el negocio primitivo, verdadero contrato de suministro.

Por todo lo anterior, deben ser rechazadas las distintas teorías que conciben el suministro como una oferta vinculante, una pluralidad de contratos simultáneos, un contrato preliminar, de opción, marco, normativo o de coordinación. Todas ellas parten del esquema dual en el que el primer acuerdo de voluntades no genera una obligación de entregas reiteradas o una obligación continuada de dar. No obstante, el ingenioso planteamiento de algunas de ellas y la buena adaptación que el esquema del suministro tiene en algunas de ellas obliga esbozarlas de manera separada⁴¹⁵.

B. LAS DISTINTAS TEORÍAS PLURALISTAS

a) El suministro como oferta vinculante

Como su nombre indica, el contrato original tendría naturaleza de oferta vinculante y duradera, de manera que el proveedor quedaría obligado por los términos y condiciones de su oferta, la cual contiene su intención como oferente de celebrar una sucesión de contratos de venta y sólo requeriría la aceptación del suministrado. Cuando se manifestase esta aceptación, quedaría celebrado un contrato de venta, sobreviviendo dicha oferta vinculante para el caso de que se reiteren las aceptaciones y, con ello, se generen nuevos contratos de venta. Se trataría de una oferta peculiar, pues sobrevive tras cada aceptación, de modo que por cada una de ellas se genera un contrato. Esto es, la oferta mantendría su virtualidad en el tiempo, sigue siendo oferta aun cuando se acepte por la parte contraria. El suministro así considerado sería un conjunto de ofertas irrevocables y permanentes. No se trata de que el proveedor oferente se encuentre obligado por virtud de esta oferta, ya que, como tal, la oferta no tiene carácter contractual. El contrato solo surgiría en el momento en que el suministrado concrete la petición de suministro; es decir, cuando se produce la aceptación⁴¹⁶. Hasta enton-

⁴¹⁵ Para un estudio en profundidad y su refutación puede verse DE MARINO Y BORRIGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, pp.69 y ss. También puede verse FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.35 y ss.

⁴¹⁶ Un profundo análisis de la oferta vinculante de contrato lo encontramos en RUIZ ARRANZ, A.I., «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de*

ces, el proveedor oferente está vinculado a la oferta por cuanto, al hacerla, habría renunciado a su derecho a revocarla. Esto es, quedaría ligado a la oferta por su simple ofrecimiento, lo que, de por sí, entraña una contradicción con el Código civil⁴¹⁷.

Tomar el suministro como una oferta vinculante en estos términos supone desconocer la realidad del tráfico económico e ignorar el contenido del art. 1261 CC. Es evidente que en el acuerdo inicial concurren los elementos esenciales de cualquier contrato. En particular, el suministrado ya ha manifestado su aceptación. Los posteriores actos de individuación no serán una verdadera aceptación, sino una forma de rellenar de contenido las prestaciones que han quedado sujetas a posterior determinación por expresa voluntad de los contratantes, quienes buscan quedar vinculadas por el acuerdo contractual original desde el momento de su celebración, de tal modo que el juego de la oferta y la aceptación que propone esta teoría queda superado desde la génesis del negocio⁴¹⁸.

Derecho Civil, t.71 (2018), pp.1351-1486. Matiza el autor que toda oferta tiene cierto grado de vinculación para el oferente, ya que se encuentra ligado a ella salvo que la revoque antes de conocer la aceptación por la contraparte. Aunque admite que, en Derecho español, la oferta de contrato carece, en términos generales, de eficacia vinculante, siendo éste el sentir mayoritario de nuestra doctrina, al considerar, por todos DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, op.cit.*, p.341, que en cuanto se trata de una comunicación que no ha sido aceptada no puede desplegar efectos vinculantes cual contrato, apunta también una corriente doctrinal que admite que en determinados supuestos la oferta debiera reputarse vinculante. Al respecto, RUIZ ARRANZ, A.I., *ibid.*, pp.1409-1411.

⁴¹⁷ Como regla general el oferente, antes de la aceptación de la contraparte, puede retirar su oferta, *cfr.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, op.cit.*, pp.326 y ss. Según esta teoría de la *oferta vinculante* el oferente-proveedor no podría retractarse durante el tiempo indicado en su oferta, que por sí misma no genera obligaciones pues no es un verdadero contrato hasta que la aceptación no se manifiesta. Es una declaración de naturaleza recepticia que solo cobra eficacia cuando es recibida por su destinatario, quien la acepta. Es entonces cuando puede hablarse de *consentimiento*, generador de un contrato, *vid.* ASÚA GONZÁLEZ, C., «Artículo 1262», en BERCOVIRTZ RODRÍGUEZ CANO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, Valencia, pp.0966-9065.

⁴¹⁸ Se niega la oportunidad de esta teoría incluso en los casos de suministro a prueba o ensayo, en términos equivalentes al art.1453 CC. Aun en estos casos, el acuerdo tendrá carta de naturaleza contractual sujeto a condición suspensiva en los términos

Cabe advertir, finalmente, la complicada solución que en esta teoría tendrían algunas situaciones, *v.gr.*, la falta de pedidos por el suministrado o la posibilidad de resolver el acuerdo original cuando sea indefinido. Si se niega que sea un contrato definitivo, no podrá hablar de incumplimiento ni de facultad resolutoria. Por su parte, la confrontación con el 1262 CC no se salva por la mera renuncia implícita al derecho a retirar la oferta sobre la que se construye esta tesis, ya que si bien la renuncia de la facultad de revocar la oferta puede tener carácter dispositivo, esto exigiría una manifestación expresa por el oferente⁴¹⁹. Cosa que no sucede en el suministro.

b) El suministro como conjunto de contratos simultáneos

Las objeciones anteriores podrían salvarse entendiendo que en el pacto original se reúnen un conjunto de contratos simultáneos. Bajo este planteamiento, no habría verdaderamente dos momentos de la contratación –un acuerdo fundamental y posteriores acuerdos para su ejecución–, sino que todos los contratos serían celebrados al mismo tiempo. Con ello, se supera la falta de obligatoriedad de la oferta vinculante y la deficiente solución jurídica en supuestos que, de otro modo, se conducirían al incumplimiento. Admitiendo que el acuerdo original produce una constelación de contratos de compraventa celebrados *uno acto*, se reconoce el carácter contractual del suministro, si bien no como una modalidad de la compraventa, sino como un fenómeno en el que se contienen varias compraventas celebradas en el mismo momento. A su vez, la ineficacia del consentimiento inicial para vincular a las partes en el tiempo quedaría solucionada al considerar que la voluntad recaee sobre una pluralidad de contratos que vendrán a entrar en vigor a futuro y de forma sucesiva.

de dicho precepto, *vid.* DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.70.

⁴¹⁹ Aun cuando sí puede aceptarse la vinculación de una oferta durante un plazo de vigencia, al ser la excepción, deberá así venir expresamente en la declaración unilateral de voluntad que constituye la oferta. No cabe una presunción de esa vinculación, por mor de lo dispuesto en este artículo 1262, ASÚA GONZÁLEZ, C., *Artículo 1262*, *op.cit.*, p.9065.

Sin embargo, esta teoría deja fuera aquellos suministros en los que han quedado sin determinar el número de las prestaciones contractuales por quedar sujetas a la necesidad del suministrado. En estos casos es inviable concretar el número de *contratos individuales* que van a suscribirse, precisamente, por la vinculación que tiene el contrato a la necesidad de las partes. Como consecuencia de ésta, quedará sin rellenar el contenido de las obligaciones. Lo que, sumado a la falta de independencia entre la pluralidad de contratos, lleva a rechazar esta teoría⁴²⁰.

c) El suministro como contrato de opción

Según la doctrina que ve en el suministro un contrato de opción, el pacto primigenio, denominado suministro, ofrecería al suministrado el derecho a decidir, dentro de un periodo de tiempo y de manera unilateral, la celebración de una sucesión de contratos⁴²¹. Al igual que ocurría con la oferta vinculante, la opción se plantea irrevocable para el oferente, quien habría renunciado a esta facultad de forma implícita⁴²², con lo que solo el optante tendría la capacidad de generar contratos definitivos.

⁴²⁰ DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.72, ve esta teoría como la más deficiente de todas las que se han llegado a plantear. De una parte, se malinterpreta la autonomía de las prestaciones, confundándose con una pluralidad de contratos. De otra parte, porque se ignora el interés de las partes, además de su voluntad, en obtener un contrato que dé satisfacción a una necesidad duradera.

⁴²¹ Cabe advertir que el contrato de opción parte de un supuesto de hecho muy semejante al de la promesa de contrato o precontrato. La opción se caracteriza por originar un derecho potestativo o no de formación de un contrato. Bastará la declaración de voluntad del optante para que el contrato nazca, sin que se deba prestar un nuevo consentimiento para ello, como sí sucede en el precontrato, *vid.* DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I*, *op.cit.*, p.409.

⁴²² A diferencia de la oferta vinculante, en la opción ya se refleja la voluntad de ambos contratantes, mientras que en la oferta hay solo una declaración unilateral de voluntad, la del oferente, que queda vinculado a la misma; no así en la opción, que ya es un negocio bilateral, si bien se deja a favor de una de las partes el derecho a *optar* por dotar de virtualidad el contrato. *Vid.* RUIZ ARRANZ, A.I., *La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad*, *op.cit.*, p.1355. *Cfr.* DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, pp.72 y 73.

Esta teoría niega que el primer acuerdo de voluntades despliegue efectos obligatorios para las partes, pues hace depender su eficacia de la voluntad del optante. Relega el cumplimiento de las prestaciones a posteriores actos de ejecución, que identifica como contratos autónomos de compraventa, independientes entre sí, pero vinculados en su génesis a ese primer acuerdo. Ciertamente, esta voluntad se concretaría con los sucesivos pedidos, pero en la medida en que estos no se produzcan no podría hablarse de un incumplimiento del contrato, pues el optante siempre tendrá la facultad de no hacer uso de su derecho de opción⁴²³. Del mismo modo, cabe advertir que el suministro así planteado únicamente daría respuesta a los intereses de una de las partes, siendo la realidad del tráfico que está llamado a atender los intereses de ambos contratantes –recuérdese que el proveedor se garantiza la colocación de sus productos en el mercado–. Razones que nos llevan a descartar esta construcción teórica.

d) El suministro como precontrato

La concepción del suministro como un precontrato se adecua al esquema típico de este negocio por distinguirse claramente dos momentos en la contratación: el acuerdo primigenio o precontrato, en el que dejan sin rellenarse las futuras prestaciones, y los acuerdos contractuales a los que las partes vienen obligados por virtud de aquél⁴²⁴. Bajo

⁴²³ Como recuerda la STS núm. 707/2010, de 3 de noviembre (ROJ 5774/2010), «es el optante el que decide sobre la celebración del contrato, de modo que, si no lo hace, se extingue el derecho de opción».

⁴²⁴ Tradicionalmente la teoría general del contrato no ha ofrecido una opinión unánime respecto del *precontrato*. Para ROCA SASTRE, R., *Estudios de Derecho privado. Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp.331 y 332, de un precontrato no nace una obligación de contratar o emitir un nuevo consentimiento, sino de cooperar en la celebración de un ulterior contrato donde se desarrollen los elementos básicos que han sido introducidos en dicho precontrato. En cambio, para CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, op.cit.*, p.23, es un contrato perfecto y obligatorio, que tiene por fin asegurar la celebración de un determinado contrato futuro. Para DE CASTRO Y BRAVO, F., «La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio», *Anuario de Derecho Civil*, II, vol.3, 1950, pp.1133-1186, la promesa de contrato no obliga emitir un nuevo consentimiento y permite a las partes compelerse el cumplimiento de lo ya convenido en el precontrato. Según esta tesis la relación contractual entre las partes queda establecida, pero por este

esta teoría, éstos serían los verdaderos contratos definitivos, en los que se concreta el programa obligacional y el contenido de las obligaciones⁴²⁵, sin perjuicio de que denominemos suministro a todo el conglomerado negocial. De hecho, este planteamiento se adapta al suministro de tal forma que, para que podamos rechazarlo, debemos apuntar primero sus virtudes. De una parte, se superan las objeciones que genera la suscripción de un contrato duradero que va ejecutándose repetidamente. Por otra parte, se da respuesta a la falta de determinación del contenido del contrato en el acuerdo original, por venir relegada a un momento posterior. También encuentra fácil acomodo el vencimiento sucesivo de las prestaciones, que hace necesario un acto de individuación posterior en el que se rellene la obligación. Todas estas cuestiones

acuerdo se reservan, ambas o una de ellas, la facultad de exigirse con posterioridad la entrada en vigor del contrato, *cfr.* DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Vol. II, op.cit.*, p.69.

⁴²⁵ En el precontrato quedarían determinados el objeto y la duración de las prestaciones, dejando para más tarde la determinación de la cantidad y el cálculo del precio del contrato. Puede parecer que el suministro reviste la forma de un contrato preliminar, donde las partes celebran un acuerdo original y dejan para un momento posterior, no ya la eficacia de dicho acuerdo, sino la celebración de los singulares contratos definitivos. No obstante, esta teoría concibe el contrato preliminar como un contrato de ejecución duradera al contemplar una pluralidad de contratos definitivos los cuales, sucediéndose en el tiempo, implican que la ejecución de aquel contrato se prolongue también. Asimismo, para la celebración de los posteriores contratos definitivos se requeriría un nuevo acuerdo de voluntades. En la práctica, no se puede identificar el acto de determinación, tendente a la ejecución de la prestación, en un acuerdo de voluntades. En fin, porque difícil solución tendría un incumplimiento del precontrato de suministro. Como expone PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, II. Contratos en particular*, Bosch, Madrid, 1982, p.45, los efectos del precontrato pueden variar. En aquellos en los que se ha dejado para un momento futuro la configuración de los elementos esenciales del contrato, la parte interesada en el cumplimiento solo puede ser resarcida con una indemnización por daños y perjuicios: En cambio, en los que sí han quedado definidos tales elementos, el juez puede suplir la voluntad del incumplidor, *cfr.* DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Vol. II, op.cit.*, p.70, condenando directamente, no a celebrar el contrato proyectado, al cumplimiento de las prestaciones como si éste ya hubiese sido celebrado.

quedan atendidas por el precontrato, donde la celebración de los contratos definitivos y la determinación de su contenido queda relegada a un momento posterior⁴²⁶.

Ahora bien, el suministro como contrato preliminar resulta ser una construcción «inútil y superflua»⁴²⁷. Se busca una alternativa a un contrato duradero y definitivo de suministro que va ejecutándose periódicamente planteando un precontrato duradero y preliminar que va ejecutándose periódicamente. Si su ejecución consiste en la celebración de una pluralidad de contratos definitivos que se van reiterando en el tiempo, vendrá a asimilarse al contrato de suministro duradero cuyas prestaciones se van repitiendo a lo largo de su ejecución. Asimismo, en los suministros donde quede determinado el contenido de las obligaciones no podrá hablarse de precontrato, por cuanto el acuerdo original ya encierra un programa obligacional definitivo, lo que revela que la construcción es insuficiente en determinadas modalidades de contrato⁴²⁸.

⁴²⁶ Por virtud de un precontrato, quedan indeterminados ciertos elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación posterior y la especie del futuro contrato definitivo; en otro caso el contrato preliminar se confundiría con el definitivo y aquel sería inútil como preliminar. Su razón se encuentra en querer dejar determinados ciertos elementos y la plasmar la voluntad de alcanzar un acuerdo posterior, pero no generar ninguna obligación contractual (más allá de la de celebrar un futuro contrato dentro de unos parámetros). Lo esencial del precontrato es la indeterminación específica de los requisitos esenciales. STS núm. 523/1991, de 4 de julio (ROJ 11071/1991).

⁴²⁷ RIVERO YSERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro*, op.cit., p.65, habla de «complicación inútil y superflua», pues si el precontrato no vincula a las partes sino a celebrar un futuro contrato, y una de las partes incumple, debe recurrirse al proceso civil para reclamar una condena a suscribir el contrato. En tales casos, la sentencia tendría el mismo valor para ejecutar el contrato como si hubiese sido concluido desde el principio, lo que supondría una complicación innecesaria.

⁴²⁸ El contrato no necesita de un posterior *contrato de aplicación*, esto es, no se exige una nueva expresión de voluntad de las partes para que pueda desplegar sus efectos. Los posteriores actos serán de determinación de la cosa, que no puede identificarse como una nueva manifestación de las partes; y, en todo caso, estos posteriores actos o pedidos para determinar el contenido de la prestación están previstos contractualmente. En este sentido, vid. JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, op.cit., pp.132 y 133.

Asimismo, esta doctrina cae en el mismo defecto que la anterior y niega que la voluntad de las partes, manifestada en el primer contrato, tenga entidad suficiente para generar un contrato de ejecución duradera. Finalmente, cabe considerar que no siempre los actos de individuación posteriores conllevarán una manifestación de voluntad por el proveedor. En no pocas ocasiones bastará la voluntad del suministrado para poner en marcha el suministro; como en los suministros domésticos, de tal modo que el concurso de voluntades quedará circunscrito al contrato original, sin que llegue a reproducirse continuamente⁴²⁹. Por todas estas razones debemos descartar esta construcción.

e) El suministro como contrato normativo

A diferencia del *precontrato de suministro*, en el que las partes asumen ya una obligación de contratar más adelante, el suministro como un contrato normativo no conduce a ninguna obligación de contratar. El acuerdo normativo se limita a disciplinar futuras relaciones jurídicas, como una suerte de condicionamiento general, conteniendo reglas abstractas para el caso de que, en algún momento posterior, las partes convengan en celebrar contratos definitivos cuyo marco normativo ya ha quedado prefijado⁴³⁰.

Bajo este planteamiento, el suministro vendría formado por un acuerdo previo en el que las partes han dejado asentado el esquema o clausulado general que debe presidir los contratos que sean celebrados posteriormente, y mediante los cuales tiene lugar la ejecución de cada una de las

⁴²⁹ CORRADO, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.22. Descarta el autor que pueda hablarse de contratos definitivos cuando no hay un verdadero concurso de voluntades. El consentimiento no puede inferirse del proveedor no se reproduce cuando se deja al suministrado la facultad de determinar el contenido del contrato y señalar el vencimiento de la prestación. De modo que en estos supuestos falla esta doctrina, sin que pueda sostenerse una teoría acerca de la naturaleza del contrato de suministro que no encaja en todas las posibilidades contractuales.

⁴³⁰ El contrato normativo se caracteriza por la autonomía de la función económica y de la causa. Solo habría una única causa y una única función económica, si bien el contrato se divide en dos momentos. El primero en el que se dota de contenido regulador la relación jurídica y el segundo donde, propiamente, se constituyen las obligaciones contractuales para las partes, *cfr.* DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.77.

prestaciones de entrega. Esta tesis, sin embargo, se aleja de la finalidad económica del suministro, ya que ninguna de las partes encontraría satisfacción a sus particulares intereses. Ni el proveedor se asegura la colocación de sus productos en el mercado, ni el suministrado el abastecimiento que satisfaga una determinada necesidad. Supone desconocer, igualmente, que las partes no expresan su voluntad con posterioridad a la celebración del contrato preliminar, sino que ya hay concurso de voluntades en el acuerdo original. No hay reiterados consentimientos en el suministro⁴³¹.

De otra parte, el suministro, así planteado, no tendría por qué celebrarse, pues el acuerdo fundamental no vincula a las partes a celebrar verdaderos contratos posteriores. Esta tesis rechaza la relación jurídica que genera el primer pacto. El contrato de suministro excede el programa abstracto que se constituye en los contratos normativos. En cambio, genera una verdadera obligación de dar, que allí donde no ha sido determinado el contenido de las prestaciones tiene su primera manifestación en la propia determinación⁴³².

f) El suministro como contrato marco

Semejante a la anterior es la doctrina que propugna que el contrato de suministro sería un contrato marco, como un acuerdo preliminar en el que quedan señalados los principales rasgos de los futuros contratos de aplicación que se irán suscribiendo⁴³³. Así entendido, el suministro da-

⁴³¹ Sin perjuicio de que, en ciertas ocasiones, el consentimiento se expresa de forma tácita, como recuerda SANTOS BRIZ, J., *Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato*, *op.cit.*, p.301.

⁴³² DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.76, habla del elemento regulador del contrato normativo y lo confronta con el elemento genético, esto es, generador de obligaciones, del contrato de suministro. Se suma a este criterio JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.134.

⁴³³ Esta doctrina fue planteada en Francia por SEUBE, A., *Le contract de fourniture*, tesis, Université de Montpellier, 1970. Para el autor, resultaba lógico y explicable que el contrato preliminar dejase sin determinar el contenido de las prestaciones, pues

ría comienzo con un primer contrato, que serviría de base para la relación contractual, en el que las partes habrían fijado las condiciones llamadas a regirla⁴³⁴. Sobre este contrato base se irán celebrando los posteriores contratos de aplicación, en los que quedarían concretada la entrega, la cantidad del objeto, su calidad o la época de la prestación⁴³⁵.

Para esta teoría del contrato marco, el primer contrato de suministro fijará unas condiciones mínimas llamadas a dotar de seguridad la relación. Este primer contrato se considera un auténtico contrato. Ahora bien, su celebración «no condiciona necesariamente la celebración de

éstas serán el objeto de los posteriores contratos de aplicación celebrados por su razón. Entre nosotros, algún autor se ha hecho eco de esta calificación, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales*, *op.cit.*, p.144, si bien la doctrina suele reputar el contrato marco como sinónimo del contrato normativo, *vid.* GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, pp.412-413.

⁴³⁴ Al contrato marco se refiere la PCC, en su art. 522-2, dentro de la sección dedicada a los «precontratos», que dice: «Las reglas establecidas en un contrato marco se aplican a los contratos posteriores que las partes celebren en desarrollo de aquel». La PCC recoge una figura que ya viene recogida en el art. 33 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que define como un acuerdo entre uno o varios adjudicatadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.

⁴³⁵ El contrato marco sería el instrumento contractual que da uniformidad a la futura contratación entre las partes. Es una modalidad contractual frecuente en algunos sectores, como expone MUÑOZ PÉREZ, A.F., «El contrato marco de operaciones financieras en concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm.17 (2012), pp.111-130.

ulteriores contratos de aplicación», lo que nos conduciría a una situación paradójica⁴³⁶. Ya que, si es un contrato, pero no obliga a nada, no es un verdadero contrato por no ser fuente de obligaciones⁴³⁷.

El esquema anterior se embrolla en la aplicación del *contrato* original. Según este planteamiento, los contratos de aplicación pueden modificarlo, ya que son también auténticos contratos en los que hay una nueva declaración de voluntad que no se limita a determinar el contenido de la prestación⁴³⁸. Lo que trae a colación una nueva complejidad, pues según la profundidad de la modificación que se haga del primer acuerdo podríamos entender que se está ante un nuevo, e independiente, contrato.

A pesar de que, *a priori*, el suministro puede parecer tener encaje en este esquema⁴³⁹, debemos descartarlo por tratarse de una imbricada

⁴³⁶ CASTILLO PARRILLA, J.A., «¿Es posible la existencia de contratos marco de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito hipotecario?», en ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Los contratos de crédito inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp.784-785. Estos contratos de aplicación de suministro son considerados por el autor como cuasi compraventas, siendo su obligación la entrega de cosa a cambio de un precio, pero al estar referenciados al contrato marco no serían *plenas compraventas*.

⁴³⁷ Respecto a la obligatoriedad del contrato, *vid.* Díez Pícazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, op.cit.*, pp.140 y ss.

⁴³⁸ CASTILLO PARRILLA, J.A., *El contrato marco de suministro (Un contrato flexiseguro)*, *op.cit.*, pp.285 y ss., defiende el carácter de contrato marco del suministro. En opinión del autor, el suministro está compuesto por un grupo indeterminado en número de contratos que conforman una red o grupo contractual. Como contratos auténticos que son, en todos ellos hay una causa propia y desempeñan una función económica determinada, aunque conectada con el grupo de contratos que conforman el fenómeno del suministro. Así, la causa del contrato base es «preparar y facilitar la celebración de futuros contratos de aplicación»; la causa de los contratos de aplicación es «la propia de su tipicidad contractual». A pesar de ello, el autor identifica una tercera causa derivada del conglomerado de contratos que forman el suministro: la de la voluntad de las partes de crear una relación jurídica duradera *flexisegura* en la que puedan desenvolverse cómodamente en función de sus necesidades.

⁴³⁹ El esquema del suministro encaja en varias de las modalidades expuestas, al menos hasta que se estudian en profundidad. Así, BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.524, entiende que el contrato de suministro podría considerarse «como un contrato-marco o de oferta permanente, continuada, por el proveedor». Sin

construcción dogmática que no se acomoda a la realidad. Primero, porque no da respuesta a aquellos contratos de suministro en los que ha quedado determinado el contenido de las prestaciones desde su celebración⁴⁴⁰. En ellos, tras la celebración del contrato las partes se limitarán a ejecutarlo sin que pueda hablarse de *contratos de aplicación*. Segundo, porque no en todos los casos en los que se debe determinar la prestación con posterioridad hay una verdadera declaración de voluntad –v.gr., pulsar un interruptor para el suministro energético–⁴⁴¹. Tercero, porque las partes ya quedan obligadas recíprocamente a ejecutar unas prestaciones, no buscan celebrar futuros contratos de suministro o contratos de aplicación. En cuarto lugar, porque la división de causas resulta artificiosa, como ya se ha dicho⁴⁴². En quinto lugar, difícil adaptación tiene el contrato marco al contrato de suministro continuado, donde la prestación se ejecuta sin solución de continuidad. Finalmente, es una modalidad extraña al ordenamiento jurídico privado

embargo, a continuación, afirma la unidad de la causa del contrato: el aseguramiento de varias prestaciones o una prestación continuada, lo que casa mal si sostenemos que el contrato de suministro es un negocio en el que se puede distinguir un contrato original de posteriores contratos sucesivos.

⁴⁴⁰ Esta tesis recuerda a la doctrina que encontraba en el suministro un contrato de coordinación, que descartaba DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.79, por ser insuficiente para los contratos con prestaciones continuadas como los de agua, gas, electricidad, etc.

⁴⁴¹ La estructura del contrato marco parte de un doble consentimiento, ya que exige que los contratos de aplicación determinen la mercadería solicitada al proveedor dentro de las condiciones estipuladas en el primer acuerdo, CASTILLO PARRILLA, J.A., *¿Es posible la existencia de contratos marco de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito hipotecario?*, *op.cit.* De nuevo, se pone de relieve la complicada aplicación de esta doctrina a los contratos de suministro en los que el contenido de las prestaciones ya ha sido rellenado con anterioridad. Tampoco en ellos donde de la actuación de las partes no puede colegirse una manifestación de la voluntad.

⁴⁴² Incluso aquellos autores que han vacilado sobre la naturaleza del contrato de suministro como contrato marco u oferta vinculante reconocen la unidad causal del negocio, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.524.

español⁴⁴³, con lo que no resulta una solución adecuada explicar la estructura del suministro acudiendo a una figura que, además de complicada⁴⁴⁴, no atiende a la realidad del suministro.

g) El suministro como contrato de coordinación

La configuración del suministro como contrato de coordinación concibe el pacto original como un acuerdo en el que se regula o preordena el régimen jurídico de los posteriores contratos que las partes han asumido suscribir. Mediante esta fórmula, el suministro reuniría nociones del contrato preliminar, como acuerdo que obliga a las partes a suscribir un posterior contrato, y del acuerdo normativo, pues adelanta su disciplina, de modo que queda configurada por las partes *ab initio*⁴⁴⁵.

⁴⁴³ La figura del contrato marco es, en cambio, frecuente en la contratación pública. De hecho, puede tener sentido dentro del ámbito público, teniendo en cuenta que la Administración está sometida a unas normas específicas a la hora de contratar que pueden hacer interesante una figura en la que previamente se adjudica el contrato a un operador económico y, posteriormente, en su seno, se abre un procedimiento negociador en los términos fijados de antemano. Pero incluso en el ámbito de la contratación pública el uso del contrato marco debe circunscribirse a la finalidad que le reserva la ley, cual es «la configuración de un marco de condiciones generales para los suministros cuyos contratos hayan de adjudicarse posteriormente mediante procesos negociados», MANTECA VALDELANDE, V., «La legalidad de los pliegos en la contratación pública», *Actualidad administrativa*, núm. 20 (2008), p.8.

⁴⁴⁴ La complejidad a la que conduce acudir a este tipo de contratos puede observarse en la STS 763/2010, de 30 de noviembre (ROJ 7667/2010), en la que el alto tribunal casa una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que, acogiendo el recurso de la demandada, estimó estar en presencia de un «contrato unilateral», bajo la creencia de generar obligaciones solo para la actora-recurrente, siendo la realidad que en el mismo se escondía un verdadero contrato a caballo entre la prestación de servicios y la concesión.

⁴⁴⁵ El suministro como contrato de coordinación comparte con el contrato preliminar el nacimiento de una obligación para las partes, que no se concreta en la entrega de una reiteración de prestaciones sino en la celebración de posteriores contratos derivados. Con el contrato normativo comparte la autonomía de función y de causa, pues solo habría una única causa y una única función económica, *cfr.* DE MARINO Y BORRERO, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.77. La diferencia entre el contrato de coordinación y el normativo está en la vigencia inmediata, pues el primero contiene ya la obligación expuesta. A su vez, se diferencia del contrato preliminar en la intervención en la formación de las futuras relaciones, que quedan sometidas a su disciplina.

Del mismo modo que las anteriores tesis, la separación de causas se antoja innecesaria. Las prestaciones son efectos del contrato inicial, y no exigen una causa propia y distinta de la del contrato original, que puede extenderse en el tiempo y comprender los distintos actos de entrega con los que se da satisfacción al suministrado y se atiende la función aseguradora del suministro. Por otro lado, los actos de individuación no implican una manifestación de voluntad distinta a la de ejecutar el contrato, sin perjuicio de que en ciertos casos sea imprescindible, previamente, rellenar el contenido de la prestación. Pero este acto de especificación no supone la perfección de un nuevo contrato, sino un acto previsto en el contrato original para permitir el desarrollo del negocio.

C. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA UNIDAD CONTRACTUAL DEL SUMINISTRO

Todas las modalidades contractuales y precontractuales anteriores son admitidas por el ordenamiento jurídico español. Al calor de la autonomía de la voluntad, se pueden convenir contratos normativos, que simplemente recojan las condiciones de futuros contratos; contratos preliminares y precontratos, en los que las partes se emplazan a contratar en un posterior momento, incluso cuando ese compromiso refiere a una pluralidad de contratos sucesivos; contratos de opción, que dejan en el optante la decisión de suscribir el contrato; ofertas vinculantes para el oferente e incluso la posibilidad de celebrar una pluralidad de contratos en el mismo acto⁴⁴⁶. Pero acudir a estas figuras, que jurídicamente son válidas, para explicar la naturaleza del contrato del suministro, como si

⁴⁴⁶ Las partes puedan configurar sus relaciones jurídicas con total libertad, pudiendo conjugar prácticas de un sector particular, la remisión a una norma específica o la incorporación de pactos de la más variada naturaleza. El principio de autonomía de la voluntad es uno de los principios más importantes del derecho contractual mercantil, no solo a escala nacional, sino que también se propugna en los textos internacionales, *vid.* PERALES VISCASILLAS, M.P., «La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020», *La ley mercantil*, núm. 86 (diciembre) (2021).

de un fenómeno económico o un negocio anómalo se tratara, no conduce a una solución adecuada⁴⁴⁷. Son un intento de dar respuesta a nuevas formas jurídicas mediante fórmulas viejas⁴⁴⁸.

El punto de partida que lleva a recurrir a su planteamiento está en la negativa de asumir que la voluntad de las partes pueda generar una obligación de entregas constantes durante un largo periodo de tiempo⁴⁴⁹. Lo que descubre que estos planteamientos son insuficientes e inadecuados⁴⁵⁰. El ordenamiento español no solo admite las relaciones obligatorias duraderas, sino que incluso acepta que puedan tener un

⁴⁴⁷ La pluralidad prestacional característica del suministro ha generado confusión entre la doctrina, que ha lo tratado como un negocio en el que concurren una pluralidad de contratos. Las teorías que las exponen vienen a pivotar sobre la insuficiencia del consentimiento que prestan las partes al momento de suscribir el suministro para producir verdaderos efectos contractuales *a futuro*, *cfr.* DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, pp.70 y ss.

⁴⁴⁸ Es una costumbre jurídica la de tratar de hacer servir viejos moldes ante los nuevos negocios, LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp.4-6. El tratamiento que se hizo del suministro originalmente hace buena prueba de ello. Ante la novedad que un contrato duradero en el que se reitera la prestación de dar presentaba frente al modelo contractual clásico los primeros estudios no llegan a presentar el negocio tal y como es, sino que lo deforman para hacerlo encajar en las viejas figuras contractuales, GABRIELLI, E., «I contratti di durata, i diritto italiano e il nuovo codice civile argentino», *Giustizia Civile*, núm. 2 (2018), pp.268 y ss. Así, se negó que la duración, en el suministro, tuviese un alcance jurídico, sino que solamente tenía un significado económico, DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro*, *op.cit.*, p.59.

⁴⁴⁹ Las teorías pluralistas niegan que esta voluntad tenga suficiente fuerza para vincular a las partes a futuro. En cambio, se constata que es en los posteriores momentos de determinación y ejecución de las prestaciones donde no se exterioriza una verdadera voluntad. Los actos que siguen el primer acuerdo carecen de naturaleza contractual, en cuanto no hay una verdadera manifestación de la voluntad, *vid.* DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.80. Son actos encaminados a la ejecución del primer acuerdo, no al nacimiento de nuevos contratos.

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.43 y ss., hace una síntesis de las diferentes teorías pluralistas que se han expuesto en la doctrina, fundamentalmente italiana. En España, la doctrina acogió la postura que veía en el suministro un fenómeno negocial que generaba un contrato único, sin perjuicio de que fuese hacedor de una pluralidad de prestaciones repartidas en el tiempo. Así, NOVOA, E., «Contrato de compraventa por suministro (notas para un estudio)», *op.cit.*, p.613 y GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.414.

plazo de duración indefinido, reconociendo a las partes la facultad de liberarse cuando lo estimen oportuno. Con lo que, aunque la ley no reconozca esta facultad expresamente, e incluso cuando venga vedada en el contrato, las partes están autorizadas a poner fin a una relación contractual indefinida⁴⁵¹.

En el contrato de suministro, la voluntad de las partes no va encaminada a celebrar un acuerdo marco que discipline un futuro contrato, ni tampoco configurar un precontrato⁴⁵². El consentimiento prestado se encamina a la celebración de un verdadero y único contrato que les obligue desde su celebración, dando cobertura a las distintas prestaciones comprometidas. Proveedor y suministrado no contratan con la pretensión de poder celebrar futuros contratos. No pretenden confeccionar una red contractual a partir de un contrato base. Mediante el negocio del suministro aspiran a asegurar una serie de prestaciones en el futuro, lo que implica ventajas para ambas partes: el proveedor se garantiza la colocación de sus bienes en el mercado mientras que el suministrado se asegura su disponibilidad en el futuro y, con ello, se garantiza la

⁴⁵¹ Una facultad que deriva del principio general informador del Derecho de obligaciones que proscribe su perpetuidad. Véase, al efecto, la STS 269/2020, de 9 de junio (ROJ 1589/2020), en donde se reconoce «la vigencia en nuestro ordenamiento de un principio general conforme al cual cada contratante tiene la facultad de poner fin libremente a una relación obligacional en la que no se ha acordado una duración determinada [...] El reconocimiento de la facultad de denuncia "ad nutum" o desistimiento en las relaciones obligatorias con duración indefinida o indeterminada se apoya en la idea de que la perpetuidad del vínculo contractual es opresiva y odiosa por ser contraria tanto a la libertad personal como al orden público, a la organización de la propiedad y a los intereses generales de la economía. De ahí la imposibilidad de mantener vinculadas a las partes en relaciones indefinidas que les impongan el deber de realizar prestaciones tal y como, por lo demás, se establece de manera expresa por el legislador para determinadas relaciones obligatorias (arts. 1594, 1705, 1732, 1750 CC, 25 de la Ley del contrato de agencia, etc.). De ahí también la imposibilidad de derogar convencionalmente la "denuncia" o el desistimiento "ad nutum" en las vinculaciones que imponen obligaciones de prestar (art. 1255 CC)».

⁴⁵² Se busca suscribir un único contrato que reúna la pluralidad de prestaciones futuras, sirviéndose de él para dar satisfacción a las necesidades del suministrado sin tener que realizar varios contratos o actos de confirmación, *cfr.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.296. En el mismo sentido, RIVERO YSERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro*, *op.cit.*, p.64, quien opina que es erróneo pensar que las partes buscan crear tantos contratos como prestaciones concretas reclame la ejecución del suministro.

satisfacción de una necesidad que sabe que será constante y duradera en el tiempo. A mayor abundamiento, acoger los planteamientos que ofrecen estas teorías obligaría a discriminar los contratos de suministro cuya prestación es continuada o admitir que las partes pueden celebrar un número indefinido de contratos cuando las prestaciones no han quedado determinadas en el acuerdo fundamental⁴⁵³.

Por otro lado, debemos rechazar los intentos de dividir la causa en una pluralidad, identificándose las particulares que justifican cada entrega y la genética que conecta cada una de ellas y que se mantiene en el tiempo⁴⁵⁴. La causa contractual que está presente en el negocio es única. No se trata de una red de contratos, cada uno de ellos con una causa propia, pero conexos por responder a la misma finalidad⁴⁵⁵. La causa en el suministro es única. Entendida como la función económico-social a la que sirve el negocio, se identifica con la satisfacción de una necesidad duradera, continua o periódica, del suministrado⁴⁵⁶. Incluso si se tomase la causa desde una perspectiva subjetiva, como la finalidad

⁴⁵³ Así ocurre cuando en el contrato base o precontrato o acuerdo inicial dejan sin determinarse el número de prestaciones o el tiempo de vigencia de la relación contractual, ligándose a las necesidades de las partes, lo que nos conduciría a soluciones ilógicas, dice FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.80.

⁴⁵⁴ RIVERO Y SERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro, op.cit.*, p.62, denomina al contrato inicial «acuerdo fundamental», que sirve de base para los posteriores contratos.

⁴⁵⁵ A esta estructura responden otros contratos de distribución, como el contrato de abanderamiento. En él existe lo que ha sido calificado como una «relación contractual compleja» o un «entramado contractual», caracterizado por una sucesión de diversos negocios jurídicos vinculados por perseguir una misma finalidad. Cada uno de ellos tiene su propia causa, pero el negocio puede ser examinado de forma global. De hecho, de acuerdo con las consideraciones vertidas en la STS 102/2015, de 10 de marzo (ROJ 1412/2015), las atribuciones patrimoniales hechas en cada uno de los negocios no se comprenden si no se toman en consideración los demás negocios y la finalidad común a todos ellos.

⁴⁵⁶ Interpretando la causa del contrato desde una posición objetiva, el suministro procura la satisfacción continua o periódica de una necesidad, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.95. Ofrece un aseguramiento en la regularidad de las prestaciones en el tiempo, pero también una estabilidad en el precio. A través de la suscripción de un contrato único se garantizan las prestaciones futuras, como ocurre en los contratos de abastecimiento de agua, energía eléctrica o gas, *cf.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.28.

o propósito perseguido, se seguiría revelando la duración como un elemento primordial que guía a las partes a concluir el contrato. De ahí que para atender esta necesidad no se opte por una pluralidad de compraventas sucesivas, sino por un único suministro con sucesivas prestaciones⁴⁵⁷.

III. EL SUMINISTRO COMO TIPO CONTRACTUAL AUTÓNOMO

Una vez superado el debate acerca de la pluralidad contractual, cuyas posiciones hemos visto que se antojan artificiales y complejas por las razones expuestas, cabe examinar el carácter contractual propio, independiente y autónomo del suministro, rechazando que se constituya como una modalidad de otro tipo contractual, en particular, de la compraventa.

De lo visto hasta ahora se observa que el contrato de suministro es un convenio del que se desprenden sucesivas prestaciones de dar⁴⁵⁸. Es un instrumento que permite dar satisfacción a necesidades periódicas o continuadas, donde la duración se erige como un elemento esencial del contrato⁴⁵⁹. Para poder atender a esta función habrá veces en que las partes dejarán sin determinar el objeto del contrato, solución que es válida en nuestro ordenamiento para cualquier tipo de contrato. Que pueda suceder con mayor o menor frecuencia no significa que sea un

⁴⁵⁷ Se requiere de un contrato que reúna una pluralidad de prestaciones orientadas a satisfacer esta necesidad en el momento en el que surja, razón de su reiteración. DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro*, op.cit., pp.62 y 63, defendía que estamos en presencia de un único contrato tanto por la voluntad de las partes (carácter subjetivo) como por su causa (carácter objetivo). Ambas dos son únicas, lo que genera un solo contrato.

⁴⁵⁸ LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, op.cit., p.194.

⁴⁵⁹ El rasgo duradero es esencial en el suministro, y que nos permite hablar de contrato autónomo. A pesar de la idea de intercambio de bienes que subyace en el negocio, no puede reconducirse a la compraventa, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, op.cit., p.265.

elemento connatural o sustancial del suministro⁴⁶⁰. De hecho, la indeterminación de las prestaciones responde a una cuestión práctica, bien para poder ajustar el objeto a la necesidad del suministrado, bien para poder ajustar el precio al valor de la cosa⁴⁶¹.

Tomando las prestaciones principales del contrato, suministrar de cosas y pagar un precio, la mayor parte de la doctrina lo ha considerado tradicionalmente como una modalidad de la compraventa. A esta posición nos referimos en primer lugar para, tras descartarla, valorar el encuadre del suministro entre los contratos de colaboración, en general, y de distribución, en particular.

A. CALIFICACIÓN DEL SUMINISTRO COMO COMPRAVENTA

La compraventa, negocio paradigmático en el Derecho de contratos, ha ejercido una función centrífuga sobre el resto de contratos que han ido apareciendo en el tráfico y en los que la prestación de entrega reviste

⁴⁶⁰ Sobre la base de esta indeterminación podría plantearse el suministro como una compraventa de cosa futura, en su modalidad *emptio rei speratae*, contrato conmutativo, a diferencia de la *emptio spei*, que es un contrato aleatorio. En el primero nace en el vendedor la obligación de entregar al comprador la cosa vendida una vez que ésta existe, siendo también obligatorio para él desplegar la actividad necesaria para que la cosa llegue a existir, *vid.* VÁZQUEZ BARROS, S., *El negocio jurídico de compraventa y permuta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.147.

⁴⁶¹ LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.196, defendía el carácter aleatorio del contrato de suministro por depender la ganancia o pérdida «de un hecho azaroso»: la variación del mercado. De modo que si sube el valor de la cosa pierde el proveedor, mientras que si baja pierde el suministrado. Este riesgo, sin embargo, es consustancial a todos los contratos de duración en los que no se ha previsto una cláusula de actualización del precio. Allí donde las prestaciones están destinadas a mantenerse en el tiempo el precio puede no corresponderse a la realidad de cada momento. Piénsese en un contrato de arrendamiento de renta antigua, en el que el precio no se corresponde con la realidad del mercado. La solución debe venir del propio contrato mediante cláusulas que actualicen el precio, evitando la excesiva onerosidad que el contrato puede llegar a tener para alguna de las partes por las fluctuaciones del valor de la cosa en el mercado.

una especial importancia dentro del programa obligacional⁴⁶². Solamente cuando el contrato en cuestión logra consolidarse en el tráfico mercantil se observa que se desenvuelve con autonomía respecto de la compraventa. A ella se han reconducido el contrato estimatorio⁴⁶³, la

⁴⁶² La compraventa es el prototipo de los contratos de intercambio de bienes con vocación de transmisión de la propiedad, GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La compraventa mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.287 (2013), p.9. A menudo se identifica el *intercambio de bienes*, fin del negocio, con el propio contrato, lo que reconduce a la compraventa cualquier acuerdo en el que esté presente esta finalidad, como en algunos contratos de distribución como la concesión, *cfr.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)*, *op.cit.* p.92.

⁴⁶³ Entre las voces que defienden la independencia del contrato estimatorio respecto de la venta GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, pp.295-299. En el estimatorio no hay un traspaso de la propiedad entre las partes, actuando el empresario minorista como mero intermediario. Es cierto que se persigue por el empresario principal la colocación de sus bienes en el mercado, para lo que interviene el minorista, pero no hay un intercambio de bienes, razón por la que se devuelven las mercancías que no consiguen colocarse. En el mismo sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, p.153.

concesión⁴⁶⁴ o incluso la dación en pago⁴⁶⁵. Paradójicamente, la permuta se ha contemplado como un contrato *sui generis*⁴⁶⁶, aunque sus prestaciones sean prácticamente idénticas a las de una compraventa⁴⁶⁷.

El contrato de suministro no ha estado exento de esta *asimilación*. Dada la sustancialidad de la obligación de entrega en el negocio, con la consiguiente traslación de su propiedad, a cambio del pago de un precio, se ha entendido tradicionalmente que se trata de una forma de venta

⁴⁶⁴ Por todos, IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, *op.cit.*, p.256. El profesor defiende su diferencia respecto de la compraventa. Es consciente el autor que, a la hora de buscar una categoría contractual en la que subsumir la figura de la concesión, la solución fácil es redirigirlo a la venta como una modalidad especial. Pero, precisamente, en el intercambio de bienes que se produce en la concesión mercantil subyace una relación de colaboración que genera una modalidad contractual propia y que excede del tipo de la compraventa.

⁴⁶⁵ La teoría más clásica de la dación en pago la identifica como una forma de compraventa, en la que el importe de la deuda se equipara con el precio de la cosa, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.R., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, vol.10 (1957), pp.753-798. Esta interpretación de la dación en pago ha sido superada, entre otras razones, porque su función económica no es compartida con la de la compraventa: mientras que en la venta hay una *causa vendendi* en la dación en pago hay una *causa solvendi*, *cfr.* MARÍN LÓPEZ, M.J., «Artículo 1166», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, *op.cit.*, pp.8561-8562.

⁴⁶⁶ Aun con todo, el conflicto entre la naturaleza jurídica de la permuta y de la compraventa no estuvo exento de debate, como recuerda FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Los contratos de permuta y estimatorio», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9 (2003), p.219. Siendo reconocido que el origen de la *emptio-venditio* está en la permuta, la introducción del dinero supone un punto de inflexión, aceptándose la autonomía de ambos negocios por la intención de los contratantes en celebrar un negocio u otro.

⁴⁶⁷ Las similitudes son evidentes si consideramos que ambos dos «son manifestaciones de un mismo hecho fundamental, que es el cambio», siendo que la única diferencia entre la compraventa y la permuta está en el elemento del precio. Por lo demás, «en el fondo y contenido de ambos contratos tiene que haber mucho en común, puesto que son formas del cambio y los dos son de los llamados traslativos de dominio», MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, t.X, Madrid, 1908, p.424-425.

especial⁴⁶⁸. El suministro apareció necesariamente vinculado a la compraventa, cuya fuerza gravitatoria sobre otros contratos se fundamenta en su obligación principal. Este planteamiento conduce a una simplificación constante de cualquier negocio en el que haya un intercambio de bienes, sobre la base de identificar con la compraventa cualquier contrato de cambio⁴⁶⁹. Pero la expansión y el desarrollo de la producción en masa han constatado la incapacidad de dar una respuesta lógica

⁴⁶⁸ Entre nuestra *manualística*, la posición más extendida ha sido situar el suministro como una modalidad de compraventa especial. Ha imperado la nota de la transmisión de la cosa como elemento característico del suministro. Así, NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, p.612; LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.195; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.414, quien habla de *venta por suministro*; SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, *op.cit.*, p.108; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t.IV, Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, *op.cit.*, p.75, lo han estudiado como una compraventa especial. En cambio, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.1603; URÍA, R., *Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.568; AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2003; SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.418, lo han tratado como un contrato independiente, pero afín a la compraventa. Su autonomía se ha defendido con mayor rotundidad por GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, *op.cit.*, p.130. Este último recuerda que en la compraventa la cosa vendida se entrega de una sola vez, o en actos distintos cuando la venta fracciona el objeto, mientras que en el suministro la obligación de entrega de cumple reiteradamente. Defiende también la autonomía del contrato FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.210 y ss. Esta independencia respecto de la compraventa ha permitido observar el contrato desde la óptica de la distribución comercial, ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.228 y, más recientemente, ECHEBARRÍA SÁENZ, M., «El contrato de suministro», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución*, *op.cit.*, p.264, para quien el suministro puede aspirar tanto a «la consideración de contrato autónomo, como a la de obligación integrada en un contrato de distribución más complejo».

⁴⁶⁹ ALONSO SOTO, R., *Contratos de distribución comercial y de defensa de la competencia*, *op.cit.*, 2006, p.164. Esta reconducción a la compraventa, como contrato paradigmático del ordenamiento que sirve de instrumento para el intercambio de bienes y de título para el traspaso de su propiedad, es compartida por otros contratos que hoy en día conforman una categoría contractual propia: los contratos de distribución. Se ha producido un desarrollo de estos contratos, que actualmente permiten la integración de distintos empresarios independientes que colaboran para la consecución de unos fines compartidos. Este proceso de desarrollo que han experimentado los con-

a los problemas que se generan en torno a la «compraventa por abastos» o suministro, lo que ha conducido a una postura de *subordinación*, según la cual el suministro es un contrato autónomo e independiente de la compraventa, pero sometido a sus reglas en aquello que no contravenga su naturaleza duradera⁴⁷⁰.

Ciertamente, el suministro comparte con la venta que se está ante un único contrato, en el que la entrega es la obligación principal de una parte, que recibe en contraprestación un precio, con el consiguiente

tratos de distribución –sobre todo, la concesión– también se ha producido en el contrato de suministro. De hecho, el contrato de agencia llegó también a ser reconducido, por su proximidad, a la figura de la comisión mercantil, «de la que de alguna manera es desarrollo», siendo la nota distintiva la duración (como en el suministro), pues «si la comisión está concebida para la realización de operaciones aisladas o concretas, la agencia es un contrato de duración», *vid.* GALÁN CORONA, E., *Los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.15.

⁴⁷⁰ Así se explica que en los textos internacionales que regulan la compraventa se entienda incluido el contrato de suministro, sujetándose, no obstante, a las reglas de aquélla, y sin que se contenga en algunos casos siquiera una definición del negocio. Este fue el caso de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de Compraventa europea, el cual, a pesar de referir continuamente al suministro, no contenía una definición de la figura, *cfr.* ILLESCAS ORTIZ, R., y PERALES VISCASILLAS, M.P., *El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación*, *op.cit.*, pp.9-19.

traspaso de la propiedad⁴⁷¹. Sobre estos rasgos se concluye que el suministro es una suerte de venta especial⁴⁷². Una especialidad cuya razón se encuentra en la duración⁴⁷³. Pero es precisamente la incidencia que tiene el tiempo en el contrato lo que nos permite cuestionar este planteamiento y defender la independencia del suministro respecto de la compraventa; a pesar de su innegable afinidad. A continuación, enumeramos las razones que nos llevan a esta defender esta posición.

⁴⁷¹ Estas similitudes llevan a aplicar supletoriamente el régimen de la compraventa, salvo en aquellas previsiones que contradigan la naturaleza duradera del suministro; básicamente, las que sean inconciliables con su duración y con la existencia de la pluralidad de prestaciones, *cfr.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.195. También GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.127.

⁴⁷² MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Consideraciones sobre el contrato de suministro: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001, op.cit.*, p.186, apunta que a la hora de definir la naturaleza jurídica del suministro no ha ayudado a dirimir la cuestión la postura ambigua que se ha mantenido por el Tribunal Supremo. Por lo general, el primer tribunal se ha limitado a realizar consideraciones genéricas, sin entrar a un examen en profundidad del contrato. Así, en fallos relativamente recientes en el tiempo, ha entendido que se trataba de una modalidad de la compraventa, STS núm. 206/1994, de 10 de marzo (ROJ 14914/1994), mientras que en otros ha entendido que es sólo un contrato afín a la misma, STS núm. 1046/1996, de 2 de diciembre (ROJ 6849/1996). Puede verse también VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.134, que nos indica que tanto el suministro como el estimatorio han sido estudiados por la doctrina española y extranjera como «compraventas especiales», si bien, afirma el profesor, debe reconocerse su carácter sustantivo y autónomo.

⁴⁷³ Se ha tratado de explicar la presencia de un elemento duradero en el contrato acudiendo a la compraventa a término y a la compraventa bajo condición. En función de la primera, el contrato, una vez celebrado, aplaza su ejecución hasta la llegada del término. Esta construcción, como hacían las teorías pluralistas, desconoce que el suministro con prestación continuada puede iniciar su ejecución desde el momento de la suscripción del contrato, con lo que se observa que el término no incide realmente en el contrato sino en la relación obligatoria. Además, no explica la reiteración de la prestación, como tampoco lo hace la construcción del suministro como una compraventa bajo condición suspensiva, sujeta a que surjan las necesidades. Esto supondría negar la existencia del contrato hasta que se manifestase la condición, lo que es contrario al suministro, que nace desde su celebración. Como expone DE MARINO Y BORRERO, *El suministro (teoría general), op.cit.*, pp.89-91, la condición, que es un elemento accidental al contrato, puede existir en algún contrato, pero no por ello es un elemento consustancial a su naturaleza.

El primer punto de partida de la distinción entre el contrato de suministro y el de compraventa debe ser la propia denominación diferenciada que dan las partes a cada negocio, que contrasta con otras modalidades de venta, como la compraventa con entregas fraccionadas, la compraventa de cosa futura o la compraventa de esperanza⁴⁷⁴.

En segundo lugar, por las razones que veíamos al exponer la compraventa con entrega fraccionada. La distinción entre el suministro y la compraventa con entregas repartidas está en que en el primero el objeto se va entregando de forma reiterada; sus prestaciones se repiten. Mientras que en la segunda el objeto es único, con la particularidad de que se fracciona y se entrega por partes. Este criterio ha sido apuntado con la pretensión de distinguir dos negocios muy semejantes, pero que se observan de forma distinta⁴⁷⁵. En cambio, si admitimos que el suministro es una modalidad de compraventa, carecería de sentido esta distin-

⁴⁷⁴ La denominación no es un tema banal. Con ella se identifican y distinguen las instituciones jurídicas y, en buena parte de los casos, se deducen o desprenden los efectos del negocio, *vid.* DE LOS MOZOS, J.L., *Negocio fiduciario*, *op.cit.* El mero hecho de que el suministro disponga de un *nomen iuris* determinado arroja seguridad jurídica, por cuanto se conoce su particular contenido. De modo que puede adoptarse no solamente para distinguir el suministro de otras figuras, sino incluso también para compararlo y asimilarlo con otras cuyo programa contractual se asemeja al de aquél, *cfr.* HERNANDO CEBRIÁ, L., «Una aproximación a los contratos de instalación industrial “llave en mano” en el marco de la contratación contemporánea», *Anuario de Derecho Civil*, núm.66 (2013), p.1710. En fin, lo que se pretende apuntar es que el suministro, a diferencia de otras modalidades de compraventa, no es un negocio *in-nominado*, aunque sea atípico, *vid.* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., «Los contratos atípicos», *op.cit.* Y aunque el nombre no sea suficiente para afirmar la existencia de un tipo contractual diferenciado de la compraventa, ya pone al jurista sobre la sospecha de que se puede encontrar ante algo más que una simple modalidad contractual.

⁴⁷⁵ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.417, diferencia la compraventa fraccionada, en la que hay una sola obligación y una sola prestación, que se divide en el tiempo, del suministro, en donde hay una pluralidad de prestaciones autónomas. En el mismo sentido se ha pronunciado CORRADO, R., *La somministrazione*, *op.cit.*, pp.52-53, apuntando la unidad de la prestación en la compraventa repartida sin perjuicio de que sea fraccionada en el tiempo por voluntad de las partes, de lo que se observa que la duración solo afecta a la ejecución del contrato, pero no a los demás elementos contractuales.

ción. Ambos formarían parte de un mismo tipo contractual, incluso pudiendo llegar a plantearse si la compra fraccionada sería una submodalidad de la compra-suministro⁴⁷⁶.

La tercera razón es la presencia histórica del suministro en el tráfico económico. Desarrollado al calor del Derecho administrativo⁴⁷⁷ y, posteriormente, de la industrialización⁴⁷⁸, la reiteración con la que las partes celebran el contrato pone de manifiesto el particular interés de atender una función económica específica, particular y diferente a la de la compraventa. Esta reiteración conduce a su tipificación social, con lo que, sin tener una regulación expresa, su contenido y efectos son configurados por la autonomía de la voluntad, ajustándose a un programa de derechos y obligaciones derivado de la práctica mercantil.

La cuarta razón, relacionada con la anterior, es que las partes son libres de configurar nuevos tipos contractuales tomando prestaciones propias de otros contratos, creando nuevos negocios atípicos que no tienen por qué ser encajados en *odres viejos*. La libertad de contratación de las partes lleva a admitir la celebración de convenciones que se desvían de

⁴⁷⁶ DE MARINO Y BORREGÓ, *El suministro (teoría general)*, *op.cit.*, p.91.

⁴⁷⁷ SOSA WAGNER, F., *El contrato público de suministro*, *op.cit.*, pp.24-25, hace un repaso histórico del suministro en el Derecho español destacando la importancia del contrato en la actividad contractual administrativa, de la que no es ajena la contratación privada.

⁴⁷⁸ La compraventa de abastos era definida como aquella modalidad de compra en la que el asentista se obligaba a suministrar a una corporación, establecimiento o colectividad; esto es, una organización, normalmente de carácter industrial, que por su actividad requiriese el continuo flujo de bienes para la consecución de su razón social, *vid.* ÁLVAREZ DEL MANZANO, F.; BONILLA Y SAN MARTÍN, A. y MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, *op.cit.*, p.49.

los tipos de contratos expresamente regulados en las leyes⁴⁷⁹. Esta capacidad de los individuos de crear contratos atípicos es admitida por el Derecho⁴⁸⁰, y a esta clase de contratos se deriva el suministro⁴⁸¹.

En quinto lugar, por la expresa voluntad de las partes de celebrar un negocio particular y diferenciado de la compraventa con el que dar satisfacción a las necesidades del suministrado. La función económica a la que atiende el suministro impone la necesidad de prever una serie de mecanismos que permitan la posterior determinación del momento de cumplimiento, la cantidad, calidad o cuantía de las prestaciones, o los tiempos de ejecución. Es frecuente al suministro la indeterminación del contenido de la obligación, precisamente, por atender a un elemento subjetivo propio y distinto de la compraventa, como es la sujeción a las necesidades del suministrado⁴⁸².

⁴⁷⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, pp.206-207, distingue varias modalidades de negocios típicos, según se adapte un contrato típico introduciendo prestaciones extrañas no previstas en la ley, uniendo las prestaciones de varios contratos (contratos conexos), o uniendo los propósitos de dos tipos de contrato (contratos mixtos).

⁴⁸⁰ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., *Los contratos atípicos, op.cit.*, observa que el Código civil reconoce a los particulares la capacidad de crear nuevas formas de contratación para satisfacer sus necesidades privadas, incluso modificando la regulación establecida para los contratos típicos. Así, en el desarrollo de la libertad contractual, pueden alterar los contratos ya regulados o crear nuevas formas contractuales, ya sea tomando prestaciones típicas de varios contratos y conformando un negocio atípico, ya sea creando uno a partir de prestaciones radicalmente novedosas en el Derecho. Según DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.202, la ley no solo sanciona, sino que ayuda a la creación de nuevas figuras contractuales al establecer el carácter dispositivo de la norma.

⁴⁸¹ SANTOS BRIZ, J., *Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato, op.cit.*, p.301, contempla el contrato de suministro como un contrato atípico, entendido éste como aquel para el que la ley no ha predispuesto una particular disciplina jurídica. Entre la doctrina mercantilista, BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.523, defiende el suministro como un contrato de naturaleza *sui generis* y atípico, llamado a regularse por las convenciones entre las partes. GALÁN CORONA, E., *Los contratos de distribución, op.cit.*, p.15, apunta que el suministro es el resultado de la adaptación de la compraventa a las necesidades de una economía de producción en masa.

⁴⁸² Esta indeterminación en cuanto a la cantidad y el plazo condujo a que se calificase como una pluralidad de compraventas mercantiles, distintas e independientes, tantas

En sexto lugar, porque la satisfacción de las necesidades del suministrado solo se consigue si el contrato tiene carácter duradero. Un rasgo que es extraño a la compraventa⁴⁸³. La duración impregna todo el negocio. Es un elemento que está presente en su formación, sobre el que las partes construyen el programa contractual y prestan su consentimiento, que informa la causa del contrato y que se traduce en una ejecución repetida de las prestaciones a lo largo de la vida del contrato. De modo que, a pesar de la unidad contractual, la prestación se reitera durante su vigencia, demostrando un contraste con respecto a la compraventa que no puede ser ignorado. La compra sí conoce de las entregas fraccionadas y del pago aplazado, como dos modalidades en las que se introduce la duración. Pero, en ellas, la duración incide en la fase de ejecución, mientras que en el suministro se manifiesta también en una fase genética o formativa, generando obligaciones duraderas, que se mantienen en el tiempo, alejándose de la noción de compraventa.

La séptima y última razón es la propia causa del suministro. Entendida como la función económico-social que cumple el contrato y es perseguida por las partes con su celebración, está estrechamente vinculada a la duración del negocio. Su celebración viene dada por el interés de dar satisfacción a necesidades de carácter duradero. Y es precisamente el carácter duradero de las prestaciones el que justifica que deban acudir a un tipo negocial distinto de la compraventa.

La identidad entre el suministro y la compraventa viene dada por ser ambos contratos negocios de cambio, cuyo hecho fundamental es el

como recibos acreditativos de la entrega existían, a un negocio por el que se entregaban grava y arena para una construcción. De este modo, en la STS de 31 de marzo de 1975 (ROJ 1966/1975) negaba que todas estas entregas tuviesen su origen en un *escueto documento base* en el que no se especificaban los plazos de las entregas ni las cantidades a entregar, rechazando que su falta de concreción estuviese ligada a la necesidad del suministrado.

⁴⁸³ VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.171, quien afirma que «la compraventa es un contrato de tracto instantáneo, aun en el caso de que las obligaciones de vendedor y comprador se dividan en prestaciones periódicas». En el mismo sentido *vid.* RIVERO YSERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro, op.cit.*, p.72.

intercambio de cosa por precio y cuyo efecto primordial es el traspaso de la propiedad. Estas coincidencias llevan a una confusión, sobre todo práctica, identificando cualquier contrato de cambio con una venta. Sobre estos planteamientos, incluso la permuta podría ser calificada como una compraventa. No obstante, así como en la permuta falta un precio y esto lo lleva a diferenciarla de la compraventa, en la compraventa falta la duración y esto lo diferencia del suministro. La duración no es un aspecto baladí ni circunstancial, ni debe pasarse por alto, pues es el elemento que le permite salir de la órbita de la compraventa y erigirse como un tipo contractual autónomo e independiente, como un contrato atípico, y simplemente análogo a la compraventa.

B. EL SUMINISTRO COMO COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

Al considerarse, históricamente, que el suministro era una modalidad de compraventa en la que destacaba que al momento de su celebración se pudiese no estar en disposición de la cosa objeto del contrato originó una postura que defendía que el suministro tenía naturaleza de compraventa de cosa futura. Sin embargo, y sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad, la *emptio spei* es un contrato aleatorio, mientras que el suministro es un negocio conmutativo. Ello conlleva que al momento de su ejecución la falta de entrega equivalga a un incumplimiento, mientras que en el contrato aleatorio de compra futura las consecuencias recaen sobre el comprador. Además, nada obsta a que en el momento de celebrarse el contrato el proveedor pueda estar en disposición de la cosa.

C. EL SUMINISTRO COMO COMPRAVENTA A TÉRMINO

Esta teoría encontró algún defensor entre nuestra doctrina⁴⁸⁴. Según sus postulados, el suministro es el *nomen iuris* que recibe una modalidad de venta a término, por la cual una persona se compromete a entregar

⁴⁸⁴ El contrato de suministro era el *típico* contrato de venta a término, *cfr.* VICENTE Y GELLA, A., *Introducción al Derecho Mercantil comparado, op.cit.*, p.297. El autor resalta su importancia creciente en el mercado, a pesar de lo cual «no suele ser objeto de disposiciones especiales en los códigos de comercio», que se justifica por no ser más que una modalidad de la compraventa.

a otra, mediando un precio, cantidades consecutivas de mercancías en los términos o plazos fijados en el contrato. Al estar vinculado a las necesidades del adquirente, también puede dejar a su voluntad la determinación de los plazos en los que se tendrán que entregar las mercancías. Según esta teoría, la venta no podría ser consumada al momento de su celebración, con lo que el término se introduce como un elemento esencial del pacto. La ejecución de las entregas se suspende –de modo que el término es suspensivo– hasta que llegue el momento en que debe ser ejecutada la prestación. Bien porque arriba el día pactado para la ejecución, bien porque el suministrado así lo determina.

Aunque esta teoría da preeminencia al tiempo como un elemento sustancial del contrato, y aunque en cierta medida en el contrato de suministro las prestaciones están sujetas a plazo, dado que no son exigibles sino hasta la llegada del día señalado, con ellas realmente se desconocería el significado del programa obligacional. La obligación no queda suspendida; en cuyo caso sería una obligación instantánea pendiente de ser ejecutada. Es una obligación duradera que se manifiesta en una pluralidad de prestaciones. Este complejo prestacional no es propio de la compraventa. Tampoco de la compraventa fraccionada. Con el suministro, cada entrega equivale a un cumplimiento íntegro del contrato. En la venta con entregas repartidas o fraccionadas, las entregas son parciales. Sólo cuando se entregan todas y cada una de ellas el contrato ha sido cumplido.

D. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. EL SUMINISTRO DE USO Y DISFRUTE

Por efecto de una aparente analogía entre el arrendamiento de obra y servicios personales y el suministro de bienes muebles, se promulgó en España una *real orden*, en 1905, cuya función era determinar el tributo aplicable a una serie de actos y contratos que se venían celebrando y no podían quedar fuera del alcance del fisco. Ante el temor del legislador de que algunas actividades no tributasen por un desajuste normativo, se incluyó y distinguió el contrato de arrendamiento, ya fuese de

obra o de servicios, y la *compraventa* por suministro⁴⁸⁵. De acuerdo con esta norma, de carácter fiscal, el elemento distintivo se localiza en la propiedad de la cosa sobre la que realizaban los trabajos en que consiste el arrendamiento cuando éste se hacía con aportación de materiales por el arrendador. Así, cuando el contratista ponía la totalidad de los materiales y ejecutaba la obra sobre un bien propiedad del prestatario, se entendía que estábamos ante un contrato de arrendamiento. Mientras que, por el contrario, cuando el contratista realizaba el trabajo sin que mediase ninguna cosa preexistente propiedad del prestatario estábamos ante un suministro⁴⁸⁶.

La *real orden* de 1905 buscaba clarificar y calificar estos dos negocios, los cuales, de la simple lectura del art. 1588 CC, podrían reconducirse a la figura del arrendamiento. Ambos dos tratan del ejercicio de una actividad o la prestación de un servicio por el proveedor quien, a su vez, pone o suministra los materiales necesitados para su consecución. Tampoco en nuestros días es extraordinario este negocio. Son muchas

⁴⁸⁵ Término administrativo con el que se designaba la venta de cierta clase de bienes muebles, dice la Real Orden, que se venden por peso, número o medida, y a la que se refiere el apartado tercero del art. 1452 del Código civil. *Vid.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, op.cit.*, p.90.

⁴⁸⁶ La clasificación se complica con la promulgación del Decreto de 15 de enero de 1959, aprobando el Reglamento del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes, que distingue entre suministro, arrendamiento de obra y servicios, y contratos mixtos de suministro con ejecución de obras y de suministro con prestación de servicios personales. Se consideraba que la ejecución de una obra, en la que el contratista pone todos los materiales, y que ha de quedar incorporada en una cosa que es propiedad del contratante, debía tributar como contrato mixto. Se reconduce a esta figura, creada a efectos tributarios, la modalidad de contrato de arrendamiento del art. 1588 del Código civil.

las ocasiones en las que el suministrado necesita que el proveedor fabrique la mercancía objeto de suministro⁴⁸⁷, surgiendo la duda respecto a la calificación de este negocio⁴⁸⁸.

Bajo nuestro punto de vista, el contrato de suministro obligará al proveedor a desenvolver una actividad específica encaminada al cumplimiento de su obligación duradera de entregas reiteradas o de entrega continuada. Pero también puede suceder que el contrato obligue a la ejecución de una prestación o un servicio que dentro del programa obligatorio tiene mayor relevancia. En estos casos, la distinción entre un contrato de suministro y un contrato de arrendamiento de servicios vendrá dada por el carácter preeminente que tenga la obligación de entrega frente a la obligación de hacer, debiendo considerarse como un contrato de arrendamiento de obra o de servicios cuando el elemento «actividad» se repute preeminente⁴⁸⁹. Por el contrario, cuando junto a la obli-

⁴⁸⁷ La STS (1ª) de 17 de diciembre de 1928, enjuiciando un contrato por el cual el propietario de una cantera asumía la obligación de retirar una cantidad determinada de piedra y entregarla al otro contratante en distintos periodos, califica el negocio como suministro y no como contrato de obra. Prevalece para el órgano enjuiciador la prestación razón de la extracción de la piedra, esto es, las entregas continuadas del material. Por su parte, la STS (1ª) 28 de abril de 1961 (ROJ 1581/1961) califica como compraventa el contrato de *suministro* eléctrico, reconociendo sus particularidades, pues el precio está sujeto a corrección. En el mismo sentido se pronunciará más adelante la STS (1ª) 25 de enero de 1985 (ROJ 1386/1985).

⁴⁸⁸ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, op.cit.*, p.92 asume que el suministro sin actividad previa se reconduciría a una compraventa, mientras que cuando concurra, además de la entrega, la realización de un servicio, el negocio sería atípico, al confluir en él una prestación de entrega y una prestación de servicios.

⁴⁸⁹ En este sentido, RIVERO YSERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro, op.cit.*, p.58, trae a colación la distinción que se hace en la jurisprudencia francesa para calificar el contrato en el que concurren prestaciones reiteradas de entrega y prestaciones de hacer. Según el carácter principal que tenga una prestación u otra, podrá tratarse el contrato como un arrendamiento o como un suministro. Así, en el contrato de arrendamiento la obligación principal es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, con lo que la obligación de suministro se presentará de manera accesoria a aquélla. Un ejemplo lo podemos encontrar en los contratos de mantenimiento de ascensores, en los que junto a la obligación principal de revisión los prestatarios del servicio asumen una obligación de reparación de las piezas estro-

gación de suministro se contraten otras obligaciones de medios, el contrato seguirá siendo calificado como un contrato de suministro cuando ésta continúe siendo la prestación preponderante⁴⁹⁰. Ejemplos de estos negocios en los que confluye una actividad junto con la obligación duradera de dar característica son los suministros en los que se integra una obligación de logística, como puede ser el asesoramiento o la planificación (que obliga al proveedor, además de suministrar, a asesorar a su cliente acerca de las mejores fórmulas de abastecimiento)⁴⁹¹.

En otro orden de cosas, cabe plantearnos si el suministro admite en su estructura el intercambio de bienes a título de goce y disfrute, sin el consiguiente traspaso de la propiedad. Esto es, si en el suministro tendría cabida la entrega de la cosa a efectos de su mero uso o disfrute, devolviéndose al propietario al término del contrato como sucede en el arrendamiento, configurándose como un negocio en el que las partes se ceden el objeto sin el traspaso de dominio⁴⁹². Bajo esta tesis, por el

peadas, suministrando las necesarias, *vid.* MOLINS SANCHO, F., *El contrato de mantenimiento de ascensores*, *op.cit.*, p.187. Ocurre algo similar en los contratos de instalación industrial llave en mano, en los que confluyen prestaciones de diseño, supervisión, suministro, mantenimiento, etc., *vid.* HERNANDO CEBRIÁ, L., *Una aproximación a los contratos de instalación industrial "llave en mano" en el marco de la contratación contemporánea*, *op.cit.*, p.1679.

⁴⁹⁰ Sobre la capacidad de las partes de construir contratos mixtos y cómo deben ser calificados en función de la paridad o subordinación entre las obligaciones agrupadas bajo un mismo acuerdo, puede verse JORDANO BAREA, J.B., «Contratos mixtos y unión de contratos», *op.cit.*, pp.321-339.

⁴⁹¹ Se trata de otras obligaciones en las que, junto con la de suministrar, el proveedor ha asumido funciones propias del ámbito de la logística, apoyándose en su experiencia y conocimiento en la gestión de inventarios y en el abastecimiento de empresas. Estas modalidades pueden confluir en un mismo contrato o venir separadas, en función de los intereses de los contratantes. DE LA VEGA GARCÍA, F., *El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del PCM)*, *op.cit.*, pp.1297-1299, nos habla de un suministro logístico de planificación, de seguimiento y de ejecución, en función del alcance que tenga la obligación logística del proveedor. Es decir, si se limita a un asesoramiento o también se encarga de ejecutar las instrucciones que ha puesto al servicio de su suministrado.

⁴⁹² Algunos autores han aceptado esta posibilidad, *vid.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, *op.cit.*, p.1105. El autor italiano considera que el traspaso puede ser

contrato de suministro el proveedor asumiría una obligación duradera consistente en la ejecución de prestaciones de dar, pero sin que la entrega conlleve un traspaso de dominio, de modo que el suministrado se obliga a retornar la cosa a la finalización del contrato o cuando termina de satisfacer su necesidad⁴⁹³.

Esta formulación tiene un especial interés en nuestros días, en donde el desarrollo de la economía circular plantea nuevos retos para la empresa⁴⁹⁴. Precisamente, uno de los modelos innovadores de negocio que destaca en la economía circular consiste en sistemas de producto-servicio, en los que junto a la entrega de la cosa se integran servicios dirigidos a su mantenimiento, sustitución y reciclaje. Este planteamiento

tanto de la propiedad como de su uso, de modo que, a la finalización del contrato, o incluso en periodos inferiores delimitados en el contrato, la cosa vuelve al proveedor. Bajo este contrato cabrían, entonces, los suministros de contenidos digitales, o las botellas de vidrio en la hostelería que deben ser retornadas a la empresa suministradora.

⁴⁹³ Este planteamiento tiene su origen en Italia, a raíz de lo dispuesto en el art. 1570 del *Codice civile*, que cierra el capítulo dedicado a la regulación del suministro mediante la siguiente dicción: «*Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*». Se trata de una norma de reenvío, por lo demás frecuentes en este tipo de textos legales que remiten a sus propias disposiciones para evitar reiteraciones. Pero el precepto lo hace con tal fortuna que deja abierta la posibilidad de que puedan ser aplicables al contrato, *en cuanto sean compatibles con las singulares prestaciones*, otras normas como las del arrendamiento. De este modo la doctrina ha valorado la posibilidad de un contrato de suministro de uso, por el cual el tiempo incidiría también en el uso de la cosa por el suministrado quien, a su término, vendría obligado a restituirla, *vid.* GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione, op.cit.*, pp.357-359.

⁴⁹⁴ El modelo de economía circular consiste en la reutilización de los residuos para convertirlos nuevamente en bienes, reduciendo el impacto medioambiental negativo. A diferencia del modelo lineal, basado en la extracción de materias primas, la fabricación de bienes, su uso y la generación de residuos, la economía circular plantea cómo reutilizar estos residuos, entendidos como los bienes carentes de utilidad para el consumidor. En este sentido, MONZÓN CAMPOS, J.L., CHAVES ÁVILA, R. y FAJARDO GARCÍA, G. (Dir.) *Manual de economía social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.40. Sobre los retos que generan estos nuevos modelos de negocios que caen dentro del concepto amplio de economía colaborativa, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.62.

no parece del todo contrario a la finalidad económica del suministro. De modo que, en determinados casos, el suministro así planteado podría ser la mejor vía para atender las necesidades del suministrado⁴⁹⁵. Se trata de garantizar la satisfacción del usuario sin poner el foco en la transmisión de la propiedad de las cosas⁴⁹⁶.

La lógica de este planteamiento estriba en que no se perdería de vista la función económica del suministro, consistente en satisfacer una necesidad duradera, ya que nada impide que esta necesidad pueda ser satisfecha mediante una entrega periódica de bienes, pero sin el efecto traslativo del dominio. De modo que, cuando el suministrado agote la utilidad que le reportaban los bienes, son devueltos a su propietario⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Entre nosotros, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, *op.cit.*, pp.218-219, ha defendido que el contrato así planteado podría servir para atender mejor a las necesidades del suministrado, poniendo como ejemplo el contrato por el que se cede el uso de unos vehículos que se devuelven al satisfacer la necesidad temporal del acreedor. Para la autora, así planteado, el suministro no sería un tipo contractual estático, sino que se adaptaría a las necesidades, en función de cuál sea ésta. En el mismo sentido se pronuncia PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM*, *op.cit.*, p.1616, quien considera que la posibilidad podría ser factible «en algunos supuestos aunque en otros sería difícilmente admisible por la propia naturaleza de los bienes suministrados».

⁴⁹⁶ Un ejemplo de este sistema es lanzado por Vodafone en noviembre de 2012, bajo el nombre «Red-Hot», por el cual se ofrecía a sus clientes la posibilidad de adquirir el último modelo de teléfono móvil, a cambio de una cuota mensual durante un año, transcurrido el cual el teléfono vuelve a Vodafone, quien le da otro uso, mientras que el usuario recibe un nuevo terminal. Mediante este sistema, se afirma, se logra reutilizar un teléfono usado al tiempo que se fideliza al cliente. Sería un ejemplo de modelo o sistema producto-servicio, en donde, como decimos, el negocio no se centra en transmitir la propiedad de las cosas sino en posibilitar su uso, *vid.* CERDÁ TENA, E. y KHALINOVA, A., «Economía circular», *Economía industrial*, núm. 401 (2016), pp.12-13.

⁴⁹⁷ MOSSA, L., *La somministrazione*, *op.cit.*, p.119 y ss., descartaba que la estructura del suministro pudiese dar cabida a prestaciones mediante las cuales las partes cediesen el uso y disfrute de la cosa y no se produjese un traspaso pleno de su titularidad. Para el autor italiano esta hipótesis desbordaría la figura del suministro y abarcaría prestaciones típicas del contrato de arrendamiento de cosa, por lo que se desnaturalizaría el primero y se confundiría con el segundo. La promulgación del Código civil italiano de 1942 ha resuelto este planteamiento: su art. 1677 se remite a la regulación del suministro en aquello no previsto para el arrendamiento continuado o periódico

Como decimos, la función económica del contrato quedaría atendida, al permitir la satisfacción de necesidades periódicas y reiteradas mediante una prestación de dar, a pesar de que no se transmita su propiedad⁴⁹⁸.

Sin embargo, a nuestro parecer, más allá del interés dogmático que puede tener el anterior planteamiento, no podemos perder de vista que el contrato de suministro nace ligado a la compraventa, precisamente, por su aptitud para transmitir la propiedad de la mercancía de forma reiterada o continuada, razón de la afinidad de ambos contratos⁴⁹⁹. Es un negocio cuyo origen está vinculado al intercambio de cosa por precio, conformando los contratos de cambio a los que se refiere el art. 609 CC cuando habla de «ciertos contratos». El suministro es un negocio que nace ligado a la compraventa y que, aunque con el tiempo se ha ido confirmando su carácter autónomo, sigue siendo observado como un tipo afin a la venta no solamente porque se produce un intercambio de bienes, sino porque se transmite la propiedad de éstos. Crear

de servicios, omitiendo conscientemente el arrendamiento *de cosas*, *vid.* NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione*, *op.cit.*, p.221.

⁴⁹⁸ Entre nosotros esta postura fue planteada por FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.215. Esta distinción es importante por las consecuencias que tiene que al contrato de suministro se le apliquen las normas del arrendamiento y de la compraventa. De un lado, los riesgos se transmiten al comprador *ex* 1452 CC, mientras que el 1589 los impone al arrendador si la cosa se destruye antes de su entrega. De otro, en el arrendamiento de obra cabe el desistimiento unilateral del contrato, *ex* 1594, no así en la compraventa, que desconoce de esta facultad. En cuanto a las prohibiciones de contratar, previstas en el 1458, solo son aplicables a la compraventa, sin que puedan hacerse extensibles a otro contrato. Finalmente, en caso de impago, el proveedor se libera de la obligación de entregar la cosa *ex* 1466, mientras que solo otorga un derecho de retención en el contrato de obra, *ex* 1600.

⁴⁹⁹ Este planteamiento, en torno a la transmisión de la propiedad, se ha generado incluso con la compraventa. Conviene recordar que la compraventa es un contrato traslativo del dominio, donde las partes, aun sin contemplarlo expresamente, suelen proponérselo, cabiendo que tal intención sea elevada a *conditio sine qua non*, produciéndose dicho efecto traslativo por medio de la *traditio*. En este sentido puede verse GÓMEZ LAPLAZA, M.C. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, Dykinson, Madrid, 2012, pp.196-198. Sobre la transmisión de la propiedad en la compraventa, *vid.* ALBALA-DEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, pp.412 y ss.

un negocio elástico y dinámico en el que se entrecruzan prestaciones dispares no aporta seguridad jurídica y genera confusión entre dos tipos distintos cuya causa está conformada por distintas funciones económico-sociales. Así planteado, estaríamos ante un tipo contractual camaleónico que cambiaría su fisonomía y el régimen jurídico aplicable en función de la finalidad perseguida por las partes⁵⁰⁰.

Con todo, este tipo de discusiones académicas están abonadas por la falta de regulación del suministro, que nos permite replantear sus límites. Sin perjuicio de la inseguridad jurídica que esto conlleva, por cuanto se dejarían los efectos del suministro en mano de las partes, quienes determinarían si la cosa se entrega con el fin de transmitir su propiedad o solo el goce y disfrute, resulta complicado defender el carácter autónomo del suministro así planteado, por cuanto resulta más propio de un fenómeno económico, comprensivo de todos aquellos negocios en los que se integra una obligación duradera de dar, que a un tipo contractual cuyos efectos son conocidos de antemano, dejando la libertad contractual de las partes limitada a dotar de contenido el programa contractual. Con lo que, en fin, el suministro siempre supondrá el traspaso del dominio de las cosas sobre las que recae su objeto⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione, op.cit.*, p.221, rechaza igualmente que el suministro pueda acoger una cesión temporánea de cosas. Para la autora, el contrato es un instrumento de traspaso dominical. Entre nosotros, esta parece ser la opción seguida por el legislador en la PCM. Su art. 513-9 recoge una norma de reenvío menos amplia que la del *Codice civile*, de cuya generalidad sí podría sostenerse que el contrato de suministro italiano puede ceder el uso de las cosas que se entregan, pero no su propiedad. En cambio, el 513-9 preceptúa: «En todo lo no previsto en este capítulo serán aplicables al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa contenidas en este Código». De este modo, la propuesta cerraba cualquier género de dudas. El suministro, como contrato de cambio, debía acogerse a las reglas generales aplicables a estos contratos y recogidas en sede de compraventa.

⁵⁰¹ Esta sigue siendo la postura seguida por el legislador, quien se remite a la compraventa en la disciplina jurídica propuesta para el suministro. En la regulación recogida en el PCM hay una remisión a la legislación que el texto hace de la compraventa mercantil, art. 513-9, en contraste con el contenido del artículo 1570 del *Codice civile*, que reenvía a las normas que regulan el contrato al que se corresponden las prestaciones particulares del suministro y que sí pueden dar cabida a un suministro en el que la prestación de entrega no trasmite la propiedad, *cfr.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM, op.cit.*, p.1616.

IV. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO DE COLABORACIÓN

Admitido el suministro como un negocio de carácter contractual, que a su vez constituye un tipo diferenciado, autónomo e independiente de la compraventa, conviene completar su estudio abordando su clasificación. De acuerdo con la clasificación tradicional de los contratos, construida sobre la naturaleza de su prestación, el suministro quedaría incluido dentro de los contratos con prestaciones de cambio. Así, desde la calificación del contrato como un negocio de intercambio de bienes, se explica su clásica calificación como modalidad de compraventa, y, más recientemente, como figura afín a ella. Sin embargo, el suministro presenta la particularidad de ser un negocio que, dando satisfacción a necesidades que se presentan en diversos ámbitos, extiende su vigencia durante un periodo de tiempo generando una relación de estabilidad y de colaboración empresarial⁵⁰². Así, se presenta como un contrato a través del que se articula el flujo continuado de bienes dentro de una organización empresarial, coadyuvando a la consecución de determi-

⁵⁰² La doctrina autorizada ha identificado tres tipos de relaciones cooperativas, que denomina relaciones de coordinación, de colaboración y de cooperación en sentido estricto, atendiendo a la menor o mayor integración empresarial que suponen. A los efectos que ahora nos interesan, se definen las relaciones de colaboración como «relaciones estables entre empresas interdependientes en las que puede observarse la existencia de un interés compartido». RUIZ PERIS, J.I., «Cooperación empresarial y derecho de la competencia», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C., *Cooperación empresarial y Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.28. Esta dependencia implica que el éxito o el fracaso de cada una de las partes depende del de las demás. Así sucede en una red de franquicia o, también, en los casos de subcontratación. Es aquí donde los contratos de suministro tendrían su encaje. En determinadas situaciones se observa un interés compartido. Aunque las empresas colaboradoras son independientes y cada una persigue sus propios fines, en el marco de la colaboración que genera el suministro tienen un interés en que la contraria tenga éxito en su actividad comercial, por cuanto ello se traduce en la continuidad del contrato. Sobre el concepto de interés compartido ver RUIZ PERIS, J.I., «Business network as a legal explanatory framework», en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.) *Claves del Derecho de redes empresariales*, op.cit., pp. 25 y ss.

nados fines. Es esta perspectiva como contrato capaz de procurar o favorecer la finalidad económica del empresario principal la que ahora interesa destacar⁵⁰³.

Atendiendo a la finalidad ontológica del contrato para las partes, en la práctica se dan situaciones en las que, por parte del proveedor, se acude al suministro movido por el afán de organizar y colocar sus productos en el mercado; mientras que, por parte del suministrado, no se busca tanto la adquisición de la propiedad como disponer de una satisfacción rápida, segura y económica a sus necesidades⁵⁰⁴. Bajo esta perspectiva, conviene aproximar el suministro a los postulados de los contratos de colaboración⁵⁰⁵. La interrelación de las obligaciones de cada parte, la dependencia hacia la prestación contraria, la confianza que genera una

⁵⁰³ Los contratos de colaboración entre empresarios comprenden todo un catálogo de contratos cuyo elemento común es la intermediación de uno o varios empresarios en el mercado con la finalidad de procurar la contratación final a favor de la actividad económica del empresario principal, según explica ALCALÁ DÍAZ, M.A., *Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial*, *op.cit.* Un ejemplo de esta colaboración y coordinación entre empresas con la consecución de un fin común son las centrales de compra, en donde estas organizaciones o entidades no se limitan a efectuar una simple labor de mediación o de compraventa en pro de sus asociados, sino que despliegan otros servicios que se traducen en una relación contractual de naturaleza compleja. Entre las prestaciones que destacar, la propia de suministro, con la que se permite a la central obtener un flujo de bienes con el que satisfacer las necesidades de sus asociados, que recurren a ella por razones económicas u organizativas. Para un análisis de estas centrales de compra, *vid.* PETIT LAVALL, M.V., «Una aproximación al régimen de las centrales de compra», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 24 (2019).

⁵⁰⁴ De este modo se explica por qué el contrato de suministro admite que la entrega de cosas pueda darse sin un traspaso dominical, como expone FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.215. Incluso, bajo esta perspectiva, podría admitirse que la obligación principal del suministro consiste, no ya en un dar, sino en un hacer, siempre que con ello se dé satisfacción a una necesidad duradera y repetida en el suministrador, como expone ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.271.

⁵⁰⁵ Para un estudio actualizado de los problemas que en la actualidad siguen presentando los contratos de colaboración, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, R., «Desafíos del regulador en materia de contratos de colaboración mercantil», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp.107 a 134.

relación contractual duradera y el carácter *intuitu personae* del suministro llevan a que sea incardinable en ese grupo de negocios jurídicos englobados bajo el fenómeno de la colaboración empresarial⁵⁰⁶.

La categoría de contratos de colaboración carece de respaldo legal, lo que dificulta su delimitación. Desde un enfoque tradicional, el contrato de colaboración o de gestión de intereses ajenos se concibe como aquella categoría de contratos que tienen por causa la prestación interesempresarial de servicios⁵⁰⁷. Desde una perspectiva actual, los contratos de colaboración se configuran como fórmulas orientadas a la comercialización, prestación o producción de bienes y servicios con las que se crea una estructura empresarial⁵⁰⁸. El PCM se refiere a esta categoría

⁵⁰⁶ Con frecuencia, se celebran en el mercado contratos de suministro que se separan de la contraposición de intereses propia de los contratos de cambio y se aproxima, por el contrario, a la convergencia y consecución de intereses compartidos, rasgo característico de los contratos de distribución, *vid.* VAQUERO PINTO, M.J., «Contratos de prestación de servicios y realización de obras», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, *op.cit.*, p.4007.

⁵⁰⁷ A la gestión de intereses como elemento fundamental refiere VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, *op.cit.*, pp.1292-1293, entendiendo que la forma correcta de referir a esta categoría contractual sería *contratos de gestión*, y no de colaboración. Como contratos de gestión de intereses ajenos también los clasifica BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pp.110 y ss.

⁵⁰⁸ Esta evolución en el concepto de colaboración la encontramos en BUESO GUILLÉN, P.J., *Contratos de distribución comercial, restricciones verticales de la competencia y regla de razón: delimitación conceptual y tratamiento en el derecho comunitario europeo*, tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 1999, p.256. Se observa una desnaturalización de la colaboración empresarial en su sentido tradicional, circunscrita a los colaboradores dependientes o subordinados del empresario, integrados en su organización ya sea mediante una relación laboral o por el mandato mercantil. CARBAJO CASCÓN, F. «La distribución comercial. Aspectos contractuales», *Iustitia*, núm. 8 (2010), p.176, distingue los contratos de colaboración en sentido estricto y los de colaboración en sentido amplio. Bajo la primera recaerían los contratos de gestión de intereses ajenos orientados a la intermediación negocial o contractual en el tráfico mercantil. En esta concepción se enmarcarían aquellos negocios que sirven para la promoción o conclusión de contratos por cuenta de otro empresario, como los contratos de comisión o mandato, agencia, mediación o corretaje. La colaboración en sentido amplio englobaría, además de los anteriores, los contratos de distribución. Para MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Concesión mercantil y franquicia. Especialidades»,

contractual como aquella a través de la cual se posibilita la cooperación entre empresarios, de manera que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar, de forma más eficiente, determinados negocios⁵⁰⁹. Unos planteamientos dentro de los que tiene encaje nuestro contrato. Mediante el suministro se articula una relación comercial estable, duradera y segura orientada a la satisfacción de unas necesidades constantes de bienes y productos. La conservación de la relación jurídica durante un plazo de tiempo, con frecuencia de larga duración, en el cual el contrato despliega sus efectos, genera en las partes una confianza recíproca y una relación estable, características de los contratos de colaboración mercantil⁵¹⁰. Como consecuencia, el contrato desemboca en una relación de colaboración basada en la confianza, que permite al proveedor organizar su producción bajo la creencia de que sus bienes tendrán asegurada una salida en el mercado; mientras que el suministrado confía en que obtendrá los productos necesarios para el desarrollo

en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los Contratos de Distribución en las Propuestas Armonizadoras del Derecho Contractual Europeo*, *op.cit.*, p.135 estas relaciones de colaboración conllevan una composición de intereses que superan las relaciones de puro cambio, sin la asunción por parte del principal de los riesgos inherentes a la actividad desarrollada por los empresarios colaboradores, además de habilitarle a la realización de actividades con las que desarrollar su negocio. Esta superación de los contratos de cambio también fue apuntada por ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p.121, entendiendo que mediante este fenómeno se produce una interdependencia entre los empresarios, con un reparto de las funciones comerciales y una división de las cargas de la operación.

⁵⁰⁹ El PCM no hace una verdadera definición de la categoría de los contratos de colaboración, sino que se limita a señalar la característica común que tienen los contratos que habitualmente a ella se reconducen, como la comisión, la mediación, la agencia, la distribución o el contrato estimatorio. Aun con todo, esta definición ha sido criticada por prescindir de la referencia a la gestión de intereses ajenos, al prestarse una actividad auxiliar de colaboración, ya sea en nombre y por cuenta ajena, ya sea por cuenta propia, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., «El contrato de comisión en el Anteproyecto del Código Mercantil», en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, *op.cit.*, p.1784.

⁵¹⁰ AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2615, en el análisis que hace del contrato estimatorio, destaca un aspecto que es propugnabile igualmente del suministro; a saber, su ubicación a caballo entre los contratos traslativos de dominio –en cuya sección, además, se encuentran en esta obra tanto el estimatorio como el suministro– y los contratos de colaboración mercantil, debido a la relación de confianza que generan estos contratos como resultado de su duración.

de una actividad económica, lo que le lleva también a mejorar su organización. Esta función de seguridad o de garantía que produce el suministro revela la relación de confianza recíproca que preside este contrato, muy superior en grado a la que se puede dar en otros contratos de cambio.

Al igual que los contratos de colaboración, en el suministro se impone a cada una de las partes una obligación de actuar sujeta a un criterio de lealtad hacia la contraria, adoptando un comportamiento leal y honrado, tanto en la ejecución del contrato como en el completo desenvolvimiento de la relación jurídica, resultado de la aplicación de las reglas de la buena fe⁵¹¹. Asimismo, con antelación al nacimiento de la relación jurídica duradera y estable se habrán tenido en cuenta por los contratantes las cualidades industriales y de solvencia tanto del proveedor como del proveído (*intuitu instrumenti*)⁵¹².

Recapitulando, el suministro se erige como un contrato que se sitúa entre la categoría de los contratos de colaboración y los contratos de intercambio de bienes. La contraposición de intereses, connatural a los contratos de intercambio de bienes –por tanto, presente también en el suministro–, comparte en este contrato escenario con la convergencia

⁵¹¹ RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p.101. La relación de confianza derivada de los contratos de colaboración impone a cada una de las partes actuar conforme a unos deberes de lealtad, sin motivos ocultos y tomando en consideración los intereses de la otra parte –*ubérrima bona fide*–. El autor admite que este comportamiento leal puede ser predicable de otros contratos, sobre todo en aquellos contratos de larga duración que dan lugar a relaciones continuadas. Entre estos contratos de duración tiene cabida el suministro, en el que las prestaciones se reiteran durante su vigencia.

⁵¹² Con anterioridad a la suscripción de un contrato de generará una relación jurídica estable y una interrelación de las prestaciones se habrá valorado por el suministrado la capacidad de producción y solvencia técnica del proveedor, máxime cuando su actividad va a resultar elemental para el buen fin de la actividad del propio suministrado. A la inversa, el proveedor deberá conocer la solvencia económica del suministrado para atender a la recurrente obligación de pago que asume. La razón de todo esto está en la duración del contrato y en la repetición de las prestaciones mientras mantiene su vigencia, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.32-34.

de intereses que persiguen los contratantes en el ámbito de la colaboración⁵¹³. Es evidente que el suministrado acude al contrato con el afán de satisfacer una necesidad constante de bienes que revender o que introducir en su ciclo productivo, para cuya consecución la compraventa resulta ineficaz y antieconómica. Pero, a diferencia de otros contratos de cambio, la adaptación *elástica* de las entregas a las necesidades de cada momento, sumado a la consiguiente comercialización de los productos del fabricante/mayorista cuando se persigue la reventa de los productos, o la integración del proveedor en la cadena producción cuando se persigue introducir la mercancía en el ciclo productivo, generan un marco de colaboración⁵¹⁴. Genera una relación contractual estable con sucesivas prestaciones de entrega que permiten al empresario suministrado una mejor planificación de sus necesidades y organización de su producción. Bajo este panorama es evidente que el suministro será germen de una distribución organizada, pudiendo dar origen a una colaboración empresarial en el seno de una cadena de distribución⁵¹⁵.

⁵¹³ En este orden, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.96. Más reciente es la consideración que vierte ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.264, quien, si bien apunta que en la sustancia económica del contrato subyace el intercambio, pone de relieve que el suministro se mueve entre la autonomía contractual respecto de la compraventa y la integración en el ámbito de la distribución.

⁵¹⁴ Las relaciones de colaboración son entendidas como relaciones jurídicas estables y duraderas entre empresas independientes jurídicamente, pero interdependientes en su actividad económica, por perseguir un interés compartido. La interdependencia implica que el éxito o el fracaso de cada una de ellas dependa del de los demás, RUIZ PERIS, J.I., «Cooperación empresarial y Derecho de la competencia», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dirs.), *Cooperación Empresarial y Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.28. Esta colaboración que resulta del suministro es inherente al mismo, por cuanto el proveedor colabora económicamente con el suministrado al proveerle de los bienes necesarios para la consecución de su industria, bajo un acuerdo que permite adaptar las entregas a las exigencias del momento dentro de los límites convenidos contractualmente, *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.418.

⁵¹⁵ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.265. Un ejemplo de ello puede verse en el caso comentado por QUINTÁNS EIRAS, M.R., «Naturaleza jurídica de los contratos de distribución de carburantes y derecho de la competencia: una ecuación que es necesario resolver», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t.31 (2010-2011), pp.613-639, en el que, comentando un fallo del TS, se pone de

V. EL SUMINISTRO COMO CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

La distribución comercial se define por la doctrina como un conjunto de técnicas, procedimientos y contratos que persiguen acercar un producto o un servicio desde la empresa fabricante o prestadora hasta el consumidor final⁵¹⁶. Al efecto, se integran distintos empresarios en torno a una marca que contraseña tales productos o servicios, movidos por criterios económicos, al tratar de obtener el máximo beneficio incurriendo en los menores costes posibles, para lo que se especializan en determinadas facetas del proceso y estandarizan tales técnicas y procedimientos, conformando redes de distribución⁵¹⁷. El vínculo jurídico entre los distintos empresarios independientes tiene naturaleza contractual⁵¹⁸. A partir de diferentes tipos de contratos se conforman los dis-

manifiesto la existencia de una relación de suministro en el marco de un contrato de distribución de carburantes, en el que subyace un traspaso de la propiedad de los bienes del proveedor al suministrado, quien, además, asume en exclusiva los riesgos del producto, elementos que conducen a la autora a descartar que nos encontrásemos ante un contrato de agencia.

⁵¹⁶ Se han definido estos contratos de distribución como aquellos en cuya virtud unos empresarios ayudan, auxilian, colaboran y, en fin, cooperan con otros empresarios en el ejercicio de una actividad empresarial, *vid.* CAÑABETE POZO, R., «Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2014).

⁵¹⁷ Las redes de distribución son definidas por el PLCD como aquella relación empresarial en donde uno de ellos «dirige y coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente», definición de la que se derivan las nociones de duración, estabilidad e interrelación empresarial, y que es aplaudida por la doctrina autorizada, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., «Las redes empresariales en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución español de 2011», en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, M. y RUIZ PERIS, J.I., (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, p.79.

⁵¹⁸ La distribución comercial es un fenómeno dinámico, en el que la contratación se encuentra en una constante adaptación a las necesidades de los proveedores y los distribuidores, quienes ocupan nuevas parcelas contractuales para darles satisfacción. La distribución ha experimentado un proceso expansivo. Desde los contratos tradicionales basados en la idea de intercambio de bienes hasta las actuales técnicas de

tintos niveles de la red, en función de que sean suscritos entre fabricantes, importadores, proveedores, y distribuidores mayoristas y minoristas⁵¹⁹. Con ello, se constata que la distribución se conforma a partir de un grupo heterogéneo de contratos que se sitúan entre la producción de los bienes o la prestación de los servicios y su consumo o uso por los destinatarios finales⁵²⁰. De ahí que se maneje una definición más estricta de la distribución comercial, referida a aquellas modalidades con-

integración, en los que distintos empresarios independientes se coordinan en labores de intermediación y comercialización de productos y servicios, se observa un ensanchamiento de los contratos que caen dentro de este fenómeno, *vid.* ALONSO SOTO, R., *Distribución comercial y competencia. Nuevas normas para la próxima década*, *op.cit.*, pp.85-86.

⁵¹⁹ *Vid.* ALONSO SOTO, R., *Contratos de distribución comercial y de defensa de la competencia*, *op.cit.*, pp.164 y ss., respecto a la clasificación que hace de los distintos sistemas de distribución.

⁵²⁰ Apunta MORALEJO MENÉNDEZ, I., «El contrato de concesión», en RUIZ PERIS, J.I., y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.), *Contratos de distribución*, *op.cit.*, p.159, que la distribución comercial es un concepto netamente económico, de difícil acogida jurídica como categoría contractual unitaria dada la diversidad de negocios que pueden tener cabida en su interior bajo esta omnicomprendensiva definición que hemos aportado. La difícil adaptación de este *concepto económico unitario* al Derecho ya fue apuntada por DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177 (1985), pp.424-425. Según su concepción económica, la distribución sería todo procedimiento aplicado por el empresario principal para la comercialización de sus bienes y servicios. Bajo esta noción tan amplia quedan incluidos tanto las técnicas de distribución directa (las que desarrolla el propio productor/mayorista, como filiales, sucursales y auxiliares dependientes) y los agentes extraños (agentes y comisionistas) como las técnicas de distribución indirecta simple (tradicionales intermediarios) como integrada (los contratos de distribución en sentido estricto). CARBAJO CASCÓN, F., *La distribución comercial. Aspectos contractuales*, *op.cit.*, p.177, explica que en este concepto tienen cabida procesos de distribución cortos, donde es el propio fabricante quien coloca sus productos en el mercado; intermedios, cuando el fabricante contrata directamente a los comerciantes minoristas o detallistas responsables de la reventa; o largo, cuando en el proceso intervienen importadores, suministradores y distribuidores. Entiende el autor que un concepto económico de la distribución, que englobe todos los contratos que pueden servir para la colocación de los productos en el mercado, arroja un conjunto heterogéneo de contratos que mal puede servir a la disciplina jurídica como categoría contractual.

tractuales en las que el distribuidor se integra en el sistema de distribución o en la red del fabricante⁵²¹. La distribución comercial, así entendida, sirve como técnica de integración de un empresario dentro de la red de otro, de suerte que el primero le cede, contrato mediante, parte de su capacidad de decisión y organización empresarial. Los distintos contratos que encontramos en la distribución se caracterizan por ser duraderos, tener carácter *intuitu personae*, de naturaleza mercantil, ser atípicos, e implicar la colaboración empresarial para alcanzar un fin común. Pero la nota esencial, común en todos ellos, es la función económica perseguida: favorecer la difusión y colocación de los productos del empresario principal en el mercado mediante la integración del distribuidor en el seno de una red de distribución⁵²², en la que el empresario principal o cabeza de la red mantiene un control sobre la misma a

⁵²¹ La doctrina autorizada distingue entre los «contratos en materia de distribución» y los «contratos de distribución», siendo éstos los contratos de distribución indirecta integrada y que conforman el núcleo duro del fenómeno de la distribución, *vid.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato de concesión, op.cit.*, p.160. También ALONSO SOTO, R., *Contratos de distribución comercial y de defensa de la competencia, op.cit.*, p.168. Afirma la STS núm. 332/2009, de 18 de mayo (ROJ 2906/2009) que «...para que pueda hablarse de contrato de distribución es necesario que el distribuidor se someta al poder de decisión, dirección y supervisión que corresponde al empresario para el que colabora, aun cuando el distribuidor actúe con terceros en su propio nombre y por cuenta propia». Los contratos de distribución en sentido estricto son aquellos en los que hay una actuación por cuenta propia del distribuidor, que adquiere en firme las mercancías del principal, obteniendo su beneficio directamente de los clientes a quienes los revende. Dentro de esta calificación, la concesión, la distribución selectiva y la franquicia, *cfr.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Distribución-venta y distribución-reparto. Sobre el derecho a la compensación por clientela del concesionario y el stock sobrante», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.17 (2015). GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio, op.cit.*, p.302 es partícipe de admitir dentro de la distribución comercial contratos en los que, aunque no hay esa integración y dependencia, sí pueden formar parte de la distribución comercial por presentar una identidad en la actividad económica a la que sirven.

⁵²² BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.110. La finalidad de reventa dentro de una zona determinada es también apuntada como rasgo diferenciador de los contratos que conforman la distribución *en sentido estricto* por ALONSO SOTO, R., «Distribución comercial y competencia. Nuevas normas para la próxima década», en PILOÑETA ALONSO, L.M. y IRIBARREN BLANCO, M. (Coord.), *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p.87.

través de diversos pactos como la exclusiva territorial, la licencia de signos distintivos, la intervención en la actividad de reventa de sus productos, la asistencia técnica, etc.⁵²³.

Entre las obligaciones presentes en los contratos de distribución, podemos destacar el suministro periódico, la exclusividad territorial, el mantenimiento de provisiones o almacenaje (*stocks*), la obligación de adquisiciones mínimas o incluso la recomendación de precios⁵²⁴. Son también habituales otras prestaciones como la formación de personal laboral, la uniformidad en la presentación del producto, el acondicionamiento del establecimiento comercial, la cesión de un *know how*, etc.⁵²⁵. Todas estas actividades se orientan, de una parte, a integrar a

⁵²³ En estas relaciones duraderas encaminadas a la comercialización de los productos del principal se entremezclan obligaciones de diverso carácter y alcance, con lo que se crea una red de empresarios independientes que distribuyen los productos o promueven los servicios del principal actuando de manera coordinada y respetando, normalmente, una imagen comercial común, CRUZ RIVERO, D., *La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación*, *op.cit.*, pp.87-88.

⁵²⁴ Las cláusulas de fijación de precios son frecuentes en los contratos de distribución como la comisión, la agencia, la distribución en exclusiva, el suministro en exclusiva, además de la franquicia, *vid.* YANES YANES, P., «Aplicación privada *antitrust*, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 9 (2011).

⁵²⁵ DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, *op.cit.*, pp.421-422. Se pretende reforzar la vinculación del revendedor a la red del empresario mayoristas mediante el clausulado contractual. De modo que aparecen obligaciones de diversa índole, ligadas a la calidad de los productos, a la obligación de almacenamiento, conservación y aprovisionamiento, a su forma de presentación e imagen comercial, a la actividad publicitaria, a la exigencia de una cifra mínima de negocios, el mantenimiento de un *stock* mínimo... Con ello se obtiene un riguroso control por la empresa productora o mayorista hacia su red de distribuidores, al tiempo que se incentiva a éstos en su actividad de promoción, tanto para cumplir con sus obligaciones contractuales como para lograr el máximo beneficio ligado a la distribución de los productos. Estos elementos son igualmente predicables de los contratos que cosen las redes empresariales, de carácter duradero, *intuitu personae*, que implican compartir conocimientos (*know how*), la cesión de elementos de la propiedad industrial, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., «Del contrato bilateral a la relación de red», en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un derecho para las redes empresariales*, *op.cit.*, pp.14-16.

los empresarios en la red del principal, de suerte que exista cierta homogeneidad a la hora de promocionar y colocar los productos en el mercado; de otra, a favorecer y lograr la comercialización de tales productos en un marco de vinculación vertical que abarca desde el productor mayorista hasta el consumidor final. A la vista de estas consideraciones, cabe detenernos y examinar si el contrato de suministro puede tener encaje en la categoría de los contratos de distribución⁵²⁶.

La función económica principal del contrato de suministro es la satisfacción de unas necesidades duraderas y constantes que presenta el suministrado. El suministrador, al efecto, asume la obligación de mantenerle abastecido mediante la ejecución sucesiva o periódica de una obligación de suministro. Esto es, el proveedor se obliga a entregar la mercancía tantas veces lo solicite el suministrado. A tal efecto, el contrato de suministro se configura como un contrato flexible o elástico, por cuanto se adapta a las necesidades recurrentes a las que está llamado a satisfacer⁵²⁷. Esta obligación principal se completa con otras, como el régimen de exclusividad territorial, la de mantener un *stock*

⁵²⁶ El suministro, como también al contrato estimatorio, se han considerado dos vertientes de la compraventa. En su estudio ha primado el intercambio de bienes, propio de ésta. El contrato estimatorio se ha estudiado tradicionalmente como un contrato *afín a la compraventa*, vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.105. El fenómeno de la distribución ha obligado a reconsiderar varios contratos y reclasificarlos. Esto ha sucedido con el contrato estimatorio, calificado como un contrato *sui generis* dentro del catálogo de los contratos de distribución debido a su finalidad distributiva de los productos del mayorista, *cfr.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, p.291. En el mismo sentido, ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.230. Esta finalidad es igualmente predicable del suministro, puesto que en su virtud el distribuidor adquiere productos en firme para su posterior reventa, vid. JARNE MUÑOZ, P., *¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada?*, *op.cit.*, p.11.

⁵²⁷ El suministro aporta una notable seguridad jurídica al suministrado, asegurándole el acceso a las mercancías y evitando desabastecimientos y oscilaciones desproporcionadas en su precio. Pero también se revela útil para el proveedor, quien elimina la pluralidad de contratos en el proceso de distribución de sus mercancías, permitiéndole planificar su producción, al tiempo que le aporta seguridad respecto a su salida en el mercado. Estas bondades del suministro y su relación con la distribución en sentido lato son apuntadas por CARBAJO CASCÓN, F., *La distribución comercial. Aspectos contractuales*, *op.cit.*, p.183.

mínimo o de seguridad, la de entregar la mercancía en un corto periodo de tiempo o la de adquisiciones mínimas, que terminan por alejar el negocio de la categoría de los contratos de mero intercambio de bienes. En cambio, el suministro se aproxima a los contratos de colaboración, como ya hemos apuntado anteriormente.

Esta colaboración estable, junto con la integración del proveedor en una cadena de valor, conducen a observar el contrato de suministro desde el prisma de la distribución comercial⁵²⁸. Siguiendo con la sistematización doctrinal de los contratos de distribución, el contrato de suministro sería un contrato de distribución directa, por el cual el proveedor, con sus propios medios, integraría la actividad de distribución dentro de su estructura empresarial, mediante el intercambio continuado de mercaderías⁵²⁹. El suministro, como fórmula de colaboración empresarial, implica una organización, previsión y planificación para atender a las necesidades del suministrado, erigiéndose como una primera manifestación de una colaboración que, posteriormente, puede consolidarse mediante un contrato de distribución más amplio. El contrato de suministro será el origen de una distribución organizada, implicando una previsión y planificación de la actividad económica⁵³⁰. El proveedor se integra en la red de distribución, como un engranaje más

⁵²⁸ Frente a la compraventa mercantil, se señala la importancia que tiene en la reventa ciertos contratos de carácter estable y duradero, *cf.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Concesión mercantil y franquicia. Especialidades, op.cit.*, p.114. Entre ellos, destacaría el contrato de suministro, que entraría dentro de la órbita de los contratos de distribución empresarial, en la medida en que quien asume la función de proveedor es un empresario que abastece a otro para la consecución de sus fines económicos, *cf.* VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.706. Parte de la disciplina aplicable a los contratos de distribución se puede hacer extensiva al contrato de suministro, ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.264, poniéndose de manifiesto que el negocio se encuentra a caballo entre el intercambio de bienes propio de la compraventa y la colaboración interempresarial informadora de la distribución.

⁵²⁹ CARBAJO CASCÓN, F., *La distribución comercial. Aspectos contractuales, op.cit.*, p.179.

⁵³⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.267.

dentro de la misma. Así concebido, el contrato de suministro es un medio útil para la distribución continuada de mercancías entre un fabricante y un distribuidor mayorista o minorista⁵³¹.

Ahora bien, si volvemos a la clasificación doctrinal de la distribución comercial y la observamos desde un sentido estricto, como aquellas modalidades contractuales en las que el empresario principal acuerda la entrega de bienes para su reventa, el contrato de suministro *ordinario* parece que debiera quedar fuera de esta satisfacción. Ciertamente, hay supuestos en los que las partes configuran el contrato de tal modo que inevitablemente se produce esa integración en una red de distribución. Así sucede cuando la empresa opta por la descentralización de algunas actividades acudiendo a un proveedor externo para obtener el abastecimiento de ciertos productos⁵³². Aquí sí se produce una integración empresarial entre las actividades desplegadas por cada uno de los sujetos que intervienen en este proceso⁵³³. El cumplimiento de las obligaciones

⁵³¹ Ya sea el aprovisionamiento de materias primas para la fabricación, ya sea de mercancías para su reventa, el suministro es un instrumento importante para el aprovisionamiento, presentándose como otra forma de distribución comercial, *cfr.* ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.228.

⁵³² Dentro de la categoría heterogénea de contratos que reúne la distribución, cada uno de ellos viene a facilitar de una forma distinta el desarrollo de la actividad empresarial. Algunos de ellos permiten a la empresa sustituir gastos de establecimiento. Otros, trasladan parte del riesgo de la actividad a empresarios independientes. Finalmente, cierto grupo de contratos responden a la especialización de determinadas actividades. De lo que no hay duda es que, con ello, la empresa principal construye una red de distribución que le permite externalizar parte de su actividad empresarial y reducir los riesgos inherentes a su actividad, *cfr.* ALONSO SOTO, R. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p.107.

⁵³³ Se produce una relación de interdependencia entre las empresas. El resultado de la actividad de algunas se ve vinculado a las actividades desplegadas por las demás, además de su propia capacidad de gestión y organización interna. De esta forma, se observa que existen redes empresariales en las que, por su estructura, las prestaciones empresariales de algunos de sus miembros son interdependientes de otras, *cfr.* GÓMEZ ASENSIO, C., «Los deberes fiduciarios en los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15 (2014), pp.151-152. En este panorama, el contrato de suministro entronca en el seno de una red empresarial cuando el abastecimiento de productos es necesario para la consecución de otras ac-

de cada una de las empresas que se integran en esta red se hace depender, en mayor o menor grado, de la ejecución de las prestaciones de otras. En contextos de interdependencia como éste⁵³⁴, el suministro sí se presenta como un contrato de distribución en su *sentido estricto*⁵³⁵.

Con todo, la elevación del contrato de suministro a la categoría de los contratos de distribución dependerá de la forma en que las partes configuren el contrato⁵³⁶. Las partes son libres para crear sus relaciones jurídicas en función de sus intereses particulares y en el ejercicio de

tividades por otras empresas integradas en la red. Con ello, se pone de relieve la vinculación existente entre el suministro y los contratos de distribución, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.267.

⁵³⁴ GÓMEZ ASENSIO, C., *Los deberes fiduciarios en los contratos de distribución, op.cit.*, p. 159. La interdependencia entre las prestaciones de los empresarios que conforman la red es deudora de la interrelación entre quienes la conforman. Como resultado, el cumplimiento de las prestaciones contractuales de cada uno de ellos afecta a los demás, incluso sin que lleguen a ser parte de la relación contractual que las origina, pues en principio son contratos independientes, aunque pueden ser enmarcados entre los contratos coligados, vinculados o conexos.

⁵³⁵ En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor, entendiendo que el fenómeno económico de la distribución está conformado por diversas categorías contractuales, entre ellas el contrato de suministro, *vid.* SAP Castellón, núm. 453/2001, de 5 de septiembre (ROJ 1169/2001). Interesa traer aquí el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución, cuyo artículo 3 excluía expresamente la aplicación de la ley a «los meros contratos de suministro o abastecimiento en los que no concurren los requisitos del artículo 1.1». Con este matiz el legislador introduce la posibilidad de que el contrato pueda reunir los presupuestos de los contratos de distribución que menciona el artículo 1 en su párrafo primero, y que concibe como contrato de distribución a aquellos, «cualquiera que sea su denominación», por el que el distribuidor se obliga frente al empresario principal a realizar actos u operaciones de comercio destinados a la promoción, venta y contratación de los productos y servicios de éste. De tal modo que se consagra el suministro como un contrato a caballo entre el mero cambio de bienes y la distribución comercial.

⁵³⁶ La finalidad teleológica del suministro no encaja entre los distintos negocios que conforman la distribución comercial en su vertiente estricta (distribución indirecta integrada). De hecho, el suministro quedó al margen de los contratos recogidos en la PCM, que lo disciplinaba como un contrato afín a la compraventa, limitando los contratos de distribución a la venta o distribución exclusiva, a la compra en exclusiva, a la distribución selectiva y la franquicia. Esto es así porque en el contrato de suministro *ordinario* falta la integración del proveedor en la red del suministrado.

esta libertad pueden formar una relación por la que proveedor y proveydo se integren en una red de distribución. Pero también pueden no hacerlo. A diferencia de los otros contratos que integran la distribución comercial en sentido estricto, la clasificación del suministro entre los contratos que tradicionalmente se vienen considerando que la integran dependerá de las condiciones específicas del programa contractual⁵³⁷. Podría afirmarse que el suministro tiene un carácter intermitente. Así sucede en los casos en que se inserta en el contrato una cláusula de exclusiva. El suministro en régimen de exclusividad sí formará parte de los contratos de distribución en sentido estricto. En tales casos, como resultado del efecto centralizador de la compraventa la doctrina no habla de suministro en exclusiva, sino que refiere *compraventa con pacto en exclusiva*, o *compra en exclusiva y venta en exclusiva*⁵³⁸. Aun cuando, como decimos, será un contrato de suministro que sí podrá clasificarse como un contrato de distribución.

Fuera de casos como el anterior, cabe insistir que el contrato de suministro puede formar parte de los contratos de distribución en función de su programa contractual. Recapitulando, es un negocio a caballo, que oscilará, hacia una parte, como contrato de intercambio, mediante el

⁵³⁷ Interesa destacar aquí las consideraciones que hace el profesor VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, *op.cit.*, pp.133-134, en donde aborda la diversidad de contratos en el sector de la distribución y apunta a aquellos contratos de duración para la distribución de mercancías, que son análogos a las compraventas mercantiles, por cuanto se dan entre empresarios, y que son aptos para los fines perseguidos por la distribución comercial. Entre ellos destacaba el contrato estimatorio y el contrato de suministro. Como hemos apuntado ya en repetidas veces, el suministro sirve para atender una necesidad, al tiempo que garantiza la colocación de bienes en el mercado. Es aquí donde se revela su vinculación con el fenómeno de la distribución. Si bien, como nos dice el profesor, son contratos que tradicionalmente han sido estudiados como compraventas especiales, lo que lleva a que su calificación se mantenga más próxima a la venta que al fenómeno de la distribución.

⁵³⁸ ALONSO SOTO, R., *Contratos de distribución comercial y de defensa de la competencia*, *op.cit.*, p.171, habla de la *compraventa en régimen de exclusiva* como una de las figuras contractuales que hay que considerar como algo más que simples contratos de cambio, por cuanto son un método eficaz de colaboración empresarial que goza de gran aceptación en el tráfico, por la cual dos partes asumen una obligación de carácter duradero de adquirirse y venderse, lo que les permite, al vendedor (léase proveedor) planificar su producción; y al comprador (léase suministrado) asegurarse el abastecimiento regular de productos.

cual el adquirente se abastece para satisfacer sus propias necesidades⁵³⁹; hacia la otra, como contrato de distribución, precisamente por su adaptabilidad a las necesidades del suministrado, descubriendo que puede servir para la comercialización e intermediación de los productos del empresario cabeza de la red⁵⁴⁰.

VI. MODALIDADES QUE PRESENTA EL CONTRATO DE SUMINISTRO

E. EL SUMINISTRO *JUST IN TIME*

El examen de la naturaleza del contrato de suministro obliga a abordar algunas modalidades del negocio, relevantes por su presentar un significado propio y diferenciado en el tráfico jurídico. A tal efecto, interesa detenerse en primer lugar en la modalidad de suministro enjuiciada por la STS de 5 de octubre de 2016, en la que el primer tribunal tiene ocasión de entrar en el examen de una modalidad especial de suministro, conocida en la práctica por su denominación inglesa «*just in time*». El

⁵³⁹ Si este fuera el caso, el suministro se acercaría al negocio de la concesión o distribución exclusiva, en la que, además de este régimen de exclusiva, que es un pacto esencial en este contrato, hay una integración del empresario concesionario en la red del concedente, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., *La distribución comercial. Aspectos contractuales*, *op.cit.*, p.313. En este mismo sentido, *cfr.* DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El contrato de distribución exclusiva o de concesión*, *op.cit.*, p.730. También puede verse la distinción apuntada por IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, *op.cit.*, pp.256-257.

⁵⁴⁰ El contrato de suministro puede encajar –y de hecho, en la práctica, lo hace– en la definición que la mejor doctrina ofrece de las redes empresariales, como la confluencia de empresarios jurídica y económicamente independientes, pero interrelacionados jurídicamente (por ejemplo, a través de contratos de larga duración, como lo es el suministro) y económicamente (por la necesaria colaboración derivada de la relación jurídica, piénsese, por ejemplo, cuando se descentraliza parte de la actividad económica gracias a un contrato de suministro). Así las cosas, la red empresarial, de la que el suministro puede formar parte, se presenta como una estructura relacional estable, caracterizada por la estabilidad, la interdependencia entre los empresarios que la conforman y el carácter duradero, en donde la ejecución de las prestaciones de los distintos actores permite el correcto desenvolvimiento de la actividad empresarial, individualmente considerada, de todos sus miembros. Un examen en profundidad de las redes empresariales lo encontramos en RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, *op.cit.*, pp.15-18. Del mismo autor, *Un derecho específico para las redes empresariales*, *op.cit.*, pp.86-90.

fallo es relevante, por cuanto, a pesar de la implantación de esta modalidad en la práctica empresarial y a la abundante literatura económica que ha analizado las técnicas de producción y abastecimiento que entraña la filosofía *just in time*, se trata de la primera sentencia que analiza esta modalidad en el marco de un contrato de suministro.

El sistema de producción *just in time* surge y se desarrolla en el seno de *Toyota Motor Company* a mediados del siglo pasado⁵⁴¹. El objetivo principal de esta filosofía de trabajo se focaliza en aumentar el beneficio de la empresa mediante una reducción de las ineficiencias o costes en el proceso de producción⁵⁴². Para ello, su implantación se basa en dos principios: la eliminación de los elementos innecesarios y la completa utilización de todos los factores de producción⁵⁴³. Este método de

⁵⁴¹ La técnica *just in time*, conocido entre la literatura económica de los ochenta como «sistema de producción de Toyota», es el resultado de los esfuerzos de la empresa por ponerse al nivel de la industria automovilística occidental, más avanzada, y a pesar de las diferencias en cuanto al acceso a componentes e instalaciones. Esta técnica aspiraba a reducir los costes de producción al tiempo que aumentaba la productividad de las factorías de automóviles, lo que pasaba por identificar y eliminar de sus fábricas todas aquellas funciones innecesarias. Este sistema tiene un marcado sentido práctico, como consecuencia de haber sido ideado expresamente para su implantación en una fábrica. El éxito que tuvo en el seno de Toyota ayudó a que el sistema fuese importado por otras empresas y sectores en Japón, para pasar, posteriormente, a interesar a las empresas occidentales, lo que ocurrió al tiempo que se adaptaba el sistema a fin de incorporar los procesos informáticos y la tecnología de los sistemas de información. Para un estudio en profundidad del sistema *just in time*, vid. MONDEN, Y., *El just in time hoy en Toyota*, Deusto, Bilbao, 1996.

⁵⁴² Mientras que para la empresa occidental la filosofía competitiva pasa por maximizar la eficiencia de sus procesos productivos, mediante la fijación de objetivos de producción, la implantación de economías de escala, la simplificación de los puestos de trabajo, la especialización de la mano de obra o la fijación de estándares de producción, la economía japonesa planteó la necesidad de adoptar nuevos procesos de producción dirigidos a una mejor atención a las exigencias del mercado, ofreciendo productos diferenciados por su calidad al tiempo que se compitiese con las empresas occidentales. Para poder ofrecer una gama de productos de calidad a un precio competitivo, se exige reducir los costes de producción, lo que conduce a reformular el sistema productivo. Es en este marco en donde se implanta el sistema *just in time*, vid. GARCÍA VÁZQUEZ, J.M. «Just in Time: El enfoque japonés en gestión de la producción: Una revisión», *Esic market*, núm. 75 (1992), pp.97-98.

⁵⁴³ La filosofía *just in time* parte de una idea simple: producir y entregar las unidades necesarias en la cantidad y el tiempo precisos, reduciendo los *stocks* innecesarios,

trabajo, basado en la supresión del «despilfarro» en los distintos estadios de una cadena de producción o distribución mediante la incorporación de diversas técnicas, tuvo relativo éxito, ya que las empresas que las ponían en marcha experimentaban cierto beneficio económico, precisamente, por reducir tanto los tiempos de producción de algunas fases de la cadena de producción, que resultaban innecesarias, como los costes asociados a los inmovilizados y a la gestión de los almacenes⁵⁴⁴. De tal suerte que la exitosa aplicación de las distintas medidas que integran la producción *just in time* se ha convertido en un elemento competitivo relevante para la empresa⁵⁴⁵, como lo demostró su adopción por las

reduciendo los costes y mejorando la ratio de rotación del capital. Bajo esta idea principal, son varias las técnicas y los procesos para llevarlos a cabo: la organización de la empresa, la tecnología de grupos, la implantación de tiempos reducidos de cambio de herramientas, el mantenimiento preventivo, empleados cualificados y funcionalmente polivalentes, control de la calidad o la adquisición de materias primas en el momento justo. Estas técnicas han sido interpretadas por la empresa occidental como aisladas e independiente, llegando a adoptar solo algunas de ellas, lo que se aleja de la noción japonesa del *just in time*, vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Á., URBINA PÉREZ, O., PÉREZ PÉREZ, M., *et al.*, «Flexibilidad y experiencias de implantación de *Just-in-Time*», ESIC Market, núm. 113 (2002), pp.235-236. En el mismo sentido, BAÑEGIL PALACIOS, T.M., «Just in time y marketing», *Revista de economía y empresa*, vol. 10, núm. 27-28 (1990), pp.223-224.

⁵⁴⁴ El sistema se aparta de la filosofía occidental que pasa por repercutir sobre el precio de venta el incremento de los costes derivados de mayores prestaciones o servicios que se incorporan en el proceso de fabricación o distribución, pero que son ineficientes. Este sistema de producción y de suministro pasa por controlar los costes de la empresa mediante la reducción o eliminación de aquellas operaciones que no generen un valor añadido, a fin de evitar un incremento del precio como de reducir el beneficio. Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, J.M. *Just in Time: El enfoque japonés en gestión de la producción: Una revisión, op.cit.*, pp.99-102.

⁵⁴⁵ Prueba del éxito que ha cosechado el sistema *just in time* está en la diversidad de sectores en que se aplica, que va desde la fabricación de vehículos hasta la organización hospitalaria, vid. FORD, A.L.; WILLIAMS, J.A.; SPENCER, M., *et al.*, «Reducing Door-to-Needle times using Toyota's lean manufacturing principles and value stream analysis», *Strocke*, vol.43, núm. 12 (2012), p.3395. De acuerdo con TAICHI OHNO, en *Kanban y just in time en Toyota*, TGP Hoshin, Madrid, 1998, p.73, «“*Just in time*” significa suministrar a cada proceso lo que necesita cuando lo necesita y en la cantidad que lo necesita». Es decir, eliminar el exceso, el «despilfarro», consiguiendo un *stock* equilibrado y, con ello, aumentar la productividad de la organización. Relacionado con el sistema de producción *just in time* se encuentra el método «kanban», a través del que se canaliza la información relativa a los bienes que hay que producir,

empresas niponas y el rápido interés que despertó entre las occidentales⁵⁴⁶. Sin embargo, el método de trabajo *just in time* no resulta aplicable a cualquier empresa. Las técnicas principales en las que consiste esta filosofía pueden implementarse allí donde la producción está basada en un método de trabajo repetitivo, en donde puede llegar a conseguirse un flujo continuo de producción con la máxima calidad y el mínimo coste⁵⁴⁷, como sucede en el sector de la fabricación de vehículos. Aun así, la implementación radical de todos los elementos que integran este sistema no es fácil. El control automático de los defectos en

cuándo producirlo, en qué cantidad, por qué medios y cómo transportarlo. Para una descripción más detallada del sistema kanban, puede verse *Kanban y just in time en Toyota, op.cit.*, pp.96 y ss.

⁵⁴⁶ En un mercado competitivo global, los nuevos métodos y técnicas de producción que aseguren a la empresa obtener fabricar de forma rápida, flexible y con calidad, que satisfaga al consumidor, son importantes, pero el éxito de la economía japonesa no puede recaer exclusivamente sobre un método de producción como es el sistema *just in time*. Aspectos como la inversión en investigación y desarrollo o la cultura empresarial son elementos que inciden en el éxito o fracaso en la implantación de este sistema de gestión de la producción. En este orden, se ha puesto de manifiesto las dificultades de implantar sistemas de producción *just in time* en países occidentales, precisamente, por la diferencia en el rol que juegan los trabajadores en el seno de la empresa, *cfr.* BAÑEGIL PALACIOS, T.M. y ORTEGA BUESO, M.I., «Just in time y recursos humanos en la industria española», *Dirección y organización: Revista de dirección, organización y administración de empresas*, núm. 8 (1993), pp.15-21. En el mismo sentido, MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Á., URBINA PÉREZ, O., PÉREZ PÉREZ, M., *et al.*, *Flexibilidad y experiencias de implantación de Just-in-Time, op.cit.*, pp.240 y ss. Para la aplicación de la filosofía *just in time* en la industria automovilística española, *vid.* BERLANGA BARBA, M., «Nuevos métodos de gestión en el entorno industrial: la experiencia *just in time*», *Economía industrial*, vol. 286, (1992), pp.70-71.

⁵⁴⁷ Las distintas técnicas aplicadas por Toyota no son imprescindibles para alcanzar un sistema productivo semejante al que incorporó Toyota en sus factorías. Sin perjuicio de la adaptación de cada una de ellas a la empresa y sector de que se trate, habrá que atender a los objetivos de cada organización y la necesidad de su aplicación a la misma. Asimismo, la clave del éxito no reside en el nivel tecnológico ni en el origen de la fuerza de trabajo sino en la consecución de una línea de producción capaz de adaptarse y sin stocks acumulados por ser innecesarios, *vid.* AVELLA CAMARERO, L. y FERNÁNDEZ BARCALA, M., «Implantación de los sistemas de producción *just in time* en occidente: la experiencia Suzuki Motor España», *Revista Asturiana de Economía*, núm. 10 (1997), p.202.

el propio proceso de fabricación⁵⁴⁸, la descentralización y delegación de responsabilidades hacia los trabajadores⁵⁴⁹, la reducción de los tiempos de fabricación, un flujo uniforme en el proceso de fabricación o un sistema de información entre las distintas fases del proceso⁵⁵⁰ son algunas de las técnicas que conforman esta filosofía⁵⁵¹. Precisamente, en

⁵⁴⁸ La identificación de la anomalía dentro del propio proceso de producción permite detener la cadena para realizar las modificaciones oportunas para corregir las anomalías oportunas, ya sea manualmente, ya sea mediante la adaptación de los procesos automatizados. De este modo, se reducen los sistemas de control fuera de línea, tanto en productos fabricados dentro de la empresa como en la recepción de piezas del exterior. Al mismo tiempo, se reducen los costes derivados por las reparaciones a los clientes por estos productos defectuosos, y se consigue evitar que el defecto se replique a todo un lote de productos. Sobre esta cuestión, DOMÍNGUEZ MACHUCA, J.A. y LUNA HUERTAS, P. «La filosofía “*just in time*”», *Alta Dirección*, año 26, núm. 155 (1991), p.71.

⁵⁴⁹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Á., URBINA PÉREZ, O., PÉREZ PÉREZ, M., *et al.*, *Flexibilidad y experiencias de implantación de Just-in-Time*, *op.cit.*, p.240, destaca que en el entorno japonés existe un mayor compromiso de los trabajadores como consecuencia de la cultura nipona de los empleados hacia la empresa, consecuencia de la integración entre trabajadores y gerentes, empleo vitalicio, promociones o condiciones salariales. En el mercado laboral occidental, en cambio, como resultado de la flexibilidad, alcanzar este grado de descentralización y compromiso por los empleados resulta más complicado y requiere de otro tipo de políticas empresariales.

⁵⁵⁰ Bajo el sistema de producción tradicional, que la doctrina económica denomina «*push*», los lotes de fabricación empujan a la producción. Por el contrario, en el sistema *just in time*, se produce un efecto «*pull*», en donde cada proceso retira las piezas del anterior, de modo que un centro de trabajo solamente produce en caso de que el siguiente le comunique la necesidad de mercancías. De este modo se obtiene una reducción de *stocks* entre las distintas fases del proceso. Para ello, se debe implementar un sistema de comunicación, de ahí que se hable del método *kanban* para referirse, en ocasiones, al sistema *just in time*: por la utilización de tarjetas para lograr la comunicación entre las distintas fases del proceso, *vid.* DOMÍNGUEZ MACHUCA, J.A. y LUNA HUERTAS, P., *La filosofía “just in time”*, *op.cit.*, p.35.

⁵⁵¹ El método de fabricación *just in time* trasciende la gestión de los inventarios y la organización de la producción de la empresa, incidiendo en otras disciplinas. Además del Derecho de obligaciones y contratos, sobre el que tratamos en este apartado, también ha tenido repercusión en otras materias, como puede ser la contabilidad. Los tradicionales sistemas de contabilidad de costes representaban una barrera para la exitosa implantación de este sistema basado en los bajos inventarios y en la rápida disposición de bienes. Al efecto, una exitosa comunicación entre los departamentos de contabilidad y de producción se presentaba como condición indispensable para la correcta adopción de la filosofía *just in time* a la empresa. Sobre estas cuestiones, *vid.*

el objetivo de reducir los gastos vinculados al exceso de *stock* mediante la obtención de los bienes necesarios en el momento oportuno es donde tiene cabida el contrato de suministro⁵⁵².

A la hora de abordar el abastecimiento de mercancías son varios los procedimientos de los que dispone la empresa, encontrándose entre los que más difusión han presentado entre la logística el modelo *economic order quantity*⁵⁵³. Este sistema se caracteriza por establecer puntos de pedidos, esto es, cantidades mínimas a partir de las cuales debe cursarse un nuevo pedido al proveedor. Bajo los planteamientos de esta operativa, el primer eslabón de la cadena de producción fabrica los productos y los envía al segundo eslabón, que los utiliza o acumula en función de

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Á., «"Just in time" y contabilidad de costes», *Técnica contable*, vol. 40, núm. 469 (1998), pp.431-440.

⁵⁵² Tomamos estas consideraciones de los seminarios de TAICHI OHNO, creador del método *just in time* en las factorías de Toyota, y publicadas en *Kanban y just in time en Toyota, op.cit.*, pp.18 y ss. La exposición de los despilfarros de los que nosotros nos hacemos eco se basa en una filosofía de trabajo, según la cual «el beneficio de un fabricante puede encontrarse en el modo de fabricar las cosas». Así, mediante la reducción de los costes ligados a la producción de bienes y prestación de servicios puede obtenerse un mayor beneficio, para lo que se deben identificar los «despilfarros» que se producen en la cadena y eliminarlos. OHNO nos habla de siete despilfarros distintos: el procedente de la producción en exceso, al que hemos hecho referencia; el que surge del tiempo parado o en espera por los trabajadores; el asociado al transporte; el que surge en el proceso de producción mismo; el que surge por el almacenamiento de inventarios innecesarios; el que surge por movimientos innecesarios; y, finalmente, el procedente de la producción de artículos defectuosos. Sobre estas consideraciones, insiste OHNO en la importancia de identificarlos y trabajar sobre ellos en aras a eliminarlos. Entre ellos, nos interesa ahora centrarnos en el desafío que para el autor tiene alcanzar un *stock* igual a cero o, allí donde es necesario mantener un inventario mínimo, acercarlo al máximo la cantidad de bienes en *stock* a ese mínimo. Para OHNO, los costes derivados de mantener inventariados bienes que no se necesitan ni se van a necesitar en un corto plazo de tiempo suponen un importante despilfarro que debe ser eliminado por la empresa.

⁵⁵³ El sistema *economic order quantity* (EOQ) ha sido tradicionalmente uno de los sistemas más difundidos en la gestión de inventarios, siendo generosa la literatura económica que aborda posibles soluciones a las ineficiencias que se manifiestan en este sistema, como los productos defectuosos, *cf.* YU LIN, T. y LUNG HOU, K., «An imperfect quality economic order quantity with advanced receiving», *Top*, vol.23, núm.2 (2015), pp.535-551. También SANKAR SANA, S., «An imperfect quality economic order quantity with advanced receiving», vol.58, núm.5-6 (2013), pp.513-514.

sus necesidades. A menor demanda, se produce una acumulación de bienes en *stock*, lo que obliga a reducir el ritmo de producción; mientras que, si la demanda aumenta, mayor consumo de productos se produce, lo que obliga a aumentar la producción y tratar de sortear el incremento de la demanda mediante *stocks* de seguridad. Este modelo se enmarca en lo que se denomina sistema tipo «*pull*», ya que es la demanda —ya sea la del mercado o la de los siguientes eslabones de la cadena— la que tira del aprovisionamiento⁵⁵⁴.

El modelo *just in time* se presenta como un sistema antagonista del anterior. Ahora bien, como ha quedado apuntado, su planteamiento no queda limitado a la gestión de inventarios, sino que conforma una filosofía que afecta a todos los elementos que participan en la empresa, con el fin de identificar las ineficiencias y eliminarlas⁵⁵⁵. El paradigma del derroche es la existencia de *stocks*, por cuanto son materiales producidos en exceso u obtenidos cuando no son necesarios que aguardan a ser

⁵⁵⁴ El entorno paradigmático en que se aprecia esta forma de programación y de gestión del inventario es en las cocinas de las cadenas de comida rápida, y en particular las hamburgueserías. En ellas, la cocina elabora los pedidos, que van acumulándose en las bandejas de salida y de las que van disponiendo los vendedores. Cuando la demanda se reduce, la cocina para su actividad. Cuando la demanda aumenta, la cocina incrementa su actividad. A su vez, mientras se cocinan nuevas hamburguesas van consumiéndose otras materias, lo que causa, a su vez, que se cursen nuevos pedidos según vayan disminuyendo las existencias, *cfr.* FERNÁNDEZ CUESTA, C. y DÍAZ FERNÁNDEZ, A., «Los entornos “just in time”», *Partida doble*, núm.47 (1994), p.43.

⁵⁵⁵ Para poder afrontar las distintas fases del proceso, así como posibles cambios en la demanda o roturas en el stock, se suelen acumular bienes en el inventario, lo que suele crear un desequilibrio excesivo de las existencias entre procesos, generando lo que se conoce como «stocks muertos». Estos problemas son frecuentes en el sector de la automoción. En la fabricación de vehículos intervienen varios procesos que conforman una cadena de producción, en la que intervienen innumerables componentes que son proporcionados por terceros y que son ensamblados por el fabricante. Para evitar que la cadena se detenga, un método de producción ordinario exige la acumulación de componentes, lo que puede conducir a una acumulación excesiva de stocks en alguna parte de la cadena, con el coste que esto conlleva. En el seno del sector de la fabricación de automóviles, alternativas como el sistema de producción *just in time* ha demostrado su eficacia, como exponen SUGIMORI, Y., KUSUNOKI, K., CHO, F., *et al.*, «Toyota production system and Kanban system. Materialization of just-in-time and respect-for-human system», *International journal of production research*, vol.15, núm.6 (1977), pp.553-564.

procesados o distribuidos. De acuerdo con este planteamiento, la existencia de *stock* simboliza la ineficiencia de la empresa, pues no es capaz de producir de manera ajustada a sus necesidades. A tal efecto, el sistema *just in time* aboga por la obtención de los bienes necesarios en el momento oportuno en que se van a necesitar⁵⁵⁶. Este modelo se concibe como un sistema tipo «*push*», pues es la propia demanda la que empuja de la producción y el aprovisionamiento⁵⁵⁷. Para lograr el éxito en la aplicación de estas técnicas, la empresa que asume esta filosofía para la gestión de su producción y la gestión de sus inventarios no solo debe asumir sus postulados internamente, sino que debe externalizarlos hacia aquellas otras empresas que se integran en su ciclo productivo. Así, cuando la organización ha descentralizado el abastecimiento de las mercancías, tiene que extender esta forma de trabajo y exigir a sus proveedores el compromiso de suministrarlas en un breve periodo de tiempo desde que se exterioriza la necesidad. Este es el contexto en el que venían trabajando las partes en el asunto del que conoce la STS de 5 de octubre de 2016.

La sentencia analiza esta técnica de gestión de la producción desde la perspectiva de la relación contractual que liga a las dos empresas que se encuentran en cada extremo de la relación obligatoria derivada de

⁵⁵⁶ JÓZEFOWSKA, J., «Just-in-time scheduling in modern mass production environment», en RÍOS-MERCADO, R.Z. y RÍOS-SOLÍS, Y.A. (Eds.), *Just-in-Time Systems*, Springer, Nueva York, 2012, p. 171. Como expone la autora, en el sistema *just in time* se busca mantener inventarios reducidos al tiempo que se aboga por mantener en funcionamiento la línea de producción, sin inactividad originada por la falta de componentes. Este sistema exige una constante planificación y adaptación, a fin de poder corregir las previsiones sobre las que se viene trabajando en función del ritmo marcado por la demanda.

⁵⁵⁷ En la filosofía *just in time* es el último de los eslabones de la cadena de montaje el que tira («*pull*») de todo el proceso, al basar su solicitud al proceso anterior de los componentes únicamente necesarios, recogidos en plazo y en la cantidad determinados. Un sistema como éste evita incurrir en los desequilibrios entre fases que pueden darse en un sistema tradicional, que llevan a un exceso de existencias, de capacidad de equipos y de trabajadores, *cf.* BAÑEGIL PALACIOS, T.M., *Just in time y marketing*, *op.cit.*, p.84. Aplicados estos planteamientos al ámbito de la distribución, será la demanda del distribuidor minorista quien configure la producción y las adquisiciones, en un sistema de distribución *a la carta*, adaptado a sus necesidades, *vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *Formularios logísticos: contrato de suministro/afiliación a central de compra para la distribución multiproducto: claves para su análisis*, *op.cit.*

un contrato de suministro. El primer tribunal enjuicia un supuesto en el que la empresa fabricante y proveedora de cizallas punzadoras y accesorios complementarios se encuentra, a la terminación sorpresiva del contrato de suministro, con un elevado volumen de bienes en su *stock* que no puede comercializar debido a las características especiales con las que producía dichos bienes. Las particularidades del caso son un buen ejemplo del método de trabajo en que consiste el sistema *just in time*. La empresa proveedora asumía la fabricación y el aprovisionamiento al suministrado de los productos en función de sus necesidades. La entrega debía hacerse en un muy breve espacio de tiempo, lo que le obligaba a disponer de bienes en su inventario con los que poder hacer frente a los pedidos de su principal. Como resultado, éste obtenía los bienes en el momento oportuno para ser introducidos en su cadena de producción⁵⁵⁸.

Para la consecución de este objetivo, esto es, lograr una reducción de los *stocks* y obtener las mercancías necesarias en el momento justo en que se van a utilizar, se requiere una planificación del proceso productivo con la suficiente anticipación. Solo así se puede fabricar y entregar los productos con la puntualidad exigida en el contrato, como se puso de manifiesto en el caso enjuiciado por la STS de 17 de diciembre de

⁵⁵⁸ En general, el sistema *just in time* permite al suministrado esquivar los costes asociados al almacenamiento y mantenimiento de los productos en *stock* y reducir los riesgos por posibles deterioros o pérdidas en la mercancía, *cfr.* CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., *Contrato de suministro just in time. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras la resolución del contrato*, *op.cit.* Sin embargo, tampoco debemos perder de vista que el proveedor es un empresario independiente y que, como tal, estará en condiciones de repercutir al suministrado el coste por el almacenamiento de los bienes en su inventario. En el caso de la sentencia comentada, por ejemplo, la relación se extendió durante más de veinte años, convirtiéndose el demandante en el único proveedor del demandado, quien, a su vez, suponía la principal fuente de ingresos del suministrador. Esta práctica es frecuente en los negocios, como puso de manifiesto la demandada en el recurso de apelación que resuelve la SAP Guipúzcoa, núm. 23/2014, de 3 de febrero (ROJ 284/2014), en relación al suministro *just in time*, en el que se afirma que el proveedor incorporaba el coste de almacenamiento y todos los demás gastos en que incurriese en sus tarifas.

1999⁵⁵⁹. En esta resolución en la que se analizaba la legalidad de una huelga convocada de forma intermitente, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de conocer por primera vez de un supuesto de fabricación bajo la modalidad *just in time*. Bajo este sistema de producción, organización y gestión, se hacía necesario seguir un calendario o plan de trabajo, efectuado con antelación, comprensivo de un periodo de tiempo amplio (en el caso enjuiciado, por meses), a fin de poder poner en marcha un sistema logístico para el abastecimiento de materias primas, así como la fabricación, almacenamiento y transporte de los productos a los clientes finales sin generar *stocks* excesivos en los almacenes de la empresa, de modo que obtuviese la entrega de los productos en el momento justo. En el caso, la empresa demandante se veía afectada por la continuas convocatorias y desconvocatorias de huelga, que fueron declaradas ilegales por el TS.

Con la STS de 5 de octubre de 2016 se puso de manifiesto la escasez de resoluciones en las que se ha llegado a enjuiciar un supuesto en el que se han puesto de manifiesto las especialidades de este sistema de producción y de abastecimiento de bienes, a pesar de no ser desconocido en la administración y la dirección de empresas, teniendo una incidencia innegable en la configuración que las partes hacen de los negocios jurídicos en general, y de sus relaciones contractuales en particular, al efecto de adaptarlas a las circunstancias que las mueven a celebrarlos⁵⁶⁰. Bajo el sistema *just in time*, la empresa suministrada necesita del suministro continuo, constante, ininterrumpido y de la calidad

⁵⁵⁹ La STS rec. 3163/1998, de 17 de diciembre (ROJ 8166/1999) analiza un supuesto de producción *just in time*, en donde la producción exige un continuo flujo de mercancías, una planificación previa y, sobre todo, una disponibilidad de stocks tanto de materias primas como de bienes acabados, existiendo los denominados stocks de seguridad entre fases. Es decir, la empresa siempre debe disponer de bienes terminados en su inventario con los que poder cumplir sus compromisos contractuales, incluso mientras se están fabricando nuevos bienes. Esta planificación exige poder organizar la actividad empresarial con la suficiente anticipación y, en el caso enjuiciado, las sucesivas desconvocatorias de las huelgas llevaron a un exceso de horas de trabajo sobre las inicialmente previstas en vistas a las convocatorias de huelga, lo que derivó en una rotura de los stocks de seguridad con el daño causado para la empresa

⁵⁶⁰ El TS se suma a la denuncia que realizó en su momento la SAP Logroño, núm. 98/2015, de 24 de abril (ROJ 229/2015), en donde se ya se afirmaba la dificultad a la que se enfrentó la audiencia por no disponer de una referencia a la modalidad de

adecuada para garantizarse la producción. En el caso comentado, los bienes debían ser entregados en un corto periodo de tiempo desde que cursaba el pedido, a veces incluso de un día para otro. De este modo, la suministrada evitaba la adquisición de excedentes –ineficiencia por acumulación de *stocks*–, evitaba la interrupción del proceso de producción –ineficiencia por no mantener un flujo uniforme en la producción– y evitaba la producción de bienes que podían ser descentralizados –ineficiencia por largos tiempos de producción–. La implementación por la suministrada de este método de producción derivó en que el contrato de suministro que ligaba a las partes acabara desenvolviéndose bajo la modalidad *just in time*.

Las dificultades del caso vienen agravadas por la oralidad del contrato y la compleja relación comercial mantenida por las partes. Una consecuencia de la oralidad del contrato es la necesidad de prueba que acredite tanto su existencia como el alcance del pacto. En estos términos fue planteado el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 4 de San Sebastián. Para la parte demandada, se afirmaba que nunca existió ni contrato ni pacto alguno que obligara a realizar compras mínimas cada mes, por lo que difícilmente se pudo llegar a pactar un acuerdo de adquisición de los *stocks* sobrantes a la terminación de la relación contractual, lo que, adicionalmente, habría exigido un pacto expreso en el contrato, máxime en un contrato como el suministro cuyo régimen jurídico supletorio es el de la compraventa, el cual no contiene ninguna previsión a la obligación de compra de los *stocks*⁵⁶¹. El tribunal tuvo por probado que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de suministro de larga duración, por el cual la

suministro *just in time*, lo que le obligaba a acudir a otras fuentes a fin de comprender el funcionamiento de esta técnica de producción y de abastecimiento de bienes.

⁵⁶¹ Para la parte demandada y apelante, la sentencia de primera instancia obvia que la obligación de compra de los *stocks* al finalizar la relación contractual que ligaba a las partes no formaba parte del contrato, de modo que, estimando la sentencia, proclama una obligación de retirada y pago del valor de los *stocks* por entender que se trataba de una consecuencia natural del contrato de suministro en el que se contenía una obligación específica relativa a la fabricación de los productos. Para el juzgado de primera instancia, una consecuencia natural del sistema de fabricación estipulado era que los bienes así producidos debían ser siempre adquiridos por el demandado. *Cfr.* SAP Guipúzcoa, núm. 23/2014, de 3 de febrero (ROJ 284/2014), en su fundamento de derecho primero.

empresa suministrada asumía una obligación de aprovisionamiento para sí y las restantes empresas del grupo en la adquisición de materia prima y trabajos de mecanizado. Al efecto de poder dar debido cumplimiento al contrato, en el que se imponía un sistema de abastecimiento *just in time* de acuerdo con las necesidades de la suministrada y en función de los posibles picos en la demanda, la proveedora debía aprovisionarse de forma anticipada de *stocks* suficientes.

Los antecedentes del caso revelan la larga y fructífera relación comercial entre las partes. Junto al contrato de aprovisionamiento de los materiales, se desarrollaron a lo largo de los años en los que se mantuvo la relación diferentes y sucesivos contratos de arrendamiento de obra. Sin embargo, las partes fueron alejando posturas, originando en una confrontación en la que destacaba, según la audiencia provincial, «el extraordinario nivel de litigiosidad»⁵⁶². El pleito, no obstante, quedó circunscrito a la reclamación por la demandada del cumplimiento de la obligación de compra del *stock* almacenado en sus dependencias, así como el pago de los gastos relacionados con su depósito. Con ello, se esboza una de las peculiaridades del pleito. Lejos de formularse una petición indemnizatoria de los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, la demandante opta por la primera solución contenida en el 1124 CC, promoviendo el cumplimiento de la obligación derivada del contrato de suministro; esto es, la retirada de los *stocks* sobrantes y su abono conforme al precio pactado. En estos términos el pleito llega al Tribunal Supremo.

El primer tribunal, en su sentencia de 5 de octubre de 2016, confirma la legitimación de la empresa suministrada para exigir el cumplimiento de una obligación que debía entenderse incorporada en el contrato de suministro, a pesar de su oralidad. Esta obligación consistía en la retirada y el pago de los productos en *stock* almacenados en dependencias del proveedor con ocasión de la resolución o extinción del contrato de

⁵⁶² Además de la extensión del pleito que ahora comentamos, de seis volúmenes de actuaciones con cerca de 2.500 folios, que derivó en una audiencia previa de una hora y un juicio que se celebró en varias sesiones, el tribunal destaca el elevado número de procesos de distintos órdenes jurisdiccionales en el que estuvo involucrada la demandada, *cfr.* SAP Guipúzcoa, núm. 23/2014, de 3 de febrero (ROJ 284/2014), en su fundamento de derecho tercero.

suministro. Apunta el TS que, a pesar del silencio que las partes guardaron respecto de esta obligación, mediante la integración del contrato puede determinarse si esta obligación conformaba el pacto que en su día concertaron las partes⁵⁶³. Lo cual nos obliga a hacer dos precisiones.

De una parte, no hemos de perder de vista que nos encontramos ante un contrato de suministro verbal. Las partes se enfrentaban a la dificultad probatoria que conlleva la acreditación del contenido del acuerdo, suscrito, además, en la década de los ochenta. El rastro documental, sobre todo electrónico, que dejan las actuales transacciones facilita la acreditación tanto de la existencia como del alcance de los pactos que no llegan a formalizarse en un documento. Aun con todo, tanto el juzgado de primera instancia como el tribunal de apelación –el TS no entra a valorar la prueba porque no es una tercera instancia– estiman la pretensión de la empresa proveedora y condenan a la suministrada al cumplimiento de su obligación de recompra de los *stocks*. Pero no lo hacen porque se haya acreditado la existencia de un pacto al respecto. Como dice el propio TS, en el caso no había ningún acuerdo sobre este ex-

⁵⁶³ La Sala primera del TS reconduce, en una breve pero clara argumentación, al principio de buena fe como fuente de integración normativa de un contrato, al amparo de lo dispuesto en el 1258 CC. Recuerda el fallo que la buena fe contractual no sirve solo para sancionar aquellas conductas desplegadas por alguna de las partes contrarias a los deberes de lealtad y corrección, en función de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó en dicho pacto, sino que también salva aquellas lagunas en las que incurra el acuerdo al que arriban las partes. La aplicación del principio de buena fe allí donde la reglamentación de las partes respecto a un aspecto en particular, como en este caso la obligación de compra del *stock* sobrante al término del contrato, legitima al juzgador para completar lo acordado o, incluso, configurar prestaciones accesorias de las específicamente contempladas, *vid.* STS núm. 419/2015, de 20 de julio (ROJ 4504/2015), a la que se remite la propia sentencia comentada. La valoración de las circunstancias concurrentes en el caso conduce al TS a completar el contrato, entendiendo que existía una obligación de compra de los *stocks* sobrantes y, en consecuencia, la parte demandante está legitimada a reclamar su cumplimiento *ex art.* 1124 CC. *Cfr.* CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., *Contrato de suministro just in time. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras la resolución del contrato. Comentario a la STS núm. 593/2016 de 5 de octubre de 2016, op.cit.*, para quien, *a sensu contrario*, la remisión al principio de buena fe sirve al TS para sancionar la conducta de la suministrada por una terminación inoportuna del contrato.

tremo. Se arriba a esta conclusión por medio de la integración del contrato; lo que nos lleva a la segunda precisión: para el TS, tras la valoración de las circunstancias del caso, la empresa proveedora está legitimada para exigir el cumplimiento de la obligación de retirada de los *stocks* sobrantes. Para arribar a esta conclusión la Sala tuvo en consideración varios aspectos.

En primer lugar, la larga duración del contrato de suministro, que ligó a las partes durante veinticinco años. Esta situación evidencia la mutua confianza que mantuvieron durante el transcurso de la relación contractual, en el que se vinieron sucediendo constantemente las prestaciones de entrega y pago del precio. Dada esta relación contractual de larga duración, la empresa proveedora adaptó su organización empresarial a fin de poder atender el cumplimiento de las obligaciones que dimanaban del contrato de suministro *just in time*: mantener un *stock* de productos terminados con los que poder hacer frente a una solicitud razonable de bienes por parte del suministrado. De tal suerte que la empresa proveedora llegó a convertirse en la única proveedora de la suministrada, y ésta, a su vez, en la principal fuente de ingresos de la primera.

En segundo lugar, la inexistencia de un preaviso razonable por parte de la empresa suministrada que permitiese a la proveedora reorganizar su actividad reduciendo los *stocks*, de los que disponía para hacer frente al cumplimiento del contrato. La situación de dependencia en la que se encontraba la proveedora aconsejaba un preaviso razonable acerca de la extinción del contrato, no solamente por imponerlo las reglas de la buena fe contractual en una relación comercial mantenida durante un largo periodo de tiempo, sino porque en las situaciones en las que existe una dependencia económica como la que comentamos el legislador ha querido que la empresa principal respete un plazo de preaviso de seis meses, por escrito y preciso⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ El alto tribunal se remite a la norma contenida en el art. 16 LCD, en cuyos apartados 2 y 3 regula el abuso de dependencia económica, anteriormente conocida como explotación de dependencia y que, junto con el abuso de la posición de dependencia, se enmarcaba en el ámbito de las conductas abusivas de posición de dominio. En la actualidad, sin embargo, el legislador ha distinguido las conductas por tener distintas proyecciones: mientras que la esfera de la defensa de la competencia entraña una

En tercer y último lugar, la imposibilidad de comercializar los productos fabricados por el proveedor. Como resalta el fallo, la empresa manufacturaba los productos directamente, siguiendo las indicaciones y ajustándose a las condiciones marcadas por la empresa suministrada, lo que determinó que, al término de la relación, estos productos no pudiesen ser colocados a terceras empresas que pudieran estar interesadas.

La consideración de las anteriores circunstancias lleva al alto tribunal a valorar, con arreglo al principio de buena fe contractual, que el contrato de suministro *just in time* estaba integrado por una obligación de compra de los *stocks* almacenados, conexas a la ejecución que venía haciéndose del contrato. La ponderación de las circunstancias concurrentes condujo a la desestimación del recurso de casación y a la confirmación de la sentencia de segunda instancia de la Audiencia Provincial de San Sebastián. Para el tribunal de apelación, el modo en que se desarrollaba la relación contractual legitimaba a la empresa proveedora a reclamar el pago de los *stocks* sobrantes⁵⁶⁵. Ahora bien, el Tribunal Supremo corrige a la Audiencia en cuanto a la integración de la obligación

posición de dominio manifestado en un poder de mercado con carácter de poder absoluto, en la represión de las conductas desleales queda referida a la relación existente entre una empresa principal y sus proveedores o clientes, *vid.* CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., *Contrato de suministro just in time. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras la resolución del contrato. Comentario a la STS núm. 593/2016 de 5 de octubre de 2016, op.cit.* La conducta abusiva tenía como víctima directa a la empresa proveedora, por cuanto la condición de perjudicado pueden tenerla los clientes de una empresa, sus proveedores o los competidores en el mercado, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., «El abuso de dependencia económica en el Derecho de defensa de la competencia en el marco de la lucha contra las conductas abusivas», *Derecho de la competencia y la gran distribución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p.34.

⁵⁶⁵ La SAP destacó la intervención de uno de los peritos, quien, ratificándose en su informe pericial, relató la proporcionalidad de los *stocks* remanentes para poder atender a los pedidos de la empresa suministrada, afirmando que podían haberse consumido en un periodo máximo de tres meses conforme a los consumos históricos que se venían realizando. Asimismo, afirma el perito que en la valoración del importe se tuvo en consideración tanto el precio de los productos como el de las materias primas fabricadas, sino también el de aquellas materias primas adquiridas para su manufactura. Finalmente, destaca que, a la vista de las especificaciones de las mercancías producidas, solamente servían para las máquinas de la suministrada, que, además,

de recompra de los *stocks* sobrantes. Afirmaba el Tribunal de Irún que los pedimentos articulados en el suplico de la demanda, y, fundamentalmente, la solicitud de condena al pago por la demandada del *stock* existente en los almacenes de la demandante era una postura «que deriva y constituye efecto inherente de la propia naturaleza del contrato de suministro y de la resolución del contrato unilateral» por la contraparte. Postura que es subsanada por la STS de 5 de octubre de 2016, para la que «esta obligación de compra no puede ser considerada como un elemento natural del contrato, al margen de lo pactado o querido por las partes». El fallo contiene esta importante precisión que descarta que la obligación de recompra de los *stocks* sobrantes integren necesariamente cualquier contrato en el que existe un compromiso de proporcionar un suministro de bienes continuo, contante e ininterrumpido que obliga al proveedor a disponer de un inventario de seguridad. A pesar de que la asunción de este compromiso se traduce en un deber especial de actuación diligente, con el fin de poder garantizar esta continuidad en el abastecimiento, la obligación de compra –o de recompra– no se considera como un elemento natural del contrato⁵⁶⁶.

Los términos en los que fue planteado el litigio contrastan con otros casos de los que ha conocido la jurisprudencia menor en torno a un contrato de suministro bajo la modalidad *just in time*, en los que el examen de la conveniencia de la condena a la compra de los *stocks* sobrantes se producía desde la perspectiva de la indemnización por daños y perjuicios. La condena que hace el TS en esta resolución lo es al cumplimiento de una obligación que dimana del propio contrato. Si bien la Sala se ciñe a los términos en los que fue planteado el debate, es im-

resultaba ser fabricante exclusiva en España, lo que refuerza la valoración de la dificultad en la comercialización de los productos.

⁵⁶⁶ De este modo, el fallo sigue el sentir mayoritario de la doctrina. *Vid.*, por todos, ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.282-283. Expone la autora que no cabe una aplicación generalizada de la compensación por inversiones no amortizadas en los términos en que se recoge en la LCA, como ha puesto de manifiesto reiteradamente la jurisprudencia menor y la doctrina. En contadas ocasiones procederá, sin embargo, su aplicación. Pero serán casos puntuales, en los que deberán tenerse en consideración aspectos como la ruptura abusiva del contrato o una actuación contraria al principio de buena fe.

portante resaltar que la condena lo fue al cumplimiento de una obligación –*ex* 1124 CC, parte primera–; y no a la condena de una indemnización por los daños emergentes ocasionados bien por la rotura del *stock*⁵⁶⁷, bien por la terminación inoportuna del contrato⁵⁶⁸.

F. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Tanto la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁵⁶⁹, como el TRLCU, que transpone aquélla a nuestro ordenamiento interno, refieren en diversos pasajes al «*suministro* de contenidos digitales», sin entrar en mayores consideraciones en torno a la calificación jurídica del negocio que subyace tras este supuesto suministro. La referencia al suministro no es accidental. El legislador comunitario parte de una dualidad entre el contrato de compraventa y el contrato de prestación de servicios, sin contemplar otros tipos contractuales⁵⁷⁰. No obstante,

⁵⁶⁷ Este es el caso del que conoce la SAP Logroño núm. 98/2015, de 24 de abril (ROJ 229/2015). El Tribunal, tras examinar el contrato de suministro bajo la modalidad *just in time*, concluye que esta categoría de suministro exige a una de las partes un deber especial de diligencia, consecuencia del compromiso asumido libremente de proporcionar un suministro de piezas continuo, constante, ininterrumpido y de la calidad adecuada para garantizar la continuidad de la cadena de producción. El incumplimiento de este deber especial de diligencia para garantizar esa continuidad es susceptible de causar un daño al suministrado o destinatario final que espera o confía en la continuidad. Un daño reconducible a los arts. 1106 y 1107 CC, condenando a la parte proveedora a una indemnización por los daños y perjuicios comprensivos tanto del daño emergente como del lucro cesante.

⁵⁶⁸ En estos términos, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*

⁵⁶⁹ Anteriormente, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, refería al contrato de «suministro de contenido digital» en los mismos términos que la nueva Directiva de 2019.

⁵⁷⁰ No se contiene en la normativa comunitaria referencias expresas a otros contratos, reduciendo la cuestión a la entrega de los bienes o a la prestación de los servicios. Se deja a los estados miembros la calificación del negocio conforme al tipo contractual

evita hablar de «entrega» y adopta el término «suministro», como sinónimo de aquélla, eludiendo de esta forma las importantes connotaciones jurídicas que se ligan a aquel primer acto⁵⁷¹. Estas constantes referencias al suministro ponen en duda si realmente puede celebrarse un contrato de suministro de contenidos digitales o si, por el contrario, el negocio debe ser reconducido a otro tipo contractual.

De acuerdo con el art. 3.1 de la Directiva 2019/770, el contrato de suministro de contenidos digitales es aquel «en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio» o facilita o se compromete a facilitar «datos personales» al empresario. La norma presenta un ámbito de aplicación limitado, como es el Derecho de consumo; e introduce elementos que no vamos a valorar por exceder el fin pretendido en este apartado, como es la contraprestación consistente en datos personales⁵⁷².

que mejor se adapte al mismo. *Cfr.* CÁMARA LAFUENTE, S., «La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales», en ORTÍ VALLEJO, A.; JIMÉNEZ HORWITZ, M.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *et al.* (Coords.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.226 y ss.

⁵⁷¹ La entrega constituye la obligación principal del vendedor, que opera como contraprestación del pago del precio por la otra parte. La entrega de la cosa objeto del contrato supone el cumplimiento de la obligación que, como deudor, ha asumido en una relación sinalagmática, además de desempeñar, dentro del *iter* negocial, la función de transmitir el dominio o propiedad de la cosa sobre la que recae el contrato. Sobre la entrega en la compraventa puede verse MORALEJO IMBERNÓN, N., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, pp.2221 y ss.

⁵⁷² Una contraprestación distinta al precio, como son los datos personales, plantea si la remuneración debe ser entendida en el sentido estricto de pago de una cantidad dineraria. Hasta ahora, esta parece haber sido la postura del TJUE en asuntos relacionados con el contrato de prestación de servicios, como apuntaba la Sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung-Rabitsch*, C-533/07. Esta posición, en cambio, parece que fue matizada por la Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, que entendió aplicable el Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, a un contrato de concesión en el que el pago no consistía en un precio, entendiendo que la contraprestación no debía identificarse necesariamente con el pago de una cantidad dineraria. Aunque, como decimos, ambas dos resoluciones recaen en el ámbito de la interpretación del Reglamento 44/2001, y, por lo tanto, no abordan la cuestión desde el Derecho de contratos, conviene tener en cuenta que

Dicha Directiva define los contenidos digitales como aquellos datos que son producidos y suministrados en un formato digital, tales como, según ejemplificaba el considerando 19 de la anterior Directiva 2011/83, «programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios». La actual Directiva 2019/770, también en su considerando 19, menciona los «programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas», prescindiéndose ahora, en la definición, del soporte en que sea entregado o *suministrado* dicho contenido digital. Pero el soporte no es baladí. En función de la vinculación y funcionalidad del contenido digital respecto del soporte en que se integra nos situará ante un bien con elementos digitales o no⁵⁷³. Así, cuando los contenidos digitales van incorporados o interconectados a un soporte o bien material, sin perjuicio de que su presencia en el mismo sea necesaria para que aquél cumpla su función, nos encontraremos ante una cosa mueble tangible respecto de la que no se genera ninguna cuestión. Como cosa aprehensible, puede ser apropiada por el suministrado, recayendo en el concepto de objeto que hemos utilizado en el primer apartado anterior⁵⁷⁴.

la postura del legislador comunitario en torno a la revelación de datos personales como contrapartida por el acceso a contenidos digitales pone sobre la mesa, de nuevo, esta cuestión. No nos corresponde a nosotros, sin embargo, abordarla en esta investigación.

⁵⁷³ La Directiva 2019/770, en sus considerandos 21 y 22, distingue el «bien con elementos digitales» de aquellos otros bienes que solo sirven de soporte material para el contenido digital. Los primeros son definidos como aquellos bienes que incorporan contenidos de tal manera que su ausencia impediría que tales bienes cumplieren su función. Tal es el caso del reloj de pulsera inteligente o un teléfono inteligente. Mientras que los segundos son bienes que no necesitan del contenido digital para su funcionamiento. Esta distinción se ha tenido en consideración por el legislador comunitario, como también por el español por efecto de la transposición.

⁵⁷⁴ La falta de la apropiabilidad es la que nos llevaría a descartar el suministro de servicios, dado que éstos, por su naturaleza, no pueden ser apropiados. Critica esta objeción ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.271, para quien esta consideración puede ser superada.

Por el contrario, si los contenidos digitales no están incorporados o interconectados a un bien o, estándolo, no impiden que los mismos realicen sus funciones, ese contrato por el cual se tiene acceso al contenido digital deberá considerarse independiente del contrato de compraventa de tales bienes. Es, en este caso, en el que cabe preguntarse si tales contenidos digitales pueden formar parte de un contrato de suministro, al que reiteradamente refiere la Directiva 2019/770.

El texto comunitario se abstiene de determinar la naturaleza jurídica del contrato por el que se tiene acceso a los servicios digitales, y tampoco se encarga de su calificación. Se deja a los estados miembros la labor de ordenarlo en distintas categorías o tipos legales, contratos típicos o atípicos, en función de cada Derecho interno. A la postre, la finalidad de esta norma no es armonizar el Derecho de contratos de los países miembros. Abordar la calificación de este contrato habría supuesto, en mayor o en menor medida, una injerencia en las consideraciones que cada ordenamiento nacional sigue en la calificación de los negocios en diferentes tipos contractuales, lo que habría dificultado su transposición. De hecho, el texto de la Directiva da varios ejemplos de cómo pueden suministrarse los contenidos y servicios digitales –almacenamiento de los contenidos en la nube, descarga en dispositivos del usuario, transmisión a través de la web, etc.–, lo que entrañará que estas distintas transacciones comerciales sean tratadas de manera distinta incluso dentro de un mismo ordenamiento nacional.

No procede aquí y ahora entrar a abordar la naturaleza jurídica de los negocios que se encierran tras el mal llamado *contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*. La calificación de este negocio en los distintos Derechos internos de los países miembros variará, en función de las distintas prestaciones que lo integren y atendiendo al objeto del mismo. El contrato podrá ser regulado por la disciplina del contrato de servicios, de obra, de arrendamiento, de préstamo, de comodato, de compraventa o de suministro. Con lo que dependerá de las circunstancias del negocio en particular para que pueda calificarse de acuerdo al tipo contractual, típico o atípico, que mejor convenga.

El contrato de suministro ha quedado definido como el contrato por el que una parte, el suministrador, se obliga, a cambio de un precio, a

realizar en favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de entrega de cosas genéricas, con el fin de satisfacer una necesidad duradera. Estas *cosas genéricas* pueden ser bienes o productos corporales o incorporeales, sin que debamos entender limitado el objeto sobre el que recae la prestación de entrega. Así las cosas, a diferencia de la compraventa, no existe ninguna disposición legal que limite la libertad de las partes de pactar un suministro de bienes intangibles. Es más, la referencia que hace el 1445 CC a la entrega de «cosa determinada» no impide que puedan ser objeto del mismo cualquier tipo de bien, tanto corporal como incorporeal (1464 CC), siempre que se trate de bienes muebles adscritos al tráfico mercantil (325 CCo)⁵⁷⁵. Por lo que, si los contenidos digitales pueden ser objeto de un contrato de compraventa, no existe ninguna razón por la que no puedan serlo de un contrato de suministro.

El contrato de suministro puede, por tanto, tener por objeto contenidos digitales⁵⁷⁶. No así los servicios digitales. Por las razones anteriormente indicadas, a nuestro juicio el servicio no debe ser objeto de un contrato

⁵⁷⁵ Tradicionalmente, se ha entendido que las ventas mercantiles tienen por objeto las mercaderías, efectos o géneros de comercio, con lo que comúnmente se ha entendido que la compraventa mercantil recae sobre cosas muebles propias del tráfico mercantil. Esto lleva consigo la expulsión del contrato de compraventa regido por el CCo de los bienes inmuebles, pero no así de otros bienes incorporeales, como podrían ser los derechos de propiedad intelectual e industrial, los derechos reales, los derechos de crédito, los valores mobiliarios o la energía. *Cfr.* HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa. La compraventa mercantil, op.cit.*, p.638.

⁵⁷⁶ *Cfr.* BASOREDO OTZERINJAUREGI, I., «Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. (Dirs.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.671. Equipara la autora el contrato de suministro de contenidos digitales con el contrato de compraventa, a los efectos de determinar la ley aplicable a los efectos de lo dispuesto en el art. 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Al hacer referencia a los contratos de contenidos y servicios digitales, entiende la autora que podrían distinguirse, por un lado, entre el contrato de «suministro de contenidos digitales» y el de «suministro de servicios digitales». Estas dos figuras podrían ser equiparadas al «contrato de compraventa» y al «contrato de prestación de servicios» respectivamente. Sin embargo, apunta las dificultades en la calificación del negocio en ciertas ocasiones, para lo que habrá que atender a la prestación característica del contrato.

de suministro. Las notas características de este contrato –pluralidad y autonomía de prestaciones, unicidad contractual, carácter duradero– y la función económica principal a la que responde –satisfacción de necesidades duraderas– son predicables del contrato de arrendamiento de servicios. La diferenciación entre éste y aquél estará, principalmente, en el objeto sobre el que recae.

Ahora bien, los contenidos digitales presentan una particularidad como bienes incorporales que conviene apuntar, y es que con su entrega no se produce una transmisión de su propiedad, sino una copia de los datos originales, que es lo que se entrega, sin perjuicio de que se haga a través de un soporte físico o de forma digital. Cuando la entrega de un contenido digital se hace mediante un soporte material, la adquisición de su propiedad no entraña necesariamente la adquisición en calidad de propietario del primero. Puede significarlo, pero con frecuencia no sucede así. Es habitual que el traspaso de la posesión y propiedad del *corpus mechanicum* sea independiente de la licencia de uso del *corpus mysticum* en que consiste el contenido digital. Cuando la entrega del contenido digital se hace sin un soporte material, ya sea mediante la descarga de un archivo o, incluso, mediante fórmulas en las que no existe propiamente una copia que sea entregada a la parte contratante y quede bajo su control, como sucede en la transmisión en línea (*streaming*) de un contenido digital; en estos casos se estará, al menos en la práctica totalidad de los casos, ante una cesión de un uso temporal del contenido digital⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ En este sentido, puede verse CÁMARA LAFUENTE, S., *La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales*, *op.cit.*, pp.222 y ss. El autor analiza el objeto del contrato de contenidos digitales recogido en la anterior Directiva 2011/83, y, aunque lo hace desde la perspectiva del contrato de compraventa, las conclusiones a las que alcanza deben ser traídas aquí por la regla de la analogía que aplica entre dicho contrato y el suministro. Como expone el profesor, cuando se adquiere un soporte material en que se integra un contenido digital, del que se puede hacer uso de forma indefinida, sin límites temporales, de dicho contenido digital, el contrato normalmente revestirá el carácter de compraventa respecto del bien material –como puede suceder con un libro, electrónico o físico–, que no del contenido, respecto del cual se constituye una licencia de uso. Cuando al contenido digital se tiene acceso a través de un *entorno digital* ni siquiera podremos hablar de compraventa del soporte físico debido a su inexistencia.

Para poder hablar de un contrato de suministro de contenidos digitales tendrán que concurrir los presupuestos de este contrato. No solo tratarse de un contrato oneroso, por el que se pague un precio, y duradero, con una única prestación de entrega continuada o una pluralidad de ellas, satisfaciendo con esto su necesidad. También deberá darse una entrega indefinida, con el traspaso posesorio y del dominio sobre la cosa, de forma que el suministrado la adquiera a título de dueño. Esta apropiación del contenido digital, con independencia de que venga incorporado a un soporte material, es posible. Y en la medida en que constituya el objeto de prestaciones reiteradas de entrega determinará que estemos ante un contrato de suministro de contenidos digitales. Sin embargo, por cuanto estos contenidos digitales suelen consistir en obras tuteladas por el derecho de la propiedad intelectual cuyo uso es cedido, temporal o indefinidamente, no conformarán el objeto de un contrato que, por su analogía al contrato de compraventa, exige la transmisión de la propiedad.

C. EL CONTRATO DE SUMINISTRO ENERGÉTICO

El contrato de suministro es uno de los contratos que más se celebran en el tráfico económico. Su función económica, orientada a la satisfacción de toda clase de necesidades, permite la circulación constante de bienes, lo que reviste de especial importancia en una sociedad de consumo. Su presencia es destacable en el ámbito de la empresa, erigiéndose como un contrato de colaboración entre empresarios independientes que sirve de instrumento para la canalización de un flujo constante de productos que destinar a la reventa o incorporar a un ciclo productivo. Precisamente el objeto sobre el que recae el contrato es el que determina su relevancia. A través de un contrato de suministro pueden comercializarse ciertos bienes, considerados esenciales, como son la energía eléctrica, el agua corriente o el gas natural o biogás⁵⁷⁸. Es todavía más destacable que estos contratos pueden ser suscritos, y, de

⁵⁷⁸ Estos contratos de suministro, suscritos con sus destinatarios finales, por recaer sobre bienes y servicios de primera necesidad, son los más frecuentes en la práctica. Junto al contrato de suministro eléctrico destacan el de agua, potable o no, para el consumo humano, el de gas ciudad, los contratos de servicios de telefonía, móvil y

hecho, lo son, con consumidores y usuarios, así como con la propia Administración, además de entre empresarios. Debido al objeto sobre el que recaen estos contratos de suministro el destinatario final no se identificará siempre con un consumidor, en los términos del TRLCU, y, no obstante ello, dicho destinatario seguirá gozando de la tutela contenida en la normativa sectorial que disciplina estos contratos, sin perjuicio de que, en ciertos aspectos, a los consumidores y usuarios se les dote de un plus de protección.

Así las cosas, estos contratos de suministro, que son especiales por cuanto recaen sobre uno de los bienes esenciales antedichos, se someten a un grado de regulación que es desconocido por el contrato de suministro general u ordinario. La normativa sectorial a la que se someten estos contratos reconoce el derecho de los usuarios, sean o no consumidores, a su celebración y extinción, además de regular su contenido y distribuir las obligaciones y derechos de cada una de las partes⁵⁷⁹. Precisamente, esta disciplina quiebra el carácter atípico que caracteriza el suministro. Con todo, el régimen jurídico de estos contratos vendrá determinado, en primer término, por esta normativa específica, seguida por lo convenido por las partes, por la normativa de la compraventa (de consumo, mercantil o, incluso, civil) y, en fin, por la norma general de obligaciones y contratos.

El contrato de suministro de energía eléctrica es el contrato de suministro paradigmático. La electricidad es la fuente de energía de mayor trascendencia económica. Es un servicio imprescindible para el funcionamiento de la sociedad contemporánea tanto en la esfera privada, personal y familiar, como en el tráfico económico y en el desarrollo de las actividades públicas. La actividad humana no puede entenderse hoy en

fija, de acceso a internet, de televisión por cable o satélite, *cf.* ACEDO PENCO, Á., *Derecho de contratos, op.cit.*, p.207.

⁵⁷⁹ La detallada regulación de estos suministros se justifica por su objeto. Existe un interés general en la intervención del legislador a fin de garantizar el acceso a estos bienes y servicios respetando unas condiciones mínimas en cuanto a su calidad, precio y condiciones contractuales más relevantes, *cf.* MENDOZA LOSANA, A.I., *Contratos de suministro de gas y electricidad, op.cit.*, pp.771-773.

día sin la energía eléctrica, por lo que se considera un servicio esencial⁵⁸⁰. Un servicio gestionado por sociedades mercantiles y privadas, limitándose la intervención pública a garantizar expresamente el suministro a todos los consumidores demandantes de energía eléctrica⁵⁸¹. De ahí que el conjunto obligacional de estos contratos de suministro se haya definido como de naturaleza mixta: una relación privada en cuanto a las prestaciones de las partes, pero fuertemente encorsetadas por la normativa administrativa en lo referente al conjunto obligacional sustantivo. En otras palabras, un contrato normado⁵⁸².

⁵⁸⁰ El artículo 2 de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructura críticas, define lo que debe entenderse por «servicio esencial»: un servicio elemental y necesario para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de la ciudadanía, así como para el eficaz funcionamiento de las administraciones e instituciones públicas. La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, abandonó la tradicional noción de servicio público prestado por las Administraciones públicas a través de sociedades de titularidad estatal. Desde la promulgación del Decreto de 12 de abril de 1924 la energía eléctrica vino a prestarse en práctica totalidad por el Estado. Partiendo de la importancia de la energía para el desarrollo del país, sus empresas y sus ciudadanos, la Ley 10/1966, de 18 de marzo, de expropiación forzosa y sanciones en materia de instalaciones eléctricas reafirma el carácter de servicio público de prestación universal, con el afán de garantizar el buen funcionamiento del servicio eléctrico, VÁZQUEZ PENA, M.J., «Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica», *Cuadernos de derecho y comercio*, núm.31 (2000), p.62.

⁵⁸¹ El mercado de la electricidad en España conoce de las actividades mayoristas, donde se pueden englobar las funciones de producción y distribución y transporte; y las actividades minoristas, en las que interviene el consumidor o destinatario final de la electricidad, *cf.* RODILLA MARTÍ, C., «La negativa a suministrar SIPS. Mercados eléctrico y derecho de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.23 (2018). Las funciones de cada uno de ellos vienen determinadas por la legislación sectorial, si bien sus relaciones contractuales estarán sometidas a la legislación civil o mercantil de que se trate, dentro de los límites contenidos en la normativa reguladora.

⁵⁸² En estos contratos, prácticamente la totalidad del contenido del programa obligatorio viene predeterminado por la normativa sectorial que impone algunas prestaciones y delimita el alcance de otras, *cf.* NEBREDÁ PÉREZ, J.M., «Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa», *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 63 (2008), p.8.

El contrato de suministro de energía eléctrica es el mejor exponente de las razones que llevan a concluir este tipo de contratos: el deseo de hallar la satisfacción rápida, segura y económica de necesidades constantes cuya atención mediante contratos de tracto único sería imposible⁵⁸³. Este contrato se define como aquel por el que una compañía asume la obligación de entregar potencia eléctrica a través de redes de transporte y de distribución a un consumidor, a cambio de una contraprestación económica, en las condiciones de regularidad y calidad exigible tanto por la ley como por el contrato⁵⁸⁴. A la vista de estas obligaciones de tracto sucesivo, el contrato de suministro se erige como la opción más adecuada para acogerlas⁵⁸⁵. La compañía eléctrica se obliga

⁵⁸³ Cfr. VÁZQUEZ PENA, M.J., *Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica*, op.cit., p.65. La satisfacción *rápida* se alcanza mediante una oferta continuada de corriente eléctrica a disposición del consumidor. Éste puede tomar la cantidad de energía que en cada momento necesite, siempre dentro de los límites estipulados en su contrato, sin acudir a ninguna otra eventualidad o trámite adicional, más que accionar un interruptor. La satisfacción *segura y estable* se alcanza en la regularidad del abastecimiento a que viene obligado, legal y contractualmente, la empresa suministradora. La satisfacción *económica* se alcanza mediante la suscripción de un único contrato, dado que sería antieconómico empujar al suministrado a una contratación continua cada vez que surge la necesidad. Finalmente, existe un interés en *simplificar* la relación contractual, encauzando todas las obligaciones duraderas a un único contrato que se prolonga en el tiempo.

⁵⁸⁴ La definición se encuentra recogida en el art. 43.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: «El suministro de energía eléctrica se define como la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles».

⁵⁸⁵ El contrato de suministro permite satisfacer de manera rápida, segura y económica las necesidades de electricidad del abonado, revelando que constituye el instrumento jurídico adecuado en el suministro de energía eléctrica, cfr. CABELLO LÓPEZ, M.L., «Las irregularidades en la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica», *Diario La Ley*, núm.7320 (2010). No obstante, esta calificación no siempre resultó tan evidente. Ya la sentencia del TS de 28 de abril de 1961 calificó el contrato de suministro de fluido eléctrico como un contrato de compraventa con fisonomía especial, fuertemente regulado por los poderes públicos al recaer sobre un bien especial, estando el precio y las condiciones del suministro sujetas a regulación administrativa, vid. SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, op.cit., p.108. Alguna voz también ha considerado el suministro de energía como una modalidad de compraventa, hablando de compraventa de suministro eléctrico, cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro

a mantener conectado al consumidor abonado a la corriente eléctrica y a tener a su disposición la potencia contratada, de manera que éste haga disposición de ella libremente, a cambio de lo que asume el pago de un precio en los periodos de liquidación, dentro de la vigencia del contrato, determinados⁵⁸⁶. Aun con todo, se aprecia el difícil encaje que tiene el contrato de suministro energético en el esquema del contrato de suministro. En estos contratos no existe una cosa que se entrega, lo que pone en entredicho la doctrina de la *traditio*. Tampoco existe un traspaso de la propiedad, ni una disposición sobre la energía, como sí ocurre de ordinario en las cosas que son adquiridas mediante un suministro; e, incluso, por extensión, en el contrato paradigmático de intercambio de bienes, en la compraventa. Asimismo, no concurre una obligación de saneamiento en los términos que se exponen en la disciplina de ésta⁵⁸⁷. Sin embargo, a pesar de lo anterior, cabe reafirmar la naturaleza de suministro del contrato, tanto por la existencia de una necesidad constante, cuya satisfacción se pretende; así como por la búsqueda de estar abastecido, lo que integra la causa del contrato. Toda vez que el contrato de arrendamiento de servicios es un contrato de medios o de actividad. El arrendatario paga un precio a cambio de unos servicios

eléctrico ante las entidades comercializadoras. El criterio de protección del contratante débil en la sentencia de 24 de octubre de 2016», *Diario la Ley*, núm. 8881 (2016).

⁵⁸⁶ Alguna voz encuentra que la principal prestación del contrato consiste en un «hacer». En este sentido, ese defiende la naturaleza de arrendamiento o *localización* de servicios, *vid.* SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á, «El contrato de suministro de energía eléctrica», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 10-11 (1996), pp.176 y ss. Para el autor, el contrato de suministro de energía eléctrica no es una compraventa (en su modalidad de suministro), ya que no coincide con los postulados de este negocio. En primer lugar, porque no estamos ante una cosa objeto del contrato, por lo que difícilmente se puede materializar una prestación de dar. En segundo lugar, la falta de entrega quiebra la *traditio*. Asimismo, no existe un traspaso de la propiedad sobre ninguna cosa, pues la corriente eléctrica no se extrae de la línea conductora, ni puede disponerse de ella libremente. Finalmente, tampoco concurren en las partes las obligaciones propias del vendedor y comprador. Estas razones llevan al autor a plantear la hipótesis del contrato de suministro de energía eléctrica como un arrendamiento de servicios.

⁵⁸⁷ Sobre las particularidades de la electricidad como objeto, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y NEBOT LOZANO, J.M., «La libre circulación de la energía eléctrica en la Unión Europea», *La Ley: Revista jurídica de doctrina, legislación y bibliografía*, núm.5 (1998), p.1162.

determinados, sin perjuicio de cuál sea el resultado, mientras que en el contrato de suministro de energía eléctrica, el abonado busca tener a su disposición una corriente continuada de electricidad de la que poder hacer uso según sus necesidades, para lo que le resultará indiferente qué actividades o servicios desempeñe la compañía suministradora. Cuestión distinta es la calificación que merece el contrato. Como pone de relieve la jurisprudencia, en gran parte de los casos se estará ante un negocio sometido al Derecho de consumo⁵⁸⁸, siendo defendida la mercantilidad del contrato por la doctrina en los restantes casos⁵⁸⁹, si bien se localiza algún fallo del TS en sentido contrario⁵⁹⁰.

La especial consideración del contrato de suministro energético, como también sucede con el contrato de agua y de gas, ha llevado al legislador a homogeneizar el contenido de este contrato, sin importar quién sea la parte suministrada. Cuestiones relativas a su celebración, información contractual, contenido y distribución de obligaciones, así como el régimen de resolución, entre otros aspectos, son disciplinados por la normativa sectorial. Las particularidades y vicisitudes que presentan estos contratos, no ya solo entre sí, sino cada uno de ellos en función de la parte con la que se suscriba, dificulta una exposición ordenada en esta sección. Así, el contrato de suministro energético discrimina en función de la potencia y tarifa contratada por el abonado, pudiendo ser de aplicación determinados precios, descuentos, bonificaciones y reducciones, pero también sanciones o penalizaciones para el supuesto de terminación temprana del contrato. Al tratarse de un sector fuertemente intervenido, la normativa regula las condiciones en las que debe prestarse el servicio, la calidad del suministro eléctrico, la atención al cliente, disponiendo los tiempos de respuesta a las consultas, reclamaciones, solicitudes y asesoramiento reclamados por los abonados, o la

⁵⁸⁸ STS núm. 436/2021, de 22 de junio (ROJ 2498/2021).

⁵⁸⁹ *Cfr.* VÁZQUEZ PENA, M.J., *Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica*, *op.cit.*, p.64. Según el autor, la mercantilidad del contrato deviene, de una parte, porque la prestación de suministro energético es exclusivamente asumida por una empresa que suministrará, o bien a otras empresas, o bien para consumidores y usuarios, a quienes les sería de aplicación analógica el artículo 325 CCo.

⁵⁹⁰ STS núm. 499/2006, de 12 de mayo (ROJ 2864/2006), que considera civil el contrato de suministro de agua dado que no existe una reventa de la misma.

posibilidad de realizar interrupciones programadas en el suministro. A diferencia de lo que ocurre en el contrato de suministro ordinario suscrito entre empresarios, donde la configuración del contenido contractual queda al arbitrio de las partes, los contratos de suministro sobre bienes esenciales deberán contener una referencia a sus elementos básicos y las vicisitudes tanto de su ejecución como de su suspensión, extinción, así como de su duración. Dado que son contratos de tracto sucesivo, la duración es un elemento determinante de este contrato, estableciéndose legalmente una duración anual, prorrogable automáticamente por plazos iguales. La resolución anticipada es solamente admisible para el abonado, que puede extinguirlo antes de su finalización original, o de cualquiera de sus prórrogas, sin tener que soportar coste alguno, salvo cuando el contrato se hubiese concertado en aplicación de una oferta sobre el precio⁵⁹¹. En cambio, la compañía suministradora está obligada a respetar los plazos de duración, sin perjuicio de la posibilidad de evitar la prórroga mediante un preaviso con, al menos, dos meses de antelación a la fecha de renovación del contrato.

Así las cosas, esta especial disciplina jurídica que reciben estos contratos de suministro especial por recaer sobre bienes esenciales no puede más que ser apuntada en estas líneas. Máxime cuando, en la práctica son, casi en su totalidad, contratos de adhesión, a los que se someten los abonados, sin importar su condición de consumidor o empresario, lo que obliga a tener en consideración, junto a las especialidades recogidas en la normativa sectorial, las particularidades que dimanen de la LCGC⁵⁹².

⁵⁹¹ GARCÍA EGIDO, J.F., «Derechos de los consumidores en la nueva ley del sector eléctrico 24/2013, de 26 de diciembre: análisis crítico de la nueva regulación», *RDU-NEED. Revista de Derecho UNED*, núm.18 (2016), pp.436-438.

⁵⁹² El adherente en estos contratos es la parte débil de la contratación, que se ve sometido a unas condiciones generales y a unas prácticas comerciales agresivas, *cfr.* VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro eléctrico ante las entidades comercializadoras. El criterio de protección del contratante débil en la sentencia de 24 de octubre de 2016*, *op.cit.* No obstante, la tutela, tanto de los consumidores como de los empresarios adherentes, viene dada, además de por la normativa de consumo aplicable, en su caso, por la LCGC. Aun así, esta normativa no permite un posterior control de contenido del clau-

D. EL CONTRATO DE SUMINISTRO ADMINISTRATIVO

El contrato administrativo de suministro aglutina varios negocios, ajenos al acto de suministrar, que lo alejan de su homónimo en el tráfico privado y que impiden acudir a él como norma supletoria u orientadora⁵⁹³. El suministro administrativo permite la adquisición de un solo bien, el arrendamiento financiero o el arrendamiento con o sin opción de compra. Una disparidad de negocios agrupados bajo el mismo tipo contractual que en Derecho mercantil conforman contratos diferentes⁵⁹⁴.

sulado expulsando las cláusulas que se reputen abusivas. Una de las críticas que recibe el sistema de control de contenido de las condiciones generales de la contratación es que se dejan fuera los clausulados generales que, conteniendo cláusulas abusivas a la luz del Derecho de consumo, no pueden ser expulsadas del contrato por tener ambas partes la condición de empresario, *cf.* PAGADOR LÓPEZ, J. «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p.117.

⁵⁹³ De los diferentes negocios que se recogen en la norma administrativa, solo el primero de ellos, relativo a la obligación de entrega de bienes muebles de manera sucesiva y a cambio de un precio unitario, donde su importe no puede determinarse con exactitud al momento de la celebración, coincide con el suministro tal y como se concibe en derecho privado. Sin embargo, también la obligación de fabricación de cosas con arreglo a las características indicadas por la Administración podría acercarse a nuestro contrato, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2293. Para una exposición más detallada sobre el alcance de las distintas prestaciones, *vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, M., «El contrato de suministro tras las recientes reformas de la legislación de contratos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198 (2001), pp.21-32.

⁵⁹⁴ La primera Ley de Contratos del Estado, aprobada por el Decreto 923/1965, conducía al suministro la entrega sucesiva de bienes muebles; pero también su fabricación para entregarlos posteriormente a la Administración, presentando elementos más propios del contrato de obra que del suministro. El aumento de las actividades asumidas por la Administración y, consecuentemente, de sus necesidades, llevará al legislador a ampliar el contenido de este contrato incorporando prestaciones que poco guardan en común entre sí ni con el genuino contrato de suministro. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, entendía por suministro el contrato «que tenga por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de

El suministro administrativo es uno de los negocios típicos y más comunes en la contratación de la Administración. Junto con los contratos de obras y servicios y las concesiones, conforma el núcleo de la contratación pública. A través de él cualquier ente de carácter público se provee de los bienes que necesita para el desempeño de sus actividades y la satisfacción de sus fines, obteniéndolos del mercado a través de las prestaciones periódicas de un operador⁵⁹⁵. Aunque en su génesis fue un negocio que reflejó idénticas obligaciones que el suministro privado, la expansión de la Administración pública hacia otros sectores, la aparición de nuevas necesidades y la asunción de actividades diversificadas condujeron a ampliar los márgenes del contrato⁵⁹⁶.

productos o bienes muebles», contemplando su art. 173 las entregas plurales y sucesivas de bienes, la adquisición, arrendamiento y mantenimiento de equipos y sistemas de tratamiento de información y la fabricación de cosas que debiesen ser entregadas al ente público. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, mantuvo esta definición y alcance del contrato, como también haría la Ley 30/2007, de 30 de octubre, cuyo art. 9 disponía: «Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles». En el mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Con lo que, mientras en sus orígenes el contrato de suministro administrativo refería a la adquisición de cosas muebles mediante entregas repetidas, esta visión quedó superada ampliándose y constituyendo una modalidad contractual amplia y dispar en sus prestaciones, Cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «El contrato de suministro en la Ley 9/2017», *Gabilex: revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra. 2 (2019), p.751.

⁵⁹⁵ Esta definición de contrato público de suministro la ofrece MELÓN PARDO, C., «El contrato de suministro», en GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Coords.), *Tratado de contratos del sector público*, vol.III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.2665. De ella se observa la especial importancia que reviste este negocio para las Administraciones públicas. Mediante él canalizan la obtención de los bienes materiales que necesitan para la consecución de sus fines y que, a la vista de la variedad de funciones y competencias que asumen las entidades públicas, tendrán por objeto los bienes más variados. Prueba de su importancia es la regulación pormenorizada que recibe tanto de legislación interna como comunitaria.

⁵⁹⁶ A pesar de que su manifestación típica es la adquisición de bienes con carácter continuado, como pudiera ser el suministro de material médico para un hospital, al contrato administrativo de suministro se reconducen otros negocios que poco tienen que ver con aquélla, cfr. BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del sector público*, *op.cit.*, p.762. Es una expansión que no se limita a España, que en este orden sigue la

Este contrato público se configura como un contrato complejo⁵⁹⁷. Conforme a su normativa reguladora, al suministro administrativo se debe reconducir la entrega de una pluralidad de bienes de manera sucesiva y por un precio unitario⁵⁹⁸, la adquisición y arrendamiento de bienes informáticos, la fabricación de bienes elaborados conforme a las indicaciones de la Administración y la adquisición de energía eléctrica. Son obligaciones típicas de la compraventa ordinaria, de la venta a plazos, de los arrendamientos de obra y de servicios y del *leasing*⁵⁹⁹. Esta va-

estela marcada por la normativa comunitaria. En este orden, el artículo 2 de la Directiva 88/295/CEE define los suministros como los contratos «celebrados por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos entre un proveedor» y una Administración pública.

⁵⁹⁷ MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Consideraciones sobre el contrato de suministro: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001*, op.cit., p.185. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, op.cit., p.719, apuntan que la norma llama contrato de suministro a una «figura compleja, no identificable en modo alguno con lo que en Derecho Civil se conoce con el mismo nombre, sino capaz de adoptar modalidades contractuales muy diferentes (compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso de obra, etc.), dentro de una común finalidad típicamente instrumental y referida siempre, en todo caso, a bienes muebles, que es el dato último de caracterización».

⁵⁹⁸ La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, recoge en su artículo 16 el contrato de suministro, describiendo en su letra a el negocio por el que un empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de manera sucesiva, a cambio de un precio unitario, sin que la cuantía total pueda fijarse con exactitud al tiempo de suscribir el contrato por estar subordinado a las necesidades fluctuantes de la Administración. Vid. PÉREZ DE EULATE GONZÁLEZ, B., «El contrato de suministros y el arrendamiento financiero», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 7 (1996), p.38. Fuera de este suministro, los demás negocios que enumera el precepto no guardan ninguna relación con el suministro privado, *cf.* CANALES GIL, Á., «Artículo 9. El contrato de suministro», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Madrid, 2009, pp.81-82.

⁵⁹⁹ De las cuatro delimitaciones positivas que hace la LCSP, solamente una de ellas coincide con el contrato privado de suministro: «Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por

riedad nos impide acudir al Derecho administrativo para salvar las lagunas que pudiera presentar el contrato privado, sin perjuicio de las diferencias que ya de por sí presenta el Derecho de obligaciones civil y el orden administrativo. A más inri, el carácter duradero del suministro no está presente en algunos de estos negocios, contrastando con la cualidad más típica del suministro privado⁶⁰⁰. Finalmente, cabe advertir que el suministro público solo está llamado a satisfacer las necesidades que presenta el ente sujeto a Derecho administrativo⁶⁰¹. El órgano administrativo contratante será quien determine las condiciones del contrato, ajustadas a su normativa reguladora, un carácter reglado que contrasta con la atipicidad de nuestro suministro⁶⁰².

estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente». Mientras en sus orígenes el contrato de suministro en Derecho administrativo refería a la adquisición de cosas muebles mediante entregas repetidas periódicamente, esta visión *básica* del contrato quedó superada, ampliándose y constituyendo una modalidad contractual amplia y dispar en sus prestaciones, *Cfr.* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «*El contrato de suministro en la Ley 9/2017, op.cit.*, p.751.

⁶⁰⁰ La definición que se hace del contrato administrativo de suministro se basa en la adquisición de bienes muebles por parte de la entidad contratante a través de cualquiera de las modalidades y con independencia de la continuidad o reiteración de la prestación, separando el tipo administrativo del privado, *cfr.* MELÓN PARDO, C., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.2667. Por su parte, SOSA WAGNER, F., *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003, pp.33 y ss., admite que hay varias especies o clases de contratos de suministro, y solo en la primera expresión del contrato, la relativa a la entrega plural y sucesiva de bienes muebles, se localiza un elemento duradero. En los restantes no es necesario y, sin embargo, el legislador lo reputa igualmente como suministro.

⁶⁰¹ El contrato será siempre suscrito con un ente sujeto a Derecho público, que ostentará la condición de suministrado, *cfr.* MESTRE DELGADO, J.F., «El contrato público de suministro: su delimitación en derecho comunitario europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm.59 (1989), p.37. El ámbito subjetivo de la ley de contratos del sector público, como el resto de leyes administrativas, está constituido por las entidades sujetas a derecho público, *cfr.* GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2018, pp.805 y ss.

⁶⁰² De conformidad con el art. 25 LCSP, los contratos administrativos se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción a la propia ley de contratos del sector público y, supletoriamente, a las restantes normas del Derecho Administrativo. Solo en defecto de previsión expresa en esta disciplina del Derecho se aplicarían las normas de Derecho privado, *cfr.* PALOMAR OLMEDA, A., y

GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p.832.

I. ELEMENTOS SUBJETIVOS

El concepto de parte en el contrato de suministro no difiere del que puede tener en cualquier otro contrato. Son partes contractuales quienes intervienen asumiendo alguna de las obligaciones propias del negocio. Al tratarse de un contrato bilateral serán, necesariamente, dos posiciones contractuales contrapuestas: la del suministrador o proveedor, que asume la obligación duradera de suministrar, y la del suministrado, cuyo interés en tener cubiertas las necesidades duraderas le empuja a este contrato⁶⁰³. Por su parte, también rigen las reglas comunes aplicables en Derecho de contratos respecto a los requisitos de capacidad y de legitimación que deben reunir los intervinientes en el negocio⁶⁰⁴.

⁶⁰³ El contrato de suministro no presenta ninguna novedad respecto a las partes contratantes. Son dos posiciones, ocupadas por una o varias personas, que asumen las obligaciones principales del contrato: de una parte, mantener suministrado a la otra, y de esta otra parte pagar un precio a cambio de obtener la cosa. *Vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.29.

⁶⁰⁴ La capacidad para contratar, como la capacidad para prestar consentimiento, se regula en el art. 1263 CC, que recoge de forma negativa quiénes son los que no pueden contratar ni obligarse. De esta regla negativa se desprende una regla de carácter general: tienen capacidad para contratar todos aquellos a quienes la ley no declare expresamente incapaces. Básicamente, son dos los sujetos que no pueden prestar consentimiento y, por consiguiente, contratar: los menores no emancipados y los incapacitados, cuyos contratos serán anulables. *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, I*, *op.cit.*, pp.169 y ss. También MARÍN LÓPEZ, M.J., «Requisitos esenciales y accidentales del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, t.1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.602. Prima para el suministro el principio recogido en el art. 1457. Según el cual cualquier persona es capaz para contratar y obligarse salvo cuando haya sido declarada incapaz por la Ley, *vid.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, *op.cit.*, p.337.

Cuestión distinta son las prohibiciones o *incapacidades especiales* previstas en las leyes, en particular las contempladas para la compraventa. Aunque podría asumirse, apriorísticamente, que son de aplicación al suministro, por cuanto su disciplina se hace extensiva a nuestro contrato, el hecho de que estén previstas en sede de un contrato de tracto instantáneo, con difícil encuadre en un contrato duradero como el suministro⁶⁰⁵, sumado a que no deben ser aplicadas ni analógicamente ni objeto de una interpretación extensiva⁶⁰⁶, determina que no sean extrapolables al contrato de suministro⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ En este sentido, las prohibiciones impuestas a las personas a las que el art. 1459 CC prohíbe *adquirir por compra por sí o por persona intermedia* tienen fácil acomodo en un contrato de ejecución *uno acto*, ya sea la compraventa o, haciéndolas extensibles a otros negocios, la dación en pago, la transacción o la cesión de bienes, *cfr.* INFANTE RUIZ, F.J., «Artículo 1469. Imposibilidad de adquirir por compra», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, pp.71-72. Dentro de una obligación duradera y recurrente como es la de suministro parecen tener difícil encaje si tenemos en cuenta que las personas a las que trata de proteger el precepto no pueden desempeñar una actividad de suministro. Así, la prohibición impuesta al tutor tiene como fin evitar la contradicción de intereses bajo la que actuaría dicho tutor en la venta de los bienes de su pupilo. En este escenario, los bienes de éste podrían conformar el objeto de uno o varios contratos de compraventa, pero no de un contrato de suministro llamado a satisfacer necesidades del suministrado mediante la reiteración de la prestación de entrega del mismo objeto. Las mismas consideraciones podemos hacer respecto de los albaceas, empleados públicos y personal de la Administración de justicia. También de los mandatarios.

⁶⁰⁶ INFANTE RUIZ, F.J., «Artículo 1469. Imposibilidad de adquirir por compra», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, p.70, citando, entre otras, la STS núm. 134/1958, de 22 de febrero (ROJ 1464/1958), que consideraba «Que las prohibiciones en este orden establecidas en la Ley, y por aplicación del principio de derecho "odiosa sunt restringenda", la contenida en el número segundo del artículo 1.459 del Código Civil sólo pueden ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva». Esta postura se sigue en las SSTs núm. 594/1966, de 14 de octubre (ROJ 899/1966), núm.813/1989, de 8 de noviembre (ROJ 6160/1989) y núm. 691/1996, de 3 de septiembre (ROJ 4750/1996).

⁶⁰⁷ Las prohibiciones legales para contratar se prevén en relación a determinadas personas a quienes la ley les prohíbe la celebración de determinados contratos. Interesa aquí hacer mención a las prohibiciones relacionadas en el art. 1459 CC, toda vez que la limitación entre cónyuges del art. 1458 CC quedó vacía de contenido tras la modificación operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código

Los contratantes pueden ser personas físicas o jurídicas, así como entes sin personalidad jurídica. Por lo general, quien asume la obligación de suministro tiene la consideración de empresario, adquiriendo esta condición de proveedor o suministrador⁶⁰⁸. Su capacidad organizativa y su solvencia para atender los pedidos cursados con regularidad, la producción de los bienes en las condiciones determinadas y la entrega en los tiempos marcados son elementos valorados por el suministrado. Aquí se descubre el carácter personalísimo del contrato de suministro, en claro contraste con otros contratos de cambio de tracto instantáneo. La elección del proveedor no es una decisión feliz y despreocupada. Dado

civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. Según aquel primero, se prevén ciertas limitaciones o incompatibilidades por razón de la persona que le impiden comprar, aunque no vender, pues su finalidad es proteger al vendedor. Unas veces por razón de sus facultades (1º, los que desempeñen cargos tutelares; 2º, el mandatario encargado de la administración o enajenación de los bienes; 3º, los albaceas), y otras por su cargo u oficio (4º, empleados públicos y 5º, personas encargadas o relacionadas con la administración de justicia), la ley prohíbe que puedan ocupar la parte compradora, por sí o por intermediario, en una compraventa. Se trata de una incapacidad jurídica que, sin embargo, encontramos difícilmente extrapolable al suministro. De una parte, porque estas limitaciones encajan correctamente en las prestaciones instantáneas que se agotan con su ejecución, como es la compraventa; e incluso en algunos contratos de tracto sucesivo, como podría ser el contrato de renta vitalicia (STSJ Catalunya núm. 34/2006, de 18 de septiembre (ROJ 3782/2006)). Pero su encuadre no se ajusta en un contrato de carácter duradero como es el suministro en el que, por su configuración, las prestaciones deben repetirse periódica o sucesivamente. Por otra parte, y quizá más importante que la anterior, porque precisamente por ser prohibiciones de contratar que excepcionan la regla general para supuestos concretos solo pueden aplicarse de forma restrictiva, STS núm. 192/2006, de 28 de febrero (ROJ 1005/2006), sin que sea posible su aplicación a otras situaciones, ni el recurso de la analogía salvo que haya una previsión legal que expresamente las haga aplicables al suministro, como sucede con la permuta, cuya remisión a las normas de la compraventa hacen extensibles estas prohibiciones, *vid.* ÁLVAREZ MORENO, M.T. y ORÓN MORATAL, G., «El contrato de permuta», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, II, op.cit.*, p.288.

⁶⁰⁸ Este puede ser el propio fabricante de los productos o un distribuidor de los mismos, *vid.* ECHEBARRÍA, SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.264, que pone como ejemplo la concesión, la distribución en exclusiva o la franquicia como contratos en los que habitualmente se incluye la obligación típica del suministro, de tal suerte que el principal se convierte en proveedor de sus distribuidores.

el carácter duradero de la relación y la función económica a la que responde, la confianza que deposita el suministrado en el proveedor escogido para la satisfacción de su necesidad exige que se examinen sus condiciones personales –o instrumentales– y la aptitud para atender las obligaciones que dimanen del contrato.

Del mismo modo, aunque con menor intensidad, el proveedor valorará la solvencia económica del suministrado, así como su capacidad para absorber la producción. La parte suministrada podrá ser una persona física o jurídica. La prestación que asume esta parte contractual consiste en el pago de un precio, lo cual no nos descubre ninguna particularidad y que puede ser ocupada por un empresario o profesional, un consumidor o, incluso, la Administración pública.

A. EL PROVEEDOR

Para que exista contrato de suministro tiene que haber, necesariamente, alguien que suministre. El proveedor es la parte que asume la obligación de entrega, de forma periódica o sucesiva durante el periodo de vigencia pactado en el contrato, a cambio del precio pactado. Así las cosas, podría definirse al proveedor como cualquier persona física o jurídica que contractualmente se compromete a mantener abastecida a su contraparte mediante entregas constantes en los términos y durante el plazo pactados⁶⁰⁹.

Puesto que el criterio fundamental para que pueda hablarse de suministro es la reiteración de las prestaciones que satisfagan las necesidades del suministrado, el proveedor requiere de una capacidad organizativa suficiente para poder atenderlas en las épocas y cantidades determinadas en el contrato. Esto revela que tendrá, necesariamente, la condición de empresario. La existencia de una empresa constituye un presupuesto indispensable en la proveedora fin de estar en condiciones de hacer

⁶⁰⁹ En el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley 26994, de Argentina, que regula en sus artículos 1176 a 1186 el contrato de suministro, la persona que asume esta obligación recibe el nombre de «suministrante».

frente a los compromisos asumidos⁶¹⁰. Es decir, teniendo en consideración que la obligación no se reduce a un solo acto de entrega, sino que se reitera en el tiempo en una serie de prestaciones periódicas o continuadas, el proveedor debe disponer de la capacidad suficiente para poder atender cada una de las prestaciones en el momento preciso, razón por la que podemos asumir que esta posición contractual será ocupada por una empresa en la práctica totalidad de los casos.

La presencia de una empresa en la posición del proveedor descubre el ánimo especulativo del contrato de suministro. Al menos, para una de las partes. Al momento de suscribir el contrato, el proveedor no estará en posesión de la mercancía a suministrar, de modo que se compromete a obtenerla mediante su adquisición, producción o fabricación. En esta actividad reside un riesgo de ganancia o de pérdida, por lo demás inherente no sólo a la actividad empresarial, sino incluso a toda prestación futura⁶¹¹. Esta vertiente especulativa se acusaba ya en los orígenes del contrato *–vorkoft–*, derivando en las denominadas «empresas de abastos», cuya razón social era suministrar a un precio cierto según las necesidades del suministrado previa producción, fabricación o adquisición de las cosas⁶¹².

⁶¹⁰ Dice CORRADO, R., *La somministrazione, op.cit.*, pp.72-73, que el suministro puede ser asumido tanto por persona física como por persona jurídica. Y, sin embargo, la importancia económica y política que en la sociedad tienen ciertos suministros ha derivado en la conformación de empresas de suministro con el objeto de poder asumir estas obligaciones. Así las cosas, se observa la necesaria presencia de una empresa en el suministro, como organización de medios, capaz de atender las prestaciones que se reúnen en el contrato. Lo que pone de relieve otra realidad: la frecuencia con la que se conciertan estos contratos mediante formularios de adhesión.

⁶¹¹ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.419 encuentra en esta actividad especulativa el elemento que le permite hablar de mercantilidad contractual: la asunción de estos riesgos, así como el compromiso de adquirir o fabricar la mercancía, pone de relieve una actividad empresarial. Solo en el marco de una actividad económica se explica la organización necesaria para atender un suministro. La empresa viene capacitada para atender esta disponibilidad de los bienes a fin de cumplir las prestaciones puntualmente, dando así satisfacción a las necesidades de seguridad en cuanto al momento, la cuantía y el precio de las prestaciones.

⁶¹² Entre nosotros, uno de los primeros en presentar el suministro fue BARCARDÍ DE JANER, A., *Tratado de Derecho mercantil de España, op.cit.*, p.466, que ya en 1840 presentaba el negocio como un contrato aleatorio en el que la empresa de abastos se

En nuestros días, el suministro ha pasado a conformar parte de los contratos de empresa, incardinándose en el desarrollo de una actividad económica⁶¹³. El empresario, consciente de la existencia en el mercado de necesidades de carácter duradero que buscan ser satisfechas, encuentra en el suministro un instrumento jurídico adecuado que le permita atender las reiteradas prestaciones demandadas por la otra parte. Este negocio facilita el ejercicio de una actividad económica planificada y organizada, razón por la que se observa que los contratos de suministro son suscritos por quienes revisten la condición de empresario⁶¹⁴.

Ahora bien, lo anterior no excluye que el suministro no pueda tener como parte suministradora a una persona que no reúna la condición de empresario o profesional. Cabe dejar apuntado que no sería contrario a la naturaleza jurídica del suministro que la obligación principal sea asumida por una persona o entidad que no actúe en el ejercicio de una actividad económica. Si bien supuestos de este tipo serán anecdóticos, tanto por la consideración de actividad económica que puede tener a efectos fiscales la dedicación periódica al abastecimiento de un tercero, como por la necesidad de disponer de una organización productiva u organizativa para la obtención de los productos objeto de suministro.

comprometía a aprovisionar un establecimiento determinado bien sea privado o público. Ya entrados en el siglo XX, ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA Y SAN MARTÍN, A., y MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, *op.cit.*, p.49, seguían hablando del *asentista o empresario* para referir a la parte que asume la obligación de suministro. Fuera de nuestras fronteras fue MOSSA, L., *Il contratto di somministrazione*, *op.cit.*, pp.80 y ss., quien defendía que en este contrato la posición proveedor era asumida por una *impresa di somministrazione*.

⁶¹³ Vid. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.568. Por su parte, AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2003, define el contrato como aquél por el cual una empresa, en la posición proveedor o suministradora, se obliga mediante un precio unitario a entregar cosas al suministrado en las épocas y cantidades fijadas en el contrato.

⁶¹⁴ El suministro permite al empresario planificar su productividad en atención a la demanda recurrente por el suministrado, garantizándose igualmente la salida de sus productos y la fidelización del cliente. Su vinculación a una actividad económica, calificándose como contrato de empresa, ha sido afirmada por la mejor doctrina. Por todos, URÍA, R., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.738.

B. EL SUMINISTRADO

Dado que el suministro surge como instrumento para dar respuesta a una necesidad constante, el suministrado será la persona, física o jurídica, profesional o consumidor, que manifieste dicha necesidad. Es el beneficiario de la obligación duradera de dar, con lo que recibe de forma periódica o continuada el objeto del contrato. En su condición de destinatario de los productos, nace en él la obligación de recibirlos y abonar el pago del precio en las condiciones y plazos acordados en el contrato.

En esta posición contractual encontramos a una persona física o jurídica que es abastecida o suministrada. Se caracteriza por presentar una necesidad duradera y tener un interés especial en darle satisfacción⁶¹⁵. Al respecto, cabe apuntar que el contrato de suministro que es objeto de estudio refiere al que se suscribe entre dos empresarios. Aun con ello, no hay obstáculo en que la posición del suministrado sea ocupada por una persona particular que actúa en su esfera privada⁶¹⁶. De hecho,

⁶¹⁵ Una necesidad que pueda manifestarse en el ámbito familiar o personal, en cuyo caso hablaríamos de parte consumidora o usuaria en un contrato de suministro; también en el ámbito empresarial o en el desarrollo de una actividad económica con carácter general. Pero incluso en ese momento previo al desarrollo de la empresa en el que quien suscribe no reúne, todavía, la condición de empresario, pero la finalidad que persigue con la suscripción del contrato excede la propia de un consumidor. Este escenario que esboza el profesor MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia, op.cit.*, pp.93-94, es igualmente predicable en el contrato de suministro. En palabras de la sentencia del TJUE, asunto, C-269/97, de 3 de julio, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor como parte considerada económicamente más débil hay que atender a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de la persona. En consecuencia, quien suscribe un contrato de suministro previo al inicio de una actividad económica debe reputarse igualmente empresario.

⁶¹⁶ No puede afirmarse del suministro que la parte suministrada no pueda tener la consideración de consumidor, al menos no con la misma rotundidad que en otros contratos de colaboración. Así, por ejemplo, el contrato estimatorio, al que anteriormente hemos hecho mención por ser semejante al suministro por su atipicidad y vinculación con la compraventa, es un contrato que siempre será celebrado entre dos partes comerciantes. Así, MORALEJO MENÉNDEZ, I., «El contrato estimatorio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A., *Contratos mercantiles*,

los contratos de suministro domésticos son los más habituales en el tráfico, recayendo sobre bienes de primera necesidad; razón de la fuerte regulación administrativa a los que están sometidos⁶¹⁷. Fuera de estos casos, y a los efectos que aquí interesan, el suministrado suele revestir la condición de empresa, que encuentra en el contrato de suministro un instrumento útil para obtener la satisfacción de una necesidad constante y garantizarse el flujo continuado de bienes⁶¹⁸, lo que pone de manifiesto la posible situación de desequilibrio contractual que puede subyacer entre las partes⁶¹⁹.

II. EL OBJETO DE SUMINISTRO

Elemento esencial de todo contrato es su objeto⁶²⁰. El objeto de un contrato puede ser definido como aquella realidad social sobre la que se

op.cit., p.418, afirma: «Tenemos entonces cómo mediante esta modalidad contractual, propia de las relaciones entre productores o mayoristas y empresarios minoristas, se facilita la financiación en el abastecimiento de los estos últimos...». Vid. GONZÁLEZ CASTILLA, F., *El contrato estimatorio*, *op.cit.*, pp.290-291.

⁶¹⁷ De ellos, destaca el contrato de suministro de energía eléctrica. Un estudio de estos contratos lo encontramos en VÁZQUEZ PENA, M.J., *Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica*, *op.cit.*, pp.59-126.

⁶¹⁸ No sucede así solamente en el suministro. En nuestro Derecho conviven algunos contratos en los que, aunque pueden ser suscritos por cualquier persona, tenga o no la condición de empresario, es más frecuente su uso cuando se desarrolla una actividad económica. Véase, por ejemplo, el contrato de depósito en *almacenes generales*. Ésta es una modalidad del contrato de depósito, apenas regulada en el art. 193 del Código de comercio, completado por el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, estableciendo el crédito mobiliario agrícola sobre la prenda sin desplazamiento y creando el warrant, que por sus especiales caracteres se usa más por empresarios que precisan de la custodia profesional de sus bienes que por los particulares, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y CORTÉS, L.J., «El contrato de depósito», en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.320.

⁶¹⁹ Esta situación de desequilibrio puede darse también entre empresarios en el seno de un contrato de colaboración, como apunta QUINTÁNS EIRAS, R., *Desafíos del regulador en materia de contratos de colaboración mercantil*, *op.cit.*, pp.117-118.

⁶²⁰ El objeto, junto con el consentimiento y la causa, es uno de los elementos esenciales del contrato, MARÍN LÓPEZ, M.J., *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato*, *op.cit.*, p.659. La doctrina ha centrado el debate en torno a qué debe entenderse por objeto del contrato. Si admitimos que tiene la capacidad de

contrata⁶²¹. Dentro del mismo caben las más variadas realidades: las cosas y objetos corporales, las energías naturales, los derechos subjetivos, las obras intelectuales e inventos, el comportamiento, los servicios, las actividades y las omisiones de las personas, los títulos-valores o el dinero⁶²². Todas pueden constituir el objeto de un contrato, salvo las que estén fuera del comercio de los hombres o sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres.

generar obligaciones y son éstas las que verdaderamente tienen un objeto, ya sea una cosa material, un hecho, o una abstención, el objeto del contrato sería entonces la obligación o la prestación que él genera, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer. Sin embargo, como éste dar, hacer o no hacer recae sobre una cosa o un servicio se habla de *objeto* del contrato, *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral. t.III, op.cit.*, pp.662 y 663. Para una exposición más detallada en torno a estas teorías *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, I, op.cit.*, pp.197 y ss. También LLAMAS POMBO, E., *La compraventa, op.cit.*, p.245. Fuera de discusiones teóricas, objeto de un contrato pueden considerarse las realidades con entidad material, física o jurídica, existentes o creadas por las partes en virtud del acuerdo, y sobre las que recae su consentimiento, *vid.* PABLO CONTRERAS, P., «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Teoría general de la obligación y el contrato, vol. I*, Edisofer, Madrid, 2016, p.352.

⁶²¹ Las SSTs núm. 446/2006, de 16 de mayo (ROJ 3364/2006) y núm. 864/1997, de 10 de octubre (ROJ 5994/1997), que a su vez citan la del 5 de junio de 1978 (ROJ 4248/1978), definen el objeto del contrato «como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional objetivo inmediato, o sea a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de la naturaleza exterior era procedente del ingenio humano, o en un acto de una persona, integrador de prestación».

⁶²² GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Presentación al objeto del contrato», en CARRASCO PERERA, Á., *Tratado de Derecho de la compraventa, op.cit.*, p.655, resalta cómo la regulación relativa al objeto del contrato contenida en el CC se pensó primordialmente para elementos tangibles o materiales (cosas), aunque sin cerrarse a la realidad del tráfico, la cual ponía de manifiesto la existencia de otros *objetos* que no siempre tienen cabida en la definición que de él se da. Interesante al respecto resulta la posición de LASARTE, C., *Principios de Derecho civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p.32, para quien el término *cosa* no puede entenderse en sentido puramente material ya que los derechos y también los inmuebles, en cuanto son susceptibles de apropiación, también son cosas. Asimismo, nada obsta que bajo el concepto *servicios* no puedan comprenderse las actitudes pasivas o abstencionistas, por lo que bajo el término quedarían comprendidas las prestaciones de hacer y de no hacer.

Ahora bien, no cualquier cosa puede ser objeto de cualquier contrato. Así, el depósito recae sobre bienes muebles, el simple préstamo sobre dinero o cosas fungibles y el arrendamiento de servicios sobre un comportamiento humano⁶²³. En el suministro, el objeto del contrato podrá recaer sobre bienes y productos corporales, presentes y futuros, e incluso específicos o con cierto grado de individualidad. En todo caso, la evolución del tráfico pone de relieve la necesidad de dilucidar si es posible obtener el suministro de servicios o elementos intangibles, cuestión sobre la que vale la pena hacer algunas consideraciones.

Finamente, en aplicación del Derecho de contratos, el objeto sobre el que recae el suministro ha de ser cierto. Asimismo, ha de reunir los requisitos de licitud, posibilidad y determinación o, en su caso, cuando esto último no fuera posible, que sea determinable por las partes sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo de voluntades⁶²⁴. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, dada la problemática que suele presentarse en torno a esta cuestión.

A. EL OBJETO COSA MUEBLE

Como regla, el suministro tiene por objeto bienes muebles corporales o incorporales, fungibles o no fungibles⁶²⁵. Materias primas para la fa-

⁶²³ Existen en nuestro derecho positivo tipos contractuales que no encajan en el binomio de cosas y servicios. Véase la cesión de un crédito, o el precontrato. Tampoco en el caso de los *contratos normativos* tenemos un objeto que pueda ser conceptuado como «cosa» o «servicio». Cfr. Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, I*, op.cit., p.231 habla del contrato de cesión de créditos. Resulta que el crédito, objeto del contrato, ya no encaja en la idea de cosa ni en la de servicio; en el precontrato o contrato preliminar, tampoco hay un objeto que encaje en la idea de cosa o servicio. Tampoco en los llamados contratos normativos.

⁶²⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVIRTZ-RODRÍGUEZ CANO, R., *Tratado de contratos*, op.cit., p.660.

⁶²⁵ ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, op.cit., p.229; ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, op.cit., p. 267; SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, op.cit., p.106 refiere al objeto del contrato compuesto por bienes muebles corporales o incorporales.

bricación de los fabricantes, mercancías para el comercio de los comerciantes o bienes de consumo para los consumidores⁶²⁶. Debido a que el suministro no se enfrenta al encorsetamiento de una disciplina legal que delimite lo que puede ser su objeto contractual, puede ser admitido cualquier bien mueble sin limitación alguna, más allá de los límites impuestos por el Derecho de contratos y el Derecho, en general⁶²⁷.

Ahora bien, no cualquier bien encaja en la naturaleza y el esquema obligacional del suministro, que solo admite como objeto cosas genéricas que permitan una entrega reiterada. Esto excluye los inmuebles, las obras artísticas e intelectuales y, en general, todas aquellas cuya entrega requiera el cumplimiento de ciertos formalismos o no puedan ser sustitutivas las unas de las otras⁶²⁸. Esto es, el único límite que se impone en cuanto al objeto del contrato de suministro es que recaiga sobre cosas genéricas, de modo que se logre obtener una entrega repetida y regular de los pedidos. Necesariamente, el carácter genérico excluye los bienes excesivamente individualizados o personalizados⁶²⁹. El contrato de suministro debe tener por objeto cosas que permitan su entrega

⁶²⁶ Cosas muebles genéricas, incluidas las materias primas, pero también el gas, la energía eléctrica o el agua, *vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.739. Será indiferente que las cosas no existan al momento de celebrar el contrato por ser futuras, *cfr.* VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.708.

⁶²⁷ Por todos, LLAMAS POMBO, E., *La compraventa, op.cit.*, pp.245 y ss., donde examina qué puede ser objeto del contrato de compraventa, señalando las distintas clases de *compraventas* que tienen cabida en nuestro derecho según qué sea objeto de la obligación: cosas muebles, cosas inmuebles, cosas fungibles, cosas incorporales, créditos litigiosos, semovientes, la herencia, los bienes gananciales, etc.

⁶²⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales, op.cit.*, p.145 limita el objeto del contrato a las cosas corporales, con lo que se excluyen los bienes inmateriales o no corporales, como las creaciones del intelecto, que sin perjuicio de quedar plasmadas en un bien corporal (un plano, un libro, un cuadro) su naturaleza impide que puedan constituir objeto de prestaciones reiteradas.

⁶²⁹ Como en la compraventa, cualquier cosa puede constituir objeto del suministro siempre que atienda a dos requisitos: que sea una cosa mueble y que sea genérica, *vid.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.194. Se excluyen aquellos bienes individuales, por cuanto no podrían ser objeto de prestaciones repetidas, *cfr.* CANO RICO, J.R. y SERRA MALLOL, A., *Manual práctico de contratación mercantil, op.cit.*, p.307; MOXICA ROMÁN, J., *La compraventa mercantil y*

reiterada en el tiempo. Estas cosas deben ser fácilmente sustituibles entre sí, de modo que no pueden constituir objeto de un suministro bienes o productos de existencia limitada⁶³⁰, debido a que no pueden ser objeto de prestaciones repetidas⁶³¹. Así las cosas, con cada entrega debe entregarse un bien que caiga dentro del mismo género, por cuanto, en caso contrario, de entregarse una cosa diferente con cada prestación, nos hallaríamos ante un contrato de suministro sino ante una sucesión de compraventas aisladas.

No obstante lo anterior, cabe apuntar que el suministro sí admite como objeto las cosas específicas. La especificación de los bienes adquiere importancia práctica en el tráfico económico contemporáneo. De hecho, es frecuente que en el contrato de suministro se especifiquen las condiciones o cualidades que deberá reunir el bien de que se trate, aun cuando forme parte de un género en concreto. Así sucede, por ejemplo, cuando se especifica la cantidad de ceniza que debe tener el carbón⁶³². La especificación por las partes de las condiciones o cualidades que deberá reunir el objeto del contrato no es una cuestión baladí, pues más allá de las previsiones contenidas en el art. 1167 CC, referente a la en-

contratos afines, op.cit., p.499. También en este sentido ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p. 268.

⁶³⁰ No encaja en el esquema del suministro que la cosa objeto de las prestaciones tenga un carácter restringido o limitado en el mercado, como son las obras de arte o de colección. La especificidad de este objeto impide que sobre él puedan constituirse prestaciones de entrega reiteradas. El imaginario nos permite hipotetizar, planteando supuestos como aquel artista que asume un compromiso de entrega reiterada de obras de arte, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2296. Pero estos supuestos no encajan bien en el suministro. Es difícil determinar en qué medida estos bienes específicos vienen a satisfacer una necesidad en el acreedor, o cómo debe obtenerse el precio, o la periodicidad de las entregas. Estos supuestos son más cercanos a las compraventas aisladas que al suministro.

⁶³¹ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p. 268. Refiere la autora a la necesidad del carácter genérico de las cosas objeto del contrato a fin de que puedan repetirse las prestaciones recayentes sobre un mismo objeto, lo que excluye que el contrato pueda referir a objetos muy personalizados o individualizados. En el mismo sentido, AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2296, quien reafirma su afinidad con la compraventa.

⁶³² Es el caso de la STS núm. 35/2010, de 17 de febrero (ROJ 907/2010).

trega de un bien de calidad no inferior, pero tampoco superior, a la convenida, la entrega de cosa que no reúna estas condiciones pactadas puede reputarse un supuesto de *aliud pro alio*. Esta especificación es también frecuente en el caso de los contratos de suministro en los que la mercancía tiene que ser fabricada o producida siguiendo unas indicaciones técnicas. Siempre que sobre estos bienes puedan configurarse prestaciones reiteradas, podrán conformar el objeto del contrato de suministro, que, conviene repetir, se caracteriza por la repetición de entrega de los mismos⁶³³.

B. EL OBJETO COSA FUTURA

Decíamos que uno de los requisitos que debe reunir el objeto del contrato es el de posibilidad. La posibilidad significa, de acuerdo con la doctrina, «poder ser» o «poder existir», esto es, o bien existir al momento de celebrarse el contrato o ser susceptible de serlo en el futuro⁶³⁴. Aunque las cosas no existan en el momento de celebrarse el contrato, las partes pactan bajo la confianza de que llegarán a existir al tiempo en que deban entregarse, sin perjuicio de que se haya pactado en el contrato una obligación adicional asumida por el proveedor de fabricarlas u obtenerlas de terceros. A este respecto, conviene recordar que el contrato de suministro es un contrato conmutativo, lo que nos lleva a descartar el suministro de esperanza –en analogía con la *venditio spei*–. Así como decíamos en el apartado anterior que el único límite que se exige del objeto de este contrato es que recaiga sobre cosas genéricas susceptibles de entregas repetidas, si la cosa futura no llega a existir no estaremos realmente ante un contrato de suministro⁶³⁵.

⁶³³ Aunque normalmente constituye el objeto del contrato cosas genéricas, el contrato de suministro puede recaer sobre cosas específicas que han sido producidas siguiendo las indicaciones del acreedor, *cfr.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales*, *op.cit.*, p.145; MOXICA ROMÁN, J., *La compraventa mercantil y contratos afines*, *op.cit.*, p.499.

⁶³⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato*, *op.cit.*, p.661, quien matiza que más que un requisito de objeto, la posibilidad es un presupuesto del contrato, pues si no existe el objeto no hay contrato.

⁶³⁵ El suministro es un contrato conmutativo, con lo que no tendría cabida la *emptio spei* o compraventa de esperanza, en la que la obligación de pagar el precio nace aun cuando la cosa no llegue a existir. La jurisprudencia admite la validez de este negocio

El objeto del contrato de suministro podrán constituirlo cosas futuras y esperadas, lo que, de hecho, sucede con frecuencia en un contrato cuyo objeto puede comprender un volumen elevado de cosas que deben ser entregadas durante periodos que se extienden en un arco temporal. Piénsese en el suministro de materias primas o de bienes que deben ser fabricados⁶³⁶. No obstante, no cabe hacer una analogía con la *emptio y venditio rei speratae*. En estos casos, el objeto del contrato de suministro recaerá sobre cosas futuras, por cuanto no existen al tiempo de celebrarse el contrato⁶³⁷. Pero, a diferencia de lo que sucede con esta modalidad de venta especial, el contrato no está sujeto a condición, en la que subyace una nota de incertidumbre que diferencia la *emptio rei speratae* de la compraventa de cosa futura, sino a plazo⁶³⁸. En la llamada *emptio rei speratae*, si la cosa esperada no llega a producirse, el comprador no tiene obligación de pago del precio y la compraventa

como atípico y aleatorio, alejándolo de la compraventa. No sucede lo mismo con la compraventa de cosa esperada o *emptio rei speratae*, *cfr.* RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «Artículo 1445. Contrato de compraventa», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, pp.28-29. Siendo una modalidad de compraventa, sería admisible en sede suministro. Así sucede cuando las cosas deben fabricarse antes de ser entregadas, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.526.

⁶³⁶ Cuando el proveedor asume esta obligación de hacer, habrá que atender a la verdadera naturaleza jurídica del contrato en cuestión. Como vimos al tiempo de tratar la distinción entre el suministro otras figuras afines, la introducción de una obligación de hacer en un contrato en el que también concurre un intercambio de bienes coloca el negocio entre el arrendamiento de obra y el suministro. STS núm. 551/2011, de 8 de julio (ROJ 4898/2011), que dice: «La confusión es fácil por la ardua distinción entre compraventa de cosa futura y contrato de obra con suministro de material y en este sentido el § 651 del Código civil alemán establece que, si la obra tiene por objeto el suministro de cosas muebles que han de fabricarse o producirse, se aplican las normas sobre la compraventa». En el mismo sentido, la STS 726/2010, de 22 de noviembre (ROJ 6253/2010), donde el TS recuerda que la obligación de entrega ínsita en el contrato la aproxima a la compraventa, incluso cuando el objeto del contrato recae sobre una cosa futura.

⁶³⁷ AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2006.

⁶³⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general*, *op.cit.*, pp.460-461.

deviene ineficaz⁶³⁹. Este no es el esquema del contrato de suministro, en el que el contrato es eficaz desde su celebración y permanece latente la obligación de suministro hasta que se exteriorice la necesidad de suministrado. De modo que, dado que no habría llegado el plazo para la entrega, resulta indiferente que no existan al momento de suscribirse el contrato de suministro, puesto que tampoco son exigibles⁶⁴⁰. De ahí que no quepa hablar de un suministro *rei speratae*, puesto que la obligación no está sujeta a condición, sino a plazo o término que aguarda al *dies* en que será exigible. Las partes, no obstante, pueden alterar esta regla, configurando un contrato de suministro sujeto a un hecho incierto, en línea con el 1125 CC.

C. EL SUMINISTRO DE SERVICIOS

Dada la atipicidad del contrato de suministro, cabe que nos planteemos si dentro de este tipo puede tener cabida un objeto consistente en la prestación de servicios. Un contrato de suministro de servicios por el cual el proveedor se compromete, a cambio de un precio, a realizar actividades de manera repetida y duradera en el tiempo. Un contrato que compartiría con el contrato de suministro de bienes muebles la función económica de satisfacer una necesidad constante en el suministrado, al que se le abastece de una actividad⁶⁴¹. Así las cosas, el suministrado se

⁶³⁹ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, IV, op.cit.*, p.75.

⁶⁴⁰ Con la llegada del término inicial, el crédito se hace exigible. Desde ese instante el acreedor puede reclamar al deudor su prestación, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J., «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Tratado de contratos, op.cit.*, p.817. En el contrato de suministro la obligación duradera no es exigible desde la perfección del contrato, como preceptúa el art. 1113 CC, sino que, por estar sujeta a plazo, se sucede en una pluralidad de momentos en los que la obligación va haciéndose exigible, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, F., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.340.

⁶⁴¹ Entre los defensores, *vid.* ECHEBARRÍA SAENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.271. El suministro de servicios permite la planificación económica de la empresa y la adaptación de la prestación a sus necesidades, lo que es identificable con el suministro. La autora señala la *apropiabilidad* de la cosa como punto de conflicto. Siendo el suministro un contrato de cambio, choca la falta de aprehensión del servicio por el suministrado. Sin embargo, supera esta diferencia reconduciendo de nuevo a los rasgos característicos del suministro ya apuntados: la planificación económica y la satisfacción de una necesidad constante.

garantizaría la prestación de servicios en función de su necesidad futura. A tal efecto, el proveedor deberá estar en condiciones de prestarlos cuando así sea requerido por su contraparte, sin perjuicio de que deba mediar un adecuado preaviso entre que se cursa el pedido y se ejecuta la actividad. De esta forma, cada una de las actividades en que consiste el objeto del contrato será un servicio aisladamente considerado, y no una parte o fracción de un mismo servicio. Cuestión distinta sería si este servicio debe dar satisfacción al acreedor por sí mismo, como simple actividad, o es exigible un resultado concreto. Parece que, puestos a admitir esta modalidad contractual de suministro, debiera aceptarse que sean las partes quienes determinen si se trata de un contrato de resultado o de mera actividad, siendo que en el primero el contrato solo se cumple si se alcanza el mismo. Esta determinación convencional será la que hará aplicable el régimen del contrato de arrendamiento de obra o el del de servicios⁶⁴².

Otras normas relativas a la ejecución del servicio, la fijación del precio o la especificación de la actividad deberán ser adaptadas al suministro de servicios de la misma forma que lo ha sido la disciplina del contrato de compraventa al suministro de bienes. Al menos, esta es la solución de quienes defienden la admisibilidad de este suministro de servicios⁶⁴³.

⁶⁴² Esta visión del suministro ha sido acogida por el Derecho administrativo. El TRLCSP presenta una extensa configuración del contrato, considerando suministro actividades como el arrendamiento financiero, el arrendamiento de equipos informáticos o la cesión del derecho de uso de programas informáticos. Lo que el Derecho administrativo llama contrato de suministro es una figura jurídica compleja, capaz de adoptar modalidades muy diferentes con la nota común de tener una finalidad instrumental y orientarse a la satisfacción de las necesidades del ente público. Para una exposición más detallada sobre el alcance de las distintas prestaciones que se recogen en el art. 16 TRLCSP, *vid.* LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El contrato de suministro tras las recientes reformas de la legislación de contratos*, *op.cit.*, pp.21-32.

⁶⁴³ Se aplicarían con preferencia los principios del arrendamiento de servicios, por ser más acordes con el objeto de las prestaciones del suministro, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2297. También PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM*, *op.cit.*, p.1616, quien aboga por una remisión a la disciplina del tipo contractual cuyas prestaciones se asemejen mejor a las del contrato de sumi-

Para nosotros, en cambio, la realización de servicios ya recibe atención por el Derecho de contratos a través del contrato de prestación de servicios. Estos contratos, como regla, pueden recaer sobre un servicio, aisladamente considerado, o sobre una pluralidad de ellos, que se pueden ir sucediendo en el tiempo en función de las necesidades e intereses del prestatario⁶⁴⁴. No está de más recordar que la satisfacción del interés duradero del acreedor no es monopolio del contrato de suministro. El mismo puede ser atendido desde otros contratos, como lo es el de arrendamiento de servicios⁶⁴⁵.

nistro en cuestión, en idénticos términos al *Codice civile*. En los servicios de telecomunicaciones (teléfono, internet o televisión), de contenidos digitales o hilo musical, hay una prestación reiterada o continuada en el tiempo, cuyo *quantum* no está determinado en el contrato por venir sujeto a las necesidades de la parte. Aunque tradicionalmente no se han admitido los suministros sobre un servicio, alguna voz aboga por una reconsideración de este planteamiento, *vid.* ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.229. Ambos autores citan las SSTS núm. 149/1987, de 13 de febrero (ROJ 962/1987), de la Sala de lo Contencioso, y núm. 926/2003, de 6 de octubre (ROJ 6066/2003). A esta última hace también referencia VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.710. Sin embargo, ninguna de ellas sirve para justificar una expansión del suministro a los servicios. Ambas enjuician un contrato de energía eléctrica, cuya naturaleza como bien mueble intangible ya es, de por sí, bastante peculiar, como para equipararla a otros servicios como el de los contenidos digitales. Además, este contrato está fuertemente intervenido por la normativa administrativa, lo que no puede servirnos como molde para justificar esta extensión del objeto que comentamos.

⁶⁴⁴ Es lo que sucede con el contrato de mantenimiento de ascensores, donde los servicios se desarrollan de manera periódica y la ejecución de unos puede conllevar la realización de otros nuevos. Así, por ejemplo, la revisión anual del aparato elevador puede derivar en reparaciones o en la sustitución de las piezas de la máquina. Todas estas actividades están amparadas por el contrato de mantenimiento, que como contrato de prestación de servicios engloba un conjunto de actividades. Para un estudio de este contrato, *vid.* MOLINS SANCHO, F., *El contrato de mantenimiento de ascensores, op.cit.*, pp.173-213.

⁶⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento, op.cit.*, pp.226-228 rechaza esta hipótesis por ser contraria a la naturaleza del suministro, que se erige como un contrato de cambio adaptado a la duración, elemento básico del contrato que lo separa de la compraventa. En la medida en que el contrato es un conjunto normativo con soluciones aplicables a supuestos en función de sus caracteres comunes, no tiene sentido acoger supuestos heterogéneos que exigen disciplinas diferentes.

Son varias las razones que nos llevan a descartar el contrato de suministro de servicios. En primer lugar, esta cuestión parece responder más a un interés dogmático o académico que a una verdadera necesidad del tráfico económico. La cuestión del contrato de suministro de servicios tiene cabida por cuanto nos enfrentamos a una figura atípica, lo que admite que se sostengan debates en torno a los límites de esta figura. En la realidad práctica, sin embargo, no se demanda un contrato de suministro de servicios, en la medida en que éstos conforman el objeto del contrato de prestación de servicios, como ya hemos dicho, y que conviene repetir como segundo motivo para descartar este contrato de suministro. La dualidad contractual que se produciría entre el contrato de arrendamiento de servicios y el pretendido contrato de suministro de servicios parece no estar suficientemente justificada. La prestación continuada de un servicio encuentra respuesta desde una figura específica, como es el arrendamiento. Ampliar los límites del suministro invadiendo unas prestaciones que quedan reservadas a este negocio no parece ser una solución jurídica necesitada en la práctica⁶⁴⁶.

En tercer lugar, hemos mantenido a lo largo de este trabajo que el contrato de suministro es un contrato de cambio al que le resultan de aplicación, de forma supletoria, las normas del contrato de compraventa en aquello que no se contraponga con su naturaleza duradera. En nuestro país, aunque hemos seguido la tradición jurídica italiana en las consideraciones respecto a este contrato, al carecer de una disciplina que dote de contenido típico el suministro hemos recurrido a la norma más cercana al contrato, que es, precisamente, la de la compraventa. La admisión del servicio como objeto del contrato desvirtuaría el régimen jurídico que consideramos aplicable supletoriamente, no por arbitrio de la doctrina o del juzgador, sino por ser la norma que mejor se adapta al negocio. No debemos olvidar que también el *Code civile* reconduce la prestación de servicios al «contrato d'appalto», equivalente a nuestro contrato de prestación de servicios⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ En este orden, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op.cit., p.416; también VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, op.cit., p.172.

⁶⁴⁷ puede verse FERRI, G., *Manuale di Diritto Commerciale*, op.cit., p.777, donde leemos que «*obbligo del venditore e del somministrante è infatti la prestazione di dare*».

Finalmente, de aceptar el suministro de servicios decaerían las consideraciones vertidas respecto a la naturaleza del contrato. Baste siquiera apuntar que difícilmente puede defenderse el carácter autónomo del suministro cuando su régimen jurídico supletorio oscila entre dos negocios dispares que ofrecen soluciones diferentes –responsabilidad contractual, facultad de desistimiento, acción directa, transmisión de los riesgos...– para el mismo supuesto de hecho. El suministro sería una figura vacía hasta que las partes acuerden dotarle de un objeto determinado –el de la compraventa para los bienes muebles y el de arrendamiento para los servicios–. El suministro, así considerado, estaría más cercano a una nomenclatura económica bajo el que se identifican varias figuras contractuales que a un negocio jurídico en sí mismo.

III. LA FORMA DEL CONTRATO

Dado el carácter consensual del contrato de suministro, el contrato se perfecciona desde que proveedor y suministrado se obligan a suministrar y pagar, aunque lógicamente no se habrán entregado, resultado de la multiplicidad de prestaciones que reúne el suministro. Tal y como decimos, al no tener el contrato carácter real, ni formal, se perfecciona por el mero consentimiento, siendo frecuente que no tenga forma escrita⁶⁴⁸. El principio de espiritualidad o libertad de forma que rige en nuestro sistema contractual determina que para la formación y validez del contrato de suministro no sea necesaria la observancia de ningún requisito (1278 CC)⁶⁴⁹. Siendo el suministro un negocio consensual, la

Esulano pertanto dal contratto di somministrazione, e rientrano nel contratto di appalto, quei contratti nei quali oggetto della prestazione duratura o periodica sono servizi e non cose.»

⁶⁴⁸ SAP Zaragoza, núm. 282/2009, de 1 de junio (ROJ 1611/2009); SAP Murcia, núm. 323/2005, de 7 de diciembre (ROJ 2188/2005); SSAP Madrid, núm. 64/2004, de 3 de febrero (ROJ 1953/2006) y núm. 516/2008, de 7 de noviembre (ROJ 17653/2008); SAP Alicante, núm. 343/2018, de 9 de julio (ROJ 1936/2018); SAP Lugo, núm. 409/2019, de 8 de octubre (ROJ 663/2019) y SAP Barcelona, núm. 58/2020, de 19 de mayo (ROJ 3042/2020).

⁶⁴⁹ La libertad de forma es una constante en Derecho de contratos a nivel nacional como internacional, *cfr.* HERAS HERNÁNDEZ, M.M., «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo», *Revista de Derecho privado*, núm.89,

entrega de la cosa no constituye un factor necesario para la formación del contrato. La reunión del consentimiento de ambas partes en celebrar el contrato es suficiente para la formación del contrato, sin que la entrega de la cosa se erija como un elemento necesario, más allá de su ejecución⁶⁵⁰.

Así las cosas, el suministro es un contrato que queda perfeccionado por el mero consentimiento, efecto de su atipicidad más que por su afinidad a la compraventa⁶⁵¹. No obstante, la celebración de un contrato de carácter duradero aconseja la forma escrita como precaución de cara a

vol.3 (2005), pp.28-29. La exigencia por el legislador de una forma determinada para un contrato se entiende como una excepción a la regla general que solo se justifica por la naturaleza peculiar del contrato o por tener una trascendencia real, *cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.285. En el mismo sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Artículo 1278. Obligatoriedad de los contratos», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.3, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p.685. Esta libertad de forma se consagra en los artículos 1278 del Código civil y 51 del Código de Comercio, norma que también agrupa excepciones en su art. 52 exigiendo forma escrita allí donde lo determine la ley: el contrato de sociedad (art. 119), de fianza (440), o de seguro (5 de la Ley del Contrato de Seguro) son algunos casos.

⁶⁵⁰ El esquema es idéntico al de la compraventa, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2296.

⁶⁵¹ Los contratos atípicos están estrechamente ligados con el principio de autonomía de la voluntad. Las personas con plena autonomía de la voluntad tienen libertad para contratar bajo los pactos que estimen pertinentes y acordes con sus intereses, por lo que pueden configurar el programa obligacional del contrato a su parecer y celebrar el contrato sin necesidad de ajustarse a los tipos establecidos en la ley y en las formas exigidas para ciertos negocios, *cfr.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia, op.cit.*, p.139. La imposición de una forma exige una previsión legal expresa, pues de lo contrario aplica el sistema mixto basado en el acuerdo de voluntades *ex arts.* 1280 CC y 51 CCo. El legislador exige determinados requisitos formales para la celebración de algunos contratos, lo que supone una excepción al principio de libertad de forma. Estas excepciones deben venir expresamente recogidas en la ley, *cfr.* CALATAYUD SIERRA, A. «El derecho a la forma y documentación de los contratos», en PARRA LUCÁN, M.A. (Coord.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.396-397. En estos supuestos, la forma actúa *ad solemnitatem*, frente al valor *ad substantiam* o constitutivo del negocio y al valor *ad probationem* o probatorio del mismo. La forma *ad solemnitatem* tiene un valor integrativo del negocio, que no se considera eficaz hasta que no se rellena la forma prevista, *cfr.* HERAS HERNÁNDEZ, M.M., *La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo, op.cit.*, p.34.

futuras discrepancias respecto a su contenido⁶⁵². En la práctica, se huye de los formalismos que dilatan o dificultan la contratación, llegando a ser frecuente el cruce de facturas y justificantes del pago y de la recepción de la mercancía⁶⁵³. En ciertos sectores, de hecho, se constata la preferencia por el uso de formularios o plantillas que, a pesar de su escaso contenido, facilitan la contratación al recoger los aspectos más elementales del negocio⁶⁵⁴. De esta forma, se aúnan la ausencia de formalismos y la seguridad que aporta la documentación del contrato, lo cual es recomendable en los negocios llamados a extender su vigencia en el tiempo⁶⁵⁵. A diferencia de los contratos instantáneos, en los que

⁶⁵² Como pone de relieve la jurisprudencia, son frecuentes que los suministro en los que la única documentación que prueba el negocio sean albaranes y facturas, a partir de los cuales se debe acreditar la relación contractual, *vid.* SAP Girona, núm. 303/2019, de 15 de julio (ROJ 1016/2019); SAP Badajoz, núm. 57/2019, de 2 de abril (ROJ 369/2019); SSAP Barcelona, núm. 515/2018, de 13 de septiembre (ROJ 8312/2018) y núm. 539/2018, de 22 de junio (ROJ 7001/2018); y SAP Las Palmas, núm. 310/2018, de 11 de junio (ROJ 1274/2018).

⁶⁵³ No es raro en el tráfico mercantil, o privado en general, que ni se tengan modelos de contrato, reduciéndose toda prueba escrita a diversos formularios de hoja de pedido, facturas, albaranes y recibos. Al fin y al cabo, el formalismo se rehúye incluso por los operadores más típicos del mercado español, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *Formularios logísticos: contrato de suministro/afiliación a central de compra para la distribución multiproducto: claves para su análisis*, *op.cit.*, p.137.

⁶⁵⁴ En el sector de la distribución alimentaria son frecuentes los formularios o plantillas que documentan las condiciones comerciales más relevantes. Se trata de documentos de marcada sencillez formal que puede plasmar importantes operaciones de suministro, y que apenas detallan el producto o listado de productos, su precio o su remisión a unas tarifas anexas, el calendario de pago o el periodo de duración, *cfr.* MUÑOZ DEL CAZ, E., «El contrato de suministro en la distribución alimentaria», en MUÑOZ DEL CAZ, E. y ORTEGA BURGOS, E. (Dirs.), *Distribución comercial. Todas las claves de la distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.373. Son contratos sencillos en su forma que contribuyen a la eficiencia económica de los operadores, que huyen de la disciplina y regulación pormenorizada de algunos extremos en aras a la eficiencia y competitividad. Para un análisis de los contratos-tipo dentro del sector agroalimentario puede verse también RODRÍGUEZ CACHÓN, T., «Condiciones de eficiencia contractual bajo la economía de los costes de transacción», *InDret*, núm.4 (2019).

⁶⁵⁵ En muchas ocasiones, se sacrifica la sencillez y rapidez de los acuerdos verbales por la seguridad de documentar el compromiso contractual. Las empresas suministradoras optan por la escritura del contrato, presentando usualmente condicionados generales. Así ocurre en la hostelería, *vid.* SAP de Lugo, núm. 325/2018, de 2 de

la entrega y el pago suelen ser inmediatos a su celebración, dado carácter duradero del suministro y el incremento del riesgo que ello supone es aconsejable la documentación del acuerdo⁶⁵⁶.

La forma escrita del contrato viene a facilitar la prueba de su existencia y de su contenido⁶⁵⁷. La larga duración que presentan los contratos de suministro, la previsión de determinados aspectos –v.gr., el régimen de exclusiva, las inversiones o la sumisión a un arbitraje⁶⁵⁸–, así como la necesidad de dotarse de un mecanismo que evite las situaciones de conflicto que se producen al término de la relación contractual recomiendan el uso de la escritura que dé soporte a la contratación. De hecho,

octubre (ROJ 555/2018); SAP de Córdoba, núm.575/2018, de 12 de septiembre (ROJ 1140/2018); y SAP Valencia, núm. 73/2017, de 28 de febrero (ROJ 3696/2017).

⁶⁵⁶ La Comisión Europea, en la *Supply Chain Initiative* (o Iniciativa de la Cadena de Suministro), iniciativa impulsada por el Foro de Alto Nivel sobre la Mejora del Funcionamiento de la Cadena de Suministro Alimentario, recomendaba formalizar por escrito los contratos que conforman los distintos engranajes (empresas) de la cadena agroalimentaria, con el fin de arrojar seguridad jurídica y obligar al cumplimiento de lo pactado en el seno de estas relaciones, *vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea», en GONZÁLEZ CASTILLA, F. y RUIZ PERIS, J.I., *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución alimentaria*, *op.cit.*, p.192.

⁶⁵⁷ Los acuerdos de suministro verbales son la tónica general: se observa que relaciones puntuales de compraventa que se formalizan oralmente y se plasman en documentos propios del tráfico mercantil, como albaranes y facturas, terminan haciéndose recurrentes en el tiempo. Con ello las partes superan las compraventas aisladas y consolidan una relación de suministro marcada por el antiformalismo. Este proceder dificulta la prueba no solo del contenido y alcance de los compromisos del contrato, sino de su propia existencia. En este sentido, la AP de Córdoba, en su sentencia 452/2015, de 27 de octubre (ROJ 888/2015), expone «*que si estamos en presencia de una prolongada relación comercial entre las partes, en tales casos se muestra relevante tener en cuenta el sistema por ellas seguido; de forma que si antes han aceptado un determinado sistema, en el cual se prescinde de pedidos y albaranes escritos, para, mediante petición directa de la mercancía al vendedor éste emitir y entregar la factura junto con la mercancía en el establecimiento del comprador, comportando abono de tiempo y costes para todos, sin haberse acreditado que durante el tiempo que ha funcionado tal sistema se haya producido defecto alguno en su funcionamiento mínimamente relevante, no puede luego desconocerse dicho actuar informal y exigirse que se prueben los suministros, por medios (albaranes) que voluntariamente se excluyeron, pues ello va contra la buena fe*».

⁶⁵⁸ SAP Palencia, núm. 311/1998, de 2 de noviembre (ROJ 619/1998).

pueden ser las propias partes quienes supediten la validez y eficacia del contrato a la forma escrita⁶⁵⁹. En este caso hay un acotamiento del principio de libertad de forma querido por las partes en aras a garantizar la seguridad jurídica. El alcance de este formalismo voluntario puede tener una función constitutiva o probatoria. En el caso de la forma constitutiva o *ad solemnitatem*, la forma escrita se erige como elemento esencial, sin el cual el contrato no surte efectos. En tales casos, el documento genera un efecto psicológico en las partes, quienes lo identifican como verdadero contrato y vínculo obligacional⁶⁶⁰. En cambio, cuando la forma despliega una función probatoria, el documento simplemente viene a acreditar la celebración de un contrato⁶⁶¹.

Aun con todo, hoy en día una relación contractual duradera tiende a dejar un rastro documental mediante el que acreditar la realidad del contrato y el contenido del programa obligacional⁶⁶². También en la

⁶⁵⁹ Hablar de forma es hablar de escritura, aunque nada impide que se puedan recurrir a otras formas contractuales como la presencia de testigos, entregas simbólicas, ceremonias o expresiones solemnes, *cfr.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato, op.cit.*, p.290. Incluso la actitud, los movimientos o el silencio son formas válidas para la manifestación de la voluntad, *cfr.* DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op.cit.*, p.277; HERAS HERNÁNDEZ, M.M., «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo»

⁶⁶⁰ Generalmente la forma equivale a documentación, que puede materializarse en un documento público o privado, sin perjuicio de su soporte: un documento manuscrito, mecanografiado, electrónico y cibernético, o un formulario estandarizado de la propia empresa proveedor, *cfr.* MONDÉJAR PEÑA, M.I., «La formación, interpretación e integración del contrato», en ARANDA RODRÍGUEZ, R.; MONDÉJAR PEÑA, M.I.; DÍAZ ROMERO, M.R.; *et al.*, *Guía de Derecho civil. Teoría y práctica*, t.III, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.59 y ss.

⁶⁶¹ Como regla general, esta es la función que normalmente suelen revestir los contratos que se documentan. Probar tanto la existencia como el contenido del contrato. Solo cuando las partes hayan dotado al documento de verdadera eficacia constitutiva podrá hablarse de función *ad solemnitatem*. *Cfr.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, I. Introducción. Teoría del contrato, op.cit.*, p.296.

⁶⁶² Aunque refiriéndose a los contratos de distribución *strictu sensu*, MARTÍN PÉREZ, J.A., «Formación del consentimiento y forma del contrato de distribución», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo, op.cit.*, p.205, apunta que una correcta con-

actualidad es frecuente el uso de condiciones generales de la contratación, cuyo uso supone una alteración del principio espiritualista⁶⁶³. Con todo, el suministro no presenta ninguna particularidad respecto a la forma del contrato. Cabe que las partes, en el ejercicio de la autonomía privada, pacten la forma que deberá revestir el contrato y el carácter esencial o no de la misma, siendo de aplicación las reglas generales del Derecho de contratos al respecto.

IV. LA CAUSA DEL CONTRATO

El contrato no se reduce a un acuerdo de voluntades entre el oferente y el aceptante. Es necesario que el consentimiento recaiga sobre un objeto cierto y que, además, las partes actúen movidas por la aspiración de obtener un fin o resultado a través de ese contrato. Es decir, que en

figuración del contrato evitará buena parte de los problemas que se planteen con posterioridad y, aquellos que inevitablemente lleguen a surgir, pueden encontrar un cauce resolutivo en el contrato.

⁶⁶³ Nuestro ordenamiento impone determinadas reglas, que no quedan limitadas a la contratación con consumidores y usuarios, como es la aceptación expresa de los condicionados o la firma del documento, para la efectiva incorporación de las condiciones generales a un contrato, *ex arts. 5 y 7 LCGC*. El art. 5.1 exige que la incorporación sea aceptada por el adherente, quien debe haber tenido acceso a las mismas con anterioridad a la celebración del contrato e imponiendo la firma del contrato, que no de las condiciones, por todos los contratantes. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito el adherente debe tener la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración, según dispone el art. 5.3. La redacción de las condiciones deberá ajustarse a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, art. 5.5, que se completa con el contenido del art. 7, el cual sanciona con la no incorporación al contrato del condicionado general que el adherente no haya tenido una oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, sí como aquellas ilegibles o ambiguas. MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet*, Civitas, Madrid, 2015, pp.907 y ss. Cuando en la contratación interviene un consumidor, además de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se añade el control de contenido que el legislador español ha vedado para los contratos celebrados entre empresarios y profesionales, más allá de las cláusulas contrarias a la buena fe, *cf.* PASTOR VITA F.J., «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5 (2005), p.1221.

el negocio subyazca una causa por la que consienten las partes en obligarse⁶⁶⁴. Llegamos, así, a la figura de la causa del contrato. Se trata de una de las instituciones más oscuras y de difícil comprensión del Derecho privado, debido a la variedad de teorías y su diferente significación⁶⁶⁵. Su estudio parece reservado a la Teoría general del contrato y al Derecho civil, lo que sumado al escaso interés que suscita en la práctica determina que no sea frecuente su exposición en el ámbito de la contratación mercantil⁶⁶⁶. No obstante, creemos que el estudio del contrato de suministro no puede pasar por alto esta figura, toda vez que, a través de ella, podemos reafirmar su carácter autónomo y comprender cómo la función económica que despliega y las finalidades perseguidas por las partes se integran en él.

La causa contractual se define como la función económico-social de un tipo o contrato determinado querida por los contratantes, quienes prestan su consentimiento porque persiguen alcanzar mediante el negocio en particular dicha función⁶⁶⁷. Se trata de una concepción de la causa

⁶⁶⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato*, *op.cit.*, pp.742 y ss.

⁶⁶⁵ Afirma Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, I*, *op.cit.*, pp.255 y ss., que es justa y merecida esta fama oscuridad, debido a la vaguedad de su regulación y a la variedad de sus significados, con importantes consecuencias prácticas.

⁶⁶⁶ A pesar de la relevancia que tiene en el Derecho de contratos, el Código civil apenas le dedica cuatro preceptos, sin que en ninguno de ellos se contenga una definición de la misma. Nuestro Código civil sigue la línea de otros textos legales de nuestro entorno, como el *Code civil* francés y el *Codice civile* italiano, en los que la causa viene enumerada entre los requisitos para la validez de los contratos, sin que se contenga una definición de lo que debe entenderse por causa. Ello, unido a la escueta regulación que recibe, ha allanado el camino para la discusión científica en torno al concepto y la significación de la causa del contrato. Sobre las distintas teorías al respecto puede verse MELICH ORSINI, J., «La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones», *Anuario de Derecho Civil*, vol.37, núm.1 (1984), pp.3-62.

⁶⁶⁷ CLAVERÍA GONZÁLEZ, L.H., «Causa del contrato y motivo determinante incorporado. Influencia de la causa en la vida del contrato. Resolución. Interpretación y calificación del contrato», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 16 (1988), pp.270, nos dice que la causa del contrato «sería la función económico-social concreta querida por los concretos contratantes que prestaron consentimiento, siendo, por esto, parte de ella el motivo determinante incorporado».

que integra las nociones objetiva y subjetiva, en línea con la jurisprudencia del TS, cuya doctrina al respecto da relieve a los motivos que llevan a las partes a la suscripción de un contrato determinado⁶⁶⁸. Ahora bien, esta puesta en consideración de los motivos subjetivos que mueven a las partes se hace porque la noción que late en el razonamiento del TS es la noción objetiva⁶⁶⁹. Este planteamiento parte de considerar la causa como la razón objetiva y precisa de la formación de un contrato, y que se define por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico⁶⁷⁰. Así, en los contratos sinalagmáticos, como lo es el de suministro, la causa estará constituida por el elemento objetivo del intercambio de las prestaciones entre las partes. Desde esta perspectiva, la causa se distingue de los móviles internos que mueven a las partes, centrándose en el elemento objetivo en el que parece moverse la definición del 1274 CC, ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes. Pero esta modalidad de la causa es compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares mueven a las partes tengan trascendencia jurídica, lo que se produce cuando son reconocidos y consentidos por ambos contratantes. Este planteamiento responde al acogimiento por la jurisprudencia de una doctrina sincrética o

⁶⁶⁸ En este sentido, la STS núm. 823/1985, de 30 de diciembre (ROJ 1694/1985), y las que allí se citan.

⁶⁶⁹ VATTIER FUENZALIDA, C., «Interpretación de contrato y nulidad. Contrato mixto de arrendamiento y compraventa. Falta de objeto y causa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 22 (1990), pp.587.

⁶⁷⁰ Esta concepción objetivista de la causa, entendida como la función económico-social que viene a desplegar un determinado negocio jurídico y que recibe la tutela por el Derecho, fue desarrollada en la doctrina italiana. De hecho, es esta noción la que fue acogida en el *Codice civile*. Según estas consideraciones, la causa no sería el fin subjetivo perseguido por los contratantes, sino la función económico-social que el Derecho reconoce como relevante para sus fines. Esta concepción, no obstante, fue superada. De hecho, esta teoría fue criticada por prescindir del intento o la voluntad de las partes de obtener esa función económico-social que, aunque no pueda identificarse con la causa del contrato, no es baladí. Cfr. Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, I, op.cit.*, pp.267.

intermedia entre los postulados objetivo y subjetivo⁶⁷¹. Esta concepción acoge los factores subjetivos, que atienden a la intención que guía a las partes, integrándola en la noción objetiva que hemos comentado. De modo que es posible que el móvil subjetivo, que como regla es una realidad extranegocial –salvo cuando las partes lo incorporan al contrato como cláusula o como condición–, quede incorporado a la causa y tenga trascendencia como tal elemento del contrato, siempre y cuando sea común a ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo⁶⁷².

Así las cosas, la causa es el propósito práctico-empírico querido y participado por las partes (la «intención manifiesta», en términos del art. 1446 CC), para cuya satisfacción eligen un determinado esquema contractual⁶⁷³. Es lo que se conoce como «causa concreta» del negocio. Este negocio puede ser un tipo disciplinado por el legislador, o puede tratarse de una construcción *ad hoc* creada por las partes, como sucede con los contratos atípicos. En estos casos, la causa entendida como la función económico-social del negocio plantea dudas. Como es sabido, las partes son libres de perfeccionar los negocios y contratos que estimen por conveniente, pero éstos sólo serán válidos en la medida en que reúnan los presupuestos del art. 1261 CC. En estos casos, la causa, aunque no puede identificarse con una función económico-social típica-

⁶⁷¹ El TS asumió hace tiempo el enfoque dualista, como se observa en sus SS. núm. 689/1990, de 19 de noviembre (ROJ 10728/1990); núm. 302/1993, de 29 de marzo (ROJ 19239/1993) y núm. 484/1995, de 25 de mayo (ROJ 1962/1995), de las que se detrae que el TS ha considerado como causa, junto a la función práctico-social correspondiente al tipo contractual, el móvil –lícito o ilícito– admitido por los dos contratantes si es verdaderamente impulsor o determinante del consentimiento. La manualística moderna acude a este concepto de causa ecléctica o sincrética que tiende a coordinar la intención concreta de las partes con la determinación causal normativa. Por todos, *vid.* BLASCO GASCÓ, F.P., *Instituciones de Derecho civil, op.cit.*, pp.147 y ss.

⁶⁷² Según el TS, el art. 1274 CC, inspirado en la doctrina de POTHIER, como se reconoce en la STS 19 junio 2009, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo, más coherente con las tesis doctrinales imperantes que presentan. CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos, op.cit.*, pp.178 y ss.

⁶⁷³ *Ibid.*, pp.178 y ss.

mente reconocida, sigue siendo un presupuesto del contrato. El propósito empírico, en el contrato atípico, en la medida en que no puede contrastarse con ningún modelo prestablecido por el legislador, se enfrenta a un juicio de validez que reposa en último extremo en la aplicación de tres estándares de control para poder ser dignos de tutela jurídica: existencia, licitud y veracidad⁶⁷⁴.

La función económico-social del suministro es el abastecimiento. En esto consiste el propósito empírico que conduce a los contratantes a la suscripción de un contrato de suministro frente a otros contratos de cambio. El art. 1274 CC concreta que en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. La causa adopta desde un sentido objetivo para los contratos onerosos, significando el fin que se persigue con la prestación comprometida. Traídas estas consideraciones al contrato de suministro, el suministrado compromete el pago del precio por el acceso a unos bienes en distintos momentos futuros. El propósito que persigue el suministrado consiste en *estar abastecido*⁶⁷⁵.

En este propósito de obtener un aprovisionamiento subyace un elemento subjetivo, que consiste en la satisfacción continua de una necesidad⁶⁷⁶. Este propósito revela la intención o subjetividad con la que convienen las partes en obligarse, que es tutelado por el Derecho por

⁶⁷⁴ Los contratos atípicos, por carecer de una regulación legal, carecen, precisamente, de una causa típica. En estos casos, la causa desempeña una función importante, en la medida en que sirve para verificar si la causa de las obligaciones fijadas en el contrato atípico es digna de tutela por el ordenamiento jurídico. La causa en los negocios atípicos despliega una función de control de la que carece en los contratos típicos, *cf.* MARÍN LÓPEZ, M.J., *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato, op.cit.*, p.743.

⁶⁷⁵ Apunta a esta particular finalidad VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil, op.cit.*, p.1603. En el mismo sentido puede verse GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp.414-415, quien señala que la búsqueda de la seguridad en estar abastecido lleva al suministrado a la suscripción de este contrato. Con ello, observamos que la causa del contrato de compraventa queda apartada por una causa específica y distinta, lo que nos sirve para fundamentar el carácter autónomo e independiente del contrato de suministro respecto de aquélla.

⁶⁷⁶ FERNÁNDEZ DEL MORAL, T., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.102 y ss.

cuanto es reconocido por ambos contratantes. Esto es, para que los motivos internos de las partes queden incorporados en la causa de un contrato, deben ser el origen o la razón de su celebración y, además, deben ser compartidos por los contratantes. Esto no quiere decir que el motivo subjetivo deba ser idéntico para ambas partes, lo cual resultaría imposible, o muy difícil, si tenemos en cuenta que ambos contratantes ocupan intereses contrapuestos en un contrato sinalagmático. Para que el motivo o móvil pueda elevarse a la categoría de causa debe haber sido compartido y aceptado por las otras partes del contrato celebrado⁶⁷⁷.

Así las cosas, la causa del contrato de suministro está formada por el afán de seguridad que conduce a las partes a la celebración de este contrato⁶⁷⁸. Un afán de seguridad, esto es, de poder tener acceso en el futuro a unos bienes, con la finalidad de satisfacer la peculiar necesidad

⁶⁷⁷ En este orden, STS núm. 359/2015, de 10 de junio (ROJ 2967/2015), en la que se hace una exposición de las doctrinas objetiva y subjetiva de la causa en línea con lo que venimos comentando. Así, recuerda el TS que, originalmente, se vino considerando como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. Pero esta concepción de la causa no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello sería incompatible con el fin típico y predeterminado con cada negocio jurídico. De modo que, ante la insuficiencia de esta teoría de dar respuesta a la posibilidad de que exista una causa ilícita, se observa que no puede ignorarse el propósito buscado por las partes y que ha sido acogido en la teoría dualista. En su virtud, un motivo ilícito puede determinar la nulidad del contrato conforme al art. 1275 CC por tener una causa ilícita, pero siempre que esta causa venga perseguida por ambas partes (o buscado por una y conocido por la otra), de modo que trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad de ambos contratantes. Por el contrario, cuando la ilicitud queda en el fuero interno de una de las partes, no integrará la causa del contrato. Sin perjuicio de cuál será el fin perseguido por una de las partes, no determinará la ilicitud de la causa y la nulidad del contrato por mor del 1275 CC.

⁶⁷⁸ En los contratos de duración se constata que hay un elemento en su causa coincidente en todos ellos, que es la seguridad a la que aspiran las partes en obtener una prestación durante un periodo de tiempo prolongado. Esta seguridad o esta aspiración a garantizarse la prestación es lo que las mueve a suscribir un contrato duradero, de modo que se incorpora en la causa del contrato. Vemos, sin mayores esfuerzos, que la causa del contrato de suministro está integrada por el afán en estar suministrado, del mismo modo que en el contrato de seguro se aspira a estar asegurado, o en tener una cuenta corriente o dinero a crédito en estos dos contratos bancarios, etc., *cfr.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, pp.51-52.

duradera o constante que exige, para su satisfacción, prestaciones reiteradas en el tiempo. El aprovisionamiento de bienes no se produce en el vacío, sino que responde al interés particular. El elemento subjetivo no es accesorio en este contrato, en el que la causa puede ser comprendida desde la noción sincrética bajo la que se conjugan las tesis objetivistas y subjetivistas que la explican. La causa del contrato de suministro viene representada por esta aspiración de aseguramiento de una necesidad duradera a través de una pluralidad de prestaciones, y no la mera adquisición de las mercancías⁶⁷⁹.

Por otro lado, la función económico-social del suministro en la que consiste *estar abastecido* encierra el elemento duradero que caracteriza este contrato. El tiempo es una consecuencia de dicho propósito que se introduce en la causa del contrato⁶⁸⁰. La duración en el contrato de suministro tiene una influencia determinante. Cuando afirmamos que la

⁶⁷⁹ GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione, op.cit.*, p.266 y ss., señalaba que la causa del contrato de suministro venía representada por las prestaciones periódicas o continuadas a cambio del correspondiente pago del precio. Para el autor, la verdadera razón por la que se suscribe este contrato es la obtención de prestaciones repetidas –o de una prestación única, pero sin solución de continuidad–. Esta consideración, no obstante, no atiende a la verdadera razón que lleva al suministrado a la búsqueda de estas prestaciones, que no es otra que la presencia de una necesidad específica y particularizada, como apunta NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione, op.cit.*, pp.67-68.

⁶⁸⁰ Para PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil, op.cit.*, p.59, la causa del contrato de compraventa y la del suministro es la misma, aunque con una diferencia: en este último viene *cualificada* por el interés del comprador en que las mercancías le sean entregadas de forma periódica a lo largo del tiempo que dure el contrato. Ahora bien, precisamente esta voluntad en que el contrato se ejecute de manera periódica encierra el verdadero elemento distintivo de la causa de la compraventa y el suministro. El comprador quiere que su necesidad sea atendida por el proveedor mediante entregas futuras, en ocasiones incluso desconociendo el momento y alcance del contenido de la prestación. Lo que verdaderamente persigue el suministrado es *estar abastecido*, esto es, la seguridad que le ofrece tener el compromiso de un proveedor que le entregará las mercancías que necesite para la consecución de sus fines en el momento adecuado sin enfrentarse a la incertidumbre que le supondría celebrar un contrato de compraventa en cada momento. Este elemento duradero que se introduce en el contrato de suministro es desconocido en el contrato de compraventa, que es un contrato instantáneo por naturaleza. Con todo, la distinción que hace PUENTE MUÑOZ, respecto a la pretensión del comprador de adquirir la mercancía de manera

función económico-social del contrato de suministro consiste en estar abastecido estamos haciendo referencia a un fenómeno duradero, que exige la repetición de la entrega a lo largo de un periodo de tiempo. La inclusión del tiempo en la causa genera una causa distinta y propia⁶⁸¹.

Con base en lo anterior, cabe rechazar los planteamientos que dividen la causa del contrato, afirmando que el negocio encierra una pluralidad de causas, distinguiendo entre una causa genética y una constelación de causas particulares, de modo que éstas justifican cada una de las entregas mientras que aquélla que conecta cada una de las particulares, manteniéndose en el tiempo⁶⁸². Esta formulación se justifica en la consideración que se hace del suministro como un fenómeno que encierra una pluralidad de negocios instantáneos, cuya base común se encuentra en el rechazo que se hace del pacto como vínculo obligacional duradero. Sin embargo, cuando acogemos que en la causa del contrato se integra un elemento temporal decaen las consideraciones anteriores. No se trata de una red de contratos, cada uno de ellos con una causa propia, pero conectados por responder a una misma finalidad⁶⁸³. Se

periódica, es más propia del contrato de compraventa fraccionada que no del suministro.

⁶⁸¹ Interpretando la causa del contrato desde una posición objetiva, el suministro procura la satisfacción continua o periódica de una necesidad, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.95. Ofrece un aseguramiento en la regularidad de las prestaciones en el tiempo, pero también una estabilidad en el precio. A través de la suscripción de un contrato único se garantizan las prestaciones futuras, como ocurre en los contratos de abastecimiento de agua, energía eléctrica o gas, *cf.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.28.

⁶⁸² RIVERO YSERN, J.L., *El contrato administrativo de suministro, op.cit.*, p.62, denomina al contrato inicial «acuerdo fundamental», que sirve de base para los posteriores contratos.

⁶⁸³ A esta estructura responden otros contratos de distribución, como el contrato de abanderamiento. En él existe lo que ha sido calificado como una «relación contractual compleja» o un «entramado contractual», caracterizado por una sucesión de diversos negocios jurídicos vinculados por perseguir una misma finalidad. Cada uno de ellos tiene su propia causa, pero el negocio puede ser examinado de forma global. De hecho, de acuerdo con las consideraciones vertidas en la STS 102/2015, de 10 de marzo (ROJ 1412/2015), las atribuciones patrimoniales hechas en cada uno de los negocios no se comprenden si no se toman en consideración los demás negocios y la finalidad común a todos ellos.

trata de una única causa, en donde la duración se presenta como un elemento primordial que guía a las partes a la suscripción del contrato. De ahí que para atender esta necesidad no se opte por una pluralidad de compraventas aisladas pero sucesivas, sino a un único contrato de suministro con sucesivas prestaciones⁶⁸⁴.

Dada la importancia que tiene el tiempo en el contrato de suministro, por cuanto subyace en la causa del contrato y determina la configuración del programa contractual, interesa abordarlo en un apartado diferenciado.

V. EL TIEMPO EN EL SUMINISTRO

El tiempo en el contrato de suministro configura el elemento más característico de este negocio: su duración. Determina la autonomía e independencia del suministro como un tipo contractual propio, diferenciado de cualquier otro, especialmente de la compraventa, al tiempo que lo acerca a la categoría de los contratos de duración⁶⁸⁵. Tal es así que podemos afirmar que la duración no es solamente una característica del contrato, sino que es un elemento esencial⁶⁸⁶. Como ha quedado apuntado en el apartado anterior, la duración subyace en la causa del contrato. El interés del suministrado en *estar abastecido* se proyecta

⁶⁸⁴ Se requiere de un contrato que reúna una pluralidad de prestaciones orientadas a satisfacer esta necesidad en el momento en el que surja, razón de su reiteración. DE MARINO Y BORREGÓ, R.M., *Análisis del concepto de suministro*, *op.cit.*, pp.62 y 63, defendía que estamos en presencia de un único contrato tanto por la voluntad de las partes (carácter subjetivo) como por su causa (carácter objetivo). Ambas dos son únicas, lo que genera un solo contrato.

⁶⁸⁵ Este carácter «esencialmente incompleto» de los contratos de larga duración, entre los que se encuentran los que conforman la distribución comercial, es apuntado por GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.A., «La complejidad económica del incumplimiento contractual en los contratos de distribución», en ECHEBARRÍA SÁENZ, J.A. y VIERA GONZÁLEZ, A.J., *Distribución comercial y derecho de la competencia*, La Ley, Wolters Kluwer, 2011, p.168.

⁶⁸⁶ El plazo de duración se constituye como un elemento esencial del contrato, con lo que el incumplimiento del plazo de duración constituye un incumplimiento íntegro del contrato, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2298.

hacia el futuro, con el afán de dar satisfacción a una necesidad caracterizada por la duración. Esta satisfacción solo puede obtenerse mediante un contrato duradero. Sin la temporalidad, el contrato de suministro no alcanza a completar su función económica, dejando huérfano el interés del suministrado⁶⁸⁷.

Adicionalmente, el tiempo incide en la configuración del programa obligacional. El contenido del suministro se adapta a la satisfacción de estas necesidades del suministrado, lo que equivale a decir que las obligaciones asumidas por cada una de las partes son duraderas para poder atender dichas necesidades. Estas obligaciones principales que asumen las partes consisten en el abastecimiento y en el pago del precio. Su carácter duradero determina la presencia de disposiciones específicas, como la posibilidad de prorrogar el contrato a la llegada del *dies*, la facultad de extinguir el negocio unilateralmente cuando no hay plazo de vigencia señalado, la actualización del precio convenido, la determinación de la cantidad, etc. El cumplimiento del contrato y su consiguiente extinción no son consecuencias del transcurso del tiempo, sino también de la ejecución de las prestaciones durante ese tiempo. El cumplimiento y el tiempo son dos aspectos que van unidos en el contrato de suministro.

La incidencia de la duración en el suministro se observa también desde la propia vigencia del contrato. La vigencia contractual refiere al periodo de tiempo durante el que se extenderán la permanencia de las obligaciones⁶⁸⁸. Esta vigencia puede venir expresamente determinada o ser indefinida. La sujeción a un plazo de duración determinado puede venir justificado por diversas razones, *v.gr.*, el interés del proveedor en la amortización de las inversiones; la disposición de unos bienes para revender o con los que desarrollar una actividad económica; o, en términos generales, que den satisfacción a una necesidad constante. Con la llegada del *dies* previsto el contrato perderá su vigencia y librárá a

⁶⁸⁷ La causa en un contrato de duración no consiste en asegurar a las partes una prestación única, aunque se fraccione y se materialice en distintos momentos, sino en asegurarles la ejecución de varias prestaciones periódicas y sucesivas en el tiempo o, según qué casos, una única prestación continuada; *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.414.

⁶⁸⁸ BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.534.

las partes del cumplimiento de sus obligaciones, si bien los contratos de tracto sucesivo tienden a prorrogarse automáticamente. Pero, sin perjuicio de la prórroga, la regla general es que el tiempo convenido determinará la vigencia de las obligaciones. Recuérdese que el tiempo o la vigencia es una obligación contractual en sí misma. Las partes deben respetar y dar cumplimiento al plazo de vigencia pactado.

A este respecto, cabe apuntar que la ausencia de un plazo de vigencia no debe confundirse con la perpetuidad de la relación obligatoria⁶⁸⁹. Ningún contrato puede subsistir *ab aeternum*, con lo que un suministro sin duración determinada puede ser extinguido por sus contratantes con relativa libertad⁶⁹⁰. Esta es una regla que se comparte con los contratos de tracto sucesivo. A pesar de que en nuestro ordenamiento se carece de un compendio de normas aplicable a los contratos duraderos, la jurisprudencia tiene reiterado que ningún contrato puede mantenerse indefinidamente en vigor. Con lo que cualquiera de las partes podrá, oportuno preaviso mediante, dar por terminada una relación contractual.

⁶⁸⁹ El autor que La perpetuidad se opone a la naturaleza de la relación obligatoria, por constituir desde el punto de vista del deudor una limitación a la libertad, por lo demás susceptible de ir contra el orden público, *cfr.* DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil, I, op.cit.*, p.512. En esta línea, la ausencia de un plazo máximo en un contrato de duración faculta a promover la extinción unilateral del contrato mediante la denuncia unilateral y sin necesidad de aducir justa causa, *cfr.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996, op.cit.*, p.608. Esta facultad se ha interpretado como una manifestación de la regla general prohibitiva de las relaciones jurídicas de por vida.

⁶⁹⁰ Nuestro ordenamiento no contiene ningún precepto que habilite a que los contratos tengan una duración indefinida. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia extraen esta regla general del contenido del art. 1583 CC, en sede de arrendamiento, así como de lo dispuesto en el art. 1254 CC. Tales contratos son admisibles, por lo tanto, sin que esto suponga una vulneración a la prohibición contenida en aquel primer precepto de celebrar contratos que duren *toda la vida*, *vid.* LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución», en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales, op.cit.*, p.124.

Asimismo, la incidencia del tiempo repercute en la estructura del contrato de suministro; esto es, en los distintos momentos en los que la obligación de suministro o bien se traduce en una pluralidad de prestaciones periódicas o bien en una única prestación continuada. No en vano, son manifestaciones del tracto sucesivo de este contrato tanto la continuidad como la periodicidad⁶⁹¹.

La sujeción del contrato de suministro a la satisfacción de las necesidades del suministrado puede conducir a un contrato de suministro periódico o de suministro continuado, en función de la reiteración de las prestaciones de suministro y de pago, en el primer caso; o de que la prestación se realice de manera continuada, en el segundo. En uno y otro caso nos encontramos ante el mismo negocio de suministro, aunque la repetición de la prestación o su ejecución sin solución de continuidad inciden en el resto del contrato de un modo distinto⁶⁹². Sea como fuere, de uno u otro modo se pone de relieve que existen diversas formas de realizar la entrega de la cosa, adaptándose a la mejor forma de dar satisfacción a la necesidad del suministrado⁶⁹³.

⁶⁹¹ Cfr. BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, op.cit., p.524. Dentro del esquema del *tracto sucesivo* de este contrato cabe que la prestación se ejecute de forma única, aunque continuada; o plural y periódica.

⁶⁹² El legislador es consciente de que nos hallamos ante un mismo negocio cuya ejecución puede ser distinta, pues mientras que en el suministro periódico las entregas se suceden cada cierto tiempo, en el suministro continuado se inician con el principio del contrato y se terminan cuando se le pone fin al mismo. El PCM pone de manifiesto la incidencia que tiene en el pago del precio que se opte por uno u otro sistema. Así, según su art. 513-3, en el caso de que el suministro consista en obligaciones periódicas, el precio será exigible tras cada entrega y en proporción a la cosa entregada; mientras que en el suministro con entrega continuada será necesario determinar la forma y momento en que se liquidará el precio, recurriendo a los usos (del sector energético, por ejemplo) en caso de silencio en el contrato. En este sentido, vid. MAROÑO GARGALLO, M.M., y GARCÍA VIDAL, Á., *El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil*, op.cit., pp.1378-1379.

⁶⁹³ GAZTAÑAGA E IBARRA, J.M., *El contrato de suministro de energía eléctrica*, op.cit., p.64, distinguía entre el suministro continuo, por el cual el proveedor se obligaba a prestar ininterrumpidamente el suministro, mediante la puesta a disposición del suministrado la cosa objeto del contrato; el suministro periódico, cuando la cosa era entregada en momentos determinados señalados en el contrato; y el suministro en prestaciones sucesivas, cuando no existía plazo fijo de entrega de las prestaciones sino que debía hacerse cuando el suministrado las requería, expresa o implícitamente.

En el caso del contrato de suministro periódico, el proveedor se obliga a entregar de forma periódica, en los momentos determinados o determinables, la cosa objeto del contrato. Este es el supuesto clásico de suministro, aunque posiblemente el suministro continuado sea el más extendido, dada la generalidad de los contratos de suministro doméstico que se celebran. Bajo el suministro periódico, cada una de las entregas es independiente y autónoma respecto de las demás, aunque parte del mismo contrato, que funciona como un acuerdo unitario que las engloba. Precisamente estas entregas periódicas e independientes son las que llevaron a cuestionar si el suministro funciona como un auténtico contrato o se trataba de una unión de compraventas. Así las cosas, el contrato de suministro periódico es el que mayor similitud presenta respecto de la compraventa con entrega fraccionada; si bien, como vimos, en ésta el objeto del contrato se fracciona y su entrega se reparte en el tiempo, mientras que en el suministro el objeto del contrato se entrega de una sola vez, pero de manera repetida y reiterada durante la vigencia del acuerdo como resultado del resurgimiento de la necesidad. En fin, dado que el suministro genera una única obligación de abastecimiento. De modo que todas las prestaciones de entrega forman parte de la misma obligación de suministrar asumida por el proveedor.

La periodicidad de las entregas incide en el alcance de las obligaciones. En la medida en que cada una de ellas funciona de forma autónoma del resto, los plazos para reclamar el saneamiento de los vicios o defectos nacen tras cada una de las entregas, no haciéndose extensiva al resto. Del mismo modo, y por lo general, el pago del precio se genera después de entregada la cosa, con lo que cabe hablar de retraso en el cumplimiento cuando el proveedor o el suministrado se demoran en la ejecución de sus respectivas obligaciones. Asimismo, al ser cada entrega independiente, las consecuencias de la resolución contractual no inciden sobre las que ya se han satisfecho, que quedan consumadas y no se ven afectadas por una eventual restitución de las prestaciones.

El autor apunta a que su división se superaba por el *Codice civile*, que solo distinguía las dos clases que nosotros comentamos: el suministro periódico y el suministro continuado.

Junto al suministro periódico, se encuentra el suministro continuado, que implica que la prestación se ejecute sin solución de continuidad, por ser, mediante este modo, como mejor se satisface la necesidad del suministrado. Esta modalidad contractual es propia de los contratos de suministro energético y de agua potable, en los que el objeto del contrato se encuentra siempre a disposición de la parte para que haga uso del mismo de la forma en que mejor le convenga en función de su necesidad. La diferencia respecto a la anterior modalidad de suministro es importante, puesto que en el suministro continuado la prestación es única, pero sin solución de continuidad o interrupción. Esta distinción tiene su manifestación más importante tanto en la forma en la que se accede al objeto del contrato, que no requiere ni de una comunicación o notificación previa al proveedor, dado que se encuentra siempre a disposición del suministrado para que la aprehenda cuando y cuanto la necesita; así como en la forma en la que se determina el pago del precio. Por lo que respecta al pago, mientras en el suministro periódico se materializa tras cada entrega, en el suministro continuado es frecuente que se tomen las entregas o consumos realizados dentro de un determinado periodo de tiempo, que normalmente se hacen coincidir con plazos naturales (meses, trimestres o años, por ejemplo). De este modo, se liquida, aunque a cuenta del precio final, los que se han producido dentro de estos periodos, que gozan de autonomía, al igual que las prestaciones y contraprestaciones que se ejecutan dentro de cada uno de estos periodos de suministro⁶⁹⁴.

El hecho de que el tiempo incida en la causa del contrato, afecte a su vigencia, configure el programa obligacional y determine la estructura del negocio releva que el tiempo no es accesorio en este contrato. No es un término o plazo, con la significación del art. 1125 CC. Como es

⁶⁹⁴ Cfr. FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.780, para quien la distinción tiene importantes consecuencias prácticas. Así las cosas, la determinación de las condiciones del contrato estará sujeta a su carácter periódico o continuado. Véase, por ejemplo, el cálculo del precio. El precio es uno de los elementos del contrato sujeto a corrección cuando se ha indicado en el contrato, o determinable si se han previsto mecanismos para su liquidación futura. La revisión o la liquidación, según sea el caso, estará sujeta al carácter periódico o continuado de la prestación. En el primer caso, el precio se determinará ante cada prestación individual, mientras que para el segundo se liquidará en función del intervalo objeto de facturación. Así sucede con el suministro eléctrico o de gas ciudad.

sabido, los contratantes pueden introducir en el contenido de su convención elementos que modalizan la forma o el momento en que se tiene que ejecutar el contrato. Estas modalizaciones se consiguen a través de la condición, el término o el plazo y el modo, que son siempre elementos accidentales de un contrato. Cuando se introducen en él, los contratantes quieren que éste despliegue los efectos típicos del mismo, pero quieren que lo haga en la forma que ha quedado señalada con estos elementos modificadores. Es por ello por lo que la doctrina afirma que la condición y el término o el plazo funcionan como verdaderos requisitos de eficacia, pues los efectos del mismo están sujetos a su cumplimiento⁶⁹⁵.

Así las cosas, uno de esos condicionantes es el término, que determina que los efectos del contrato se produzcan a partir de un determinado momento o periodo de tiempo. Pero, junto a este término, incardinable en el art. 1125 CC, en los contratos puede aparecer otra clase de término o plazo, referido al momento en el que debe realizarse la prestación que es propia del vínculo obligatorio nacido del convenio. Este es el término que se localiza en el contrato de suministro como consecuencia de la duración de la relación obligatoria. Proveedor y suministrado no quieren limitar la eficacia del contrato. Al contrario, buscan que sus efectos obligatorios surjan inmediatamente, tras su celebración, pero determinando el momento en que han de tener lugar las prestaciones previstas en el contrato. De modo que en el contrato de suministro la obligación de suministrar y la obligación de pago con obligaciones a término de ejecución, en donde lo que pende del término no es la obligación, sino el pago⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general, op.cit.*, pp.459 y ss.

⁶⁹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, op.cit.*, p.124.

Capítulo 5

Contenido del contrato de suministro

En este capítulo se pretende analizar el cumplimiento del contrato de suministro tal y como lo ha sido definido, como un contrato en virtud del cual el proveedor se obliga a realizar a favor del suministrado entregas, periódicas o continuadas, de cosas genéricas a cambio de un precio. De esta definición del contrato de suministro se observan dos obligaciones principales, que son las propias de cualquier contrato de intercambio de bienes. La obligación de entrega que asume el proveedor y la obligación de pago del precio a la que se compromete el suministrado. Cada obligación es causa de la contraria. La obligación de pago es la contraprestación por el abastecimiento de bienes, y viceversa. Lo que conforma el suministro como un negocio sinalagmático, oneroso y recíproco. Adicionalmente, el acto de suministro, o cada uno de los actos de entrega que encierra esta obligación, permite, además del intercambio de cosas, su traspaso dominical. Esta situación coloca el suministro entre aquellos contratos construidos en torno a la *traditio* a los que hace mención el art. 609 CC.

Pero si algo destaca en el cumplimiento de un contrato de suministro es el tiempo durante el que se extiende su ejecución al que se acaba de hacer referencia. El contrato de suministro presenta una peculiar fisonomía, resultado de la función económica principal orientada a la satisfacción de una necesidad duradera. Para poder atenderla, el proveedor asume una obligación temporal caracterizada por su vinculación hacia ella. El interés del suministrado en el contrato reside en esta obligación duradera ligada a la satisfacción de su necesidad, ya que solo mediante esta unión entre necesidad-prestación se alcanza su verdadera satisfacción. En consecuencia, el contrato de suministro se construye, bien sobre una constelación de prestaciones de entrega, cada cual independiente y autónoma, bien sobre una única prestación continuada en la que la cosa está ininterrumpidamente a disposición del suministrado.

I. LAS OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

A. LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO

La obligación característica de este contrato y, por tanto, la obligación principal del proveedor es la de suministro. Se entiende por suministro la acción de aprovisionar o proveer de cosas genéricas mediante la entrega recurrente de las mismas o a través de su continuada puesta a disposición del suministrado. Se trata de una acción duradera de dar, que puede canalizarse a través estas dos modalidades. Por un lado, mediante una pluralidad de actos individuales de entrega, que se reiteran en el tiempo, durante el cual el contrato se mantiene en vigor. Por otro, mediante un único acto de entrega por el que la cosa se mantiene a disposición del suministrado para que disponga de ella libremente. Ambas modalidades de suministro se integran en una única obligación duradera: la obligación de suministro⁶⁹⁷.

Al igual que sucede en los contratos de cambio, en el suministro se produce una entrega de bienes, con su respectivo traspaso dominical. La particularidad del contrato, a diferencia de lo que sucede en la compraventa o la permuta, está en la duración de la obligación de entrega, ya sea por una única entrega sin solución de continuidad, en el que la puesta a disposición del bien no se interrumpe⁶⁹⁸, o una pluralidad de

⁶⁹⁷ Ya hemos tenido ocasión de referir al carácter unitario de la obligación, en la que se reúnen las distintas prestaciones que dotan de sustantividad propia al contrato frente a otros tipos como la compraventa. Cabe advertir la confusión que se ha generado al respecto, por considerar que cada prestación constituye el objeto propio de cada obligación, *cfr.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, op.cit.*, p.92. Esta concepción del contrato no es exacta. En este orden, la falta de ejecución de una única obligación podría reputarse un incumplimiento contractual. Una solución que no es adecuada en un contrato con carácter continuado en el tiempo informado por el principio de buena fe. El suministro no genera una pluralidad de obligaciones de dar, sino una única obligación de dar pero que se reitera. En este esquema la falta de entrega o el retraso no se reputará incumplimiento salvo cuando tenga verdadera sustantividad para la parte que lo padece.

⁶⁹⁸ VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.711. El suministro continuo o continuado es característico del suministro energético, en donde «el suministrador tiene la obligación de prestar ininterrumpidamente el suministro, salvo fuerza

entregas sucesivas y repetidas⁶⁹⁹. En el suministro la entrega no consume el contrato. El negocio conserva toda su riqueza durante el tiempo de su vigencia, puesto que el contenido de la obligación no mengua a medida que se van ejecutando las prestaciones⁷⁰⁰. La obligación no recae sobre la entrega de una determinada cantidad de bienes. En el contrato de suministro la obligación sobrevive inalterada tras cada entrega, por cuanto el contenido de la obligación se renueva en función de los periodos o bajo las condiciones pactadas en el contrato, que, como norma general, irán ligadas al renacimiento de la necesidad del suministro. De tal modo que al hablar de suministro referimos a cualquiera de estas dos modalidades encaminadas a atender a un fin común: la satisfacción de una necesidad⁷⁰¹. En otras palabras, la obligación de

mayor, poniendo en todo momento a disposición del suministrado la cosa objeto del contrato, que es apropiada por éste a su voluntad y según sus necesidades», GAZTAÑAGA E IBARRA, J.M., *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid, 1946, p.64.

⁶⁹⁹ La obligación de suministrar se resuelve entregando en la frecuencia o periodicidad, cantidad, calidad y tipo convenidos, *cf.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.127. Esta entrega puede ser reiterada o continuada, según la modalidad del contrato que hayan concertado las partes, *cf.* FERRI, G., *Manuale di Diritto Commerciale*, *op.cit.*, p.777.

⁷⁰⁰ Durante toda la vida del contrato se mantiene la misma riqueza en cuanto a su contenido. Como explica FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.239 y ss., puede haber cierta disminución respecto de la cantidad a entregar cuando se realiza algún acto de cumplimiento, en la medida en que satisface una necesidad. Asimismo, cada entrega tiene efectos *solutorios*, esto es, da por extinguida la concreta manifestación de la necesidad. Pero esto no afecta a la obligación. Ésta solo se extingue cuando se ha cumplido totalmente el contrato, pues en la medida en que la necesidad es susceptible de reaparecer la obligación de suministro volverá a adquirir su carácter vinculante para el deudor.

⁷⁰¹ Sobre la relevancia de esta pretensión satisfactoria de la necesidad y su incidencia en el contrato, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.22 y ss. Con ello observamos la importancia que tiene la obligación de suministro en la distribución comercial. En ella, como actividad basada en la aproximación de éstos desde el fabricante hasta los destinatarios finales, el aprovisionamiento del empresario mayorista a los distribuidores deviene esencial. Sin este aprovisionamiento la actividad del distribuidor sería imposible, de modo que la obligación de suministro, presente en gran parte de los contratos de distribución comercial, constituye uno de sus ejes centrales, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución*, *op.cit.*, pp.57 y ss.

suministro se mantiene íntegra hasta la terminación del contrato. No se agota, a diferencia de lo que sucede en la compraventa con entregas fraccionadas, en donde el objeto se divide y su entrega va completándolo.

Desde esta perspectiva, se ha hecho hincapié en que el suministro conserva el sinalagma genético y la reciprocidad durante toda su vigencia. La jurisprudencia viene diferenciando entre el «sinalagma genético» –referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación–, del «sinalagma funcional» –en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto–⁷⁰². Pues bien, el suministro mantiene el sinalagma genético a lo largo de su vigencia como consecuencia de la reiteración de las prestaciones en qué consisten las obligaciones de las partes, y, fundamentalmente, la obligación de suministro.

Las condiciones en las que debe llevarse a cabo el suministro dependerán de las previsiones contenidas en el contrato, entre las que, junto a cuestiones tales como el lugar y el plazo de la entrega, el preaviso, el reparto de los costes de transporte y depósito, la asunción de los riesgos o la modalidad de transporte elegida, se suman aquellas otras que recaen sobre el objeto del contrato, como las relativas a su determinación⁷⁰³.

La imposibilidad de determinar en el contrato de suministro, al tiempo de contratar, extremos relativos a la cantidad de la cosa o las épocas o periodos en los que debe ejecutarse cada prestación de entrega conduce

⁷⁰² La STS núm. 911/2012, de 8 de enero (ROJ 109/2013) distingue el sinalagma genético del sinalagma funcional como sigue.

⁷⁰³ Son menciones necesarias cuando se trata de una obligación de suministro, ya sea que se integre en un contrato propio, como el que aquí comentamos, ya se integre en otro contrato, como sucede en los contratos de distribución, pero en los que también es preciso que las partes den cuerpo a las distintas cuestiones que inciden en la forma de ejecutar el contrato, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.62.

a los contratantes a configurar un negocio abierto en el que parte de las condiciones en las que debe ejecutarse han de ser rellenadas en un momento posterior. Esto hace que el suministro se configure en torno a una dinámica particular, recogiendo *actos de especificación*, esto es, operaciones de determinación a través de las cuales las partes rellenan de contenido cada prestación. Estos actos de especificación del objeto no generan obligaciones por sí mismas. La obligación de suministro de su razón fue comprometida en un momento anterior, en el momento de la celebración del contrato. De esta obligación es de la que se descuelgan las posteriores prestaciones de entrega, sin perjuicio de que, previamente, sea necesario la determinación de su contenido⁷⁰⁴.

a) La determinación del objeto del contrato de suministro

Es un uso habitual en el comercio que el objeto de un contrato de tracto sucesivo se enfrente a un grado de indeterminación. En el suministro, esta falta de determinación del objeto al tiempo de contratar es frecuente⁷⁰⁵. En la práctica, la determinación con exactitud del objeto en

⁷⁰⁴ Estos actos de determinación o de especificación han sido considerados por algún autor como *contratos de aplicación*, vid. CASTILLO PARRILLA, J.A., *El contrato marco de suministro (un contrato flexiseguro)*, op.cit. Los contratos de aplicación serían contratos propios, instantáneos, en donde se prestaría un nuevo consentimiento por las partes, que tendrían una causa propia y un objeto determinado. Estos contratos tienen cabida dentro de la figura del contrato marco. El contrato marco es admisible en nuestro ordenamiento. Así, cuando las partes acuerdan determinadas cuestiones, dejando para un posterior momento la negociación en cuanto a ciertas condiciones, tales como el plazo de entrega, la cantidad o el precio, entonces sí estaremos ante un contrato de aplicación, resultado de un nuevo acuerdo. El contrato base o marco y cada contrato de aplicación serán contratos conexos, cada uno con su propio consentimiento, objeto y causa. Pero cuando no pueda encontrarse este esquema, como sucede en el suministro cuando se realiza un acto de especificación, no cabe reconducir el negocio a este complicado conglomerado contractual. Sobre todo, porque vemos que se trata de una construcción complicada, resultado de la negativa a aceptar que el contrato de suministro es un contrato con obligaciones duraderas en el que el contenido de cada una de las prestaciones puede ser rellenado posteriormente gracias a la inclusión de reglas que lo hacen determinable.

⁷⁰⁵ Se constata esta dificultad en los contratos de distribución en los que se integra una prestación de suministro por parte del cabeza de la red o los distribuidores responsables del aprovisionamiento a los miembros de la red. De hecho, es la dificultad a la hora de determinar el alcance del abastecimiento la que justifica que se acuda a

el propio contrato será una tarea complicada, dada la sujeción del contrato a la necesidad del suministrado. Éste, la mayor parte de las veces, no está en condiciones de conocer sus necesidades futuras, con lo que enfrentarle al difícil ejercicio de fijar con exactitud el contenido de todas y cada una de las futuras prestaciones de entrega es poco conveniente⁷⁰⁶. El interés que reside en el acreedor consiste en obtener una prestación que dé satisfacción a su necesidad, sin importar su *quantum*. Con lo que limitar el objeto de cada prestación puede ser contrario al fin perseguido en el contrato de suministro. Incluso allí donde se tiene un absoluto conocimiento del alcance de las necesidades y se puede señalar el contenido de cada prestación individual, parece que la determinación debería estar sujeta a corrección o subsanación⁷⁰⁷.

En puridad, el objeto contractual, entendido como la identificación de una cosa genérica sobre la que recae la obligación de suministro, habrá quedado señalado en el contrato⁷⁰⁸. El interés del Derecho de contratos

contratos marco de distribución, dejando abierta la determinación del contenido del suministro, *cf.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución, op.cit.*, p.133.

⁷⁰⁶ En este sentido, JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución, op.cit.*, p.125, quien destaca la dificultad organizativa que se deriva de una de ello, lo que determina que no se señalen en el contrato algunos aspectos relativos al objeto.

⁷⁰⁷ Que las prestaciones hayan quedado determinadas desde la firma del contrato no afecta a su naturaleza diferenciada del negocio de compraventa. En estos supuestos se incrementa el riesgo de confusión con la compraventa fraccionada. Precisamente, la nota distintiva del suministro respecto de la compraventa con entregas repartidas es su vinculación a las necesidades del adquirente y la falta de determinación del objeto del contrato es un indicio que ayuda a la calificación del negocio. Allí donde ha quedado determinado el objeto contractual con exactitud este indicio desaparece, para lo que deberemos atender a otros criterios ya apuntados anteriormente —el fraccionamiento del objeto, la duración del negocio o la repetición de la prestación—. Es totalmente admisible que el suministrado conozca el alcance de su necesidad y pueda rellenar de contenido el objeto de cada prestación con acierto, sin que esto desvirtúe el contrato de suministro, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *Los contratos de suministro de materiales, op.cit.*, p.143.

⁷⁰⁸ Como afirma GARCÍA PÉREZ, C.L., «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 70 (2017), pp.1091, continúa siendo

en que el contenido del contrato quede determinado en el momento de la celebración radica en que, desde ese instante, el acuerdo origina obligaciones para las partes. Pero que el contrato se haya concluido no significa que todos sus aspectos hayan tenido que ser recogidos pormenorizadamente⁷⁰⁹. Como es sabido, el tenor del 1261 CC permite que el objeto sea determinable con posterioridad, siempre que no sea necesario un nuevo acuerdo de voluntades⁷¹⁰.

discutido si el objeto del contrato lo son las prestaciones (entendidas como las conductas asumidas por las partes de dar, hacer o no hacer), las obligaciones comprometidas por cada contratante o las propias realidades materiales o jurídicas sobre las que recae el consentimiento. En cualquier caso, como ha apuntado la doctrina, se trata de una cuestión más académica o dogmática que práctica. Sea objeto del contrato la prestación, la obligación o las cosas o servicios, en definitiva, los caracteres exigibles al objeto del contrato recaen sobre las concretas realidades respecto a las que se emite el consentimiento. El examen de la licitud, posibilidad, existencia y determinación o determinabilidad se concretan en el objeto de la prestación. No obstante, a los efectos que aquí tratamos, cuando hablamos de la determinación del objeto del contrato nos referimos a los bienes y al precio, que son, a su vez, objeto de la prestación de dar.

⁷⁰⁹ GARCÍA PÉREZ, C.L., *El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)*, *op.cit.*, pp.1080 y ss. Explica la autora que, aun en ausencia de objeto determinado en el contrato, las partes pueden haber querido contratar bajo estos términos. Incluso, bajo su perspectiva, el objeto puede haber quedado rellenado, aunque en el contrato se guarde silencio al respecto. Hacia este planteamiento avanza el Derecho europeo de contratos, en donde no se describe el contrato como un conjunto de elementos que generan un vínculo obligatorio, sino como un acuerdo suficiente, en el que el consentimiento recae sobre un contenido lícito y cierto.

⁷¹⁰ Esta indeterminación original del objeto del contrato, frecuente en la práctica mercantil, sirvió para apuntar que el suministro no era un verdadero contrato, partiendo de la falta de los elementos esenciales de cualquier contrato y la necesidad de manifestar un nuevo acuerdo de voluntades para rellenarlos de contenido. Así sucede cuando la prestación ha quedado indeterminada, requiriendo un segundo consentimiento para determinar el objeto contractual, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, *op.cit.*, pp.107 y ss. Ahora bien, no debemos confundir la indeterminación del objeto del contrato con la indeterminación de las cantidades que deben ser entregadas. Pero incluso cuando nada se ha previsto el acuerdo puede ser salvado atendiendo a la voluntad de pacto perseguida por las partes. En este sentido, el *Codice civile* recoge, en su art. 1560, una regla que permite superar esta indeterminación y salvar el carácter contractual del acuerdo. En su virtud, la ausencia en la fijación de una cantidad o volumen en el contrato, así como la previsión de unos parámetros mínimos y máximos, determina la aplicación de una presunción: se entenderá que

Esta indeterminación inicial del objeto es un efecto natural del aprovisionamiento⁷¹¹. Su sujeción a una necesidad futura y, por tanto, difícil de conocer con la certeza y el acierto que exige la determinación contractual del objeto conducen a que no pueda concretarse el contenido de la prestación comprometida al momento de contratar⁷¹². Es por ello por lo que se prevén en el contrato de suministro disposiciones que permiten determinar el objeto del contrato en un momento posterior⁷¹³. Al efecto, se incorporan al suministro un conjunto de reglas y condiciones mediante las que se permite determinar la cantidad y la calidad del objeto del contrato, y, en según qué casos, los momentos de cada una de las entregas⁷¹⁴.

asumió el compromiso de entregar una cantidad correspondiente a la necesidad normal del suministrado, *cfr.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.29. Esta solución ha sido aplaudida y acogida por nuestra doctrina, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.128.

⁷¹¹ La fijación o determinación de la cantidad en el contrato de suministro es una de las principales cuestiones que plantea el negocio, debido a los problemas para conjugar la necesaria flexibilidad que necesita el suministro con la necesidad de concretar el contenido del contrato y el correcto cumplimiento de la obligación por el proveedor, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.270. Con lo que en el contrato de suministro difícilmente tendrá una exacta determinación la cantidad y la calidad de las cosas que se van a suministrar, *cfr.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, p.418.

⁷¹² Así sucede en el ámbito de la distribución comercial, cuya razón de ser está en el acercamiento de bienes desde el fabricante hasta el consumidor final y donde, para poder llevar a cabo esta labor de intermediación, es necesario que el cabeza de la red o proveedor aprovisione o abastezca de productos a sus distribuidores. Esta obligación de suministro irá acompañada de un buen número de pactos que inciden sobre el objeto de suministro, tales como la fijación del número o volumen de productos que el distribuidor habrá de adquirir, las cifras mínimas de compras o los niveles determinados de *stock*, entre otras. En este sentido, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución, op.cit.*, p.61.

⁷¹³ Las prestaciones pueden estar prefijadas en el contrato o bien puede dejarse su determinación para un momento posterior. Lo relevante es que la redacción del contrato no conduzca a una indeterminación absoluta del objeto contractual, que implicaría su nulidad, *cfr.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM, op.cit.*, p.1623.

⁷¹⁴ En este sentido, el art. 513-2.1 PCM disponía que el proveedor «deberá entregar bienes cuya calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato, con la

(i) *La fijación de la cantidad en el contrato. El suministro a placer.*

La determinación del objeto del contrato mediante la fijación de la cantidad en el propio acuerdo de suministro no plantea dificultades. El objeto puede venir determinado directamente especificando su número, volumen, peso o medida. Esta fijación inicial del objeto contractual no requiere de ningún acto de especificación posterior. De este modo, se permite al proveedor conocer con antelación el *quantum* de cada entrega. Esto facilita su organización, al conocer de antemano qué debe ser entregado. Además, evita a las partes realizar un posterior acto de concreción, al tiempo que revela el control que el suministrado tiene de sus necesidades futuras. Sin embargo, no es la costumbre habitual en el tráfico. La determinación de la cantidad del objeto en el contrato vincula a las partes, y aunque pudiera ser la opción favorita para el proveedor, pues le permitiría una mejor gestión de su empresa, resultaría contraria al interés del suministrado, quien se enfrenta al riesgo de ver insatisfecha su necesidad. Por ello, incluso en los casos en los que se determina en el contrato el contenido de las prestaciones futuras, sería aconsejable la incorporación de pactos que permitan a las partes corregirlo o actualizarlo.

Con el fin de evitar un complicado ejercicio de cálculo al momento de suscribir el contrato, lo propio en el contrato de suministro es que las cantidades queden indeterminadas⁷¹⁵, sujetándose a un acto posterior de especificación. La especificación –o concreción, o concentración,

frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él», lo que se interpretaba como una obligación del suministrado de señalar con exactitud la cantidad y periodicidad de los pedidos, *vid.* DE LA VEGA GARCÍA, F., *El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del PCM)*, *op.cit.*, p.1295.

⁷¹⁵ Se trata de una indeterminación relativa en la que el objeto del contrato queda lo suficientemente especificado como para conocer sobre qué recae la prestación de dar, sin perjuicio de que sea necesario un pacto posterior bien porque la cosa no exista, STS núm. 196/2010, de 13 de abril (ROJ 1658/2010); o, como en el suministro, porque dependa de una necesidad a la que habrá que ajustar el contenido del contrato.

etc.— ha sido entendida por la doctrina como un acto de individualización, mediante el que una obligación genérica se convierte en específica⁷¹⁶. Como regla general, la especificación es un acto que corresponde hacer a la parte a quien se le reconoce esta facultad. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, nuestro CC presume, por aplicación de la regla *favor debitoris*, que esta facultad le correspondería al deudor⁷¹⁷. A nuestro juicio, cuando en el suministro se llegase a omitir a quién corresponde esta facultad, la regla del 1258 CC, la facultad recaería sobre el suministrado —que es deudor de la obligación de pago, pero acreedor de la de suministro—. Cabría defender esta interpretación de la función económica a la que responde el contrato de suministro, porque difícilmente puede llegar a satisfacerse la necesidad del suministrado si no es él, en función de sus necesidades, quien especifique el contenido de la prestación de entrega.

No obstante, la especificación es una facultad que el contrato suele recoger expresamente a favor del suministrado, como también las fórmulas establecidas al efecto, que pueden responder a criterios objetivos o subjetivos⁷¹⁸. Mediante estas fórmulas se trata de fijar el límite de las cantidades de forma acorde con lo dispuesto en el 1273 CC, pues un contrato que deje al arbitrio del suministrado la determinación del objeto resultaría contrario a la regla del 1256 CC y, sobre todo, pondría en riesgo la relación contractual ante posibles discrepancias en cuanto a los límites de esta facultad reservada a favor del suministrado. Por ello, en la práctica mercantil es frecuente la incorporación de condiciones específicas que inciden en la determinación posterior del objeto. Es decir, cláusulas expresamente encaminadas a rellenar el objeto de cada una de las prestaciones que conforman la obligación de suministro. De

⁷¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, *op.cit.*, pp.48-49.

⁷¹⁷ Por todos, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general*, *op.cit.*, pp.65 y 66.

⁷¹⁸ Al igual que la duración del contrato está sujeta a las necesidades de una de las partes, el objeto a suministrar en cada prestación responderá a esta necesidad. La parte suministrada puede tener la facultad de concretar el *quantum* de la cosa que debe entregar el proveedor mediante la incorporación en el contrato de mecanismos que permitan su liquidación, *cfr.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, *op.cit.*, p.108.

este modo, se resuelve una confrontación de intereses, al aunar el interés de una parte de obtener la satisfacción de sus necesidades duraderas, sean cuales sean, y el interés de la otra de conocer con anticipación el alcance de la prestación a la que está obligado por haberlo asumido así en virtud del contrato.

Así las cosas, la fijación del objeto en cuanto a la cantidad puede hacerse a través de fórmulas objetivas y subjetivas. La fijación del contenido del objeto del contrato mediante criterios objetivos refiere a la previsión de estipulaciones que no se sujetan a la voluntad del suministrado. Aunque en última instancia será él quien señalará la cantidad exacta, lo hará ajustándose a las previsiones recogidas en el contrato. La aplicación de estas reglas puede ser para cada pedido individualizado o para un grupo de ellos –por ejemplo, los que se produzcan dentro de un periodo de tiempo concreto, *v.gr.*, cada año o cada semestre—. Adicionalmente, algunas de ellas pueden plantearse como verdaderas obligaciones, con lo que el proveedor se garantiza un flujo de ventas⁷¹⁹.

Una de estas reglas consiste en la determinación mediante cláusulas de adquisición mínima. En virtud de ellas, el suministrado viene obligado a adquirir un cierto número de productos o un volumen mínimo en cada pedido. Este pacto puede configurarse de tal forma que se impida al suministrado compensar los excesos de unos pedidos con las faltas de otros. Esta fórmula garantiza al proveedor la salida de bienes y la obtención de un precio, al tratarse de un mínimo obligatorio para el suministrado. Esta regla no recoge un techo o máximo, con lo que el proveedor estará obligado a suministrar en la cantidad señalada por el suministrado.

⁷¹⁹ Aunque estas cláusulas son semejantes a las llamadas *cláusulas de rendimiento*, que se contienen en los contratos de distribución, no tienen el mismo alcance ni responden a la misma finalidad. Las cláusulas de rendimiento tratan de incentivar la actividad del distribuidor, al tiempo que sirven al cabeza de la red para expulsar a aquellos distribuidores que no las cumplen y, por tanto, no resultan interesantes mantenerlos en el seno de la red. De otro lado, se configuran como obligaciones para el distribuidor, mientras que las cláusulas que contienen criterios objetivos de determinación del precio buscan, precisamente, rellenar de contenido el objeto del contrato. Sobre las cláusulas de rendimiento en el seno de la distribución integrada puede verse JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.154 y ss.

La regla de adquisición mínima puede traer consigo un efecto negativo para el suministrado. Su obligatoriedad le impone alcanzar en cada uno de los pedidos las cantidades comprometidas, habiéndose obligado al pago de un precio por una cantidad determinada de bienes y que, en algunos casos, deberá abonar aun cuando el pedido no alcance las cantidades previstas. El efecto que esto produce es una adquisición de bienes por encima de las necesidades del suministrado, con los consiguientes perjuicios económicos que acarrea estar abastecido en exceso, como son los gastos derivados del almacenamiento, el deterioro de los bienes invendidos o el riesgo que entraña la operación económica cuando no se recupera la inversión⁷²⁰.

Por otra parte, la regla de compra mínima también puede suponer un riesgo para el proveedor. Al no preverse en el contrato un límite máximo en lo que respecta al volumen de cada entrega, se enfrenta al riesgo de un pedido desorbitado que exceda su capacidad productiva, lo que le llevaría a un incumplimiento del contrato. Podría presumirse que la obligación de suministro del proveedor encontraría su límite en su capacidad económica. Sin embargo, la falta de previsión de un máximo que actúe como límite permitiría concluir que el proveedor, conocedor de las necesidades del suministrado, confió en poder atenderlas, razón de que se omitiese la fijación de una cantidad máxima en el contrato⁷²¹.

⁷²⁰ JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, op.cit., p.61, apunta que la fijación de un número o volumen de productos mínimos en los contratos de distribución en los que se integra una cláusula de suministro mínimo obligatoria conlleva que el distribuidor se abastezca por encima de sus necesidades, al igual que sucede con otras cláusulas como la fijación de umbrales o el mantenimiento de stocks mínimos.

⁷²¹ En estos casos puede plantearse si el proveedor está obligado a suministrar por encima de su capacidad productiva, lo que parece un límite aceptable conforme a las reglas de la buena fe contractual, vid. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op.cit., p.421. Esta será una cuestión circunstanciada, pues no debemos perder de vista que si las partes han incorporado un mínimo que es obligatorio para el suministrado y no han previsto un máximo puede deberse a una aceptación del proveedor de abastecer al suministrado sea cual sea su necesidad. Por el contrario, podría interpretarse que el proveedor conocía cuáles eran las necesidades normales del suministrado y aceptaba su abastecimiento dentro de esa normalidad. Sea como fuere, observamos que se tratará de una cuestión casuística que nos obliga a estar a cada caso en particular cuando se produzca.

Para evitar esta situación de pedidos que no excedan la capacidad productiva del proveedor las partes suelen incorporar una horquilla o un rango para las adquisiciones fijando una cantidad mínima y máxima⁷²². Con esta fórmula se trata de delimitar el límite dentro del cual se moverá el *quantum* de cada una de las prestaciones⁷²³, lo que soluciona los eventuales problemas por la falta de determinación al haber quedado señalado, por arriba y por abajo, los límites dentro de los que se moverá cada prestación. Esta opción se revela beneficiosa para ambas partes. De un lado, porque se permite al suministrado disponer de un contrato flexible con el que adaptar la prestación en función de la necesidad manifestada en cada momento. De otro, porque se permite al proveedor conocer con antelación la horquilla dentro de la que se moverá la cantidad a suministrar en cada momento⁷²⁴. El proveedor consigue adecuar

⁷²² En el contrato se puede delimitar el contenido de las prestaciones, aunque con frecuencia se opta por establecer criterios objetivos que permiten a las partes determinarlo con posterioridad a su firma, en atención a las particulares necesidades del suministrado, *cfr.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.297.

⁷²³ Mediante la regla del mínimo y máximo de la prestación se soluciona, por arriba y por abajo, el eventual problema de desajuste entre los pedidos del suministrado y las existencias del proveedor. Ambas partes conocen en qué rango se moverá cada prestación particular, sujetando el contrato a las necesidades de la parte suministrada al tiempo que da seguridad al proveedor, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2298.

⁷²⁴ Este método tiene una especial importancia dentro de la organización empresarial, pues permite al suministrado planificar su producción para poder dar cumplimiento a su obligación. Ahora bien, esta planificación puede ser un arma de doble filo, como pone de manifiesto la STS núm.924/2006, de 27 de septiembre (ROJ 5497/2006), el proveedor había fabricado los productos objeto del contrato en previsión de futuros pedidos que nunca se realizaron. El TS entiende que las reglas generales permiten al acreedor rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado. En todo caso, la ruptura de la relación impone en el deudor la obligación de indemnizar al proveedor las cantidades que previsiblemente habría abonado por los encargos esperados en los meses en que dejó de realizar pedidos, a lo que condenó la SAP Barcelona, rec. 202/1998, de 29 de julio (ROJ 8501/1999). Contra esta condena se mueve la parte condenada esgrimiendo un *uso de comercio* en la industria automovilística en cuya virtud en los suministros las entregas se subordinan a pedidos en firme dirigidos al proveedor, por lo que la falta de pedido no obligaría al suministrado a incurrir en ninguna indemnización. Un planteamiento que desestima

su producción y disponer de existencias suficientes para atender su obligación, en la medida en que está en condiciones de conocer de manera anticipada los márgenes dentro de los que se moverá cada pedido que curse el suministrado. Las formas de acondicionar el funcionamiento de este sistema están abiertas a los intereses de las partes. Así, el mínimo puede aparecer configurado como obligatorio, mientras que, por otra parte, el proveedor puede estar facultado para rechazar el exceso que sobrepase el máximo establecido, o, incluso, aceptarlo incrementando el precio o los plazos de entrega inicialmente previstos.

A diferencia de lo que sucede con la cláusula de pedidos mínimos, mediante esta fórmula el proveedor se obliga a disponer de una capacidad productiva suficiente para atender al pedido que se curse dentro del rango mínimo y máximo establecido. Al disponerse de un rango en el que se moverán las prestaciones de entrega, estará obligado a disponer de los bienes o tener la capacidad de producción suficiente para poder abastecer al suministrado en los pedidos cuyo volumen recaiga dentro de margen comentado. En caso contrario, el suministrado podrá reclamarle por los daños ocasionados por no disponer de mercancía suficiente, toda vez que se trata de un incumplimiento contractual⁷²⁵.

La determinación del objeto de suministro mediante el uso de estas fórmulas objetivas, sin embargo, puede no satisfacer a las partes. Particularmente desde la perspectiva del suministrado, quien no tendrá interés en abastecerse por encima de su necesidad. En estos casos, debemos destacar el uso de fórmulas subjetivas. Se trata de reglas en las que la determinación de la cantidad queda totalmente vinculada a la voluntad del suministrado. De ahí que las reglas subjetivas planteen mayores

el TS evitando entrar a valorar la prueba. Sea como fuere, al contrato le resultan igualmente aplicables las reglas derivadas del principio de buena fe contractual *ex* 1258, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2298.

⁷²⁵ NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione, op.cit.*, p.43. El legislador italiano incluyó en la disciplina del suministro un conjunto de normas que permiten determinar el contenido de la prestación en cada caso. Recogiendo el art. 1560 *Codice civile* contempla la posibilidad de que las partes hayan previsto un margen dentro del que se moverá la determinación del *quantum*. A falta de pacto en este sentido, se contiene una regla supletoria que remite a las necesidades que tuviere el suministrado al momento de concluir el contrato, y que, en todo caso, deben ser conocidas por el deudor.

complicaciones al introducir en el contrato un grado de arbitrariedad que confronta con lo dispuesto en los arts. 1256 y 1273 CC.

Estas fórmulas subjetivas giran en torno a lo que se denomina *suministro a placer*. Esta modalidad de suministro permite al suministrado comunicar al proveedor la cantidad de cada prestación sin sujetarse a un mínimo o un máximo. Este criterio flexible, mediante el cual el contrato se adapta en todo caso a la satisfacción de la necesidad del suministrado, es admitido en otros ordenamientos. Así, los arts. 1560 *Codice civile* y 969 del Código de comercio de Colombia⁷²⁶, que recogen la posibilidad de que sea el suministrado quien determine la cantidad de bienes que deben entregarse en cada prestación. La arbitrariedad de esta figura se resuelve en los ordenamientos donde el suministro ha sido disciplinado mediante la presunción de que las partes se han remitido las necesidades ordinarias o *normales* del suministrado, con lo que el aprovisionamiento se ajustará a darles satisfacción en la cuantía que sea⁷²⁷. En caso de que estas necesidades no pudieran ser conocidas, se

⁷²⁶ El suministro en función de las necesidades particulares del suministrado habidas al momento de la conclusión del contrato es una fórmula de cierre que opera solo en ausencia de una previsión específica acerca de la cuantía del suministro, NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione, op.cit.*, p.45. Entre nosotros, a falta de pacto expreso debe ser aplicable una presunción como la contemplada en estos otros ordenamientos que sí disciplinan el suministro, a la vista de la función económica que persigue el suministro, ligado a la satisfacción de las necesidades del suministrado, para lo que el proveedor deberá proporcionarle de las cantidades que precise, *vid.* GAZTAÑAGA E IBARRA, J.M., *El contrato de suministro de energía eléctrica, op.cit.*, p.63.

⁷²⁷ El art. 969 del Código de comercio de Colombia enumera varias reglas para la determinación de la cuantía del suministro. Remitiéndose, en primer lugar, a su especificación cuando las partes han previsto límites mínimos y máximos, recoge, como cláusula de cierre para el caso de que nada se haya estipulado, la remisión a las necesidades del suministrado (al que refiere como *consumidor*). Esta cláusula supletoria de la voluntad de las partes permite reconducir el contrato en caso de silencio en cuanto a la cuantía del suministro, *cf.* SANÍN BERNAL, I., «El suministro: Un contrato, y también una realidad comercial», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm.93 (1993), p.65.

tendrán en cuenta las necesidades determinadas al momento de la celebración del contrato⁷²⁸.

El suministro a placer también es conocido en nuestro país. La falta de previsión normativa coloca a las partes ante las disposiciones generales del Derecho de contratos. A nuestro juicio, la falta de una norma en sentido expreso que autorice esta remisión a las necesidades normales u ordinarias del suministrado no debe ser un obstáculo cuando las partes convienen un *suministro a placer*. Esta opción tiene encaje en la libertad de las partes de configurar el contrato conforme a sus intereses particulares. Necesariamente, el proveedor deberá estar en condiciones de conocer cuáles son estas necesidades habituales a efectos de evitar que quede sometido al arbitrio de alguna de las partes. Así las cosas, el principio de buena fe contractual obligaría al suministrado a comunicar e informar al proveedor, al tiempo de la celebración del contrato, acerca de necesidades ordinarias o normales que van a ser objeto de satisfacción. Si el suministrado omitiese información acerca de sus necesidades ordinarias, se estaría ante un contrato en el que la falta de determinación del objeto es difícil de salvar. La única forma de rellenarlo sería mediante un acto unilateral del suministrado que confrontaría lo dispuesto en el art. 1256 CC. En esta hipótesis, el proveedor desconocería absolutamente la cantidad del objeto a suministrar, quedando, pues, al arbitrio de su contraparte. A fin de evitar estos problemas, en el suministro a placer el suministrado sería exigible que estuviese obligado a informar acerca de sus necesidades ordinarias o normales al tiempo de suscribir el contrato, en línea con el contenido del art. 513-2.2 PCM. El propio proveedor tendrá un interés en conocer cuál es el alcance de la

⁷²⁸ A las necesidades existentes al momento de la conclusión del contrato se remite el art. 1606 del Código civil de Perú: «Cuando no se haya fijado el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato». En el mismo sentido, el art. 1560 *Codice civile*, que recurre a las necesidades del suministrado al tiempo del contrato, si bien para ello deberán ser conocidas por el proveedor, *vid.* GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione, op.cit.*, p.257. Una regla similar se contenía en el 513-2.2 PCM, que disponía que «cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato».

obligación de suministro que está asumiendo. De lo contrario, no actuaría como un ordenado y diligente empresario.

Este *suministro a placer* se presenta como la opción más socorrida allí donde el suministrado no se encuentra en condiciones de determinar la cuantía de la prestación y las partes no quieren incorporar reglas objetivas para ello⁷²⁹. Esta forma de suministro se sujeta a las necesidades del suministrado, que es lo mismo que decir que se somete a su *arbitrio*. La opción exige equilibrar la flexibilidad que busca el suministrado con la concreción del contenido de las prestaciones que exige el Derecho de contratos⁷³⁰. En este contexto, se comprende la importancia que reviste la obligación del suministrado de informar con suficiente antelación a su proveedor sobre el alcance de sus necesidades, ya que se erige como un contrapeso a su capacidad de libre determinación del contenido del contrato⁷³¹. Igualmente, el proveedor estará facultado, por razones de equidad y buena fe contractual, a rechazar aquellos pedidos

⁷²⁹ BLASCO GASCÓ, F.P., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular. Cuasicontratos. Derecho de daños, op.cit.*, p.122. También LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.194 refiere al ancho margen en lo relativo a la determinación de la cantidad objeto del contrato, admitiendo las múltiples opciones a las que acuden las partes: o bien fijar la cantidad contractualmente, o bien que sea determinada posteriormente sujetándose a las reglas estipuladas, o bien sometiéndose a las necesidades del suministrado o, incluso, a su entera discreción.

⁷³⁰ En puridad, el contenido de las prestaciones no vendrá determinado por la necesidad, sino por el arbitrio del suministrado, lo que puede suponer una confrontación con el artículo 1256 CC. Sea como fuere, esta opción viene prevista en el PCM en su artículo 513.2.2, plantea dos cuestiones. Una solución similar a la que se contempla en el derecho italiano. El art. 1560 *Codice civile* determina que la cobertura de las necesidades normales del suministrado se entenderá referida a las existentes al momento de celebración del contrato, incluso cuando tales necesidades excedan el contenido previsto para las particulares prestaciones cuando éste se hubiese pactado en el contrato. Con ello, el legislador italiano hace prevalecer la finalidad perseguida por los contratantes sobre un particular contenido de las prestaciones recogido en el contrato, aunque para ello tenga que reconocer la facultad discrecional de una de las partes para determinar el contenido del contrato, *vid*, NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione, op.cit.*, p.43.

⁷³¹ Un ejemplo de la operativa puede verse en el contrato enjuiciado por la SAP Madrid, núm. 46/2012, de 31 de enero (ROJ 1166/2012). El suministrado comunicaba, antes del día 23 de cada mes, las entregas programadas para el mes siguiente. Orientativamente el proveedor se comprometía a adelantar la previsión de entregas para los

que sobrepasen su capacidad productiva, lo que comprende tanto la producción de su empresa como los demás compromisos contractuales asumidos con terceros⁷³². Dos contrapesos, la obligación del suministrado a respetar un plazo de preaviso y la facultad del proveedor a rechazar aquellos pedidos o parte del pedido que no pueda atender por exceder su capacidad, que servirían para delimitar el derecho del suministrado a determinar el *quantum* de cada prestación.

(ii) *Determinación de la calidad*

A diferencia de lo que sucede con la fijación de la cantidad, la calidad sí suele venir incorporada en el propio contrato, dado que es presumible que las calidades, las características o las condiciones de la mercancía habrán de ser siempre las mismas; esto es, no variarán en función de cada prestación. Esta determinación de la calidad puede hacerse mediante una descripción, referencia a muestras o modelos, referencias a una calidad conocida en el comercio o en el sector, etc.⁷³³. Por ello, su fijación en el contrato es un requisito necesario, pues de lo contrario,

dos meses siguientes, a fin de mejorar el aprovisionamiento de los productos derivados del pescado objeto del contrato. Este es un supuesto de entregas periódicas en un contrato de suministro.

⁷³² Admitiendo la doctrina que el suministrado puede tener la libertad de determinar a su arbitrio la cantidad de la cosa a entregar, deberán establecerse límites para evitar dejar el contrato a su entera discreción, LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil, op.cit.*, p.194. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.421 admite la viabilidad de la cláusula que sujeta el contenido de la prestación a la *necesidad* del suministrado. En tal caso, la ausencia de unos límites máximos y mínimos podrían dificultar el cumplimiento del contrato, de manera que el profesor liga el elemento económico de la necesidad a la capacidad del proveedor para atender la prestación. En el mismo sentido, AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p2298.

⁷³³ En la práctica, la delimitación del objeto en el contrato suele estar extremadamente detallada. De este modo, la entrega de cosa distinta a la especificada supondrá un incumplimiento del suministro, *cfr.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM, op.cit.*, p.1624.

en aplicación de la regla supletoria del 1167 CC⁷³⁴, el suministrado no podrá exigir la de calidad superior ni el deudor entregar la de la inferior⁷³⁵. Difícil acogida tendría el reproche del acreedor fundado en que la mercancía carecía de las calidades previstas cuando se ha omitido expresamente cuáles son estas calidades⁷³⁶. De acuerdo con la regla

⁷³⁴ Se trata de una norma que aplica en caso de silencio en el contrato, pero que puede esquivarse sin mayor complicación mediante una previsión expresa referida a la calidad de los productos, a sus especificaciones técnicas o a las cualidades que debe tener la cosa, *vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.739.

⁷³⁵ El art. 1167 resuelve la cuestión de determinar, a falta de pacto sobre la calidad de las cosas que deben ser entregadas, la calidad que han de reunir éstas para entender que el deudor ha cumplido con su obligación. Según dispone esta regla, las cosas deben tener la calidad media, ni superior ni inferior. Así, cuando el deudor entrega cosas en su calidad media se entiende, en línea con el principio de exactitud, que la cosa entregada se adecua a lo pactado, MARÍN LÓPEZ, M.J., «Artículo 1167», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil, op.cit.*, p.8568. En todo caso, la determinación de cuál es la calidad media puede ser una actividad compleja, que deberá realizarse caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, interpretando y valorando los elementos concurrentes en el contrato. Así, por ejemplo, un factor indicativo de la calidad será el precio: allí donde se pague una cantidad superior a la normal se presume que se desean cosas de calidad superior a las normales; y viceversa, *vid.* OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Artículo 1167. Entrega de cosa indeterminada o genérica, op.cit.*, pp.386-387.

⁷³⁶ En este sentido, STS núm. 981/2005, de 20 de diciembre (ROJ 7707/2005), que desestima la casación por cuanto la recurrente «desconoce que, según considera acreditado el Tribunal a quo en ejercicio de su competencia, no se especificaba en los pedidos la calidad exigida ni, sobre todo, el uso a que estaban destinados los ladrillos ni, por otra parte, se procedía al examen y comprobación de los materiales entregados, incumpliendo de este modo la carga que pesa sobre el acreedor, por imperativo de la buena fe que integra la regla contractual (artículo 1258 CC), de verificar un examen puntual y diligente de la prestación, como presupuesto de cualquier reclamación». En el mismo sentido, AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2297. La determinación de la calidad de la cosa deberá atender a las reglas de la buena fe, por lo que la entrega de cosa de mejor calidad no faculta al acreedor para oponerse, como tampoco La misma solución cuando acepta recibir cosa de inferior calidad, *cfr.* MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines, op.cit.*, p.499.

general del art. 1167CC, aplicable a los contratos mercantiles, el acreedor no puede reclamar cosa mejor a la especificada por operar la regla de la calidad media⁷³⁷.

La determinación de la calidad del objeto del contrato es una cuestión circunstanciada, dado que las partes pueden, además de especificar la calidad de la cosa, establecer mecanismos para su comprobación, distribución de sus costos, plazos de denuncia, etc.⁷³⁸. La falta de previsión en el contrato respecto a las cualidades o condiciones que debe reunir la cosa hará aplicable la regla anterior del 1167 CC. Sin embargo, ante la falta de especificación cualitativa en el propio contrato, la interpretación contractual permitirá cierto margen cuando pueda desprenderse del contenido del acuerdo que la voluntad de las partes fue dirigida a obtener bienes de una determinada calidad, que revistiesen unas cualidades superiores a la media, o que, por el fin al que pretendía destinarlos el suministrado, debiesen ajustarse a unas condiciones⁷³⁹.

⁷³⁷ Es habitual que la calidad de las cosas quede determinada en el contrato, ya sea de manera directa o indirecta, a través de marcas, modelo, clase, dimensiones, especificaciones, etc. Solamente en caso de ausencia podrá entregarse la cosa que corresponda con la calidad media dentro del género, aunque esto no significa que la determinación de la calidad esté exenta de problemática, pues la discrepancia puede surgir en torno a qué se considera *calidad media*. En todo caso, sustentar un incumplimiento por esta razón exigirá demostrarla y acreditar que los bienes suministrados no la tenían, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2306.

⁷³⁸ *Vid.* STS núm. 933/1998, de 16 de octubre (ROJ 5932/1998), en donde se apunta que no es un requisito esencial ni costumbre en este contrato la entrega de certificados de calidad de los productos, sin perjuicio de que las partes puedan adicionar esta obligación al contrato.

⁷³⁹ Como regla, cuando el contrato nada dice al respecto, la cosa entregada será adecuada en cuanto a su calidad si se adecúa a la media, STS núm. 732/2007, de 28 de junio (ROJ 5810/2007). En todo caso, la denuncia de la mala calidad del objeto del contrato deberá hacerse dentro de los plazos previstos en la legislación mercantil o civil que resulte aplicable al contrato. En el caso enjuiciado por la STS 22/2009, de 23 de enero (ROJ 70/2009), es de aplicación el breve plazo de caducidad del art. 342 CCo. Sin embargo, cuando la contraprestación prevista por la entrega de la cosa sea superior al precio que habitualmente se paga por estos mismos bienes en su calidad media, puede deducirse que las partes buscaban una calidad superior, insistimos, acorde con el precio. Lo mismo puede defenderse a la inversa. En todo caso, este no sería más que un indicio que nos permitiría averiguar lo que era querido por las partes

b) La materialización de las entregas

El inciso final del párrafo segundo del art. 609 CC recoge el modo de transmisión derivativa a título oneroso de los derechos reales, entre ellos el derecho de propiedad, disponiendo que su transmisión se produce por consecuencia *de ciertos contratos mediante la tradición*. La doctrina mayoritaria entiende que en este inciso final del art. 609 CC se consagra la teoría del título y el modo⁷⁴⁰. En su virtud, el contrato por sí solo no es suficiente para transmitir la propiedad, sino que es necesario algo más: la tradición⁷⁴¹. Por aplicación analógica del régimen de la compraventa, el contrato de suministro se configura como un negocio obligacional, que genera el deber de entregar la cosa⁷⁴².

a efectos de interpretar el contrato, *cfr.* OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Artículo 1167. Entrega de cosa indeterminada o genérica», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.3, *op.cit.*, p.387.

⁷⁴⁰ En contraposición del carácter instantáneo de la compraventa, en el suministro los efectos contractuales se prolongan en el tiempo. Empero, esto no altera el esquema traslativo que rige en nuestro Derecho de contratos: cada entrega (modo) con base en el contrato (título) se adecúa a la teoría de la *traditio*. Con lo que el suministro se erige como un instrumento de intercambio de bienes, más allá de que recaiga sobre una pluralidad de bienes que se entregan de manera prolongada en el tiempo. *Vid.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, *op.cit.*, p.125.

⁷⁴¹ El contrato de compraventa es el contrato paradigmático de los que permite el intercambio de bienes, afirmándose frecuentemente que se trata de un contrato traslativo del dominio, *cfr.* HERBOSA MARTÍNEZ, I., «El contrato de compraventa: la compraventa mercantil», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p.642. Sin embargo, este carácter traslativo únicamente es predicable del sistema francés, cuyo *Code civil* verifica la transmisión con el mero consentimiento. Nuestro sistema, por el contrario, exige la entrega de la cosa para que ese traspaso se produzca, siendo correcto afirmar que la compraventa tiene una finalidad traslativa: obliga al vendedor a efectuar esa entrega y, con ella, la transmisión de la propiedad. *Cfr.* DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «La compraventa como modelo de los contratos traslativos», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Berco-vitz*, *op.cit.*, pp.51-52. Esta finalidad es igualmente predicable del contrato de suministro, LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.194.

⁷⁴² Para un comentario acerca del art. 609 CC y de los modos de adquirir la propiedad enumerados en el precepto puede verse CUENA CASAS, M., «Artículo 609. Modos de

La entrega puede definirse como el acto del transmitente, en este caso el proveedor, por el cual pone la cosa en poder y posesión del adquirente, que es el suministrado. Como sucede en la compraventa, la entrega de la cosa es un elemento crucial en el programa contractual, por la cual se ejecuta la obligación de dar y se da cumplimiento al contrato (1160 CC). Según lo establecido en los arts. 1462 a 1464 CC, la entrega puede realizarse de diversas formas, comportando todas ellas un traspaso posesorio, ya que la cosa solo se entiende entregada cuando se pone en poder y posesión del comprador (1462.1º CC). Lo que ocurre en el suministro, secuela de la naturaleza duradera del contrato, es que la entrega también resulta afectada por el elemento temporal. De modo que es indispensable que se ponga al adquirente en la posesión de la cosa bien a través de una pluralidad de actos de entrega, bien mediante una entrega ininterrumpida.

Dada la dual modalidad de suministro, la entrega se sujeta a distintas reglas en función de que nos hallemos ante un contrato de suministro continuado o un contrato de suministro periódico. Por lo que respecta al suministro continuado, la entrega o puesta a disposición de la cosa es única. Se produce en un único momento, normalmente tras la celebración del contrato, manteniéndose la cosa en disposición del suministrado sin solución de continuidad, esto es, sin interrupciones⁷⁴³. A este respecto conviene hacer una precisión importante, que nos sitúa ante la primera gran diferencia respecto a la ejecución de esta obligación entre el suministro periódico y el continuado. La especialidad que presenta este último respecto del primero reside en que tradición real se realiza por la puesta a disposición de la cosa, aunque el suministrado

adquirir la propiedad», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.2, *op.cit.*, pp.27-36.

⁷⁴³ De lo que se deduce la necesaria colaboración que deben prestarse las partes, ya que la entrega no es un acto unilateral sino bilateral, en la que el transmitente debe desplegar aquellos actos precisos para que el adquirente entre en posesión de la cosa y éste, a su vez, participar en ese acto recibiendo o haciéndose cargo de la cosa, *vid.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.199. El autor habla de confusión entre ambos conceptos, siendo que otra línea en la doctrina no distingue entre estas dos modalidades de entrega, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil*, II, *op.cit.*, pp.96-97.

no haya obtenido su posesión⁷⁴⁴. En aplicación de las reglas contenidas en los arts. 337 y 339 CCo, en sede de compraventa mercantil, la cosa se entiende entregada cuando ésta se pone a disposición del comprador. Trayendo estas consideraciones al contrato de suministro, tampoco se requeriría que el suministrado entre en posesión efectiva de la cosa para que ésta se entienda entregada⁷⁴⁵. Más allá de cuáles hayan sido de las razones perseguidas por el legislador que le han llevado incorporar esta solución para la compraventa mercantil⁷⁴⁶, cabe su aplicación analógica al contrato de suministro continuado. Bajo esta modalidad, el proveedor se obliga a mantener la cosa a disposición del suministrado durante el tiempo convenido para que sea él mismo quien acceda a ella libremente. Esto es, la puesta a disposición es duradera. Por consiguiente, la obligación de puesta a disposición del proveedor se entiende cumplida cuando la mercancía está a disposición del suministrado de manera continuada. Con lo que no basta para que se entienda producida la entrega jurídica del bien que el proveedor ponga la cosa a disposición

⁷⁴⁴ Podrían admitirse otras formas de entrega de los bienes objeto del contrato, bien porque así lo hayan pactado las partes, bien porque su naturaleza o circunstancias impongan que la entrega deberá formalizarse siguiendo otros cauces distintos a la entrega material, como la entrega mediante signo que la represente. Pero fuera de casos especiales, la regla general es que la entrega material preside el tráfico mercantil y, siendo la forma habitual de entrega en la compraventa mercantil, es extrapolable al contrato de suministro. *Cfr.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.214.

⁷⁴⁵ Interesa traer a colación la STS núm. 20/2007, de 21 de enero (ROJ 437/2007), en donde se considera que la entrega hecha en los almacenes del suministrado sin su presencia no es óbice para entender que se tiene la cosa por entregada. Contrasta esta resolución con la SAP Valencia, núm. 308/2017, de 19 de septiembre (ROJ 3477/2017), que considera que la entrega hecha sin presencia del suministrado hace que estemos ante una puesta a disposición.

⁷⁴⁶ A este respecto puede verse GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.263, para quien este sistema responde a la agilidad del tráfico mercantil, a través del que se permiten salvar las contradicciones que supone un sistema que acoge la entrega como una obligación exclusiva del vendedor cuando aquélla no depende enteramente de su voluntad, sino que también el comprador debe intervenir y aprehender la cosa. Esta idea puede desprenderse de la literalidad de artículos como el 339 CCo. En esa línea, también HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.644.

del suministrado, sino que éste debe estar en condiciones de aprehenderla o poseerla materialmente⁷⁴⁷.

En cuanto al suministro periódico, la obligación de suministro se materializa mediante una sucesión de entregas autónomas e independientes las unas de las otras. Esta es la modalidad de suministro paradigmática, en la que la entrega puede realizarse en los mismos términos que los contemplados en el CCo para la compraventa mercantil; esto es, bien mediante la puesta en poder y posesión de la cosa, bien mediante su puesta a disposición. Aquí la clave radica en que la entrega del bien no se realiza sin solución de continuidad o sin interrupciones, sino que son un conjunto de entregas diversas, autónomas e independientes, sin perjuicio de que temporalmente se materialicen en momentos muy cercanos en el tiempo.

A través de cada acto de entrega el proveedor cumple con su obligación principal. Dada la peculiar naturaleza del suministro, la entrega se repite, lo que se traduce en una constelación de entregas que, contempladas en su globalidad, forman parte de la misma obligación. Precisamente porque la entrega se repite cabe aclarar que la entrega es *completa en sí misma*; es decir, cada entrega es autónoma e independiente de las demás, con lo que con cada entrega se da cumplimiento al contrato. La regeneración de la necesidad determina el nacimiento de una nueva entrega, distinta del resto, pero cuya causa o razón se localiza en la misma obligación de suministro. Este particular programa, visto desde una perspectiva equivocada, puede generar la imagen de que se está en presencia de una sucesión de compraventas aisladas.

⁷⁴⁷ El CCo no lo recoge expresamente, pero cabe deducir de la dicción del art. 338 CCo, párrafo segundo, que la entrega se hará en el establecimiento o local del vendedor, SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.211. La entrega no exige que el suministrado entre en posesión efectiva de la cosa, sino que es suficiente que el proveedor la ponga a su disposición en el lugar y momento acordados, *ex arts.* 337, 338 y 339 CCo, STS núm. 860/1996, de 29 de octubre (ROJ 5952/1996); recayendo sobre el adquirente suministrado la obligación de retirar la mercancía y pagar su precio, lo que revela la necesidad de que el suministrado exteriorice su voluntad de recibir las mercancías, siendo, por otro lado, su obligación, *vid.* STS núm.590/2002, de 13 de junio (ROJ 4307/2002). En el mismo sentido, GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.85; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.644.

De las distintas reglas aplicables a la modalidad de suministro continuado y la de suministro periódico, destaca la relativa a la incidencia del tiempo en la ejecución de la obligación de entrega por las diferencias que presenta según estemos en una u otra modalidad. Como es sabido, el proveedor debe cumplir con la entrega en las épocas o momentos pactados o en los que señale el suministrado cuando contractualmente se haya reservado a su favor la facultad de señalar los tiempos de la entrega. Sin embargo, mientras que en el suministro continuado el momento de la entrega o puesta a disposición es análogo al *plazo estipulado* al que refiere el art. 329 CCo, en el suministro periódico no puede equipararse con él. La diferencia es importante, pues cabe tener en cuenta que el art. 329 CCo trata con especial rigor la puntualidad con la que el vendedor debe cumplir con la entrega de la cosa. La infracción autorizaría al comprador para reclamar el cumplimiento o instar la resolución del contrato, dado que, en Derecho mercantil, el simple retraso de una obligación sujeta a plazo se equipada a la mora⁷⁴⁸. Traídos estos planteamientos al contrato de suministro, cabe entender que el retraso en la puesta a disposición por el proveedor en el suministro continuado podría habilitar al suministrado a resolver el contrato. Esta opción, sin embargo, no es extrapolable por regla de analogía a la modalidad de suministro periódico. Aunque el plazo también determina el momento en que debe ejecutarse la prestación, su desconocimiento por el deudor no autoriza al acreedor a conducir el contrato a su resolución, ya que, como regla general, seguirá siendo útil para satisfacer sus necesidades. Salvo en los supuestos en los que el plazo sea esencial⁷⁴⁹, un retraso en la entrega apenas colocaría al deudor ante una

⁷⁴⁸ Cfr. PERALES VISCASILLAS, M.P., *La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil*, op.cit., pp.8 y ss. El CCo exige al comprador el cumplimiento exacto de su prestación en cuanto al plazo de la entrega, inspirado en la seguridad que exige, y la rapidez que caracteriza, el tráfico mercantil. Su desatención, además de facultar al acreedor para reclamar el cumplimiento del contrato o su *rescisión*, la indemnización por los daños y perjuicios que le cause la demora del vendedor. En todo caso, son normas dispositivas que en la compraventa mercantil admiten pacto en contrario, cfr. SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, op.cit., p.210.

⁷⁴⁹ No obstante, algunos autores entienden que los plazos en el suministro sí tienen carácter esencial, aunque nada se haya dispuesto en el contrato, bajo la presunción de

prestación defectuosa, sin mayores consecuencias que las que se derivan de la mora mercantil (LLCM) o del propio contrato⁷⁵⁰.

Al suministro periódico tampoco le resulta aplicable la regla contenida en el art. 337 CCo, relativa a la entrega inmediata de la mercancía tras la suscripción del contrato. El CCo prevé que, ante la falta de concreción del plazo en el que se tendrá que entregar la mercancía al comprador, deberá entregarla dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato. Una previsión que se adapta bien a la estructura del suministro periódico, donde el esquema de entregas sucesivas en el tiempo hace inaplicable esta regla pensada para un contrato en el

que la prestación dada fuera del momento determinado la hace inútil para el acreedor, *vid.* GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, *op.cit.*, p.258; o ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.272. A nuestro juicio, la esencialidad del plazo no debe presumirse, sino venir expresamente recogida en el contrato o inferirse del mismo. De modo que un retraso en la entrega no deberá facultar al suministrado a resolver el contrato sino cuando la prestación, efectivamente, pierda todo interés para él.

⁷⁵⁰ La existencia de un evento justificativo de la imposibilidad temporal en el cumplimiento de una obligación comporta que no se pueda hablar de un retraso en la ejecución, precisamente, por encontrar su justificación en un supuesto reconducible al caso fortuito o fuerza mayor. Entonces, el deudor queda liberado de su prestación hasta que desaparezca la causa que temporalmente impedía su ejecución, sin que deba, por aplicación del art. 1105 CC, responder por daños y perjuicios cuando haya actuado con la diligencia debida, *cfr.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C., «Imposibilidad temporal de cumplimiento de la prestación no imputable al deudor y resolución del contrato bilateral», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3 (1998), pp.104-105.

que la entrega es única, como la compraventa o el suministro continuado⁷⁵¹. Del mismo modo que tampoco es aplicable al suministro periódico el plazo general de diez días del art. 62 CCo⁷⁵² o la inmediatez recogida en el art. 1113 CC⁷⁵³. Disposiciones que ni siquiera serían aplicables para la primera de las entregas, porque el contrato seguiría sin plazo para la entrega de las restantes prestaciones⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, p.210. El CCo recoge un «tiempo limitadísimo» para que el vendedor entregue o ponga las cosas a disposición del comprador desde la conclusión del contrato: apenas veinticuatro horas, que contrasta con el plazo general de las obligaciones de naturaleza mercantil concedido por el art. 62 CCo: diez días. Este rigor del CCo respecto del vendedor, que no es extensible a otros contratos mercantiles, tampoco debe serlo para el suministro, tanto porque no encaja en la naturaleza duradera del negocio, como porque atiende mal a los intereses de los contratantes.

⁷⁵² El Derecho mercantil prohíbe que se difiera el cumplimiento de las obligaciones mercantiles mediante la concesión de plazos de cortesía o de gracia, salvo que hayan sido previstos específicamente por las partes. De este modo, el CCo se separa de las disposiciones de los arts. 1124.III y 1128 CC, que sí autorizan al juez a conceder plazos. En el caso de aquellas obligaciones que no tuvieran un plazo determinado para el cumplimiento, salvo previsión en sentido contrario por ley especial –como ocurre con la compraventa mercantil– serán exigibles a los diez días de ser contraídas. En este orden se dispone por el art. 62 CCo. Observamos que este plazo de ejecución de la prestación principal se antoja incompatible con un contrato duradero, como sucede en el suministro. *Vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil*, II, *op.cit.*, pp.40-41.

⁷⁵³ El precepto proclama la inmediatez en el cumplimiento de la obligación, determinando la exigibilidad de las obligaciones *desde luego* de ser contraídas. Sin embargo, este art. 1113 determina la exigibilidad de las obligaciones puras y sometidas a condición resolutoria, no así las obligaciones sometidas a condición suspensiva o a término, que no son exigibles sino cuando llegue el momento previsto, por aplicación del art. 1125 CC. De manera que, incluso en aquellos casos en los que no haya quedado determinado en el contrato el término o momento de la ejecución de cada prestación, la naturaleza del contrato impone que las obligaciones contenidas en este no serán exigibles inmediatamente. Los contratantes, al convenir la celebración de un suministro, han consentido someter las prestaciones a un plazo, ya venga fijado expresamente en el contrato, ya se haya reservado la facultad de fijarlo al acreedor, *vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., *Artículo 1125. Vencimiento de las obligaciones a plazo, op.cit.*, p.239.

⁷⁵⁴ Podría admitirse que el plazo de las veinticuatro horas siguientes al contrato resolvería el término de la primera remesa, como afirma ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El con-*

Finalmente, dada la relevancia del término en el suministro, conviene recordar que el plazo opera en beneficio de ambas partes, de modo que el proveedor no podrá entregar la mercancía, ni el suministrado reclamársela, antes de la época señalada⁷⁵⁵. Incluso aunque el momento de la entrega haya sido señalado atendiendo al interés del suministrado, éste no podrá renunciar al plazo y reclamar la entrega antes de lo previsto. Una vez se ha fijado el momento de cumplimiento de la obligación ésta se ha rellenado de contenido, con lo que no puede ser modificada unilateralmente por el acreedor. Como resultado, la obligación solo será exigible a la llegada del término⁷⁵⁶. De ahí que la determinación de los momentos en los que debe producirse la entrega deba relacionarse con las necesidades del suministrado, permitiendo que sea él quien determine los momentos en que se deba ejecutar cada prestación⁷⁵⁷. Esta solución se deriva de la función económica que se persi-

trato de suministro, op.cit., p.272, pero el contrato seguiría estando huérfano de término de cumplimiento de las singulares prestaciones. Por eso, entendemos más adecuado atender al interés de las partes, que cuando nada han fijado no puede ser suplido por el CCo, sino por su propia voluntad expresada en los actos de individuación de la prestación.

⁷⁵⁵ Téngase en cuenta la importancia de la exigibilidad de las obligaciones en nuestro Derecho. De modo que el acreedor no puede reclamar su ejecución o resolver por incumplimiento hasta que la obligación haya vencido y, sea, por tanto, exigible. *Vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., «Artículo 1124. Facultad de resolver las obligaciones», en LASO FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Código civil comentado, op.cit.*, p.231.

⁷⁵⁶ En todo caso, se trata de una regla interpretativa del contrato, por lo que para averiguar si el plazo beneficia a alguna de las partes habrá que atender a las otras circunstancias concurrentes en el negocio. Cuando ni de su naturaleza ni de estas circunstancias no pueda advertirse que el plazo ha sido establecido en beneficio de una de las partes, entrará en juego la regla del art. 1127 CC, beneficiando por igual al proveedor como al proveído, a cuyo tenor en las obligaciones a término la prestación no es exigible sino cuando éste llegue, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J., «Artículo 1127», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil, op.cit.*, p.8286.

⁷⁵⁷ Esta opción ha sido recogida en el *Codice civile*. Su art. 1563 acoge la capacidad del suministrado de fijar las épocas de entrega, si bien respetando un plazo de preaviso adecuado en función de las circunstancias de cada caso: «Se l'avente diritto alla somministrazione ha la facolta' di fissare la scadenza delle singole prestazioni,

que con el contrato de suministro, orientada a la satisfacción de su necesidad mediante el abastecimiento de bienes. Consecuencia lógica es que el contrato se liga al momento en que nacen las necesidades. Así, el contrato de suministro periódico suele incorporar la facultad del suministrado de señalar libremente el *dies* en que desea obtener cada prestación de entrega⁷⁵⁸. La unilateralidad con la que opera aquí el suministrado contrasta con el suministro continuado, en el que la entrega es única y esta facultad no presenta mayor trascendencia. Pues mientras en éste el suministrado dispone de la cosa libremente, en el suministro periódico fija los momentos en los que el proveedor deberá materializar la entrega. Precisamente para limitar los efectos de esta facultad unilateral se prevé la obligación que recae sobre el suministrado de respetar un plazo de preaviso suficiente y adecuado para que el proveedor pueda dar puntual cumplimiento con su obligación de entrega, mientras que en la modalidad de suministro continuado no tendría sentido, dado que el suministrado no tiene que comunicar con antelación las disposiciones que va a hacer de la cosa⁷⁵⁹.

egli deve comunicarne la data al somministrante con un *congruo* preavviso». Esta *congruità* no puede fijarse de antemano y en abstracto por la norma, como ha defendido GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, *op.cit.*, p.258.

⁷⁵⁸ Afirma alguna voz que esta facultad a favor del suministrado está *siempre* presente en el contrato de suministro, por cuanto es el suministrado quien conoce sus necesidades y, por tanto, en mejores condiciones está para señalar el momento en el que debe cursarse cada entrega, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.535.

⁷⁵⁹ Se debe presumir que el tiempo de las singulares prestaciones ha quedado convenido en interés del suministrado, por ser su necesidad la que se viene a satisfacer, GIANNATASSIO, C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, *op.cit.*, p.259. De modo que, mientras que las épocas de la prestación se señalan en función del interés del suministrado, el preaviso opera en interés del proveedor, quien puede atender las entregas ajustando la capacidad productiva y organizativa de su empresa. Es conveniente que el plazo de preaviso quede contractualmente previsto, así como la forma o canal en el que se deberán cursar los pedidos. Con ello, se evitan posibles divergencias que pueden obstaculizar la buena marcha del contrato. De acuerdo con BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.535, lo habitual será el uso de medios telefónicos o telemáticos, como el correo electrónico; aunque nada impide recurrir a otros más clásicos como el correo postal o el fax. No es tampoco inusual que los pedidos se cursen mediante formularios unidos al contrato.

c) La doctrina de los riesgos en el suministro

Con la noción de riesgo en los contratos de cambio se regula el problema que entraña la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa por obra de un tercero, por caso fortuito o por fuerza mayor⁷⁶⁰. La teoría de los riesgos trata de dar solución a esta hipótesis de pérdida o deterioro de la cosa en el lapso de tiempo que transcurre desde que el contrato se celebra hasta que se ejecuta. A este supuesto refiere el art. 1452 CC, recogiendo el principio romano *res perit emptore*⁷⁶¹. En su virtud, perfeccionado el contrato y pendiente la entrega de la cosa, estos riesgos recaen sobre el comprador⁷⁶². Se trata de una eventualidad que impide la materialización de una prestación, que es posible al momento de celebrarse el contrato, pero que deviene imposible en un momento posterior por causa no imputable al deudor-vendedor⁷⁶³. La relevancia que tiene la determinación de qué parte contractual debe asumir las consecuencias de la pérdida o deterioro fortuito de la cosa no suele tener relevancia en los contratos instantáneos en los que la celebración y la

⁷⁶⁰ STS rec. 489/1992, de 28 de diciembre (ROJ 9114/1994).

⁷⁶¹ STS núm. 299/2014, de 13 de junio (ROJ 2822/2014), que refiere a la distribución natural de los riesgos en el contrato de compraventa, que, por lo general, incumben al comprador.

⁷⁶² STS núm. 313/2004, de 22 de abril (ROJ 2638/2004).

⁷⁶³ La doctrina sobre el riesgo se desarrolla en sede del contrato de compraventa, por ser el negocio paradigmático de intercambio de bienes y traspaso de la propiedad. Tanto el CC como el CCo disciplinan la doctrina de los riesgos en la regulación de la compraventa, por ser el negocio de cambio principal y más frecuente. Las previsiones que hacen ambos textos no van encaminadas a esclarecer quién debe soportar el *riesgo de la cosa*, que siempre es soportado por su propietario, *res perit domino*, sino de determinar en qué modo la imposibilidad sobrevenida de la prestación del vendedor afectará al comprador. Esto es, lo que esta doctrina viene a determinar es cuándo el comprador está obligado a pagar el precio, aunque no vaya a recibir la prestación de su razón por haber devenido imposible. De modo que cuando el riesgo corre de parte del comprador (*periculum est emptoris*), quedará sin la cosa y sin el precio; mientras que cuando el riesgo corre de parte del vendedor (*periculum est venditoris*) será él quien quede sin la cosa y sin percibir el precio.

entrega son simultáneas⁷⁶⁴. En cambio, merece algunas líneas en el estudio del contrato de suministro, secuela de su ejecución dilatada en el tiempo⁷⁶⁵.

Siendo que la obligación de dar en el suministro es de carácter genérico y comprende una pluralidad de prestaciones, cuya cantidad o volumen se fijará en relación a un número, peso o medida, en atención a cada necesidad que vaya a ser satisfecha en cada momento, sería aplicable el tercer párrafo del art. 1452 CC⁷⁶⁶. De acuerdo con el art. 1452.3º CC, mientras no haya una concreción de la obligación genérica, el riesgo no se traspassa al adquirente⁷⁶⁷. Es decir, será el proveedor quien deba asumir la pérdida o deterioro hasta que no se determine el contenido de

⁷⁶⁴ De hecho, el 1452 no tendrá aplicación en los contratos de cumplimiento instantáneo. Tiene virtualidad en aquellos en los que existe un periodo de tiempo desde el perfeccionamiento hasta la consumación del contrato, *vid.* VÁZQUEZ BARROS, S., *El negocio jurídico de compraventa y permuta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.341.

⁷⁶⁵ Las prestaciones de suministro relativas a la entrega tienen la misma naturaleza que las prestaciones de la compraventa genérica, con lo que adoptarán la misma disciplina establecida para ella; en particular, al contrato de suministro le será de aplicación el párrafo tercero del art. 1452 CC, previsto para las cosas fungibles vendidas en relación al peso, número o medida, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.271-275.

⁷⁶⁶ El art. 1452 CC acoge dos supuestos diferentes. El primero refiere a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración de su peso, cantidad o medida. A éstas les son de aplicación las disposiciones de los arts. 1096 CC y 1182 CC, que RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «Artículo 1452. Daño o provecho de la cosa vendida», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, pp.52-53, sintetiza como sigue: En el tiempo que va desde la perfección del contrato hasta la efectiva entrega de la cosa, si ésta «se pierde, deteriora o menoscaba por caso fortuito, el riesgo recae sobre el comprador, salvo que el vendedor se haya constituido en mora o se haya comprometido a entregar la cosa a dos o más personas. Tratándose de menoscabos o deterioros, y no de pérdida de la cosa, el vendedor cumplirá entregándola en el estado en que se encuentre sin que el comprador pueda rehusarla».

⁷⁶⁷ De hecho, si el contrato contempla la entrega de un conjunto de cosas cuyo precio unitario ha quedado determinado para todas ellas, probablemente nos encontremos ante una compraventa con entrega fraccionada y no ante un contrato de suministro. Aunque habrá que estar a cada caso en concreto, la dificultad en la distinción entre la compraventa con entregas fraccionadas y el suministro nos lleva a atender a indicios distintivos de una modalidad u otra, como la determinación total del objeto y del

cada prestación de entrega. Solo a partir del acto de especificación, el cual suele darse de manera inmediata antes de cada entrega, se traspasarían los riesgos al suministrado⁷⁶⁸. Cabe tener en cuenta que el contrato de suministro va relleno de contenido cada prestación periódica a medida que se acerca su fecha de vencimiento y el suministrado conoce con exactitud el alcance de su necesidad. De esta manera, el riesgo sobre el número o cantidad de bienes individualizados dentro del objeto genérico sobre el que recae el contrato se transmitiría al suministrado desde el momento en que sea determinado. Esto incide en cada una de las prestaciones de forma aislada, en la medida en que la especificación de la prestación actual no alcanza a las futuras, que siguen siendo indeterminadas y a las que no les resulta aplicables la regla del tercer párrafo del 1452 CC⁷⁶⁹.

La asunción del riesgo por el proveedor hasta la especificación de la cosa significa que su pérdida o deterioro no le eximen del cumplimiento de su obligación de entrega. Como consecuencia, deberá dar otra cosa distinta, en sustitución de la pérdida o deteriorada, por cuanto dentro del género sobre el que recae el objeto del contrato resulta aplicable la regla *genus nunquam perit*. Por el contrario, cuando la cosa

precio en el contrato. Cuando sus elementos han quedado fijados y se contempla una entrega fraccionada, probablemente nos hallemos ante una compraventa, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.272.

⁷⁶⁸ El contrato de suministro, por su naturaleza, debe recaer sobre cosas genéricas que hagan posible la entrega repetida del mismo objeto del contrato, lo que excluye los bienes excesivamente individualizados o personalizados como objeto del contrato. De tal modo que, ante cada prestación, el suministrado debe especificar el contenido de la prestación, determinando la cantidad, calidad y tiempo de la entrega. Sobre la importancia del acto de especificación en el suministro, *vid.* ECHEBARRÍA SAENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.268 y ss.

⁷⁶⁹ La norma del 1452.III CC determinará que, salvo que el deudor se haya constituido en mora, que puede significar tanto que el suministrado se retrase en la especificación del bien como que el proveedor se demore en la entrega de la cosa, los riesgos solo se traspasan al suministrado cuando la cosa se especifica. Esta especificación, dado que produce una traslación de los riesgos al suministrado, deberá realizarse con una antelación razonable al momento de entrega, que vendrá impuesta en cada caso por los usos y la buena fe, *vid. cfr.* AVILÉS GARCÍA, J.; MUÑOZ ESPADA, E.; MORALEJO IMBERNÓN, N.I., *et al.*, *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2244.

queda especificada, su pérdida determina que el proveedor tiene derecho a la obtención del precio; debiendo entregar, igualmente, la cosa deteriorada o menoscabada⁷⁷⁰.

No obstante lo anterior, dado que el contrato de suministro es un contrato eminentemente mercantil, la regla tercera del 1452 CC quedará apartada por lo previsto en los arts. 333 y 334 CCo⁷⁷¹. A diferencia de la norma civil comentada, como regla, los riesgos no se transmiten al comprador sino desde que la cosa se entrega o se pone a su disposición⁷⁷². En este orden, la entrega o la puesta a disposición determinan la transmisión de la propiedad y de los riesgos sobre la cosa, recayendo sobre el vendedor los menoscabos, deterioros o la pérdida que sufra la cosa. Hasta entonces, en aplicación del art. 333, en relación con el art. 331 y 335 CCo, en caso de pérdida o deterioro el suministrado podría

⁷⁷⁰ Aunque tradicionalmente se ha admitido esta postura, sobre la base de entender que es justo que el acreedor, que tiene derecho a los frutos de la cosa desde que se perfecciona el contrato, también asuma los riesgos, la doctrina civilista moderna viene contestando esta solución por entender que es contrario a la teoría de la *traditio* que los riesgos se transmitan incluso antes de entregada la cosa. Sea como fuere, la posición mayoritaria en nuestros días, por aplicación de los arts. 1452 y 1095 CC, es que se atribuye al comprador el peligro y el provecho de la cosa desde el momento de la celebración del contrato, *cfr.* VÁZQUEZ BARRIOS, S., *El negocio jurídico de compraventa y permuta, op.cit.*, pp.340-341.

⁷⁷¹ Mientras que el CC construye el régimen de transmisión sobre el principio *periculum est emptoris*, arrastrándolo hacia comprador, el CCo parte de la regla *res perit domino*, por cuya solución la cosa perece para su dueño. Dispone el art. 1452 CC, inspirado en el Derecho romano, que los riesgos sobre la cosa recaen sobre el vendedor desde el momento en que se celebra el contrato; excepción hecha de las cosas que deben ser medidas, pesadas o contadas, en cuyo caso se transmite cuando lo son. En cambio, el art. 333 CCo declara que el riesgo se transmite con la puesta a disposición o, en su caso, la entrega de la cosa, acogiendo los principios del Derecho germánico, *vid.* GARRIGUES, A., *Curso de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.84. Respecto de la influencia del Derecho romano en el primer precepto puede verse LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general, op.cit.*, p.25. En sede de suministro, defiende la aplicación de estos preceptos ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.277.

⁷⁷² En comparación con el CC, la norma del CCo protege mejor al suministrado comprador, *vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil, II, op.cit.*, p.1593.

recuperar el precio⁷⁷³, o, en su caso, exigir la entrega de una nueva cosa en las condiciones pactadas⁷⁷⁴. Una solución en línea con la que se recoge en los textos internacionales⁷⁷⁵. Así las cosas, una vez entregada la mercancía, los riesgos corren de cuenta del comprador, quien padece los daños y menoscabos que sufra incluso si éstos se producen durante el transporte⁷⁷⁶.

La regla anterior debe ser completada con la matización contenida en el art. 334 CCo. En su virtud, los daños y menoscabos que sufran las mercancías, incluso por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor en el caso de que la venta se hubiere hecho por número, peso o medida, o la cosa vendida no fuera cierta y determinada, con marcas y señales que la identifiquen. Con esta salvedad, contenida en el número 1º del 334

⁷⁷³ A diferencia de lo que sucede en el CC, en donde la pérdida o menoscabo de la cosa no exime al comprador de su obligación de pagar el precio, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general, op.cit.*, pp.26-27. Para el autor, solo así se entiende la referencia del CC al *daño o provecho de la cosa*, que en ningún caso podría ser aprovechada por el vendedor, que tiene la obligación de entregar tanto la cosa como sus intereses y frutos. 1095 y 1097. De modo que una interpretación coherente impone que, al igual que el provecho recaería sobre el comprador, también deba serlo el daño, lo que le obliga a pagar el precio.

⁷⁷⁴ Del contenido del art.335 CCo se detrae que el adquirente no corre con el riesgo en caso de pérdida de la cosa antes de la entrega o puesta a disposición, con lo que queda liberado de su obligación de pagar el precio o, si ya lo hizo, puede reclamar su devolución, *vid.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, p.211.

⁷⁷⁵ En relación con el esquema general que se sigue en la CISG, entrega y transmisión del riesgo están íntimamente relacionadas. De acuerdo con su art. 69, cuando el comprador se hace cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se ponen a su disposición, se transmite el riesgo. A salvo quedan los supuestos de compraventa de mercancía en tránsito, de compraventa de mercancía que debe ser entregada en un lugar determinado y de compraventa de mercancía que implica un transporte, que se sujeta a sus reglas específicas, *vid.* PERALES VISCASILLAS, M.P., *La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020, op.cit.*

⁷⁷⁶ STS núm. 176/1998, de 18 de febrero (ROJ 1077/1998).

CCo, parece expresamente prevista para el contrato de suministro⁷⁷⁷. Así, en el suministro de cosas genéricas, cuya especificación es necesaria mediante la determinación del número, peso o medida, los riesgos –daños y menoscabos– recaerán sobre el proveedor hasta que se realice dicho acto de especificación⁷⁷⁸. El 334.1º CCo contiene una matización idéntica a la del art. 1452 CC, sin que por ello se separe de la regla general contenida en los arts. 331 y 333 precedentes⁷⁷⁹. De acuerdo con su literalidad, son de cuenta del proveedor los riesgos cuando la cosa debe ser numerada, pesada o medida e identificada por marcas antes de su entrega. Una hipótesis en línea con el principio *genus nunquam perit*⁷⁸⁰. Si la cosa está indeterminada no puede ponerse a disposición del comprador, pues para eso se exige el acto de especificación al que se

⁷⁷⁷ Defiende la aplicación del régimen del art. 334.1º CCo FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.274. Su régimen, por ser idéntico al contenido en el CC para la compraventa genérica cuyo precio se determine en función de peso, medida o número, hace que resulten aplicables las mismas consideraciones vistas para la venta civil; esto es, que el riesgo recae sobre el vendedor hasta que el adquirente especifica y dota de contenido cada una de las prestaciones del suministro.

⁷⁷⁸ De nuevo vemos que el acto de especificación reviste de una especial importancia en el contrato de suministro. Al recaer sobre cosas genéricas, se exige una posterior individuación con la que, además de rellenar de contenido cada una de las prestaciones, se transmiten los riesgos sobre la cosa.

⁷⁷⁹ El 1452 determina que el riesgo no recaerá sobre el comprador hasta que las cosas hayan sido pesadas, medidas o contadas, *a no ser que éste se haya constituido en mora*. La mora a la que se refiere el precepto no puede referir a la obligación del comprador de retirar la mercancía, pues la regla general del CC contempla que los riesgos se transmiten al comprador desde la perfección del contrato (1452.I) excepto si la cosa es indeterminada (1452.III). La mora aquí contenida se refiere al retraso del comprador en la determinación de la cosa. En estas ventas *ad mesuram*, correspondiendo la determinación al adquirente, en nuestro caso al suministrado, dentro de un plazo convenido, la falta de determinación y posterior destrucción de la cosa hace recaer estos riesgos sobre el comprador, *vid.* MORALEJO IMBERNÓN, N., «Artículo 1452», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VIII, *op.cit.*, pp.10243-10245.

⁷⁸⁰ Parte esta excepción del principio de que el género nunca perece, URÍA, R., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.556. En el mismo sentido, el 1452.III CC, que introduce una regla distinta a la de los párrafos anteriores. En este número tercero, se entiende que el acreedor no se obligó a pagar una cosa indeterminada dentro de un género sino aquello que fuese medido, pesado o contado; con lo que, hasta entonces, no se produce el traspaso de los riesgos.

refiere el 334.1º. Por tanto, en virtud del régimen general del 331, responde el proveedor por tales riesgos. Su posterior determinación solo rellenaría de contenido la prestación de suministro de que se trate – separándose de la disciplina del número 3º del art. 1452 CC–, pero para que los riesgos pasen del proveedor al suministrado no es suficiente la doble especificación a la que se refiere el 334.1º, es decir, mediante su número, peso o medida y mediante la identificación a través de marcas o signos, sino que la cosa debe entregarse o ponerse a su disposición, *ex art.* 331. Entendemos que una interpretación coherente del art. 334.1º CCo llevaría a esta conclusión⁷⁸¹. La regla general que opera en Derecho mercantil es que los riesgos se transmiten con la entrega o puesta a disposición de la cosa. En cambio, en Derecho civil, la regla del 1452 CC es que, perfeccionado el contrato, los riesgos recaen sobre el comprador si la cosa está determinada, y, si está indeterminada, solo se trasladarán cuando hayan sido especificadas.

Se trata de dos reglas distintas⁷⁸². En el Derecho mercantil los riesgos recaen *siempre* sobre el vendedor, quien solo los transmite con la entrega o puesta a disposición de la cosa. Si la venta se ha hecho sobre cosa genérica que exige un acto de especificación para su entrega, en línea con la regla aplicable del 334.1º CCo, tras ese acto de especificación *seguirán siendo* de cuenta del vendedor. Es decir, el acto de especificación no reconduce al 1452, haciendo saltar el régimen de transmisión de los riesgos previsto en el CCo. El art. 334 CCo no dice que las cosas, una vez especificadas, sean de cuenta del comprador. Esto, en cambio, sí lo dice el 1452 CC, pero no el art. 334 CCo.

⁷⁸¹ A sensu contrario, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.274, para quien la regla del 334.1º es coincidente con la del 1452 CC. En su virtud, una vez se ha especificado la cosa de cada prestación en un contrato de suministro, los riesgos se traspasan automáticamente del proveedor al suministrado. Según la autora, «el riesgo de la cosa tanto si se trata de una venta mercantil como civil, no pasa al comprador sino después de su especialización por acto bilateral, o bien por un acto unilateral del vendedor inmediatamente anterior a la entrega o puesta a disposición».

⁷⁸² La disciplina que recibe la transmisión de los riesgos en el Derecho mercantil es diferente, siendo más tuitiva para el adquirente. En palabras de VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil, op.cit.*, p. 1593, «es quizás la única norma del CCo cuya aplicación puede proteger al comprador en comparación con la del CC.» En el mismo orden, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.81.

En suma, de una lectura sistemática de los arts. 331, 333 y 335, se concluiría que el proveedor mercantil sigue respondiendo por los riesgos que se produzcan sobre la cosa hasta que no ejecute la prestación y se entregue o se ponga a disposición la mercancía especificada. En primer lugar, porque la regla general en Derecho civil es que, perfecto el contrato, los riesgos recaen sobre el comprador; no así en la compra mercantil, que determina que serán de cuenta del vendedor hasta que realice la entrega⁷⁸³. En segundo lugar, porque no se puede poner en peor situación al que adquiere en virtud de un contrato de suministro, que exige un acto de especificación, que al que lo hace por una compraventa en la que la cosa se ha individualizado *ab initio*. En tercer lugar, porque una lectura diferente, defendiendo la coincidencia entre las soluciones del 334.1º CCo y 1452.III CC es contraria al propio Código de comercio, de cuya lectura no se desprende esta solución. Finalmente, porque el matiz del 334.1º viene a insistir en la aplicación de la regla general incluso en estos casos de venta, y suministro por lo que ahora respecta, que exige un acto de individuación, como sucede en el contrato de suministro, y que no es una excepción sino una especificación. Con todo, una vez individualizada la cosa –numerada, medida o contada, y marcada o señalada–, los riesgos en un contrato de suministro seguirán recayendo sobre el proveedor hasta que, por mor del 331 y 333, la entregue o ponga a disposición del suministrado⁷⁸⁴.

⁷⁸³ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.659-660.

⁷⁸⁴ En este sentido, puede verse, de una parte, la SAP Salamanca, 443/2000, de 20 de julio (ROJ 645/2000), en donde se pacta una entrega de jamones y embutidos *por número, peso o medida*, que perece por caso fortuito en posesión del vendedor y sin que hubiesen llegado a ser puestos a disposición del comprador. Puesto que «nunca existió la efectiva puesta a disposición pues expresamente se manifiesta que la demandada dio órdenes expresas a la empresa de transporte para que no entregara los jamones y paletas pendientes de entrega» es el hecho que conduce a la Audiencia a desestimar el recurso. En el mismo orden, la SAP Valencia, núm. 374/2008, de 17 de junio (ROJ 2627/2008 y SAP Murcia, núm. 126/2005, de 1 de abril (ROJ 750/2005), en donde se aplica la regla del 334.1º y hacen recaer sobre el vendedor los deterioros de la cosa en una venta hecha por peso, número o medida. Puede verse también la SAP Toledo, núm. 319/2009, de 30 de noviembre (ROJ 1147/2009).

B. LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO

En nuestro ordenamiento, los arts. 1474 a 1499 CC y los arts. 345 y 342 CCo⁷⁸⁵ contienen la obligación de saneamiento a la que viene obligado el vendedor, aplicable a los demás contratos de intercambio de bienes en los que éstos padezcan de defectos o vicios⁷⁸⁶. El contrato de suministro no supone una excepción⁷⁸⁷. El proveedor responde por los vicios ocultos de la cosa y por las reclamaciones que haga un tercero sobre la misma en los mismos términos y condiciones que en la compraventa⁷⁸⁸.

a) El saneamiento por vicios ocultos

⁷⁸⁵ Entiende el CC por deber de sanear la obligación que nace para el vendedor cuando la cosa objeto del contrato que entrega no es o no está como debería o aparenta, debiendo reparar esa falta de apariencia o coincidencia, *vid.* VÁZQUEZ BARROS, S., *El negocio jurídico de compraventa y permuta, op.cit.*, p.222. Por su parte, la obligación de sanear en el CCo tiene el único apoyo de los dos artículos citados, *cfr.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, pp.216-217.

⁷⁸⁶ La obligación de saneamiento puede resultar también aplicable a los contratos a título gratuito, como pone de relieve el art. 860 CC, *vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «Compraventa y permuta», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Derecho Civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.283.

⁷⁸⁷ La obligación al saneamiento de la cosa se concibe como una obligación complementaria de la entrega, como una prolongación del deber de entregar una cosa en el estado físico y jurídico que las partes convinieron al momento de la perfección del contrato. Cualquier alteración o desajuste supone un incumplimiento de la obligación de entrega, porque la cosa dada no se ajusta a lo pactado, ya sea porque presenta deficiencias ocultas o porque su titularidad no pertenece al presunto transmitente, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; contratos y cuasicontratos, op.cit.*, p.40.

⁷⁸⁸ VEIGA COPO, A.B., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.710 y ss., apunta que en el suministro el proveedor garantiza las características, calidades y estado de los bienes suministrados en los términos pactados en el contrato o, en su defecto, en la legislación aplicable. Señala, igualmente, que es frecuente que en los contratos de suministro se incorporen estipulaciones que modifican el régimen de garantía, modificando los plazos de prescripción de la obligación de saneamiento o la responsabilidad del proveedor ante reclamaciones realizadas por terceros consumidores.

Es una legítima aspiración del suministrado que los bienes que va a ir obteniendo durante la vigencia del contrato serán adecuados para destinarlos al fin pretendido. A tal efecto, deberán estar en buen estado, es decir, sin que presenten defectos, taras o menoscabos que los desmerezcan, haciéndolos inservibles para el fin al que van a ser destinados o disminuyan de tal modo su valor que, de haberlo conocido el suministrado al tiempo de contratar, no habría prestado su consentimiento o lo habría hecho bajo distintas condiciones⁷⁸⁹. En este orden, el contrato de suministro apenas presenta diferencias respecto del régimen previsto para la compraventa mercantil. Como regla, el proveedor responde por los vicios o defectos ocultos de la cosa, lo que reviste una importancia destacable en sede de un negocio que sirve para disponer de bienes que destinar a la reventa.

La obligación de saneamiento por vicios ocultos recae sobre el proveedor, si bien su alcance, por ser una materia disponible para las partes, puede ser ampliado o reducido, e incluso suprimido, mediante la especificación en el propio contrato de un régimen distinto. Es frecuente que se incorpore un régimen distinto del legal que satisfaga mejor los intereses de las partes, ya sea modificando los plazos de denuncia, los periodos de prescripción, los supuestos en los que se entenderá que el bien presenta un vicio o haciendo responsable al proveedor en caso de reclamaciones hechas por terceros consumidores⁷⁹⁰.

De igual forma, el contrato puede incorporar la obligación del suministrado de examinar la cosa. No hay ninguna norma en el CCo, como tampoco en el CC, que imponga sobre el acreedor una obligación de

⁷⁸⁹ Puede manejarse una noción de vicio en un sentido conceptual o funcional. En virtud del primero, el vicio es todo defecto en abstracto de la cosa, mientras que por el segundo se entiende una inadecuación de la cosa al propósito para el que fue adquirida por el comprador, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J.; MUÑIZ ESPADA, E.; MORALEJO IMBERNÓN, N.I., *et al.*, *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2234.

⁷⁹⁰ La introducción de cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad pueden ser especialmente gravosas para el suministrado; así como la limitación del derecho a la acción de regreso que como empresario revendedor tiene derecho a ejercitar contra el fabricante. No parece que puedan ser admisibles las cláusulas por las que el proveedor «no asumirá ninguna responsabilidad» o «está exento de los daños causados a terceros», *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2303.

examen y denuncia inmediata⁷⁹¹. La doctrina considera que se trata de una facultad, para cuyo ejercicio sí se prevén legalmente unos plazos muy breves, tradicionalmente justificados por la necesidad de seguridad jurídica, impuestos por la celeridad característica y necesaria en el tráfico mercantil⁷⁹². En cambio, el legislador sí ha concedido al proveedor el derecho a promover el reconocimiento por el adquirente al momento de la entrega, haciendo nacer con ello un deber sobre el suministrado a examinarla y manifestar, en el acto de la entrega, las discrepancias encontradas en cuanto a la cantidad y a la calidad, así como manifestar los vicios que sean aparentes⁷⁹³. Con ello, el proveedor se evitaría posteriores reclamaciones por la falta de exactitud de la prestación basada en una desviación relativa a las cantidades o a las calidades aparentes de la cosa⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ A pesar de que de la regulación de los arts. 336 y 342 CCo se puede inferir que recae sobre el adquirente una obligación de examinar las cosas puntualmente una vez recogidas y denunciar los defectos que encuentre en un breve plazo de tiempo, la realidad es que esta obligación no debe ser entendida como un deber jurídico sino como una carga o responsabilidad. La falta de examen no acarreará mayores consecuencias más que la asunción de los riesgos imputables a su propia negligencia, *vid.* DÍEZ GARCÍA, H., «El deber de examinar la mercancía», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp.1471-1472-

⁷⁹² De acuerdo con SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.441, además de la protección a la seguridad del tráfico mercantil, la finalidad de imponer al comprador unos plazos tan breves y la celeridad en la denuncia radica en el deseo de que el vendedor pueda enterarse sin dilación si la operación ha concluido adecuadamente o debe ser rectificada por existir vicios o defectos ocultos.

⁷⁹³ Por todas, la STS núm. 340/2003, de 3 de abril (ROJ 2300/2003), que, en aplicación de los artículos 336 y 342, exigen la articulación de la denuncia por vicios o defectos ocultos dentro de los breves plazos previstos en relación a la obligación de saneamiento de vicios ocultos, «que se aplican igualmente al contrato de suministro». En el mismo sentido, las SSTS núm. 22/2009, de 23 de enero (ROJ 70/2009) y núm. 35/2010, de 17 de febrero (ROJ 907/2010).

⁷⁹⁴ Aquí cabe precisar que el defecto en cuanto a la calidad debe venir referido a la ausencia de ciertas cualidades o características de la cosa, bien porque se hubiese pactado que debía reunir las, bien porque son normales o habituales en ellas. No cabe aducir falta de calidad cuando la cosa entregada dista bastante de la cosa convenida, en cuyo caso habría que estar ante la doctrina del *aliud pro alio*. El defecto de cantidad presenta menos confusión, pues se comprende con mayor claridad que viene referido a la falta en número de cosas pactadas.

No obstante, el suministrado no pierde la oportunidad de denunciar el estado, las calidades o las características después de materializada la entrega. Dado que la cosa suele entregarse embalada o envasada, el examen inmediato de la mercancía no es una solución adecuada⁷⁹⁵. Incluso cuando no fueran entregadas enfardadas, sería difícil que el suministrado esté en condiciones de examinar la mercancía, bien por intervenir terceras personas, bien por necesitarse un examen detallado de la cosa. El CCo confiere al suministrado el plazo de cuatro días desde la entrega para el examen y la denuncia de los defectos visibles, transcurridos los cuales perdería la acción para repetir contra el proveedor por estos vicios o defectos de cantidad o calidad aparentes⁷⁹⁶.

En cuanto a los vicios ocultos, el plazo legal para cursar la reclamación es de treinta días desde la entrega. El 342 CCo establece este plazo para que el suministrado haga la revisión y denuncie por los vicios ocultos hallados. Ahora bien, dado el estado actual de la técnica, en muchas ocasiones los vicios ocultos no son fácilmente perceptibles ni aparecerán en este tiempo. Por otra parte, el volumen a examinar puede escapar de la capacidad del suministrado para comprobar el estado y las características de cada una de las cosas entregadas en el plazo de treinta días.

⁷⁹⁵ STS núm. 379/1999, de 5 de mayo (ROJ 3050/1999), que conoce de un contrato en el que la mercancía entregada se consideraba en depósito hasta que era examinada por el suministrado.

⁷⁹⁶ En este orden, el art. 336 distingue ambos supuestos, preceptuando que el adquirente perderá toda acción de reclamación contra el vendedor cuando la reclamación no se produzca en los plazos mencionados. En este orden, si examinada la mercancía se acepta por el suministrado, éste perderá toda posibilidad para reclamar posteriormente, de lo que se constata la solemnidad que tiene el acto de entrega y el examen de la mercancía, *vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.553. La brevedad de los plazos se justifica, además de por razones de seguridad para el tráfico mercantil y buena fe contractual, por la capacidad que tiene el suministrado de constatar la falta de conformidad de los bienes por tratarse de defectos susceptibles de ser observados a simple vista. De ahí que la norma distinga entre los vicios externos de los internos, y, para aquellos casos en los que sean verdaderamente graves, del *aliud pro alio*. En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H., *El deber de examinar la mercancía, op.cit.*, p.1472.

Un examen que, a mayor abundamiento, es imposible cuando los bienes se entregan embalados y van a ser destinados a la reventa⁷⁹⁷. Cabe recordar que el suministro es un contrato utilizado en la práctica como un instrumento que permite al empresario minorista abastecerse de bienes para su posterior reventa al consumidor, cuyo régimen de saneamiento por vicios y defectos no es disponible. Esto obliga al suministrado a prever un régimen de garantía que amplíe el sistema legal, evitando que los cortos plazos del régimen legal resulten incompatibles con la naturaleza de ciertos productos o de aquellos que van a ser revendidos a los consumidores⁷⁹⁸. Por todo ello es conveniente incorporar al contrato un régimen de saneamiento distinto del que resulta legalmente aplicable, que es, como se observa sin ningún género de dudas, inapropiado para un contrato que, además de recaer sobre una cantidad elevada de productos, es duradero⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Véase el caso enjuiciado en la STS núm. 35/2010, 17 de febrero (ROJ 907/2010), en donde «el carbón era suministrado en unos camiones en los que la carga se había distribuido artificiosamente con la finalidad de que, mediante un acuerdo fraudulento con empleados de la Central Eléctrica, la comprobación mecánica verificada a la entrada en las instalaciones de la actora ofreciera resultados falsos.» Para el primer tribunal, el dolo y la mala fe con el que actuó el proveedor en el suministro de carbón justifica que no pudiesen denunciarse los defectos en la calidad del mismo. En todo caso, la carga de la prueba de que el reconocimiento no pudo realizarse en plazo corresponderá al suministrado-acreedor, DÍEZ GARCÍA, H., *El deber de examinar la mercancía, op.cit.*, p.1480.

⁷⁹⁸ *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp.73-77, en las que recomienda la inclusión en el contrato de «cláusulas de garantía» con las que se modifica convencionalmente el régimen de responsabilidad por saneamiento previsto en la ley mercantil. Estos pactos son frecuentes en determinados sectores, bien por las dificultades de observar los defectos y vicios ocultos por la peculiaridad del objeto, bien por el volumen de la cosa adquirida, bien por relacionarse con terceros –léase consumidores y usuarios–, que, en todo caso, dificulta que los vicios y defectos sean observados por el adquirente. Las cláusulas de garantía se dirigen a garantizar, durante el plazo de tiempo pactado, la ausencia de vicios y defectos o, si se prefiere, el buen funcionamiento de la cosa. De hecho, en ciertos sectores, las cláusulas de garantía suelen garantizar la satisfacción del adquirente.

⁷⁹⁹ El plazo de treinta días para cursar una denuncia por la presencia de vicios o defectos ocultos se plantea corto, lo que obliga al empresario a moverse con celeridad con cada entrega de la mercancía. Incluso cuando el defecto es aparente, como cuando difiere la cantidad entregada con la pactada, su percepción no es sencilla, reclamando una actuación diligente del suministrado tanto en el pronto examen de la mercancía

La particularidad que presenta este régimen de responsabilidad en el contrato de suministro es que comparte su carácter duradero. La obligación de saneamiento del proveedor será aplicable a cada una de las entregas que se produzcan en el contrato de suministro, como efecto de la independencia y autonomía de cada una de ellas⁸⁰⁰. Cada prestación es susceptible de generar un régimen de responsabilidad por saneamiento distinto e independiente, recayente sobre los bienes entregados. Al igual que hablamos de una única obligación de suministro que comprende una pluralidad de actos de entrega, cabe hablar de una única obligación de saneamiento por vicios ocultos que recaerá sobre cada una de las entregas. Así, la reiteración de la prestación no regenera los plazos de prescripción respecto de las anteriores prestaciones, lo cual conculcaría su autonomía e independencia. Cada una de las entregas generará una obligación de saneamiento propia, que recae sobre la cosa entregada en cada prestación individualmente considerada. En suma, la repetición de la prestación plantea una repetición de del régimen de responsabilidad de saneamiento⁸⁰¹. Con cada entrega se abre un plazo específico dentro del cual el suministrado debe examinar la cosa y, en

como en la manifestación de sus discrepancias. En fin, la complejidad de este tema se ve agravada por una cuestión de técnica jurídica, como será la calificación del defecto o vicio en un incumplimiento de la entrega por *aliud pro alio*. Al respecto puede verse PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., «Contratos de intercambio de bienes», en DE LA CUESTA RUTE, J.M., (Dir.), *Contratos mercantiles*, I, Bosch, Barcelona, 2001, pp-168-169.

⁸⁰⁰ El régimen de saneamiento por vicios ocultos previsto para la compraventa debe ser adaptado a la naturaleza duradera del contrato de suministro, con lo que cada entrega generará el deber en el suministrado de revisar la mercancía a efectos de comprobar si existen defectos externos en cuanto a su calidad y cantidad, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.315-317.

⁸⁰¹ Por aplicación del CCo al contrato de suministro, los plazos breves contemplados en él imponen en el suministrado una obligación a denunciar los vicios o defectos en un breve plazo de treinta días, plazo que viene siendo considerado de caducidad y no de prescripción, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2303. Al respecto, la jurisprudencia tiene declarado que la fecha inicial deberá coincidir con la correspondiente a la última entrega de la mercancía, STS núm. 227/1994, de 10 marzo (ROJ 1617/1994), solución aplicable cuando las entregas se realizan en fechas cercanas –en el caso de la sentencia comentada, los suministros se entregan en cuestión de días–, pero no cuando entre ellas median plazos más amplios.

su caso, denunciar los defectos externos o internos encontrados⁸⁰², dado que la prosperabilidad de la reclamación, tanto por defectos externos como por vicios ocultos, descansa en que se ajuste al plazo de denuncia aplicable⁸⁰³. La repetición de una prestación defectuosa mediante la entrega de géneros defectuosos o de calidad inferior a la pactada podría ser interpretado como aquiescencia por parte del acreedor, quien, conocedor de las faltas de la mercancía respecto a lo pactado, la

⁸⁰² El plazo de treinta días establecido en el 342 CCo es un plazo de caducidad, no de prescripción. Además, se trata de un plazo para que el adquirente denuncie o reclame por la existencia de vicios o defectos, conservando así las acciones procesales contra el proveedor, por mor del art. 1486 CC, *vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.75. Del mismo modo que hacemos esta interpretación, cabe defender que el plazo no se ve afectado por el hecho de que se reproduzca una nueva entrega dentro del mismo. No cabe concluir que el defecto se salva por el hecho de que el suministrado vuelva a solicitar una nueva entrega, apoyando esta postura en una suerte de «actos propios» que permita llegar a la conclusión que la cosa fue examinada, el suministrado se dio por contento y, en prueba de ello, cursó un nuevo pedido. Esta feliz conclusión es gratuita, y no responde ni a la realidad del contrato de suministro, que, llamado a dar satisfacción a una necesidad, puede exigir nuevas entregas en un corto periodo de tiempo; ni tampoco a la realidad del tráfico mercantil, donde los cortos plazos de denuncia operan a favor de ambas partes y solo vencen por su transcurso o por darse el suministrado por contenido; manifestándolo así expresamente.

⁸⁰³ La denuncia será lo que permitirá al suministrado el ejercicio de las acciones por faltas de conformidad. Como regla, y a falta de pacto al respecto en el contrato de suministro, la denuncia no se sujeta a ningún requisito de forma. Pero valorando que es un trámite vinculado al posterior inicio de un litigio, y que corresponde al comprador su prueba, es aconsejable acudir a canales de comunicación fehacientes. Por lo que, aunque en alguna ocasión se ha admitido la pretensión del comprador por la existencia de defectos o vicios ocultos que no fueron denunciados en plazo, generando resoluciones contradictorias que han sido criticadas doctrinalmente, la interpretación adecuada de los arts. 336 y 342 CCo impone considerar que la denuncia es un requisito exigible para el ejercicio de posteriores reclamaciones para el caso de que las propias partes no sean capaces de alcanzar una satisfacción respecto a la falta de cumplimiento denunciada. A este respecto, puede verse ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Comares, Granada, 2002, pp.116 y 133. No se impone ningún requisito de forma en cuanto a la realización de la denuncia, aunque la práctica pone de relieve que habitualmente se deberán utilizar los cauces previstos en el contrato o, en su caso, un medio de comunicación fehaciente que permita acreditar que se puso en conocimiento del proveedor, dentro del plazo previsto, la disconformidad en cuanto al vicio interno o externo de que se trate, *vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.76.

acepta⁸⁰⁴. La denuncia de los vicios o defectos sobre la calidad es un deber que recae sobre el suministrado-acreedor, de manera que su silencio coloca al proveedor en la confianza de que la prestación es aceptada y los bienes son útiles⁸⁰⁵.

Como resultado de la denuncia, el suministrado conserva la acción para reclamar al proveedor la reparación o sustitución de la cosa, a fin de adecuarla a las condiciones pactadas, o una reducción del precio. El alcance de esta responsabilidad es más limitado que en la compraventa. La regla del 342 CCo debe ser adaptada para no contravenir la naturaleza duradera del suministro⁸⁰⁶. Según éste, el comprador puede optar entre desistir del contrato, reintegrándose los gastos que se le hayan ocasionado, o reclamar una rebaja del precio. Sin embargo, en el contrato de suministro la exteriorización de una entrega defectuosa no tendría la suficiente entidad dentro del programa contractual como para autorizar al suministrado a dar por resuelto el contrato. Este sistema de

⁸⁰⁴ Cabe hacer hincapié en la importancia de que la calidad quede expresada en el contrato a los efectos de determinar si la cosa entregada cumple o no los estándares cualitativos pactados. Como pone de relieve la doctrina, cuando en el contrato no se ha especificado una calidad determinada, el suministrado se enfrenta a la dificultad de demostrar un incumplimiento, siquiera leve, del negocio, pues tal incumplimiento debe producirse con base en un pacto contractual. Cuando no hay pacto entre las partes, supone el art. 1167 CC que la entrega de cosa genérica de calidad media se adecua a lo convenido, *cfr.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.533. En el mismo sentido, STS núm. 732/2007, de 28 de junio (ROJ 5810/2007).

⁸⁰⁵ El deber del suministrado de formular denuncia o protesta en el plazo prescrito por los arts. 336 y 342 CCo se erige como un especial deber de colaboración, basado en la buena fe contractual, con el que se pretende dotar de seguridad jurídica al tráfico mercantil evitando que el suministrado retenga la mercancía que no coincide con lo pactado o adolece de vicios, defectos o malas calidades, sin formular reclamación alguna al proveedor. Sobre el deber de denuncia, *vid.* Díez GARCÍA, H., «El deber de examinar la mercancía», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz, op.cit.*, pp.1471-1482.

⁸⁰⁶ La aplicación del art. 342 CCo al contrato de suministro autorizaría al suministrado a *desistir* del contrato de suministro o, en su caso, solicitar una rebaja proporcional el precio. Aunque alguna voz autorizada ha defendido esta solución, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2301, a nuestro juicio se presenta del todo inoportuna ante un contrato de duración. Su acogida permitiría acoger incumplimientos más aparentes que reales del programa contractual.

responsabilidad previsto tanto en el CCo como en el CC parte de obligaciones de carácter instantáneo, pero tiene mal encaje en el contrato de suministro dada la repetición periódica de las prestaciones. Por ello, cabe defender una solución intermedia, en la que el suministrado estaría en condiciones de reclamar una rebaja del precio o el exacto cumplimiento del contrato, ya sea reparando o sustituyendo la cosa⁸⁰⁷. En un contrato duradero, en el que las prestaciones están llamadas a repetirse, es asumible que puede producirse una entrega en el que alguna de las cosas entregadas presente un vicio o defecto interior o, incluso, exterior. Pero sancionar este tipo de cumplimientos defectuosos mediante la resolución acogida en el 342 CCo resultaría injusto para el proveedor y desproporcionada ante la levedad del incumplimiento. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los defectos pueden ser subsanados, dada la continuidad de la relación contractual.

b) Saneamiento por evicción

El proveedor, en cuanto transmitente de la cosa, está obligado a garantizar al suministrado la posesión legal y pacífica de la misma⁸⁰⁸. Es lo que se conoce como saneamiento por evicción. Este régimen de responsabilidad protege al adquirente frente a la perturbación padecida por un tercero con mejor derecho sobre la cosa adquirida. En su virtud,

⁸⁰⁷ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La compraventa mercantil, op.cit.*, justifica esta separación entre el régimen del incumplimiento contractual y el previsto para el caso de cumplimiento defectuoso en la interpretación que hace el sistema codificado de que el vendedor ha cumplido con su obligación de entrega, pero simplemente ésta no se adecua con lo acordado. De tal modo que, para evitar equiparar la falta total de entrega con la entrega de cosa defectuosa se atenúa el sistema de responsabilidad. Con todo, la autora encuentra insuficiente el sistema codificado continental, frente al del *common law*, por resultar de mayor coherencia y preciso con las necesidades del tráfico mercantil actual.

⁸⁰⁸ El nuestro Derecho, el vendedor no cumple con el contrato con la simple entrega de la cosa, pues está igualmente obligado a garantizar al comprador la legal y pacífica posesión de la cosa vendida con la intención de transferir su propiedad. De tal forma que, si el derecho del adquirente resulta cuestionado, perturbado o inquietado por un tercero con mejor derecho sobre la misma, de esta alteración responde el vendedor en virtud del régimen de garantía por evicción, *vid.* RODRÍGUEZ MORATA, F., «La evicción inversa en la compraventa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz, op.cit.*, pp.1353-1354.

el proveedor vencido en juicio por un tercero deberá restituir la cosa entregada al suministrado, quien tendrá derecho a percibir una indemnización del proveedor por los conceptos del art. 1478 CC⁸⁰⁹.

Este régimen de responsabilidad que el legislador recoge en sede de compraventa tiene poco recorrido en los contratos mercantiles⁸¹⁰. La doctrina señala que la razón de esta aplicación residual del saneamiento por evicción se encuentra en el art. 85 CCo⁸¹¹. No obstante, la evicción también tiene mal encaje en el suministro⁸¹². Habida cuenta el esquema

⁸⁰⁹ REBOLLEDO VARELA, Á.L., «Artículo 1478», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VIII, *op.cit.*, p.10479 y ss., entiende que el precepto contempla una indemnización a favor del comprador que se ve perturbado de la posesión, pues el precio que se retorna no es el pagado al momento de la compra sino el que tuviere la cosa al momento de la evicción; así como sus frutos o rendimientos, las costas del pleito cuando se haya vencido en juicio, y los gastos del contrato cuando se hubiesen pagado por el comprador.

⁸¹⁰ La evicción no se suele producir en Derecho mercantil, ya que el art. 85 CCo establece la irreivindicabilidad de las cosas compradas en establecimientos abiertos al público, siempre que el adquirente lo sea de buena fe. Con ello, se da una protección mayor que la que recoge el art. 464 CC. En este orden, *vid.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., *Contratos de intercambio de bienes*, *op.cit.*, p.167.

⁸¹¹ SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.221. Las razones se comprenden si atendemos a que buena parte de las compraventas que se efectúan en establecimientos abiertos al público serán concertadas con un consumidor, lo que excluye la aplicación del CCo. Entre comerciantes, el saneamiento por evicción tiene escasa relevancia práctica en el Derecho mercantil, *vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.552. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.440. También BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.73, recuerda el limitado alcance que tradicionalmente se ha presumido en la doctrina al saneamiento por evicción por aplicación del art. 85 CCo. No obstante, las ventas celebradas en tienda o establecimiento comercial tendrán generalmente carácter civil, por intervenir en ellas un consumidor. E, incluso cuando reputásemos estas ventas de carácter mercantil, cabe igualmente que se dé evicción entre comerciantes por las compraventas celebradas fuera de establecimientos mercantiles, o entre fabricantes y comerciantes. Con lo que, como exponen los profesores, no es cierto que la disposición del 85 suponga una excepción a la responsabilidad por evicción como se ha venido considerando.

⁸¹² La responsabilidad por evicción solamente operaría en casos de sentencia firme, según afirma VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Artículo 1474. Responsabilidad en virtud del saneamiento», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, pp.154-155. Por su

de tracto sucesivo de nuestro negocio, caracterizado por la reiteración de las prestaciones de entrega, es complicado que se dé el supuesto de hecho descrito en el art. 1475 CC. Por un lado, el objeto del contrato de suministro recae sobre cosas genéricas, susceptibles de sustitución para el caso de que se planteara una reclamación por un tercero⁸¹³. La evicción parte de la imposibilidad de sustituir la cosa entregada por otra igual o similar, razón por la que se ha afirmado este saneamiento está previsto para las entregas de cosas específicas⁸¹⁴. Por otra parte, la obligación de suministro asumida por el proveedor le obliga a adquirirla la cosa de terceros o fabricarlas él mismo, lo que pone el acento en la aplicación anecdótica de este saneamiento al contrato⁸¹⁵. Finalmente,

parte, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias*, *op.cit.*, p.129, critica la actual regulación del saneamiento por evicción contenida en el CC, por partir de los precedentes romanos en la materia –que centraba la evicción en la existencia de un derecho de propiedad o real sobre la cosa, como no podía ser de otro modo– y por la complicada configuración procesal que contempla el precepto, y que solamente permite reclamar la responsabilidad por evicción cuando se ha obtenido una sentencia firme de condena contra el comprador. Aboga el autor por una interpretación más acorde con el art. 41 CISG, que obliga al vendedor a responder por cualquier pretensión de tercero, incluso cuando sea infundada.

⁸¹³ De lo contrario no podría hablarse de suministro, pues la cosa no podría ser susceptible de una entrega reiterada, *cf.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.276.

⁸¹⁴ Por todos, MORALEJO IMBERNÓN, N., «Artículo 1476», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VIII, *op.cit.*, p.10471, que resalta que en la época en la que se promulgó el CC era frecuente prever una sustitución de la cosa entregada por otra igual cuando se ejercía por un tercero una reclamación. Para la autora, esto se traduce en que el CC concibe el saneamiento por evicción para supuestos de entrega de cosa específica y no genérica.

⁸¹⁵ De acuerdo con la doctrina, dado que el contrato de suministro recae sobre cosas genéricas, el saneamiento por evicción «no tiene prácticamente relevancia», *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.537. En el mismo sentido, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2302.

la evicción implica la privación de la cosa por sentencia firme, lo que contrasta con la celeridad que caracteriza al tráfico mercantil⁸¹⁶.

c) El principio de conformidad

La noción de conformidad encierra en un único concepto la exigencia de que la cosa entregada se ajuste a la descripción ofrecida por el proveedor y reúna las características, condiciones y especificaciones exigidas por el suministrado y conocidas por aquél al momento de suscribir el contrato. De este modo, el objeto contractual, además de ser destinado al fin al que se pretende, puede satisfacer las específicas necesidades que justificaron la celebración del contrato⁸¹⁷. El principio de conformidad constituye un concepto más amplio que el de vicios o defectos ocultos, abarcando también los defectos externos por calidad y cantidad e, incluso, el supuesto de *aliud pro alio*⁸¹⁸. Bajo esta consideración, todas las anomalías que son susceptibles de padecer los bienes

⁸¹⁶ Todos aquellos negocios que se fundan en una causa onerosa de la obligación pueden acudir al régimen de la responsabilidad por evicción cuando se den sus presupuestos, *vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Artículo 1474. Responsabilidad en virtud del saneamiento», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, pp.154-155. Sin embargo, recurrir a un proceso judicial para la recuperación de una cosa genérica no es una opción frecuente en el tráfico mercantil.

⁸¹⁷ En la normativa de consumo, existe falta de conformidad cuando el bien presenta defectos o vicios que impidan al adquirente emplear la cosa para el uso al que normalmente se destinan las de tal naturaleza. Igualmente, habrá falta de conformidad cuando el bien entregado presente una falta de cualidad; en caso de defecto en la cantidad; cuando no reúna las cualidades pactadas; también cuando se entrega una cosa distinta; o cuando no se entrega embalado o envasado, o lo ha sido de forma defectuosa. Al respecto, puede verse el comentario que hace al art. 116 del TRLGCU MARÍN LÓPEZ, M.J., «Artículo 116. Conformidad de los productos con el contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, *op.cit.*, pp.1651 y ss. En el mismo sentido, COSTAS RODAL, L., «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», *Aranazdi Civil*, núm. 1 (2004), pp.2052-2053.

⁸¹⁸ La falta de conformidad es un concepto deliberadamente amplio, comprensivo de una heterogénea variedad de supuestos de incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar un objeto que coincida con lo descrito en el contrato, *vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «La falta de conformidad en la venta de productos de consumo:

suministrados podrían ser reconducidos a un mismo concepto, recibiendo un mismo tratamiento jurídico y aunando el régimen de responsabilidad del proveedor⁸¹⁹.

La figura de la conformidad es importada del Derecho de consumo y de la compraventa internacional⁸²⁰. Con lo que, en nuestro ordenamiento, conviven tres regímenes jurídicos distintos para el tratamiento de la inadecuación de la cosa respecto al contrato: el sistema de vicios y defectos ocultos previsto en el CCo para los contratos mercantiles, el del CC para los civiles y el sistema acogido por la normativa de consumo⁸²¹. Ante un mismo defecto o vicio el Derecho español contempla diferentes soluciones, cuya aplicación se determina en función de la

su concepto y prueba ante los Tribunales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, op.cit., p.1484.

⁸¹⁹ En su virtud, el proveedor estaría obligado a entregar bienes que sean conformes con el contrato, respondiendo ante él de la falta de conformidad que exista en los bienes entregados. El régimen de responsabilidad por falta de conformidad se contiene en los arts. 114 y ss. TRLGCU, en los que se desgranar los requisitos que deben concurrir para poner en marcha la responsabilidad del proveedor vendedor: i) que la falta de conformidad exista al momento de la entrega del producto, aunque se manifieste con posterioridad; ii) que el suministrado comprador desconozca la falta de conformidad de que se trate; iii) cuando tenga su origen en los materiales suministrados por el adquirente; iv) que acontezcan dentro de un plazo que, para el Derecho de consumo, es de dos años desde la celebración del contrato.

⁸²⁰ Para una didáctica exposición de la temática y la problemática generada por la distinción entre los vicios ocultos y la falta de conformidad en la compraventa puede verse MORALES MORENO, A.M., «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La Compraventa», *Anuario de Derecho civil*, vol. 56, núm. 4 (2003), pp.1609-1652.

⁸²¹ El régimen de saneamiento previsto para la compraventa civil tiene un ámbito de aplicación muy diverso. A él se someten las compraventas de bienes inmuebles, de todo tipo de bienes muebles en los contratos celebrados entre particulares, y de todas aquellas a las que no les sea aplicable la legislación de consumo ni el Código de comercio. Además, el propio sistema civil se separa, según la venta sea de una cosa específica e inanimada, a la que se le aplicaría un régimen general, o un animal o cosa vendida en su conjunto, en cuyo caso se prevén ciertas especialidades sobre el régimen general, *cfr.* CASTILLA BAREA, M., «La unificación de los diversos regímenes de saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos: ¿una cuestión pendiente en materia de compraventa?», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C. (Coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, op.cit., p.91.

calificación de quienes intervengan en el contrato⁸²². A lo anterior habría que sumar los sistemas previstos en algunos derechos forales, como hace el Código civil de Cataluña⁸²³.

Así las cosas, el principio de conformidad unifica el régimen de responsabilidad del proveedor, eliminando la distinción entre defectos y vicios de calidad, cuantitativos, cualitativos, defectos aparentes y demás tipos de incumplimientos, defectuosos y graves (*aliud pro alio*),

⁸²² Por ejemplo, los plazos de ejercicio de la acción de la que puede disponer el suministrado para reclamar la responsabilidad del proveedor varían desde los cuatro días en el suministro mercantil hasta los tres años en el suministro sujeto al derecho de consumidores. Esta disparidad de tratamientos ha sido criticada, no tanto por las diferencias que guardan entre sí, sino por su presencia en nuestro ordenamiento. Siendo la más reciente de ellas la relativa a la del derecho de consumo, derivada de la normativa comunitaria. En particular, de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. La norma delimita el régimen a la compraventa entre empresarios y consumidores, en contraste con las opciones por las que optaron otros países como Alemania, Austria, Holanda o Grecia, que aprovecharon la trasposición para modificar el régimen de la compraventa existente en sus legislaciones nacionales para hacerla coherente con el requisito de conformidad que traía consigo la Directiva, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M.J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004, pp.231 y ss. Se ha criticado la pérdida de oportunidad que se tuvo en su transposición y que habría permitido tanto simplificar el sistema positivo español previsto para la existencia de vicios o defectos en la cosa vendida como mejorar su adecuación a las necesidades del tráfico mercantil moderno, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., «La compraventa mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 287 (2013) defiende la simplificación del sistema mediante la adopción, en el futuro sistema de la compraventa, de una obligación del vendedor consistente en entregar bienes que reúnan las condiciones estipuladas en el contrato.

⁸²³ De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña: «La obligación de conformidad pretende conseguir que el bien entregado al comprador corresponda a lo pactado, atendiendo no solo a las especificaciones del contrato, sino también a los criterios propuestos por la ley para valorar si se da dicha correspondencia. Se generalizan a toda compraventa los criterios de conformidad». Con ello, se incorpora a la norma, en los arts. 621-20 y ss. la obligación de conformidad del bien con el contrato.

totales y parciales, en los que podía incurrir el proveedor⁸²⁴. El concepto de conformidad abarca un espectro más amplio que la noción de defecto oculto⁸²⁵. Como consecuencia, la responsabilidad por falta de conformidad es mayor que la responsabilidad derivada del saneamiento. Cualquier discrepancia entre la prestación pactada en el contrato y la efectivamente ejecutada supondrá una falta de conformidad, en la medida en que es susceptible de provocar una insatisfacción en el acreedor, tutelable jurídicamente, y, con ello, un incumplimiento contractual⁸²⁶.

⁸²⁴ La conformidad no quiere decir que haya aumentado el régimen de protección del consumidor, pues los supuestos que se reconducen a este principio ya venían tutelados a través del CC. Sin embargo, se unifica el sistema de responsabilidad del vendedor, eliminando distinciones normativas, y abriendo el abanico de posibilidades a las que puede recurrir el consumidor ante la constatación de una falta de conformidad de las cosas vendidas con el contrato, *cf.* LASHERAS ROMERO, C., «La falta de conformidad en el derecho de consumidores: especial referencia al concepto y tipos», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 35 (2014).

⁸²⁵ La Directiva 2019/771/UE ha incorporado un catálogo de requisitos que sirven para determinar cuándo la entrega del bien será conforme con el contrato: cuando sean acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseerán la funcionalidad, compatibilidad; cuando sean aptos para los fines pretendidos por el consumidor; cuando se entregue junto con sus accesorios e instrucciones; y cuando se entregue con las actualizaciones necesarias. Además, serán conformes cuando sean aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo y presenten la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar. La reforma operada por la Directiva ha sido comentada por MARÍN LÓPEZ, M.J., «Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE», *Diario La Ley*, núm. 9461 (2019).

⁸²⁶ De acuerdo con lo que dispone el CC, la falta de entrega del bien supone un incumplimiento de la obligación básica del vendedor, mientras que la entrega de una cosa que adolece de un defecto o vicio oculto o externo no puede, en estricta técnica jurídica, ser calificado como incumplimiento contractual. La concurrencia de un vicio o defecto nos coloca ante un cumplimiento defectuoso, pero un cumplimiento en todo caso. Así lo viene a acreditar la lectura del art. 1468 CC. Sin embargo, el criterio de la conformidad ha alterado este sistema, pero solo en lo concerniente a los contratos celebrados con consumidores y usuarios, a los que resulta aplicable la norma que lo contiene, *vid.* GARCÍA CRUCES, J.A., «La compraventa de bienes muebles con consumidores sujeta a los artículos 114 y ss. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., *Contratos mercantiles, op.cit.*, pp.235-237

Apréciase la diferencia de las regulaciones. Mientras que para el CCo y, subsidiariamente, el CC, la existencia de vicios y defectos en los bienes y productos suministrados no nos coloca más que ante un cumplimiento defectuoso, para el Derecho de consumo la falta de conformidad significa un incumplimiento del contrato. Esta concepción es resultado de integrar en el contenido del contrato el deber de entregar un bien exento de defectos materiales, y, con ello, satisfacer el interés del acreedor⁸²⁷. Se entiende este planteamiento si atendemos que el derecho codificado configura su régimen de remedios en torno a la cosa determinada y cierta, mientras que para el Derecho de consumo la importancia no la tiene la cosa en sí, sino la satisfacción de los legítimos intereses de la parte acreedora⁸²⁸. Para el CCo no existe incumplimiento del proveedor cuando éste entrega la cosa, pues en esto consistía su obligación principal. En cambio, para el TRLCU la exigencia va más allá, produciéndose un cambio en la causa del contrato. El elemento causal no es la entrega de un bien específico con el fin de adquirir su propiedad, sino la entrega de un bien con el que dar satisfacción a una necesidad y, con ello, a las legítimas expectativas depositadas en el contrato⁸²⁹. La garantía del vendedor, así entendida, no se trata como

⁸²⁷ La existencia en la cosa entregada de un defecto que suponga la ausencia de una cualidad pactada o presupuesta por las partes es considerada como un cumplimiento defectuoso, aun cuando sea parcial o no revista de especial gravedad, *vid.* VERDÁ Y BEAMONTE, J.R., *Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad*, *op.cit.*, p.2942.

⁸²⁸ *Vid.* LASHERAS ROMERO, C., «La falta de conformidad de los productos con el contrato: un nuevo tipo de incumplimiento», *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 11 (2015), quien expone este cambio sustancial en el tratamiento únicamente cambiando la perspectiva, que pasa de focalizarse en el bien objeto de la entrega para pasar al interés privado del comprador.

⁸²⁹ *Cfr.* VERDÁ Y BEAMONTE, J.R., *Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo*, *op.cit.*, p.2938. Para el autor, hasta que el legislador no intervenga y ponga fin a la situación de disparidad normativa y las distinciones que hace el CC en materia de saneamiento e incumplimiento del contrato, la única solución pasa por coordinar su aplicación. Descartado el régimen del TRLCU y el principio de conformidad, que ha apartado el sistema de saneamiento por vicios ocultos del ámbito de aplicación del Derecho de consumo,

una adición o yuxtaposición a la obligación de entrega, sino que viene a dotar de seguridad al acreedor al ver satisfecho su interés legítimo⁸³⁰.

El principio de conformidad y su fundamentación en cualquier infracción, incluso parcial, del contrato, se hace aplicable más allá del TRLCU. La CISG, aplicable únicamente a la compraventa –y suministro– internacional en los que intervienen empresarios o profesionales, construye su régimen de garantías sobre la noción de conformidad. De hecho, se ha considerado que la falta de conformidad encajaría sin mayor dificultad en nuestro sistema de garantías y de incumplimiento del Código civil, en consonancia con los principios de integridad e identidad en el pago⁸³¹. Sin embargo, el legislador ha diferenciado una pluralidad de remedios en favor del adquirente que se deben coordinar, entre los que no están los propios por la falta de conformidad del objeto del contrato.

cabe discriminar los remedios del CC en función de que el contrato haya sido incumplido, lo que se constatará por la falta de la entrega, de aquellos previstos para el contrato cumplido defectuosamente, como sucede normalmente cuando el objeto entregado es defectuoso.

⁸³⁰ A pesar de ello, una postura doctrinal entendió que el principio de conformidad vino a complementar el 1484 CC, de modo que el sistema de garantía venía conformado por dos perspectivas que permitían una mayor tutela al comprador. De este modo, la interpretación armonizadora pretendía defender que cuando los defectos de la cosa la hicieran impropia para el uso al que se la destina o disminuyen su valor de tal modo que el adquirente, de haberlo conocido, no habría adquirido la cosa, nos colocará en sede del saneamiento por vicios ocultos del CC; mientras que si los defectos fueran de menor calidad nos hallaríamos ante un supuesto subsumible en el TRLCU. *Vid.* AVILÉS GARCÍA, J., «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.661 (2000), pp.2739 y ss.

⁸³¹ MARÍN LÓPEZ, M.J., *Capítulo I. Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo*, *op.cit.*, describe el concepto de conformidad como el exacto cumplimiento del contrato, afirmando que «puede equipararse la falta de conformidad con el incumplimiento, entendido en el sentido amplio al que alude el artículo 1101 CC (como contravención del tenor de la obligación)». De este modo, dice el autor, se impulsa un único concepto de incumplimiento, cuya amplitud está admitida en nuestro ordenamiento codificado por tener cabida en el 1101 CC.

No obstante lo anterior, el principio de conformidad queda reducido a los contratos en los que interviene un consumidor⁸³², incluido el contrato de suministro sometido al TRLCU⁸³³. Sin perjuicio de la estrecha relación entre conformidad de la cosa y satisfacción del acreedor justifica que nos detengamos ahora en el examen del principio de conformidad, más por su interés dogmático que por su aplicación práctica. Fuera del ámbito del Derecho de consumo, el principio de conformidad no es aplicable por la evidente falta de apoyo normativo. Sin perjuicio de que las partes incorporen un régimen de responsabilidad en el contrato semejante al que se deriva por la falta de conformidad de los bienes, el régimen aplicable que disciplina el contrato de suministro es el propio del CCo, cuyo sistema de saneamiento se contiene en los arts.

⁸³² La transposición *extra codicem* del principio de conformidad, mediante la promulgación de una ley especial, supone la fragmentación de la disciplina referentes a las ventas de consumo, a las civiles, a las mercantiles y a las ventas internacionales, generando en un escenario contrario al pretendido por el legislador comunitario, que era la simplificación y armonización de las normas referidas a las garantías en los contratos de intercambio de bienes, *vid.* RODRÍGUEZ MARÍN, C., «El principio de conformidad en la venta de bienes de consumo: garantías y servicio postventa», *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9 (2011), p.101.

⁸³³ RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El principio de conformidad en la venta de bienes de consumo: garantías y servicio postventa*, *op.cit.*, p.103. Un detallado análisis del principio de conformidad en sede de Derecho de consumo la encontramos en el comentario que hace a los arts. 114 y ss. TRLCU MARÍN LÓPEZ, M.J., «Capítulo I. Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, *op.cit.*, pp.1405 y ss. El autor apunta que la mención al «contrato de suministro de productos que han de producirse o fabricarse» no debe entenderse como una referencia expresa al contrato de suministro en los términos manejados en el Derecho de contratos, y del que venimos haciendo a lo largo de esta tesis. Apunta el autor que el verdadero significado se comprende cuando se observa que el legislador comunitario utiliza el término «suministro» como sinónimo de «entrega», lo que conduce a la conclusión de que se viene a equiparar este pretendido *contrato de suministro* con una compraventa en la que los bienes deben ser previamente fabricados por el vendedor. Ahora bien, esto no quiere decir que el contrato de suministro esté excluido del TRLCU. Al contrario, el TRLCU también es aplicable a nuestro contrato de suministro concertado con un consumidor.

337 y 342⁸³⁴. Pero la aplicación de esta disciplina legal resulta inadecuada en determinados casos. El suministro de bienes destinados a la reventa obliga a los contratantes a incorporar un régimen jurídico en cuanto a los vicios ocultos o redhibitorios que modifique el previsto en el CCo, amplíe la protección del suministrado frente a tales defectos y complete la asunción de riesgos. El tema es relevante por dos razones. Primero, porque en muchas ocasiones los defectos y vicios ocultos solamente aparecen un tiempo después de la entrega de la cosa. Ante este panorama, el Derecho de consumo, a los efectos de hacer efectivas las medidas correctoras que el mismo contempla, contempla plazos dentro de los que el consumidor puede reclamar por la falta de conformidad de los bienes que adquiere. Lo que, inevitablemente, tiene un impacto en el suministrado, quien responde frente al consumidor y que tiene interés en que el proveedor responda por estos vicios. En segundo lugar, porque, en muchas ocasiones, el suministrado ni tan siquiera estará en condiciones de examinar la mercancía al venir envasada o embalada y transmitirse así, dentro de su envoltorio original, al consumidor. Podemos añadir una tercera razón que tener en cuenta. Hoy en día, donde el estado de la técnica es muy superior al que existía al tiempo de promulgación el CCo, buena parte de los defectos y vicios ocultos no son apreciables a simple vista y exigen un prolongado uso de los productos para poder descubrir sus *fallos*.

La regla general es que el bien debe estar libre de vicios en el momento de la entrega. En consecuencia, el proveedor es responsable de cualquier defecto, vicio o falta de conformidad que exista en el momento de la entrega, como hemos visto. Ahora bien, así como el Derecho de consumo hace responsable al empresario si la falta de conformidad se manifiesta en el plazo de tres años desde la entrega, en el Derecho mercantil el empresario solo es responsable durante un breve plazo de tiempo. Con lo que el suministrado-adquirente debe desplegar una con-

⁸³⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.76. El régimen legal puede ser, y es recomendable que en determinados supuestos lo sea, alterado por las partes mediante la incorporación de cláusulas de garantía que, como su nombre indica, vienen a garantizar la ausencia de vicios y defectos durante un plazo de tiempo, el buen funcionamiento de la cosa entregada, los mecanismos de comunicación entre las partes o las soluciones aplicables.

ducta activa al momento de la entrega, examinando la mercancía y denunciando, dentro de los breves plazos recogidos en la legislación especial, su existencia. La diferencia con el Derecho de consumo es palpable, pues mientras que el consumidor que se vea sorprendido por el defecto en el plazo de tres años tiene posibilidad de reclamarlo en el plazo de cinco años, ambos plazos computados desde la entrega, el empresario debe *buscar* en los bienes tales defectos, en los plazos señalados: para los vicios aparentes, inmediatamente si están a la vista, cuatro días si se entregan enfundados; para los vicios ocultos, treinta días⁸³⁵.

Con todo, los plazos mercantiles son insuficientes para poder cubrir al suministrado y repetir contra el proveedor por los defectos y vicios ocultos en la cosa revendida al consumidor. Se comprende, así, la importancia que tiene configurar un régimen de responsabilidad por saneamiento superior al dispuesto en nuestro CCo, que permita al suministrado-revendedor reclamar al proveedor por la falta de conformidad y las reclamaciones en este sentido planteadas por los consumidores destinatarios finales de los bienes.

II. OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADO

A. EL PAGO DEL PRECIO

El suministrado viene obligado principalmente a pagar el precio por las cosas suministradas. La obligación de pago constituye, además, un elemento delimitador del tipo contractual, pues si no existiera esta obligación no estaríamos ante un contrato de suministro. Su incorporación al contrato determina su carácter sinalagmático, oneroso y conmutativo. La obligación de pago es la contraprestación a la obligación de suministro del proveedor y, por tanto, constituye la causa por la cual éste

⁸³⁵ Acerca de los nuevos plazos de garantía recogidos en el TRLCU, a raíz de las modificaciones legislativas incorporadas por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, por el que se transponen diferentes directivas comunitarias pendientes de incorporación al Derecho nacional, puede verse el análisis realizado en fecha reciente por TAPIA HERMIDA, A.J., «La reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24. Transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *La ley mercantil*, núm. 87 (enero-2022).

asume su obligación duradera de mantener abastecido al suministrado a través de una pluralidad de actos de entrega o con una única entrega continuada y sin interrupción. En este orden de cosas, la obligación de pago no presenta diferencias respecto del pago en la compraventa. Es una obligación pecuniaria, que debe liquidarse mediante la entrega de la especie dineraria pactada. Además, es una obligación personal, cuyo plazo de prescripción es de cinco años, ya sea por la aplicación del art. 1964 o del 1966.3° CC, a los que más adelante se hará referencia.

La obligación de pago del precio en el suministro podría compartir el carácter duradero de la contraprestación de la que es causa, o podría no hacerlo. A diferencia de la obligación de suministro, la de pago puede no presentar un carácter duradero sin que, por ello, se desnaturalice este contrato⁸³⁶. Esta característica es esencial en la obligación de suministro del proveedor, pero no tiene por qué ser compartida por la obligación de pago, que puede ejecutarse en una única vez o repetirse sucesivamente durante la vigencia del contrato⁸³⁷.

⁸³⁶ La prestación que caracteriza el contrato y lo hace duradero es la propia del proveedor; esto es, la repetición o continuidad de la entrega. Por lo que se refiere al precio, es indiferente que se pacte de una sola vez. La lógica y la práctica habitual en el tráfico mercantil es que la periodicidad o continuidad de la obligación del proveedor trae consigo la duración de la obligación del suministrado, ligándose el pago a una o varias prestaciones de entrega. Pero, como decimos, la posibilidad de alterar este esquema y que el pago del precio se realice en un único momento no desnaturaliza el contrato de suministro. Dependerá de la voluntad de las partes cómo prefieran configurar la contraprestación. Siendo un contrato duradero es habitual que los pagos se realicen simultáneamente a las entregas o se fraccione la duración del contrato en periodos de liquidación en los que se facture de conformidad con las entregas realizadas, *cfr.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.127.

⁸³⁷ Algunos autores exponen al respecto la distinción entre el sinalagma genético, presente en el contrato de suministro desde su celebración en la medida en que produce dos obligaciones interrelacionadas y recíprocas, que son causa la una de la otra; y un sinalagma funcional, que se mantiene durante el contrato a medida que se van ejecutando las prestaciones. En este sentido, *vid.* DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general), op.cit.*, p.36; CORRADO, R., *La somministrazione, op.cit.*, pp.56 y 57. Ahora bien, apunta FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.235-237 que, en los casos en los que la obligación del suministrado de pago del precio se da en un único momento, este sinalagma funcional no se extiende a lo largo de la vida del contrato. Una vez hecho el pago, el sinalagma desaparece, en la medida en que el suministrado ya ha cumplido con su obligación. Lo cual no quiere

Al pago dedicó el legislador mercantil un solo artículo en sede de compraventa en el CCo, el art. 339, lo que llevó al legislador contemporáneo a promulgar la LLCM⁸³⁸. En virtud de aquél, el pago del precio solo será exigible tras la puesta a disposición del comprador de las mercancías adquiridas⁸³⁹. Con ello se pone de relieve la inmediatez que, en sede de la compraventa, existe entre la entrega de la cosa y el pago del precio⁸⁴⁰. El precepto establece un orden cronológico en el cumplimiento de las obligaciones del comprador y del vendedor: primero la entrega, luego el pago⁸⁴¹. Si atendemos a la regla del art. 1500 CC, el pago del precio ha de realizarse en el tiempo fijado en el contrato y, en su defecto, en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida. Esta simultaneidad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, que deriva del carácter sinalagmático del contrato, determina que el vendedor no puede reclamar el precio sino entrega o no está dispuesto a entregar la cosa. Esto es así porque, como vemos, la entrega

decir que haya que entender el suministro como un contrato en el que se reúnen un negocio en el que se reúnen diferentes y separadas relaciones sinalagmáticas, sino como un contrato en el que el sinalagma se materializa en numerosos momentos.

⁸³⁸ La elevada morosidad tras la crisis económica de 2008 llevó al legislador a modificar la LLCM. Entre otras modificaciones, se alteró el plazo para el pago, que pasó a fijarse en sesenta días sin posibilidad de ser ampliado por las partes, *vid.* PERALES VISCASILLAS, M.P., «Modificación de la Ley 3/2004, sobre morosidad», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13 (2010), p.532.

⁸³⁹ El CC, por su parte, dedica a la obligación de pago del precio en la compraventa los arts. 1500 a 1505, si bien no son aplicables más que los dos primeros; del mismo modo que tampoco son aplicables respecto de las compraventas mercantiles, *vid.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa, op.cit.*, p.255.

⁸⁴⁰ La regla general en la compraventa es que puestas las mercancías a disposición o entregadas al comprador, empieza para él su obligación de pagar el precio (339 CCo), que debe hacerse en el lugar de la entrega en la norma civil (1500.II CC).

⁸⁴¹ La puesta a disposición supone el cumplimiento de la principal obligación del proveedor. Desde ese momento, nacen las obligaciones propias del suministrado: recibir la mercancía y pagar el precio, *cfr.* VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil, op.cit.*, p.1589. En el mismo sentido, ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.274.

es la que determina la exigibilidad de la obligación de pago. Es el momento de la entrega el que determina si el pago es anticipado, diferido o simultáneo⁸⁴².

El esquema anterior ha sido replicado en la práctica en el contrato de suministro periódico, donde la obligación de pago es exigible tras cada entrega. De modo que, en línea con el planteamiento que subyace en el art. 87 CCo, con mayor precisión, en el art. 1500 CC, y de fecha más reciente, en el art. 4.1 LLMCM, el suministrado vendrá obligado al pago desde el momento en el que se ejecuta la entrega de la cosa⁸⁴³. Esta estructura ha resultado en una simulación de compraventas aisladas, en la medida en que cada entrega de la cosa y cada pago del precio comparten la simultaneidad y la identidad de tiempo y lugar propias de un contrato de compraventa⁸⁴⁴. Sin embargo, en sede de suministro, estando ambas obligaciones sujetas a plazo, no son exigibles sino hasta su vencimiento. Como consecuencia, pueden producirse situaciones en las que no nazcan nuevas entregas por venir esta facultad reservada a favor del suministrado –*v.gr.*, el suministro a placer–. En estos casos, de acuerdo con lo que tiene declarado la jurisprudencia, no se impondría a la parte proveedora la obligación de pagar lo que ha fabricado el

⁸⁴² CLEMENTE MEORO, M.E. y NIETO MONTERO, J.J., «El contrato de compraventa (I)», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, I, *op.cit.*, pp.148 y 149.

⁸⁴³ El pago al contado es la regla general recogida en el CCo, que debe ser traída también al contrato de suministro mercantil. En su virtud, en caso de silencio en el contrato, las compras y ventas *verificadas en establecimiento* se presumirán siempre hechas al contado, salvo prueba en contrario. Una regla similar que se contiene en el art. 1500 CC, también aplicable en caso de silencio contractual, que preceptúa que el lugar del pago corresponderá al de la entrega. *Cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.274. En el mismo sentido, SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.261.

⁸⁴⁴ Regla general prevista para la compraventa, pero que es extensible por analogía al suministro y al resto de contratos traslativos de dominio, ROSILLO FAIRÉN, A., «Observaciones en torno a la obligación de pago del precio del comprador», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, *op.cit.*, p.283. También HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.677. En el mismo sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.117.

proveedor en previsión de futuros pedidos que aún no se han realizado, salvo cuando la conducta o actuación de la parte hizo creer que sí iban a materializarse⁸⁴⁵.

No obstante lo anterior, en línea con el 1500 CC, las partes son libres para configurar su relación recogiendo un régimen específico para el suministro, contemplando, por ejemplo, que el pago del precio comprenda un grupo de entregas, que los suministros se vayan cargando contra una cantidad ya abonada previamente al proveedor, o incluso que el pago se difiera a un momento posterior a la entrega de la cosa⁸⁴⁶. De hecho, es con esta modalidad bajo la que se manifiesta la función de financiación del contrato de suministro que quedó apuntada en su momento⁸⁴⁷, y es una posibilidad que el legislador ha recogido expresamente en la LCCM, al permitir que puedan agruparse pagos correspondientes a un periodo de tiempo en una factura comprensiva de todos ellos⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ En este sentido se pronunció la STS núm. 924/2006, de 27 de septiembre (ROJ 5497/2006), que aplicando las reglas generales del artículo 7.103 (1) de los Principios del Derecho europeo de contratos entienden que el acreedor puede rechazar un ofrecimiento de ejecución realizado antes del vencimiento del plazo pactado.

⁸⁴⁶ En la práctica, habrá que tener en cuenta las disposiciones de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que ha derogado *de facto* la norma del 339 CCo al concebir *ope legis* la exigibilidad de la obligación de pago tras el transcurso de treinta días desde la recepción de la mercancía (art. 4). Un plazo equivalente al contenido en el art. 17 LOCM para el pago de la mercancía suministrada por los proveedores.

⁸⁴⁷ Los contratantes son libres para determinar el método y forma de pago que mejor convenga a sus intereses económicos. Dentro de esta libertad, un pago que un conjunto de entregas o suministros hace que el contrato despliegue una función de financiación para el suministrado, quien consigue demorar el pago. Esta modalidad se contrapone con el pago repetido en función de cada prestación de entrega individual. *Cfr.* URÍA, R., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.739.

⁸⁴⁸ Respecto a esta cuestión interesan destacar las consideraciones de PERALES VIS-CASILLAS, M.P., *La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil, op.cit.*, pp.20-21, que apunta la ruptura del principio de sinalagma al formalizarse un cambio en la configuración del cumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, con la consiguiente transformación de la naturaleza jurídica de los contratos de cambio en contratos de crédito. Ello por la imposición, como regla general, de un aplazamiento en la prestación de pago. Para la autora, se

Esta configuración, sin embargo, tiene difícil encaje en un contrato de suministro continuado. En estos casos el pago tras la entrega no sería una solución eficaz, dado que, de un lado, la entrega es única y sin solución de continuidad, y, de otro lado, la finalidad que subyace en la modalidad de suministro continuado es permitir que el suministrado se abastezca de la cosa que tiene a su disposición en función de su necesidad, lo que impide a las partes conocer con precisión cuál será el volumen de la cosa dispuesta y el precio a abonar. Así las cosas, el pago tendría la consideración de pago a cuenta de una liquidación final, lo que no parece operativo. De ahí que esta modalidad de suministro obligue a las partes a determinar periodos o fracciones que les permitan liquidar el precio en función de los suministros realizados dentro de esos periodos, con lo que el suministro se separa de la previsión del 339 CCo y adapta esta obligación a la naturaleza duradera del contrato⁸⁴⁹. De manera que el pago se materializa tras un número determinado de entregas o cada cierto lapso de tiempo predeterminado por las partes y

produce una situación contradictoria al pretender luchar contra los aplazamientos en el pago del precio debido por virtud de contratos como el suministro y, al mismo tiempo, consolidar un modelo legal de pago aplazado.

⁸⁴⁹ El *Codice civile* italiano, en su art. 1562, contiene una regla específica en lo relativo al *pagamento del prezzo*, distinguiendo el suministro periódico, en el cual el precio es abonado con cada prestación individual en proporción a la misma; y el suministro continuado, el precio debe ser pagado de acuerdo con los plazos de uso. En todo caso, es una norma de carácter dispositivo, por lo que las partes acordarán cuál es la mejor forma de pago según sus intereses, *cf.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, *op.cit.*, p.1105. Una regla idéntica se contenía en el art. 513-3 PCM para el pago del precio en los suministros periódicos. Por mor del precepto, el precio sería exigible en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas, lo que contradice muchos de los usos en el comercio en los que el precio queda aplazado, ejerciendo el contrato de suministro una función de financiación, *vid.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM*, *op.cit.*, p.1615.

fijado en el contrato⁸⁵⁰, como sucede en los suministros domésticos⁸⁵¹, sin perjuicio del derecho del acreedor de liquidar dicho precio al término del contrato o de determinados periodos⁸⁵².

a) La determinación del precio

Las consideraciones respecto a la determinación del precio en el contrato no han preocupado al legislador mercantil, que confía su fijación al arbitrio de las partes⁸⁵³. El art. 339 CCo habla de la «convención» en cuanto al precio. Si bien el precepto parece querer apuntar hacia cuestiones relativas a la forma y el tiempo de pago, se admite que una indeterminación contractual al respecto, de modo que las partes puedan rellenar su contenido en un momento posterior⁸⁵⁴. Así las cosas, la regulación de la compraventa en el CCo evita entrar en consideraciones en

⁸⁵⁰ El *Codice civile* suple una posible falta de pacto expreso respecto al momento de pago del precio, y al efecto distingue entre el suministro periódico, en el que el precio es exigible con cada prestación singular, y el suministro continuado, donde el pago debe producirse según los intervalos en que las partes hayan dividido la duración del contrato, como las mensualidades, *cf.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.30.

⁸⁵¹ En los suministros domésticos es frecuente que el coste de medición del suministro recaiga sobre el suministrado, al que se le impone la obligación de arrendar un contador, que instala el proveedor, y que facilita la liquidación de las cantidades a satisfacer. Algún autor ha planteado la necesidad de revisar esta obligación, heredada del carácter administrativo de estos contratos, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2301. A la vista de su contenido e imposición sobre el consumidor podría incluso valorarse su posible carácter abusivo.

⁸⁵² SAP Madrid, núm. 74/2011, de 1 de febrero (ROJ 243/2011), en el que se destaca la función de financiación de este contrato, donde es necesaria una liquidación final dado que los importes abonados no se corresponden con los importes de los suministros.

⁸⁵³ La exigencia de la determinación del precio en nuestro Derecho no implica la nulidad del negocio de manera automática, permitiéndose la integración del contrato en aras a su pervivencia, *cf.* FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución», *Anuario de Derecho civil*, vol.50, núm.4 (1997), p.1787.

⁸⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, C.L., *El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)*, *op.cit.*, p.1093. Sucede así en el contrato de comisión, cuando el 277 CCo

cuanto a la determinación del precio del contrato. La ausencia de reglas supletorias al respecto delega en las partes los extremos relativos a su fijación, forma, tiempo y lugar de pago⁸⁵⁵, con el único límite derivado del Derecho de contratos que proscribe que el contrato quede al arbitrio de una sola de las partes⁸⁵⁶.

El precio por el abastecimiento de bienes puede venir prefijado en el contrato de múltiples maneras. No es habitual, sin embargo, que se determine un precio para toda la vida del contrato. Señalar un precio único, con independencia de la cantidad, volumen o periodo de suministro, no solo contradice la economía del contrato, sino que vaciaría de contenido su carácter conmutativo. La realidad a la que responde el suministro impide que su determinación contractual en estos términos sea posible. El suministrado no conoce el alcance de su necesidad, con lo que, si de por sí es difícil señalar la cantidad del objeto al tiempo de

refiere al «premio de comisión», disponiendo que a falta de pacto expresivo de la cuota se fijará el precio con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se hubiera de cumplir la comisión; también en el contrato de depósito, que a falta de pacto se regulará según los usos de la plaza en que el depósito se hubiere constituido. En el mismo sentido, el art. 11 LCA, que predispone que, a falta de pacto respecto a la remuneración del agente, serán aplicables los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad.

⁸⁵⁵ Interesan traer aquí las consideraciones que se vierten en la SAP Murcia, núm. 348/2011, de 8 de julio (ROJ 1735/2011), en donde se contrasta la exigencia del *precio cierto* a que refiere el art. 1445 CC, sin perjuicio de la indeterminación relativa del art. 1273 CC. De hecho, el CC contiene referencias expresas a la determinación del precio en sus arts. 1447, que admite la referencia a otra cosa cierta; 1448, que admite la venta según precio de bolsa o mercado; o 1449, que proscribe la fijación por arbitrio de una sola de las partes, lo que es consecuencia de la regla del 1256 del mismo CC. De ello, concluye el tribunal que «la interpretación conjunta de las normas sobre determinación del precio en el contrato de compraventa, contenidas en nuestro Código civil nos lleva a concluir que el criterio de determinación del precio, cuando no se ha explicitado, ha de ser un criterio objetivo, no pudiendo depender su fijación de una sola de las partes».

⁸⁵⁶ El contrato de suministro deberá contener los elementos o criterios de referencia que admitan su fijación de forma autónoma, *vid.* NOVOA, E. *Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)*, *op.cit.*, pp.610

contratar, resulta prácticamente imposible señalar un precio único⁸⁵⁷. De ahí que para la determinación de precio deba recurrirse a fórmulas o criterios objetivos y subjetivos⁸⁵⁸. Estas fórmulas, objetiva y subjetiva, responden a una cuestión práctica, como es la imposibilidad de determinar el precio del contrato⁸⁵⁹.

En cuanto a los criterios objetivos, pueden destacarse la remisión a baremos o índices oficiales o tablas de precios, los cuales se deberán ser identificados en el contrato. En la comercialización de un surtido de productos que se contenga en el contrato un catálogo o índice de precios, normalmente unido al contrato mediante anexo. En algunos casos, este catálogo es susceptible de ser modificado unilateralmente por el proveedor, lo cual ha sido aceptado por la jurisprudencia siempre que esta facultad modificadora se encuentre contractualmente prevista⁸⁶⁰. Por su parte, los contratantes pueden optar por remitirse al valor de los productos en el mercado en un determinado momento durante la vida

⁸⁵⁷ La fijación en el contrato del contenido exacto de todas las prestaciones que han asumido las partes no siempre es posible. El suministrado no conocerá con exactitud cuál va a ser su necesidad futura, por lo que no puede comprometerse a con tal grado de precisión. *Cfr.* MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, *op.cit.*, p.500.

⁸⁵⁸ Cuando se suscribe un contrato de suministro las partes sí quieren quedar obligadas, sí hay una verdadera voluntad de contratar, pero entienden que el objeto no puede quedar fijado en el contrato ni el precio determinado con la certeza de la compraventa. De ahí que, siendo necesario rellenar de contenido exacto el contrato, se prevean criterios objetivos o subjetivos mediante los que se logre una más exacta precisión del contenido de la obligación, pero sin que ello suponga que no quieran contratar en ese preciso instante, *vid.* GARCÍA PÉREZ, C.L.: «Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, *op.cit.*, p.913.

⁸⁵⁹ Así como el objeto del contrato está sujeto a las necesidades del suministrado, el precio estará sujeto a dicho objeto. La incertidumbre sobre el alcance de la necesidad lleva a la indeterminación de éste y de aquél, siendo admisible su determinación mediante un modo fijo e invariable en el contrato, variable según el valor de la cosa en el mercado a cada momento, o referenciado a tarifas y precios determinados por un tercero o preestablecidas, *cfr.* LANGLE Y RUBIO, E., *El contrato de compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.194.

⁸⁶⁰ El uso de estas fórmulas ha sido examinado y aceptado por la jurisprudencia, *vid.* STS núm. 10/2007, de 30 de enero (ROJ 1802/2007).

del contrato, como puede ser al momento en que se curse el pedido o de su entrega⁸⁶¹.

En cambio, los contratantes pueden pactar la fijación del precio sometiendo a criterios subjetivos, como lo es el «precio del vendedor»⁸⁶². Consiste en una determinación unilateral del precio por el suministro de la cosa por el propio proveedor, en función del valor que presenten en el mercado en cada momento⁸⁶³. A pesar de la posible confrontación de esta opción con lo dispuesto en el art. 1256 CC, su validez podría estar justificada tanto por su adopción por los propios contratantes, quienes han admitido esta fórmula de determinación del precio, como por su vinculación a elementos externos de la voluntad del proveedor, como es el valor de la cosa en el mercado o los costes de producción, que en última instancia justificarían su modificación⁸⁶⁴. De hecho, la

⁸⁶¹ Las fórmulas que permiten la determinación del precio se presentan más adecuadas a los contratos de suministro de larga duración, al contener un precio variable que se adecúa a las fluctuaciones y tendencias del mercado en cada momento, manteniendo el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del negocio. Esto ofrece las más variadas posibilidades, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2301.

⁸⁶² La doctrina ha admitido su validez en el contrato porque «el vendedor cobrará el precio que habitualmente exige», lo que le impide fijar ocasionalmente un precio distinto, alejándolo este sistema de la arbitrariedad proscrita por el art. 1256 CC, *cfr.* MARÍN LÓPEZ, M.J., «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en BERCOVIRTZ-RODRÍGUEZ CANO, R., *Tratado de contratos*, *op.cit.*, p.741. La STS núm. 166/1982, de 13 de febrero (ROJ 1113/1982), interpreta que la «venta con precio del vendedor», regulada en otros ordenamientos como el *Codice civile*, requiere bien de una norma que ampare esta opción, inexistente en nuestro ordenamiento, bien un acuerdo contractual que tenga por finalidad señalar el precio conforme al criterio del vendedor. En el caso enjuiciado no existía tal acuerdo, con lo que el alto tribunal entendió que el contrato quedaba a merced de la voluntad de una de las partes.

⁸⁶³ La determinación unilateral por el proveedor sujetándose al precio de sus productos en el mercado es una opción común en la práctica, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2301.

⁸⁶⁴ MARCHAL ESCALONA, N.: «Determinación del precio en los contratos en derecho comparado», en MUÑOZ GONZÁLEZ, C. y MUÑOZ GONZÁLEZ, S. (Coords.), *El derecho comparado en la docencia y la investigación*, Dykinson, Madrid, 2017, p.224, señala que la fijación del precio por una sola de las partes recibe un tratamiento dispar

principal razón de acudir a esta fórmula de fijación del precio es permitir su estabilización durante la vida del contrato, lo que pone de relieve la importancia que tienen las cláusulas de actualización del precio en el contrato de suministro.

b) La actualización del precio

Dada la duración del contrato de suministro, el precio se enfrenta al riesgo de fluctuación del valor de la cosa durante la vigencia del contrato. Se trata de un riesgo que es conocido por las partes. De hecho, la ausencia de una cláusula que habilite a la revisión o la actualización del precio debería interpretarse como una manifestación de la voluntad de los contratantes de que el proveedor asuma la pérdida del beneficio por el incremento del valor o los costes de los productos suministrados⁸⁶⁵. Este riesgo, que es común a los contratos duraderos que contienen obligaciones sinalagmáticas, recae en la esfera de control de los contratantes⁸⁶⁶. La fluctuación del valor de las mercancías es una situación previsible, con lo que corresponde a las partes buscar fórmulas que logren

en la legislación anglosajona y en la continental. Mientras que en los países del *common law* «se admite sin fisuras la posibilidad de que sea una de las partes la que determine unilateralmente el precio», en el sistema continental existen mayores reticencias. Para la autora, no debería suscitarse ningún problema cuando así venga previsto en el contrato, pues en ocasiones es el propio prestador del servicio, como parte contractual que tiene derecho a obtener el precio, quien está en mejor condición de conocer el valor de lo prestado. Su admisión, para los sistemas tributarios de la tradición romanista, es que la parte actúe de manera equitativa. A nuestro juicio, este sistema, malamente incorporado en el contrato, será un conflicto latente.

⁸⁶⁵ A diferencia de lo que ocurre en el arrendamiento, donde *ope legis* opera se aplica si no se pacta ninguna actualización referenciada a algún baremo o índice se aplicará el Índice de Garantía de Competitividad (art. 18.1 LAU), *vid.* MOLINA ROIG, E., «La reforma de los arrendamientos de vivienda: el Real Decreto Legislativo 21/2018», *Actualidad Civil*, núm. 2 (2019).

⁸⁶⁶ MILÀ RABEL, R., «Cláusula “rebus sic stantibus” y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de la rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria. Comentario a la STS de 15 de enero de 2019», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 112 (2020), expone la problemática en torno a la interpretación de la voluntad de las partes cuando, debiendo conocer el riesgo inherente a un determinado contrato, no establecen una cláusula de estabilización del precio. En estos casos, sostiene la autora citando la STS núm. 591/2014, de 15 de octubre (ROJ

conservar el equilibrio de las prestaciones⁸⁶⁷. Y, aunque la jurisprudencia pone de manifiesto que ésta será una cuestión circunstanciada⁸⁶⁸, que obliga a examinar caso por caso la incidencia que tiene en el contrato la falta de una disposición estabilizadora del precio, en el contrato de suministro es una práctica comúnmente extendida la incorporación de cláusulas de esta naturaleza⁸⁶⁹.

El fin principal de las cláusulas de estabilización, de revisión o de actualización del precio del contrato es enmendar el importe determinado en el contrato ante futuras fluctuaciones en el valor de las cosas. Se trata de prever y combatir un riesgo natural en cualquier contrato de duración, que se enfrenta a una situación de inflación que puede vaciar de contenido las obligaciones dinerarias derivadas del negocio. Me-

5090/2014), materializado el riesgo, el cambio de circunstancias no puede calificarse de imprevisible, con lo que no procederá la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

⁸⁶⁷ Cualquier relación contractual duradera aconseja introducir una disposición que autorice la revisión o actualización del precio, *vid.* LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., «*Rebus sic stantibus*. ¿Un paso hacia atrás?»», *InDret*, núm.2 (2015), p.7. En el mismo orden, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.55.

⁸⁶⁸ Si bien, la ausencia de una cláusula en este sentido será una cuestión circunstanciada sujeta a la hermenéutica, como ha demostrado la jurisprudencia del TS. Haciendo una valoración del contexto en que se suscribió el contrato, la STS núm. 333/2014, de 30 de junio (ROJ 2823/2014), entendió que la previsión de una evolución de precios al alza, pero no a la baja, se debió al contexto de expansión económica vivido al tiempo de su celebración, admitiendo que la falta de previsión en este sentido era asumible. El TS acoge la posibilidad de que se actualice el precio en sentido negativo, por una contracción en los precios. Ahora bien, esta revisión del contrato se admitió en aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. En aplicación de esta doctrina, completó el contrato y entendió que la cláusula de revisión del precio, solo prevista para incrementarlo, también debía ser aplicada para reducirlo cuando concurren los requisitos de esta doctrina.

⁸⁶⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.117. Para que sean operativas estas cláusulas de revisión del precio deben establecerse criterios claros, que permitan a las partes su aplicación sin generar discrepancias que judicialicen el asunto y deba completarse el contrato vía integración judicial, *cfr.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.536.

diante ellas, se consigue conservar la equivalencia de las prestaciones⁸⁷⁰. Además, con ellas no solamente se consigue satisfacer el interés económico del proveedor, sino que se logra mantener la estabilidad y la conmutatividad del contrato de suministro. Esto es, la equivalencia de las prestaciones comprometidas por el proveedor y el suministrado, que podría verse significativamente alterada por una desviación en el valor de la cosa⁸⁷¹.

La incorporación de una cláusula de actualización faculta a la parte a cuyo favor se configura, normalmente el proveedor, a revisar el precio del contrato cada cierto periodo de tiempo. El suministrado queda obligado a aceptar el precio actualizado, salvo que el contrato omita cualquier disposición relativa a la actualización del precio. Al efecto, las partes pueden convenir que la actualización se realice en función de la

⁸⁷⁰ Mediante la revisión del precio se pretende mantener el contrato actualizado a cada momento histórico, lo que exige una adecuada previsión en el contrato, como se pone de manifiesto en la STS núm. 532/1990, de 3 de octubre (ROJ 6867/1990). En este caso, el contrato litigioso preveía la facultad que tenía cualquiera de las partes para instar la revisión del precio del contrato de suministro de agua, sin concretar nada acerca del tiempo inicial del precio revisado y sin incluir todos los conceptos que debían ser revisados, lo que obligó al juzgado de primera instancia, confirmando la sentencia del Tribunal Supremo, a interpretar el contrato descubriendo la voluntad de los contratantes *ex art.* 1281 CC.

⁸⁷¹ Este tipo de cláusulas tienen repercusión en relación con la doctrina *rebus sic stantibus*, por cuanto la circunstancia o evento previsto en el contrato y que justifica la actualización ya no determina un supuesto imprevisible que autorice su aplicación. En este sentido, *vid.* STS núm. 243/2012, de 27 de abril (ROJ 2868/2012), donde entiende la Sala que «el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta», de modo que, entendiendo que el riesgo que pretendía justificar la aplicación de la *rebus sic stantibus* entra dentro del ámbito de aplicación de dicha cláusula, el TS descartó su aplicación y la reducción de la renta en mayor cantidad a la que resultaba de aplicar el propio contrato.

evolución de determinados índices, la fluctuación de divisas, la aplicación de un porcentaje, etc.⁸⁷². La actualización del precio supone una revisión del objeto del contrato, y aunque su finalidad sea adecuar el negocio a cada momento, a la postre supone una separación del acuerdo inicial sobre el que las partes convinieron⁸⁷³. De ahí que el TS haya exigido claridad y concreción a la hora de admitir las cláusulas de revisión del precio con las que las deudas de suma de dinero se convierten en deudas de valor⁸⁷⁴.

c) Reducciones sobre el precio

Dado que el carácter oneroso del contrato de suministro, el proveedor tendrá interés en que el suministrado incremente el número de pedidos cursados o éstos tengan un volumen considerable. De este modo, aumenta su ganancia, como consecuencia de las economías de escala que

⁸⁷² AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2301. La cláusula de estabilización o actualización del precio es una estipulación harto conocida y habitual en el contrato duradero por antonomasia, el arrendamiento. A ella se refiere el art. 18 LAU, y su antecesora, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en sus artículos 97 y 98. El precepto determina que durante la vigencia del contrato la renta sólo podrá ser revisada por el arrendador o el arrendatario en la fecha en que se cumpla cada año de vigencia y en los términos pactados, siendo que, a falta de pacto, no procederá ninguna revisión de renta al contrato.

⁸⁷³ En parecidos términos, ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.273, quien nos habla de la novación del precio y apunta a los problemas que suelen suscitarse en torno a la actualización del precio cuando no se ciñe a un estándar objetivo o a un referente externo. En estos casos, la novación contractual puede ser abusiva si se observa que se sujeta a la sola voluntad de una de las partes, razón por la que la doctrina aconseja la incorporación de criterios claros y objetivos de actualización, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2302.

⁸⁷⁴ Por todas, la STS núm. 532/1990, de 3 de octubre (ROJ 6867/1990), en donde se entra a interpretar el contrato como consecuencia de una redacción defectuosa de la facultad de revisión del precio. De hecho, el contrato solo preveía que cualquiera de las partes podía revisar el precio por los suministros de agua, sin incorporar la forma en que dicha revisión debía llevarse a cabo y sin concretar nada acerca del tiempo inicial del precio revisado. El alto tribunal suscribe las consideraciones del juzgado de instancia, quien entendió que la cláusula de revisión no era clara, pues solo se remitía a los costes de combustible y mano de obra para revisar el precio, lo que lleva a integrar el contrato.

le permiten producir un mayor número de bienes reduciendo el coste relacionado a su fabricación⁸⁷⁵. Su aplicación viene posibilitada por el sistema productivo u organizativo implantado por la empresa proveedora, con el cual obtiene un mayor beneficio que pretende hacer extensible a sus suministrados, para que, con ello, vean incentivado su abastecimiento⁸⁷⁶. A tal efecto, el contrato puede contener diferentes disposiciones en las que se contienen las políticas o condiciones a través de las que se trata de fomentar un mayor número de pedidos o un incremento en las cantidades suministradas. Un ejemplo de estas mejores condiciones es la prioridad que el proveedor daría a determinados pedidos de un suministrado particular con respecto a los pedidos de otros suministrados; la asunción de los gastos de transporte hasta las instalaciones del suministrado; o su entrega en plazos más reducidos que los normalmente manejados. Todas estas medidas van orientadas a obtener un comportamiento por parte del suministrado, que podría llegar a generar una situación de abuso de posición dominante cuando concurren determinadas condiciones⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ En este orden, PARRA GUERRERO, I., «Gestión de compras ante los descuentos por volumen de pedidos», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 13 (1984), p.109.

⁸⁷⁶ De modo que, a medida que el suministrado alcanza los umbrales establecidos en el contrato, se aplica un precio inferior, con lo que se obtiene un mayor margen de beneficio y se logra comercializar los bienes sobre los que recae el suministro de forma más competitiva, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, pp.181 y ss.

⁸⁷⁷ Estas reducciones pueden llegar a ocultar una situación de dominio de proveedor sobre el suministrado. Así nos lo recuerda la STJUE T-286/09, de 12 de junio de 2014, asunto Intel/Comisión, donde se examina la consideración de la concesión de descuentos sobre el precio como una explotación abusiva de la posición de dominio, en donde la vinculación con la empresa dominante se produce, no como resultado de una obligación formal de abastecimiento, sino por la aplicación de descuentos o reducciones sobre el precio mediante los que se consigue el mismo efecto. En este orden de cosas, según jurisprudencia del TJUE, 85/1976, de 13 de febrero de 1979, asunto Hoffman-La Roche, «una empresa en posición dominante en un mercado que obliga a los adquirentes de sus productos mediante un compromiso o promesa por su parte a comprar la totalidad o la práctica totalidad de sus aprovisionamientos exclusivamente de ella, abusa de su posición dominante en el sentido del art. 82 del Tratado CE, tanto si la obligación en cuestión está estipulada sin ninguna cualificación ulterior como si se asume

De las anteriores prácticas o políticas, interesa detenerse en los descuentos o reducciones que son susceptibles de ser aplicados sobre el precio de la cosa. Estas bonificaciones pueden estar vinculadas a otros supuestos distintos del incremento de los pedidos o de las cantidades adquiridas, como la compensación por la falta de calidad de unos bienes, por los desperfectos encontrados en las cosas suministradas, por retrasos en la entrega o el pronto pago⁸⁷⁸. La aplicación de determinados descuentos o bonificaciones determinan una reducción del precio a liquidar por el suministrado. En la medida en que inciden sobre un elemento esencial del contrato, las condiciones de su aplicación deberán venir previstas en el propio contrato, sin perjuicio de que se desarrollen en el propio clausulado o en alguno de los anexos que lo acompañan⁸⁷⁹.

Dentro de los distintos tipos de bonificaciones del precio, puede hacerse una distinción en función de la configuración que hayan hecho

como condición para obtener un descuento. Lo mismo se dice si dicha empresa, sin obligar mediante un compromiso formal, aplica, bien como un acuerdo concluido con los adquirentes o bien unilateralmente, un sistema de descuentos de fidelidad, esto es, descuentos condicionados a que el cliente obtenga la totalidad o la práctica totalidad de sus necesidades —sea la cantidad adquirida grande o pequeña— de la empresa en posición dominante».

⁸⁷⁸ Mediante el descuento por pronto pago se pretende incentivar la agilidad en el pago en las relaciones comerciales, en donde la dilación en el pago puede constituir un verdadero problema en ciertos sectores, *vid.* MAESTE BENAVENTE, R., «El ilícito de explotación de situación de dependencia económica en la jurisprudencia: a propósito de la SAP de Málaga de 12 de diciembre de 2005», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 6 (2010).

⁸⁷⁹ El uso de estos anexos pretende obtener cierta homogeneidad en los contratos que integran la red de distribución, *cfr.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. y GARCÍA MARÍN, I., «Descuentos, bonificaciones y rappels en el marco de los contratos de distribución», en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, *op.cit.*, p.283. Ahora bien, el uso en la práctica de anexos también pretende descargar el cuerpo del contrato de cierto contenido de carácter más práctico o que es susceptible de ser modificado, de modo que mediante el juego de los anexos se evita entrar a modificar el cuerpo principal del documento. La falta de pacto escrito dificulta la acreditación del descuento, como pone de manifiesto la SAP Pontevedra, núm. 259/2016, de 16 de mayo (ROJ 1013/2016).

las partes al respecto. La doctrina destaca la figura del «*rappel*». Mediante ésta, la reducción es susceptible de incrementarse correlativamente a medida que aumenta el volumen o cantidad del pedido. Esta gratificación revela la finalidad perseguida por el proveedor, al ligar el escalado de la reducción al número de bienes suministrados. Así, contra mayor número de pedidos, mayor bonificación. Afirma la doctrina que el objetivo principal del *rappel* es premiar el mayor esfuerzo del suministrado, de modo que, a mayor esfuerzo, mayor reducción⁸⁸⁰. De hecho, la configuración de estos descuentos no solamente tendrá en cuenta el abastecimiento realizado en cada pedido, sino que es habitual que se atienda a periodos predeterminados, ya sea anuales, semestrales o mensuales, respecto de los que se aplicará la bonificación⁸⁸¹, que, en ciertos sectores, es frecuente que sea de aplicación al inicio de la relación contractual⁸⁸².

⁸⁸⁰ Aunque dependerá del modo en que se haya configurado en el contrato la operatividad del *rappel*, lo habitual es que la reducción que sea de aplicación en función del tramo que se alcance aplicará sobre todo el pedido. De esta forma, el suministrado obtiene un importante beneficio, atendiendo al volumen de productos que integran el pedido, *vid.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. y GARCÍA MARÍN, I., «*Descuentos, bonificaciones, rappels y facturación en el marco de los contratos de distribución, op.cit.*, p.284. Lo que puede conducir a un abastecimiento excesivo, *cfr.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada, op.cit.*, p.181.

⁸⁸¹ El periodo que se atienda puede ser más interesante para una parte que para la otra. Como ponen de relieve DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. y GARCÍA MARÍN, I., «*Descuentos, bonificaciones, rappels y facturación en el marco de los contratos de distribución, op.cit.*, p.284, al proveedor le interesará pactar cortos periodos para motivar al suministrado a alcanzar los volúmenes de suministro dentro de cada uno de ellos, mientras que al suministrado puede resultarle más interesante que el periodo de tiempo sea más largo para poder extender en el mismo los pedidos y, así, poder alcanzar los volúmenes de adquisición establecidos.

⁸⁸² El adelanto del *rappel* o bonificación, consistente en su pago al inicio del contrato, es una práctica habitual en algunas relaciones contractuales, como la mantenida por los hosteleros con las empresas de cerveza, como se pone de manifiesto en la SAP A Coruña, núm. 53/2020, de 18 de febrero (ROJ 135/2020) y SAP Madrid, núm. 210/2019, de 24 de junio (ROJ 6159/2019), que explica la aplicación de la cláusula: «la actora suministra los emblemas, signos, grifos y la cerveza al local y entrega una cantidad de dinero o “*rappel anticipado*” en función de los hectolitros que la titular del local se compromete a vender en un plazo determinado de tiempo».

Por otra parte, cabe hablar de descuentos cuando la reducción se practique sobre ciertos productos. Los descuentos se aplican sobre el precio de los mismos de manera uniforme, en función de unos tramos específicos preestablecidos. Así, puede disponerse que cada cierto número o volumen se aplicará un porcentaje de reducción. Dentro de los descuentos pueden señalarse, por un lado, los descuentos de cantidad, los cuales son un reflejo de eficiencia y de las economías de escala puestas en marcha por la empresa proveedora⁸⁸³. Por otro lado, también son de destacar los descuentos por exclusividad o de fidelidad, ligados al requisito de que el cliente se suministre en exclusiva de la empresa proveedora, generándose una situación en la que el proveedor se garantiza una salida de sus productos que impacta sobre el mercado y la competencia, al impedir que sus clientes se abastezcan de los productos de los competidores⁸⁸⁴.

La aplicación de los descuentos y bonificaciones se configura a favor del suministrado, en la medida en que determina un mayor beneficio por cuanto reducen el precio a que viene obligado a satisfacer. Su desatención y la incorrecta liquidación del precio por su falta de aplicación o aplicación incorrecta podrá ser reclamada por el suministrado, en la medida en que incide directamente sobre la prestación comprometida relativa al pago del precio⁸⁸⁵.

B. LA RECEPCIÓN DE LA COSA

⁸⁸³ Si el aumento de la cantidad suministrada se traduce en un menor coste para el proveedor, éste puede hacer que el cliente disfrute de este beneficio mediante una tarifa más reducida, *vid.* STJUE T-2013/03, de 30 de septiembre de 2003, asunto Michelin/Comisión.

⁸⁸⁴ Los descuentos por fidelidad o por exclusividad ya fueron incorporados al tráfico económico desde hace años, *vid.* STJUE, 85/1976, de 13 de febrero de 1979, asunto Hoffman-La Roche.

⁸⁸⁵ Como pone de relieve la STS núm.258/2019, de 7 de mayo (ROJ 1455/2019), la aplicación de los descuentos resulta aplicable incluso en los casos en que haya un incumplimiento resolutorio por parte del suministrado.

La entrega de los bienes por el proveedor requiere de una conducta activa por el suministrado, quien deberá colaborar con aquél en la recepción de la cosa para que cada prestación de suministro pueda ser realizada. Se trata de una obligación que recae sobre el suministrado en los mismos términos que en el comprador en un contrato de compraventa. Esta obligación o deber de recibir la cosa comparte el rasgo característico del suministro: la duración. El carácter repetido o continuado de la obligación de entrega determina una reiteración o ininterrupción de la obligación de recepción, lo que supone que cada una de las recepciones sea autónoma e independiente entre sí. De modo que el suministrado podrá negarse a tomar posesión de los bienes o constituirse en *mora creditoris* respecto de una entrega, pero no en cuanto a las otras, sin que ello tenga por qué afectar a las prestaciones pasadas o extenderse a las futuras. En este sentido, son de aplicación las consideraciones que ya se han reiterado en cuanto a la autonomía de las prestaciones.

De este deber de colaboración no habla el CCo. Aunque puede entenderse implícito en la literalidad del art. 332 CCo, relativo a la posibilidad del vendedor de constituir en depósito judicial las mercancías cuando el comprador se demora en su recepción, no existe una previsión específica en el CCo que obligue al suministrado a aprehender o entrar en posesión de la cosa. Aun con todo, la doctrina entiende que esta obligación subyace en la disciplina que el CCo hace de la compraventa, al desligar la transmisión de los riesgos de la entrega, al permitir que la transmisión de la propiedad pueda entenderse producida con la puesta a disposición de la cosa o al permitir al deudor constituir en depósito judicial la mercancía⁸⁸⁶. De modo que, por aplicación analógica de las reglas de la compraventa, debe entenderse que esta misma obligación resulta también de aplicación en el contrato de suministro.

La obligación de recepción implicará en el suministrado un deber adicional, consistente en examinar la mercancía suministrada en cada una de las entregas. Tras el examen de la mercancía podrá recibirlos a su satisfacción o, por el contrario, negarse, denunciando la falta de adecuación de la cosa con lo convenido en el contrato. Sucede así en los

⁸⁸⁶ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.658 y ss.

casos de falta de conformidad por una cantidad distinta a la pactada, por defectos en cuanto a la calidad o vicios en la cosa o porque la entrega se haya efectuado fuera del plazo pactado⁸⁸⁷. Cabe recordar que debido a la prontitud de los plazos que rigen en la contratación mercantil, la denuncia de los defectos o vicios que se encuentren en la mercancía deberá ajustarse a los tiempos que ya se han comentado. En este sentido, el suministrado deberá comunicar dentro de los plazos convencionales o, en su defecto, legales, los vicios o defectos, aparentes u ocultos, de la mercancía tras cada una de las entregas, porque siendo cada prestación autónoma e independiente, la denuncia de los defectos no puede quedar relegada a un momento final del contrato. A nuestro juicio, salvo que las partes hayan configurado un sistema alternativo, la aplicación al contrato de suministro de las disposiciones del CCo respecto de la compraventa mercantil determinarán que la denuncia se haga tras cada una de las entregas. Plantear la posibilidad de denunciar a la finalización del contrato sería contrario a la economía del contrato y a la seguridad jurídica. Además de ir contra los postulados de la buena fe, por cuanto durante todo ese tiempo en que se ha guardado silencio se ha generado en el proveedor la creencia de que los bienes estaban siendo conformes con el contrato y se adecuaban para el fin previsto. Toda vez que resultaría contradictorio a la lógica que rige la brevedad de los plazos mercantiles. Si en un contrato de suministro el suministrado conservase la facultad de denunciar los vicios y defectos hasta la extinción de la relación contractual se difuminaría la seguridad jurídica que se hace servir como fundamentación de los breves plazos de denuncia que se prevén en el CCo. A mayor abundamiento, el silencio del suministrado mientras continúan ejecutándose las prestaciones de suministro deberá interpretarse como aquiescencia, con lo que no podría acogerse una denuncia final por ser intempestiva⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, op.cit., p.2305 entiende que, por aplicación del art. 332 CCo, la falta de recepción de la cosa faculta al proveedor a resolver el contrato como sucede con la compraventa. Conviene preguntarnos si esta solución es adecuada para un contrato de duración, en el que se matizan otras causas resolutorias previstas en la compraventa, como es el retraso en el cumplimiento o, incluso con mayor gravedad, la falta de ejecución de alguna de las prestaciones.

⁸⁸⁸ La STS núm. 310/1986, de 20 de mayo (ROJ 2602/1986), abordaba un supuesto de parciales retrasos en el suministro de áridos, lo que autorizaría, por virtud de una

C. OTRAS OBLIGACIONES DEL SUMINISTRADO

a) La obligación de cursar pedidos mínimos

Establecer un pedido mínimo del producto suministrado puede significar asegurar un volumen de negocio para el proveedor que suscribe el acuerdo con la perspectiva de obtener una ganancia determinada por el volumen mínimo establecido. Con ello, el proveedor conoce de antemano el rendimiento que puede obtener de un determinado contrato de suministro, razón por la que su previsión contractual tiene una significación especial dentro del programa obligacional. Esta obligación accesoria supone la introducción en el contrato de suministro de cláusulas de cuotas o de pedidos mínimos, las cuales obligan al suministrado a adquirir una cantidad mínima de productos de una determinada clase o de una variedad de productos. Esta obligación, que, a priori, recae sobre el suministrado, impone sobre el proveedor la necesidad de prever y gestionar su actividad económica para poder cubrir dichos pedidos. Así, el proveedor resultará obligado a disponer de un stock suficiente de productos o de una gama de ellos que le permita atender estos pedidos, tener preparada la maquinaria para la fabricación de los productos, o disponible un medio de transporte y almacenaje para poder dar salida de los mismos. De ahí que alterar unilateralmente este compromiso suponga un incumplimiento de una obligación, que, además de vulnerar

cláusula penal recogida en el contrato de suministro litigioso, a una rebaja en el precio reclamado. El alto tribunal entiende que es indiferente que durante la ejecución del contrato no se manifestase la disconformidad de la parte en el retraso producido, pues producido éste es aplicable la cláusula penal. Este punto de vista es criticado por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., «Cláusula penal. Retraso relevante en el cumplimiento. Prueba del perjuicio. Diferencia de régimen jurídico entre los contratos de compraventa y de suministro», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 11 (1986), pp.3655-3655, para quien no carece de relevancia el silencio continuado y reticente, aplaudiendo la decisión del Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo que, estimando la demanda, condenó a la empresa suministrada al pago de lo debido sin aplicar la cláusula penal, entendiéndolo que la falta de denuncia en cuanto a la forma en la que se desarrolla el suministro no puede ser denunciado a la finalización del contrato por ser extemporánea, menos incluso cuando con ello se busca evitar el pago de lo debido.

la confianza del contratante de buena fe⁸⁸⁹, es susceptible de causar un perjuicio económicamente evaluable, por cuanto el proveedor ha dispuesto de los medios organizativos y productivos necesarios para poder atender los pedidos comprometidos⁸⁹⁰.

Este tipo de disposiciones persigue obtener una mayor rentabilidad por parte del proveedor, al obtener adquisiciones recurrentes de un cierto volumen de bienes, justificadas en la necesidad de amortizar inversiones⁸⁹¹, o de compensar bonificaciones o descuentos⁸⁹². Relacionado con el pedido mínimo, a menudo se encuentra la exclusividad del suministro. El contrato puede poner un precio a la exclusividad que el proveedor ofrece al suministrado. La exclusividad del contrato no puede presumirse como una obligación gratuita. En ocasiones esta exclusividad se ofrece en contraprestación de un mínimo de pedidos que aseguren al proveedor un volumen de negocio suficiente para compensar la exclusión a terceros clientes. Incumplir dicho compromiso de pedido mínimo podría equivaler al quebrantamiento de la razón esencial de la exclusividad en el suministro y con ello el precio acordado, y por tanto parte esencial del contrato⁸⁹³.

⁸⁸⁹ En este sentido se pronuncia la SAP Lugo, núm. 158/2021, de 31 de marzo (ROJ 214/2021).

⁸⁹⁰ *Vid.* SAP Barcelona, núm. 464/2018, de 31 de mayo (ROJ 5897/2018), en la que se condena a la parte proveedora por la falta de pedidos mínimos comprometidos. De acuerdo con el fallo, «la parte demandada no ha cubierto las órdenes mínimas de pedido comprometidas, causando dicho incumplimiento contractual un perjuicio económicamente evaluable, por cuanto la actora se ha visto obligada a tener paralizada maquinaria de extraordinario valor, para atender unos pedidos comprometidos por contrato que nunca llegaron».

⁸⁹¹ El proveedor se garantiza un volumen mínimo de ventas con el que compensa los gastos e inversiones realizadas al inicio del contrato, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.276.

⁸⁹² Así sucede cuando se adelantan las bonificaciones, *vid.* SAP A Coruña, núm. 53/2020, de 18 de febrero (ROJ 135/2020) y SAP Madrid núm. 210/2019, de 24 de junio (ROJ 6159/2019).

⁸⁹³ *Vid.* SAP Lugo, núm. 158/2021, de 31 de marzo (ROJ 214/2021).

Sea como fuere, la cláusula no presenta mayores complejidades, siendo admitida por lo general por la jurisprudencia⁸⁹⁴. Más dudas puede generar la ausencia de una disposición que obligue a la parte suministrada a hacer pedidos. A nuestro parecer, incluso en los casos en los que el contrato guarda silencio al respecto, esta obligación de cursar pedidos se trata de una obligación implícita. Carecería de sentido que la suministradora no realizara más que un primer pedido, o un número de pedidos iniciales o por debajo de las expectativas que se han generado en el proveedor. Así ocurriría cuando se ha manifestado la necesidad normal del suministrado, pero los pedidos cursados son considerablemente inferiores; o cuando se pacta una duración determinada, realizándose pedidos únicamente durante los primeros meses o años de vigencia del contrato. De acuerdo con lo que tiene declarado la jurisprudencia, una cosa es que la parte suministrada no estuviera obligada a realizar un pedido mínimo y otra muy distinta que no tuviera que hacer el más mínimo pedido⁸⁹⁵. De darse este supuesto estaríamos ante un incumplimiento del contrato, por cuanto supondría poner fin de hecho a la relación contractual, además de contrariar la propia naturaleza y contenido del contrato de suministro, en el que es consustancial la realización de pedidos⁸⁹⁶.

La falta de pedidos mínimos puede determinar la aplicación de las consecuencias previstas en el contrato por la desatención de esta obligación del suministrado. Tratándose de una obligación que puede regir para cada pedido individualizado, para aquellos pedidos que recaigan en un

⁸⁹⁴ Un rápido vistazo a la jurisprudencia menor pone de relieve tanto la frecuencia con la que se incorpora esta cláusula a los contratos de tracto sucesivo como su validez dentro del programa obligacional, *vid.* SAP Barcelona, núm. 638/2019, de 3 de junio (ROJ 6547/2019).

⁸⁹⁵ *Vid.* SAP Madrid, núm. 53/2014, de 3 de febrero (ROJ 1878/2014), que acoge los argumentos de la parte apelante: «En el presente caso queda acreditado que la demandada no realizó ningún pedido a partir de febrero del 2009, estando el contrato en vigor, lo que debe entenderse como incumplimiento esencial, pues si bien no existía pacto de exclusividad ni de que los pedidos alcanzaran una cantidad mínima, salvo en el primer año, lo cierto es -como gráficamente señala la parte actora- que una cosa es que Sandoz no tuviera obligación de realizar un pedido mínimo y otra muy diferente que no hiciera el más mínimo pedido».

⁸⁹⁶ Sobre un supuesto planteado en estos términos se pronuncia la STS núm. 237/2014, de 23 de mayo (ROJ 2134/2014).

lapso temporal o para la vida de todo el contrato, las consecuencias por su incumplimiento pueden ser muy diferentes. Así, tratándose de una obligación que recae sobre cada pedido, compartirá el mismo carácter autónomo e independiente que la prestación de entrega, lo que determinará que su infracción equivalga a un incumplimiento parcial del contrato⁸⁹⁷. En cambio, cuando la obligación reviste un carácter genérico por recaer sobre los pedidos realizados durante un plazo temporal, como una anualidad⁸⁹⁸, o se produce de manera reiterada⁸⁹⁹, su infracción determinará un supuesto de incumplimiento del contrato.

- b) Las recomendaciones de precios en un contrato de suministro.
Una visión desde el Derecho de la competencia.

La proximidad del contrato de suministro al fenómeno de la distribución comercial ya ha quedado apuntada anteriormente. Tomando la distribución en su acepción amplia, no hay duda de que el suministro forma parte de ese catálogo de contratos orientados a colocar productos en el mercado, haciendo que lleguen desde la empresa fabricante o proveedora hasta el consumidor final⁹⁰⁰. A través de este contrato, se

⁸⁹⁷ En este sentido, *vid.* SAP León, núm. 198/2012, de 2 de mayo (ROJ 626/2012), en la que se modera la aplicación de una cláusula penal prevista para el caso de incumplimiento del contrato por tratarse de un incumplimiento parcial.

⁸⁹⁸ En este sentido, la STS núm. 671/2016, de 16 de noviembre (ROJ 5100/2016), que recurre al concepto del incumplimiento esencial para considerar incumplido el contrato: «como concepto vinculado al plano satisfactivo del cumplimiento de la obligación, se proyecta en orden a los intereses primordiales que justificaron la relación negocial. Proyección que puede definirse, con carácter general, como las expectativas de cumplimiento de “todo aquello que cabía esperar, de un modo razonable y de buena fe, de acuerdo con la relevancia y características del contrato celebrado”. En el presente caso, el mantenimiento de la relación comercial de compra durante la vigencia del contrato».

⁸⁹⁹ *Vid.* SAP Granada, núm. 160/2014, de 6 de junio (ROJ 880/2014).

⁹⁰⁰ ALONSO SOTO, R., *Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia*, *op.cit.*, pp.163-164; CAÑABETE POZO, R., *Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución*, *op.cit.*; También CARBAJO CASCÓN, F., «Mercado, sistema y contratos de distribución comercial», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo*, *op.cit.*, pp. 35 y ss., que apunta al concepto netamente económico, amplio y

puede establecer una relación económica estable y duradera entre un proveedor y un conjunto de distribuidores, mayoristas o minoristas, que se integran en un canal o red contractual⁹⁰¹, orientada a la distribución de los productos del proveedor. El suministro puede ser el germen de una red de distribución⁹⁰², sin perjuicio de que el contrato, por su naturaleza, no llegue a formar parte de los contratos de distribución indirecta integrada⁹⁰³. Ahora bien, esta última afirmación exige dos precisiones. En primer lugar, cuando en el contrato se integra una cláusula

heterogéneo, que resulta difícil incorporar desde una perspectiva jurídica. La actividad de distribución pivota principalmente en el acercamiento de los productos de los fabricantes y proveedores a los potenciales clientes finales, lo cual abarca desde la actividad de acercamiento físico hasta servicios y prestaciones accesorias, como la asistencia técnica, las instalaciones, los servicios postventa, etc. Para ello, los canales de distribución son amplios, pudiendo abarcar desde la propia venta realizada por el proveedor al destinatario final hasta la colaboración con terceros empresarios independientes. Como apunta BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.110 y ss., la pluralidad de sujetos y las distintas formas en las que pueden interrelacionarse con el empresario principal dificulta la sistematización de la colaboración empresarial, que, por otra parte, tampoco es idéntica. Unas veces se presenta como esporádica mientras que, otras, es duradera. Pues bien, ofreciendo una definición amplia de la distribución, refiere a todos aquellos empresarios que, de manera estable o continuada, se dedican a facilitar la difusión o colocación de los productos del empresario en el mercado.

⁹⁰¹ Las redes contractuales pueden tener cuatro formas jurídicas: Un contrato multilateral, donde tres o más partes acuerdan coordinar sus operaciones económicas; un conjunto de contratos bilaterales vinculados interdependientes, donde se puede encuadrar el contrato de suministro; una forma intermedia, consistente en un contrato multilateral como contrato marco y unos contratos ejecutorios bilaterales entre las partes en los que se regulan aspectos específicos de la transacción; y, finalmente, contratos interrelacionados en beneficio de terceros, en donde distintas partes contractuales se interrelacionan entre sí mediante contratos cruzados que *tejen* la red contractual. Para un análisis en profundidad de estas redes contractuales, *vid.* CAFAGGI, F., *Redes contractuales y teoría contractual, op.cit.*, pp.37 y ss.

⁹⁰² El suministro será germen de una distribución organizada, pudiendo dar origen a una colaboración empresarial en el seno de una cadena de distribución, *vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.265.

⁹⁰³ En estos contratos, además de la obligación de suministro, confluyen otras prestaciones que propias de otros tipos que conducen a tipos contractuales autónomos y propios, como la distribución en exclusiva o la franquicia. Tomando la definición que nos ofrece CARBAJO CASCÓN, F., *Mercado, sistema y contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.40, «Los contratos de distribución en sentido estricto son aquellos

de exclusiva, el suministro se introduce de lleno en esta categoría de contratos de distribución, como un suministro en exclusiva –llamado «compra en exclusiva» o «venta en exclusiva»–. En segundo lugar, cuando el suministrado destina los bienes a su reventa, la comercialización de los productos del proveedor equivale a una aproximación al destinatario final, cumpliéndose una función que es propia de la distribución⁹⁰⁴.

De lo anterior se constata que hay ciertas cuestiones propias de la distribución pero que no son ajenas al suministro. Ya se ha visto que en el suministro la determinación del objeto del contrato no es tarea fácil, al estar sujeto a la satisfacción de una necesidad y, en consecuencia, exigir cierto grado de indeterminación, similar a lo que sucede en algunos contratos de distribución⁹⁰⁵. Asimismo, se verá, más adelante, que en la extinción de un contrato de suministro surgen cuestiones que, no solo

en los que se establece una relación más o menos intensa de colaboración económica entre el proveedor y el distribuidor para la distribución de los bienes o servicios del primero, integrándose el segundo en la red o sistema de distribución comercial creado por el primero; se trata de contratos de distribución indirecta integrada».

⁹⁰⁴ Este último apunte pone de relieve que el suministro requiere una precisión preliminar antes de entrar a abordar este tema. Como ya se dijo, el suministrado puede abastecerse, además de para destinar los productos a la reventa, para integrarlos en un ciclo productivo, e incluso para sí mismo. Observamos con ello por qué afirmamos que el suministro no se integra en la categoría de los contratos de distribución integrada, porque, aunque puede servir para la distribución de bienes en el mercado, su función no se limita a este fin. También permite al suministrado abastecerse de los componentes o elementos con los que producir o fabricar y, con ello, consumir su actividad empresarial. Recuérdese que dijimos que el suministro era un contrato típico de la empresa, erigiéndose el suministro como un contrato apto para la fabricación, distribución, venta, etc. *Cfr.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, *op.cit.*, p.13.

⁹⁰⁵ *Cfr.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *El contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, p.130, que habla de la obligación de mantener un abastecimiento adecuado al distribuidor, lo que exige adecuar la prestación a las cantidades que sean necesarias. CARBAJO CASCÓN, F., *El contrato de distribución selectiva*, *op.cit.*, pp.88-89, nos habla de la obligación de suministro, diciendo que ha de ser adecuado, y que podrá hacerse a demanda del distribuidor o en función de cláusulas de adquisición mínima cada cierto periodo de tiempo. En fin, sobre un estudio en profundidad sobre la incidencia de la obligación de suministro en los contratos de distribución integrada puede verse JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*

son propias del fenómeno de la distribución, sino que, incluso, para cuya solución hay que recurrir a la disciplina jurídica de estos contratos. Es el caso de la indemnización por las inversiones no amortizadas. No obstante, ahora interesa apuntar el problema de la política de precios⁹⁰⁶.

El pacto de fijación de precios de reventa puede definirse como el pacto contractual que, de un modo directo o indirecto, impone el precio de los productos por el que el suministrado-distribuidor debe revenderlos. Se trata de una restricción a la competencia que ha preocupado al legislador comunitario, quien se ha centrado en la prohibición de las cláusulas que impiden al suministrado revender sus productos por debajo del límite establecido contractualmente por el proveedor⁹⁰⁷. Es lo que se conoce como la fijación de un precio mínimo⁹⁰⁸. Esta cláusula puede adoptar distintas modalidades, siendo las más recurrentes la fijación de un precio único, un valor mínimo o la determinación de una horquilla

⁹⁰⁶ Las cláusulas que fijan de forma directa o indirecta los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción son propias del sector de la distribución integrada. Las relaciones entre empresarios que se encuentran en distintos niveles de la cadena de distribución o de suministro son el hábitat natural de esta tipología de cláusulas, que tienen un impacto en el mercado y que han centrado el análisis del legislador comunitario. En este orden, puede verse CURTO POLO, M., «Prohibición de conductas colusorias (III): Restricciones verticales», en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.123 y ss.

⁹⁰⁷ GARCÍA VIDAL, Á., «Prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro agrícola y alimentario: impacto de la Directiva (UE) 2019/633 en el derecho español», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 88 (2019), pp.28-29, pone el cambio de modelo en la normativa de la competencia desleal que ha desempeñado el Derecho de la Unión Europea.

⁹⁰⁸ El Derecho de la competencia se ha mostrado contrario a la fijación de precios por el empresario principal, al entender que se trataría de un acuerdo entre empresarios independientes que provoca una restricción vertical perjudicial para el mercado. En este grupo de restricciones verticales se integran aquellas cláusulas de fijación de precios de reventa mínimos, que comprende aquellos comportamientos que pretenden influir en la decisión del distribuidor a la hora de fijar el precio del bien para ofrecerlo al mercado, *vid.* ZURIMENDI ISLA, A., «Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución, op.cit.*, p.258.

mediante la previsión de un mínimo y un máximo⁹⁰⁹. Estas cláusulas no son esenciales dentro del programa obligacional de un contrato de suministro. Desde la perspectiva del Derecho de contratos, la fijación no incide en ningún elemento especial. Esto es, aunque entre a regular una cuestión trascendental en toda transacción como es el precio, no está refiriéndose al precio del contrato de suministro, sino al precio de reventa de los productos adquiridos por el suministrado. Con lo que se detrae que no es un elemento esencial del suministro, por cuanto para la existencia del negocio y para la consecución de su finalidad primordial de satisfacción de una necesidad no son necesarias cláusulas que impongan condiciones al adquirente o delimiten su libertad de disposición sobre la cosa transmitida. Recuértese que el suministro no deja de ser un contrato de cambio, con vocación traslativa del dominio, con lo que el adquirente-suministrado es libre para disponer de la cosa. En suma, la fijación de condiciones, y, en particular, el precio, que delimiten las facultades dominicales del suministrado e impongan las formas en las que deberá desarrollarse la reventa, son extrañas al suministro. Su expulsión o inclusión no afectan, pues, a la naturaleza del contrato.

La justificación de estas cláusulas reside en el afán del proveedor de homogeneizar las condiciones de venta en el mercado de los productos que comercializa, imponiendo una política de precios a sus suministrados, en aras a conseguir la integración en una red uniforme de distribución⁹¹⁰. Pues bien, esta práctica de determinar en el contrato la política

⁹⁰⁹ Mediante la fijación de un precio único el proveedor indica el precio exacto de los productos a revender; con la fijación de un mínimo se permite que el distribuidor pueda revender sus productos al precio que estime oportuno, pero nunca por debajo del límite señalado; mientras que, finalmente, con la previsión de un margen se permite que el distribuidor fije el precio moviéndose dentro de esta horquilla. *Vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa», *La Ley Mercantil*, núm. 62 (2019).

⁹¹⁰ El deseo de un productor de controlar los precios de reventa de sus productos por parte de los distribuidores, estableciendo un techo mínimo, puede resultar, a primera vista, paradójico. Sin embargo, se apunta que, frente a la prohibición per se de estas conductas, sus beneficios podrían ser mejores que sus efectos anticompetitivos. Así, se señalan los servicios que deberá prestar el distribuidor, que abandona la posición de mero canal de colocación de los productos en el mercado, desempeñando un papel más importante por la prestación de estos servicios. Con ello se logra incrementar la

de precios de reventa es encuadrable dentro de la más amplia categoría de las restricciones verticales a la competencia⁹¹¹. Este pacto supone una injerencia por parte del proveedor en la libertad de empresa de sus suministrados, al imponerle las condiciones con las que deberán ofertar los productos suministrados en el mercado. Sin embargo, desde el Derecho de contratos, la cláusula pudiera ser reputada válida, amparada en la libertad contractual del 1255 CC, aunque no conviene desconocer que este mismo precepto contiene una limitación a esta autonomía de la voluntad, impidiendo que puedan concertarse contratos que contravengan una disposición legal imperativa. Es aquí, precisamente, donde despliega su eficacia, en el ámbito del Derecho de contratos, el Derecho de la competencia.

La práctica de recomendar un precio de reventa a un distribuidor o suministrado, o imponer el respeto a un precio máximo de reventa, estaría amparada por el Reglamento 330/2010⁹¹². Sin embargo, esta exención

demanda de los productos, al ser valorados por los consumidores también por las prestaciones relacionadas a los mismos. La idea de este planteamiento es que se incentive a los distribuidores a realizar otros incentivos, más allá de la guerra de precios. En todo caso, el autor es consciente de que estos beneficios son «puramente especulativos». En este sentido, HERRERO SUÁREZ, C., «Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público», en VIERA GONZÁLEZ, A.J y ECHEVARRÍA SÁENZ, A.J. (Dirs.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, *op.cit.*, pp.361-378.

⁹¹¹ Se considera una restricción vertical dado que es un pacto entre empresarios independientes que se encuentran en distintos niveles (producción y distribución), en que desarrollan actividades distintas pero que se interrelacionan, *vid.* CURTO POLO, M., *Prohibición de conductas colusorias (III): Restricciones verticales*, *op.cit.*, p.126. Los acuerdos verticales son definidos como «los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios» por el art. 1.1, letra a), del Reglamento 330/2010.

⁹¹² Las Directrices verticales amparan la práctica consistente en recomendar un precio de reventa a un revendedor o exigirle que respete un precio de reventa máximo cuando la cuota de mercado del proveedor no excede del umbral del 30%. No obstante, como ponen de manifiesto DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., «Artículo 1. Conductas colusorias», en MASSAGUER FUENTES, J.; SALA ARQUER J.M., FOLGUERA CRESPO, J., *et al.* (Dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2015, en ocasiones la recomendación de un precio equivale

no es aplicable a los precios de reventa mínimos y fijos, que «deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías» que se recoge en dicho Reglamento⁹¹³. Así las cosas, el art. 4.a del Reglamento, bajo la rúbrica «Restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves)» dispone que la exención prevista en el art. 2⁹¹⁴ no será de aplicación a aquellos acuerdos verticales que, de manera directa o indirecta, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta⁹¹⁵. Ahora bien, como decimos, la norma sí avala que el

a su fijación, pues en determinados sectores ocurre que el precio recomendado es seguido por todos los operadores, lo que les permite mantener los mismos márgenes, coadyuvando a un funcionamiento no competitivo del mercado.

⁹¹³ La posición de la Comisión Europea respecto la política de fijación de precios en el marco de acuerdos verticales se adelanta en el Considerando 10 del Preámbulo del Reglamento 330/2010. De acuerdo con MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, *op.cit.*, pp.48-49, una política de fijación de precio único o de fijación de precio mínimo conlleva la pérdida del beneficio de la exención. En cambio, sí goza del beneficio de la exención una política de fijación de precios máximos, así como una política de precios recomendados, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo.

⁹¹⁴ De acuerdo con el art. 2 del Reglamento 330/2010, y en línea con el propio apartado 3 del mismo, se determina que el art. 101.1 TFUE, no será aplicable «los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. Los acuerdos verticales celebrados por dichas asociaciones estarán amparados por el presente Reglamento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 101 TFUE a los acuerdos horizontales celebrados entre los miembros de la asociación o a las decisiones adoptadas por la asociación.»

⁹¹⁵ La Comisión Europea, a través de las Directrices 2010, mediante las que se desarrollaba el Reglamento 330/2010, exponía hasta siete posibles efectos restrictivos de la competencia como resultado de la fijación de un precio único de reventa o la fijación de un precio mínimo. Sin embargo, la propia Comisión es consciente, y así se recoge en estas Directrices, de que una política de fijación de precios en el marco de acuerdos verticales puede conllevar eficiencias para el mercado. Para la Comisión, la política de fijación de precios puede facilitar la introducción de nuevos productos; puede facilitar la coordinación de campañas de precios bajos en redes de franquicias o sistemas de distribución similares; y puede facilitar la prestación de servicios adicionales a los consumidores en el caso de productos nuevos y productos complejos.

proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta⁹¹⁶, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes⁹¹⁷. Con ello, se aspira a conseguir un equilibrio entre los intereses en liza, prohibiendo los precios fijos y

Lo que ha llevado a la mejor doctrina a afirmar que la política de precios y la limitación de precios mínimos en el contrato «no se traduce en una prohibición *per se* de la conducta», de modo que corresponderá a las partes justificar que pueden obtenerse eficiencias de la inclusión de un precio mínimo de reventa en su acuerdo vertical. Para un estudio más completo de esta materia, puede verse MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia, op.cit.*, pp.49 y ss. De acuerdo con HERRERO SUÁREZ, C., «La fijación de precios de reventa, ¿nuevos vientos?», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 4 (2008), pp.53-88, los efectos anticompetitivos tradicionalmente asociados a esta práctica empresarial pueden englobarse en tres grandes grupos: incremento de los precios, facilitación de prácticas colusorias y exclusión de competidores actuales o cierre de mercados a competidores potenciales.

⁹¹⁶ El Reglamento 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Reglamento de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, establece en su art. 4 cuáles son las restricciones especialmente gravosas para la competencia y, por tanto, prohibidas. De ellas, destacamos ahora la prohibición a la fijación de precios de venta a los compradores en las relaciones entre empresarios. Ahora bien, esta prohibición no impide que el proveedor pueda imponer precios máximos de venta o recomendar precios de comercialización, que se ven beneficiados de la exención recogida expresamente en este Reglamento 330/2010, *vid.* DE NADAL ARCE, S., «Los contratos de distribución y las restricciones a la libre competencia», en VÁZQUEZ ÁLBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales, op.cit.*, p.220.

⁹¹⁷ Así sucedía en el caso enjuiciado en la STS núm. 863/2010, núm. 15 de enero (ROJ 445/2010). En ella, el TS analiza la cláusula litigiosa, relativa a una pretendida recomendación de precios, en la que se reconocía el derecho a realizar descuentos por la compañía proveedora, llegando a la conclusión de que para la compañía petrolera «el precio de venta al público no era recomendado sino fijado por ella misma». Además, valorando la relación comercial concluye que los márgenes comerciales que el titular de la estación de servicios debía pagar no permitían «una posibilidad real de descuentos». Por todo ello, el alto tribunal reputa anticompetitiva la cláusula y sanciona el contrato de abanderamiento con su nulidad total. Para un comentario de este fallo *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 279 (2011), pp.299-316.

mínimos, así como otras cláusulas y prácticas contractuales anticompetitivas relacionadas con aquéllos⁹¹⁸, pero autorizando los precios máximos y las recomendaciones de precios⁹¹⁹.

Conviene tener en consideración que el art. 101 TFUE no resulta aplicable a aquellos acuerdos que recogen una política de precios en el que se limita el precio de venta mínimo cuando los efectos que pudiera te-

⁹¹⁸ La prohibición de imposición de precios fijos y precios mínimos abarca, además de las disposiciones que fijan el precio de reventa, otras cláusulas mediante las que el proveedor pretende lograr el mismo objetivo. Por ejemplo, aquellas cláusulas que fijan el margen de distribución, el nivel máximo de descuentos aplicable a partir de un determinado nivel de precios; la aplicación de descuentos, la devolución de costes por promociones; la vinculación del precio de reventa a los precios otros competidores en una zona determinada. También incluye prácticas comerciales como la intimidación, advertencias, multas, o los retrasos en las entregas, e incluso instar la resolución contractual por la inobservancia de un determinado nivel de precios. En palabras de PALOMAR OLMEDA, A., «Las conductas contrarias a la Defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia», en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; PALOMAR OLMEDA, A. y CALDERÓN PATIER, C., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.76, son modalidades de un mismo tronco común.

⁹¹⁹ Estos intereses en liza son los del proveedor y los del distribuidor. De acuerdo con CURTO POLO, M., *Prohibición de conductas colusorias (III): Restricciones verticales*, *op.cit.*, p.153, el interés del acreedor por controlar los precios de venta se justifica por el aseguramiento adecuado de unos beneficios y por la aspiración de crear y mantener una imagen de marca, mientras que el distribuidor tendrá interés en desarrollar su actividad con total libertad sin verse limitado por las condiciones de venta impuestas por el proveedor que, de ser homogéneas con el resto de distribuidores, le impediría competir en precio. Además, podemos señalar el interés que tendría el consumidor de encontrar un precio uniforme para una misma clase de productos, sin importar cuál sea el punto de venta. En palabras del TDC, en su resolución de 30 de noviembre de 1998, Exp. 389/96: la fijación de precios «puede encontrar su justificación en el hecho de que el fabricante quiera impedir abusos de los revendedores que conduzcan a generar la idea de que se trata de un producto anormalmente caro, mientras que la fijación de un precio mínimo siempre repercute negativamente en el consumidor».

ner sobre el mercado entre los estados miembros o sobre la competencia no sean sensibles⁹²⁰. Esta doctrina, emanada del TJUE⁹²¹, fue recogida en la Comunicación *de minimis* del 2014⁹²², y, en lo que aquí interesa, vino a significar que la conducta no se reputará ilícita cuando, de acuerdo con el requisito de afectación, el impacto que pueda tener sobre el mercado sea insignificante. Así pues, la política de precios solo estará comprendida en la prohibición del art. 101 TFUE, apartado 1, cuando afecte o restrinja apreciablemente la competencia dentro del mercado interior y pueda afectar al comercio entre los Estados miembros⁹²³.

⁹²⁰ Si el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia es el proceso competitivo, aquellas conductas que no tienen aptitud para afectar sensiblemente al mismo, no entran en el ámbito de la prohibición del artículo 101 TFUE y, por extensión, no se trata de conductas prohibidas, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «La política de precios en el marco de las redes empresariales verticales», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dirs.), *Cooperación empresarial y derecho de la competencia*, *op.cit.*, p.135.

⁹²¹ STJUE asunto C-226/11, de 13 de diciembre del 2012 (ECLI:EU:C:2012:795), conocido como «Caso Expedia».

⁹²² La Comunicación de la Comisión 2014/C 291/01 establece que todos aquellos acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado comunitario no se beneficiarán de la exención «*de minimis*». Ello supuso un recorte importante al ámbito de aplicación de dicha Comunicación, pues no será aplicada por la Comisión a los acuerdos que contengan alguna restricción «por objeto». Adicionalmente, esta inaplicación es extensiva también a aquellos supuestos en los que las restricciones sean calificadas como «restricciones especialmente graves» por alguno de los reglamentos de exención por categorías, como hace el Reglamento 330/2010 para la fijación de precios mínimos de reventa. Ahora bien, que no goce del beneficio de no afectación no significa que la conducta sea ilícita. La propia Comunicación excluye aquellos acuerdos suscritos entre empresarios cuyas cuotas de mercado, conjuntamente consideradas, sean igual o inferior al 5% y tengan facturación anual igual o inferior a los cuarenta millones de euros. En estos casos, la Comunicación considera que los acuerdos verticales no tienen efecto en el comercio ni en la competencia, excluyendo su aplicación de la misma.

⁹²³ El TJUE y la Comunicación 2014 se posicionan abiertamente sobre la vigencia en Europa de la máxima de «*minimis non curat lex*». Si el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia es la competencia, aquellas conductas que no tengan aptitud para afectarla sensiblemente no entrarán dentro del ámbito de la prohibición del art. 101.1 TFUE. Consecuentemente, no se tratarán de conductas prohibidas, *cfr.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, *op.cit.*, pp.52-53.

Por otro lado, cabe tener presente cómo afectará en un contrato de suministro la incorporación de un pacto que obligue al suministrado a comercializar las mercancías respetando un precio mínimo de reventa a la luz del derecho español, en especial, bajo las previsiones de la LDC. La interpretación que viene haciendo del art. 1 LDC la CNMC va en línea con lo comentado en el párrafo anterior. Las conductas que no afecten de manera significativa la competencia no incurren en un ilícito concurrencial. Ello, como se ha dicho, como resultado del principio de afectación, que determinaría que aquellos acuerdos que no afecten al mercado no incurren en un ilícito anticoncurrencial⁹²⁴.

Pues bien, siendo que los pactos contenidos en un contrato de suministro relativos a la fijación de precios de reventa máximos, así como la recomendación de precios, no caen dentro del ámbito de la prohibición del art. 4 del Reglamento 330/2010⁹²⁵, interesa analizar las consecuencias que tiene en Derecho de contratos la fijación de precios mínimos de reventa. Al efecto, el apartado segundo del art. 101 TFUE, como también del art. 1 LDC, proclama la nulidad de pleno derecho de aquellos acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de dichos preceptos, no estén amparados por las exenciones legalmente previstas⁹²⁶. Una nulidad que, frente a las posturas que defienden la nulidad parcial del acuerdo, y frente a la solución de nulidad

⁹²⁴ Para un análisis de esta cuestión, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *La política de precios en el marco de las redes empresariales verticales*, *op.cit.*, pp.134 y ss.

⁹²⁵ Lo que ha servido para que algún autor califique la prohibición de laxa, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.98.

⁹²⁶ Entre nosotros, ya el apartado segundo del art. 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, establecía que «son nulos, como contrarios a la Ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las prohibidas en el apartado anterior». Un criterio que mantuvo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y que sigue vigente en nuestra actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece en su apartado segundo del art. 1 que «son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley».

parcial del Derecho comunitario⁹²⁷, determinan, no la expulsión del pacto anticolusorio, sino la nulidad de todo el contrato de acuerdo con la jurisprudencia de nuestro TS⁹²⁸.

En función de esta doctrina del alto tribunal, las cláusulas contractuales a las que se imputa una contradicción con el Derecho de la competencia no tienen carácter accesorio en el programa contractual, sino esencial⁹²⁹. Con lo que la nulidad no puede quedar limitada a su expulsión del contrato, a través de una nulidad parcial, porque no pueden considerarse separables, al incidir en la economía del contrato, lo que determina que la nulidad de pleno derecho del pacto se extienda a todo el contrato⁹³⁰. El fundamento de esta nulidad total está en la trasgresión

⁹²⁷ Por todas, la STJUE C-279/06, de 11 de septiembre de 2008, caso CEPSA, en donde se resume la posición de la jurisprudencia en torno a esta cuestión, determinando que la nulidad de pleno derecho de un acuerdo se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición, y solo al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo. Cuando estos elementos son separables, las consecuencias de la nulidad respecto a todos los demás elementos del acuerdo no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Corresponderá al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance y las consecuencias de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales para el resto del contrato.

⁹²⁸ Para un mayor estudio sobre la materia, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Nulidad y Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

⁹²⁹ Este planteamiento ha sido criticado por algunos autores, como MARTÍ MIRAVALLS, J., «La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia: Sobre la necesaria revisión de la práctica jurisprudencial española», *Revista de Derecho UNED*, núm.25 (2019), pp.17-59. También, PEÑA LÓPEZ, F., «Sentencia de 30 de julio de 2009: nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83 (2010), pp.1045-1072. Por el contrario, se ha defendido por parte de otros autores, *vid.* ARROYO APARICIO, A., «Aplicación de la normativa protectora de la libre competencia: la STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2000», *Aranzadi Civil*, núm. 3 (2001), pp.2201-2253. También MERCADAL VIDAL, F., «Sentencia de 2 de junio de 2000: Nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 55, 2001, pp.87-120.

⁹³⁰ La nulidad total y la nulidad parcial presentan finalidades distintas. Así, mientras que la nulidad total busca privar de efectos aquellos pactos y contratos que contravienen una norma del ordenamiento jurídico, la nulidad parcial trata de salvar el acuerdo corrigiendo o adaptándolo a la normativa, limitándose a expulsar aquellos pactos que

de los límites de la autonomía de la voluntad impuestos por normas imperativas de orden público económico⁹³¹, en línea con lo dispuesto en los arts. 6.3 y 1255 CC⁹³². Consideraciones que han sido criticadas por ser inadecuadas a la vista tanto del contenido del contrato como de los fines perseguidos por el Derecho de la competencia⁹³³. Desde la perspectiva contractual, no es cierto que un contrato de suministro del que se expulsa la cláusula de fijación de precios mínimos carezca de precio o altere la economía del contrato. La cláusula que comentamos no refiere al precio que recibe el proveedor de sus suministrados, sino el precio mínimo por el que éstos deben comercializar sus productos. Por lo que no se trata de una cláusula esencial ni natural de este negocio, como ya se dijo al principio⁹³⁴.

infringen la norma. *Vid.* GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad La Ley, 1995, p.48.

⁹³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35 (1982), pp.987-1086.

⁹³² Por todos, CARRASCO PERERA, Á, «Artículo 6», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp.141-176. De acuerdo con el autor, los negocios que contravienen el orden público, así como aquellos que sean inmorales, incurrirían en una causa de nulidad contractual que no puede ser salvada por la previsión del art. 6.3 CC y, sobre todo, por lo dispuesto en el art. 1255 CC. Esta norma es imperativa y viene a complementar lo dispuesto en aquélla. Ahora bien, esta prohibición no tiene por qué implicar una ilicitud de la causa.

⁹³³ De este modo, se evita cualquier posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales a exigir el cumplimiento del acuerdo anticolusorio, al tiempo que se eliminan los efectos que este haya podido crear, todo ello por ser contrario a las normas imperativas de orden público económico. *Vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa*, *op.cit.*

⁹³⁴ Así se ha entendido, si bien limitándose a los contratos de distribución, en el caso de la franquicia, en donde en cierta medida el pacto anticompetitivo sí podría incidir en los *royalties* que percibe el franquiciador calculados sobre el volumen de las ventas. De acuerdo con MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, *op.cit.*, pp.56-58, el contrato de franquicia seguiría siendo válido por cuanto la expulsión de la cláusula no incide en un aspecto o elemento esencial del negocio. Afirma el autor que lo procedente, por tanto, sería la nulidad parcial del contrato, ajustando su contenido a los límites impuestos por el Derecho de la competencia.

Por otro lado, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, no se pretenden tutelar los intereses de los contratantes, sino el propio mercado. La finalidad es impedir que a través de determinadas conductas empresariales se obstaculice su correcto funcionamiento, con lo que el bien jurídico protegido es el mercado. Por ello, puede resultar contradictorio a este fin la expulsión de aquellos negocios que, una vez adaptados a los imperativos normativos del Derecho de la competencia, son buenos para el mercado.

Con todo, la introducción de cláusulas o pactos por los que le proveedor limite el precio mínimo de comercialización en un contrato de suministro en el que los productos adquiridos por el suministrado se destinan a la reventa resulta, como regla general, contrario al Derecho concurrencial, y, por tanto, nulos. No sucede así en aquellos casos en los que los pactos se refieren a la limitación de precios máximos o a la recomendación de precios, que sí gozan del beneficio de la exención previsto en el Reglamento 330/2010, en la medida en que se considera que su fijación es beneficiosa para el mercado, siempre que mediante ellos no se oculten otros medios indirectos con los que el proveedor pretende mantener un precio de reventa mínimo o fijo⁹³⁵. De ser así, el acuerdo adolecería del mismo vicio de nulidad *ex tunc*, facultando al juzgador a expulsar el negocio en su totalidad, si bien los efectos del art. 1303 CC estarán limitados temporalmente, con lo que las partes no deberían reponerse en sus prestaciones.

⁹³⁵ En general, se considera que la fijación de precios máximos u orientaciones a través de precios recomendados es beneficiosa, pues constituye un medio a través del cual el proveedor se asegura que los descuentos promocionales ofrecidos llegan a los consumidores. Además, permite mantener una determinada uniformidad en la imagen de red de distribución creada. Sin embargo, el legislador es consciente que la permisibilidad de estos sistemas puede venir acompañada de medidas indirectas de fijación de precios, como la implantación de un sistema de control de los mismos o promover, e incluso obligar, a otros distribuidores a identificar a aquellos que se desvían del nivel de precios recomendados. Entonces, la práctica que verdaderamente subyace es una fijación de precios y el negocio podría ser declarado nulo, salvo cuando su afectación a la competencia sea mínima. *Vid.* CURTO POLO, M.M., «Prohibición de conductas colusorias (II): Restricciones horizontales y verticales», en CARBAJO CASCÓN, F. (Coord.), *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.155.

c) El deber de preaviso en la realización de pedidos

El preaviso es un elemento clave en cualquier programa obligacional duradero, sin perjuicio de que la naturaleza del contrato sea instantánea o no. El preaviso es un lapso de tiempo que transcurre entre la externalización de la voluntad de una de las partes y el momento en el que se despliegan efectos jurídicos como resultado de aquélla⁹³⁶. El ejemplo paradigmático de un plazo de preaviso es el que se produce antes de que se resuelva un contrato. La parte que pretende extinguir la relación debe preavisar con una antelación suficiente a que se produzcan los efectos extintivos⁹³⁷. El supuesto que ahora se aborda, sin embargo, es el del plazo de preaviso que tiene que respetar el suministrado en los pedidos periódicos que integran la obligación de suministro. Esto es, la obligación que asume de cursar el pedido con una antelación suficiente para que el proveedor pueda realizar la entrega.

El preaviso se instituye como un mecanismo con el que se compaginan los intereses en juego en un contrato de duración⁹³⁸. Su finalidad consiste en evitar una decisión sorpresiva de una de las partes de la que emanan consecuencias jurídicas sin dejar un margen temporal a la contraparte para reaccionar. Siempre que haya un arco temporal, ya sea

⁹³⁶ En este sentido, puede verse la definición que se hace en MONTROYA MELGAR, A., *Diccionario jurídico*, *op.cit.*, entrada *preaviso*: «Tiempo o plazo que ha de observarse desde la comunicación de un determinado acto o una determinada decisión hasta la producción de sus efectos». El autor, sin embargo, limita el término a ámbito laboral, que podemos traer aquí igualmente por la presencia de un elemento duradero tanto en la relación de trabajo como en la mercantil que se deriva de un contrato de suministro; y dice: «La legislación laboral exige preaviso para la extinción del contrato de trabajo por denuncia de terminación de contrato de duración determinada superior a un año (art. 49.1.c ET), por dimisión del trabajador (art. 49.1.d ET) y por despido basado en causas objetivas (art. 53 ET), aunque en todos esos casos la falta de preaviso no anula la correspondiente decisión sino que tan sólo obliga al pago de una compensación económica.»

⁹³⁷ Respecto al preaviso dirigido a extinguir los contratos de distribución, *vid.* VAQUERO PINTO, M.J., «Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, *op.cit.*, pp.517 y ss.

⁹³⁸ *Cfr.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, *op.cit.*, p.159.

genético, como sucede en los contratos de duración como en el suministro, ya sea funcional, como ocurre en los contratos con obligaciones fraccionadas –como puede darse en la compraventa–, el preaviso actúa como elemento de salvaguarda de los intereses de ambos contratantes. Se trata de evitar que una de las partes quede a merced de la otra. Así se explica su presencia generalizada en los contratos de trabajo⁹³⁹, los civiles⁹⁴⁰, en los contratos con consumidores⁹⁴¹ y en los mercantiles⁹⁴².

⁹³⁹ Como sucede en los casos de terminación de la relación laboral por decisión del trabajador, disponiendo la letra d) del artículo 49.1 que el contrato de trabajo quedará extinguido «Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.» Otros periodos de preaviso previstos en la legislación laboral son los relativos a las horas complementarias, previéndose que el trabajador conozca el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días. Asimismo, este pacto puede quedar sin efecto por renuncia del trabajador, que debe trasladarlo con un preaviso de quince días. También resulta de interés el preaviso relativo al ejercicio del derecho a la huelga, por incidir en su dinámica y, a diferencia de los anteriores, contener ciertos requisitos de forma para su validez, *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp.1065 y ss.

⁹⁴⁰ En la legislación civil, es de destacar el preaviso previsto en la terminación de los contratos de arrendamiento. Véase, por ejemplo, el art. 11 LAU, que prevé la obligación de preavisar con treinta días de antelación a la terminación del contrato. Mayor debate ha generado el art. 1565 CC, según el cual el contrato de arrendamiento finaliza el día prefijado sin la necesidad de requerimiento. Aun con todo, diversos autores defienden la necesidad de un preaviso, notificación o requerimiento cuando así se hubiese pactado en el contrato, por ejemplo. *Cfr.* COBACHO GÓMEZ, J.A. «Artículo 1565. Fin del arrendamiento por tiempo determinado», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, *op.cit.*, p.418.

⁹⁴¹ En materia de consumo, el art. 62 TRLCU contempla el derecho de los consumidores y usuarios a poner fin a los contratos de duración prohibiendo al empresario la incorporación en tales contratos de condiciones que impidan u obstaculicen el ejercicio de esta facultad de desistimiento del contrato, entre las que se encontraría la previsión de plazos de preaviso excesivamente largos y poco razonables en función de las prestaciones contratadas. En este sentido, *vid.* MOLINS SANCHO, F., «El contrato de mantenimiento de ascensores», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (2020), pp. 173-213. Véase también BELUCHE RINCÓN, I., «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015), pp.69-126.

⁹⁴² Destaca, sin lugar a dudas, el preaviso previsto en el contrato de agencia, donde el art. 25 LCA, en su apartado segundo, recoge que «El plazo de preaviso será de un

En todos ellos el plazo de preaviso permite poner en conocimiento de la parte afectada con suficiente antelación de una decisión cuyos efectos jurídicos pueden resultarle perjudiciales o requerir un margen de reacción⁹⁴³.

Dado que el suministro es un contrato duradero a través del que se da satisfacción a la necesidad del suministrado, es habitual que éste se reserve a su favor tanto la facultad de determinar el contenido de cada prestación de entrega mediante la fijación de la cuantía como la de señalar la fecha en la que se debe realizar la entrega. En ambos casos, la unilateralidad que subyace podría resultar incómoda a la luz del art. 1256 CC, razón por la que se conviene que la parte a favor de la que opera esta capacidad de rellenar de contenido el objeto de la prestación, así como de señalar los momentos de vencimiento, quede sometida a una comunicación previa. En otras palabras, el suministrado vendrá sometido a un plazo de preaviso⁹⁴⁴. Esta previsión da forma a una opera-

mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes». Esta previsión normativa es relevante, al haber servido a la jurisprudencia como guía a efectos de ponderar el carácter abusivo del ejercicio de la facultad de desistimiento, *vid.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, p.175. Otro plazo destacable es el contenido en el CCo para el mandato, disponiendo el art. 302 que «En los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación».

⁹⁴³ En parecidos términos se pronunció el TS, aunque el litigio se centraba en la imperatividad del preaviso en la resolución de un contrato de distribución. Así, la STS núm. 130/2011, de 15 de marzo (ROJ 1236/2011), dice: «Aunque es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios».

⁹⁴⁴ Destaca la relevancia del plazo de preaviso en el suministro BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.535. Según el autor, en aquellos suministros en los que se no se han concretado los momentos de cada entrega, que han quedado sin determinar, es conveniente notificar los pedidos al proveedor respetando una antelación antes de cada entrega para que se pueda atender de forma puntual.

tiva que es común a todo negocio en el que hay una obligación de suministro. El suministrado comunica qué y cuándo, rellenando con ello el programa de suministro. De tal forma que las comunicaciones previas de los pedidos cumplen un papel importante en la relación. El proveedor no puede obligar a que el suministrado le comunique al inicio del contrato todas sus necesidades y el momento exacto del cumplimiento, del mismo modo que es imposible pretender que el proveedor tenga a disposición del suministrado, ininterrumpidamente, el objeto del contrato. Incluso en la modalidad *just in time* el proveedor dispone de un margen –aunque excepcionalmente breve– para reaccionar ante cada pedido. No cabe duda de que las comunicaciones anticipadas son imprescindibles para el buen funcionamiento de la relación de suministro existente entre las partes, sobre todo cuando el proveedor no solo suministra, sino que previamente debe fabricar la cosa, embalarla y transportarla, lo cual no se improvisa y requiere de un proceso complejo que exige un margen de maniobra.

Estas comunicaciones previas son meras expresiones de la voluntad del suministrado, las cuales exigen una previsión adecuada para que el proveedor pueda disponer de este suficiente margen para atender con su obligación. El plazo suele ser más o menos breve, puede quedar limitado a una sola prestación –*v.gr.*, preavisando 15 días antes de la entrega– o puede englobar todas las que recaen dentro de un periodo –*v.gr.*, preavisando cada seis meses de las entregas que se producen en el próximo semestre⁹⁴⁵. La adecuación del plazo de preaviso será ser valorada en función de la prestación debida, del objeto del contrato, de las condiciones de entrega, etc.⁹⁴⁶. Así, por ejemplo, no sería considerado razonable un plazo que no tenga en cuenta cuestiones como el

⁹⁴⁵ Igualmente puede cursarse verbalmente, SAP Sevilla, núm. 45/2012, de 30 de enero (ROJ 360/2012); de forma telefónica, SAP Madrid, núm. 86/2013, de 25 de febrero de 2013 (ROJ 2171/2013); por medio de fax, SAP Madrid, núm. 607/2004, de 18 de mayo (ROJ 7241/2004); mediante el uso de formularios, SAP Barcelona, núm. 372/2014, de 19 de noviembre (ROJ 12784/2014), etc.

⁹⁴⁶ En este sentido se dispone en el art. 1563 del *Codice civile* que «*Il termine stabilito per le singole prestazioni si presume pattuito nell'interesse di entrambe le parti. Se l'aveve diritto alla somministrazione ha la facoltà di fissare la scadenza delle singole prestazioni, egli deve comunicarne la data al somministrante con un congruo preavviso*». Nuestro ordenamiento no contiene una norma en este sentido, pero esto

lugar de la entrega, el tiempo de fabricación, el embalaje o envasado de los productos, entre otros aspectos⁹⁴⁷.

Señalado el *dies* de la prestación se origina un plazo que opera a favor de ambos contratantes, siendo de aplicación las disposiciones generales para las obligaciones sometidas a plazo⁹⁴⁸. Así las cosas, desatender un plazo de preaviso situaría a las partes ante el incumplimiento de lo pactado, lo que facultaría a la parte a favor de la que opera el plazo a oponerse a la pretensión infractora de su contraparte. La justificación de esta solución se halla en el propio art. 1127 CC. El periodo de preaviso

no es óbice para interpretar que la adecuación del plazo se deberá ajustar a cada contrato. Lo cual pone de relieve que el plazo puede no estar ni siquiera previsto contractualmente y, en cambio, venir dado por la operativa de las partes. Así sucede en el caso enjuiciado por la SAP Girona, núm. 132/2006, de 22 de mayo (ROJ 273/2006), en donde las partes no habían recogido un pacto para la entrega de los distintos pedidos, pero se cursaban con una anticipación suficiente para permitir al proveedor realizar la entrega.

⁹⁴⁷ Aun con todo, es destacable la redacción contenida en el art. 513-2, apartado 4º, del PCM, donde se disponía que: «4. Cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días. Esta antelación se antoja insuficiente en determinados contratos en los que, por razones de la naturaleza del producto, del contenido de la prestación o de otras obligaciones asumidas por el proveedor, como el transporte o la instalación, puede ser gravoso o de difícil cumplimiento para el obligado. Por ello, a pesar de la seguridad jurídica que conlleva disponer de un plazo genérico, se ha visto más adecuado dejar sin rellenar el mismo ante el riesgo que puede generarse por tomarlo como un plazo adecuado, *vid.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., *La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM*, *op.cit.*, p.1625.

⁹⁴⁸ Nuestro Código opta por la vía de presumir que el plazo fijado en un contrato opera a favor de ambos contratantes, con lo que ni el deudor puede cumplir antes ni el acreedor reclamar el cumplimiento anticipado. Sin embargo, una posición mayoritaria en la doctrina apunta que la presunción que hace el CC al respecto, en su art. 1127, atiende al tenor de la obligación a efectos de determinar si el plazo se ha fijado a favor de una u otra parte, lo que, en la práctica, obligaría a atender al contenido del contrato para comprobar si la voluntad de las partes fue señalar el plazo a favor de una de ellas, *vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., «Artículo 1127. Término designado en las obligaciones», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, Vol. 3, *op.cit.*, p.246.

se entiende fijado en beneficio tanto del proveedor como del suministrado, salvo que del tenor del pacto se desprenda lo contrario⁹⁴⁹. Con lo que ninguna parte está facultada a ignorar el plazo de preaviso pactado exigiendo extemporáneamente la obligación de que se trate, en la medida en que no sería exigible. El crédito sujeto a término ni habría vencido ni sería exigible. De lo contrario, equivaldría dejar el cumplimiento del contrato en manos del acreedor, lo que iría contra lo dispuesto en el art. 1256 CC⁹⁵⁰.

d) La obligación de mantener un inventario de seguridad

El *stock* ha sido definido como aquellas mercancías que, adquiridas por un empresario, se almacenan en vista de su futura comercialización⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ Se arriba a esta conclusión de la lectura de los arts. 1125 y 1127 CC. El acreedor no puede exigir el cumplimiento antes del día señalado, con lo que, si debe respetar un plazo de preaviso para señalar ese día, sería contrario al espíritu de estos preceptos reclamar un cumplimiento antes de tiempo si de la obligación no se desprende tal cosa. Así, si el plazo de preaviso es de siete días, no podría reclamar el cumplimiento de la obligación concediendo un preaviso de cinco días. Más allá del propio incumplimiento de un pacto contractual, estaría contraviniendo las previsiones de los preceptos que comentamos. En este sentido, aunque desde la perspectiva del deudor, puede verse MARÍN LÓPEZ, M.J., «Artículo 1125», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VII, *op.cit.*, p.8270, quien dice: «Hay casos en los que, para que el deudor pueda cumplir en la fecha prevista, es necesario que antes ejecute alguna obligación instrumental (por ejemplo, informar al acreedor para que disponga lo necesario para recibir la entrega). En tal caso, el deudor debe ejecutar esta obligación instrumental con la antelación necesaria para que la obligación principal pueda ser cumplida en plazo. No puede el deudor ampararse en la inexigibilidad de la obligación principal para no ejecutar esas obligaciones accesorias».

⁹⁵⁰ En este sentido, SAP Madrid, núm. 56/2011, de 7 de febrero (ROJ 111/2011), en la que se analiza la virtualidad de los plazos de preaviso y la posibilidad de su determinación por la forma de desarrollar el contrato, aunque las partes hayan omitido un pacto al respecto.

⁹⁵¹ Importamos la definición de JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.73, quien define el *stock* como «aquellas mercancías que, adquiridas por el distribuidor en virtud de un contrato de distribución, restan almacenadas en vista de su futura comercialización». Acusa el autor de la parca definición que arroja el Diccionario de la Real Academia Española, que lo define como la «cantidad de mercancías que se tienen en depósito»; una referencia, ésta de depósito, que encaja mal con el fin al que están destinados los bienes que conforman el *stock*.

Su finalidad es, precisamente, ésta, la de destinarse al comercio y obtener con ello un lucro, perdiendo esta condición cuando pasa a integrar el patrimonio del comerciante⁹⁵². En el marco de la relación de suministro, puede plantearse una obligación a cargo de alguna de las partes de mantener ciertos niveles o umbrales de *stock* con el fin de poder tener cubierta su necesidad durante un tiempo. Es lo que se conoce como «inventario de seguridad», que puede definirse como la cantidad necesaria de existencias mínimas que deben permanecer en posesión de alguna de las partes para poder cubrir su necesidad hasta la siguiente entrega o suministro.

El mantenimiento de este *stock*, en principio, sería una obligación asumible por cualquiera de las partes, si bien lo cierto es que, a quien verdaderamente interesa el depósito de existencias mínimas, es a la parte suministrada. De este modo, evita correr con los gastos y con los riesgos aparejados a su almacenamiento, mientras que, en cambio, sí que se garantiza un acceso temprano a los productos, evitando las consecuencias que le produciría una ruptura de la cadena de suministro o no poder disponer de ellos en un breve plazo de tiempo. De ahí que el inventario de seguridad se introduzca en el contrato como una obligación accesoria que debe cumplir el proveedor, encaminada a facilitar el cumplimiento de la obligación principal y, así, poder dar satisfacción a la necesidad del suministrado dentro de los plazos pactados⁹⁵³.

El inventario mínimo o *stock* de seguridad no se trata solamente de una herramienta de organización empresarial. Trasciende del fuero interno de la empresa y se proyecta sobre el contrato, como una obligación accesoria del proveedor a disponer de una cantidad de bienes determinada en sus almacenes preparados para poder atender pedidos que deben ser

⁹⁵² Cfr. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, op.cit., p.242. En el mismo sentido, JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, op.cit., p.75.

⁹⁵³ La STS de 29 de septiembre de 1997 (ROJ 5729/1997) considera que en el suministro de cementos enjuiciado no existía una obligación a mantener un *stock* de seguridad, siendo una obligación accesoria que, pudiendo haberse previsto, no se hizo.

entregados de forma inmediata⁹⁵⁴. Los motivos por los que se configura un *stock* mínimo dependerán de las circunstancias que concurran en cada caso, como la brevedad de los plazos de preaviso que hayan estipulado las partes, la previsión de pedidos intempestivos o sorpresivos, incrementos en la demanda de ciertos productos, el aumento de su precio en el mercado, etc.⁹⁵⁵. Para evitar el riesgo de desabastecimiento y de rotura en la cadena de suministro, el proveedor asumiría una obligación consistente en disponer de un *stock* mínimo con el que estar siempre en condiciones de atender los pedidos de la contraparte⁹⁵⁶.

La obligación de mantenimiento de un inventario de seguridad o existencias mínimas responde a la existencia de una relación obligatoria de carácter duradero. Las partes, en el desarrollo de una relación contractual temporal, optan por configurar esta obligación a mantener un *stock* con el que poder hacer frente o bien a las necesidades de abastecimiento del suministrado o, por el contrario, a las necesidades o a la demanda de terceros⁹⁵⁷. En este caso la obligación de mantener existencias mí-

⁹⁵⁴ Lo que lleva aparejado un *coste de mantenimiento de stock*: espacio ocupado en almacén, registro y control de los mismos, riesgo de obsolescencia o de caducidad, roturas, seguros, etc., *cf.* DE LA VEGA GARCÍA, F., *El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del PCM)*, *op.cit.*, p.1297.

⁹⁵⁵ En la SAP Barcelona, núm. /2020, de 23 de abril (ROJ/2020), se constata el interés que tienen ambas partes en la configuración de un inventario de seguridad, cuyo coste se repercutía a la parte suministrada y mediante el cual la empresa proveedora podía atender los pedidos de su contraparte sin que se produjesen rupturas o tensiones en la cadena de suministro.

⁹⁵⁶ La cadena de suministro es un término utilizado en la literatura económica, caracterizado por la confluencia de distintas funciones encaminadas a producir y colocar un producto en el mercado. En el funcionamiento de esta cadena, se persiguen realizar las funciones necesarias con el mínimo coste para el conjunto de la cadena, para lo que disponer de la mercancía necesaria es vital para evitar una paralización en alguno de los niveles que se extienda al resto de la cadena, *cf.* CRUZ ROCHE, I., *Las transacciones económicas en la cadena de valor alimentaria*, *op.cit.*, p.31.

⁹⁵⁷ El fundamento lo encontramos, precisamente, en la duración de la relación contractual más que en la propia colaboración, que deriva de aquélla, *cf.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., *El contrato de distribución comercial internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p.168.

nimas operaría a la inversa; esto es, recaería a cargo de la parte suministrada disponer de un *stock* de seguridad, como sucede en algunos contratos de distribución integrada⁹⁵⁸. En su virtud, el suministrado asumiría el compromiso de disponer de un inventario de seguridad de los productos suministrados por el proveedor o principal, con el fin de poder enfrentarse a un incremento de la demanda de productos. El cabeza de la red suele tener un interés especial en que sus productos estén disponibles para los destinatarios finales, para lo cual debe asegurarse un abastecimiento suficiente que impida rupturas de los *stocks* que desencadene, además de un desabastecimiento de la clientela, un impacto negativo en la imagen de marca de la red⁹⁵⁹. Así sucede durante determinadas épocas o campañas comerciales, en las que la cantidad de bienes almacenados en el *stock* varía⁹⁶⁰. Adicionalmente, la configuración

⁹⁵⁸ La obligación de compra mínima se contenía en el art. 12 PLCD, cuyo apartado primero disponía que «Los stocks, reservas o contingentes mínimos de mercancías en almacén, se establecerán sobre la base de las previsiones razonables en el mercado y las previsiones necesarias para el cumplimiento de los métodos operativos del sistema de distribución». El resto del precepto trata de limitar la facultad que tiene el cabeza de la red de obligar a sus distribuidores a abastecerse por encima de sus capacidades o necesidades, lo que ha sido apuntado como uno de los problemas más recurrentes en las redes de distribución, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.61.

⁹⁵⁹ Esta cláusula forma parte de los programas contractuales de los distintos contratos de la distribución integrada, con lo que el cabeza de la red se asegura que los distribuidores que la integran se encuentran en una situación adecuada para hacer frente a la demanda de la clientela, disponiendo de un mínimo de mercancía con el que poder desarrollar la actividad empresarial y, así, evitando el deterioro que supone a la imagen de la red que alguno de los distribuidores quede desabastecido, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.173.

⁹⁶⁰ Como conocedor de sus necesidades futuras, cabe que el suministrado comunique al proveedor el *stock* de seguridad que deberá mantener para poder atender a futuros picos en la demanda y éste se comprometa a mantener estos niveles en su inventario, SAP Pontevedra, núm. 11/2006, de 2 de enero (ROJ 1824/2006). Su infracción le colocaría en una situación de incumplimiento contractual, con la consiguiente pérdida de la confianza por el suministrado. Asimismo, dado que el suministro es un contrato de duración, los antecedentes de cada prestación, es decir, los anteriores pedidos cursados por el suministrado servirán de base al proveedor para prever el alcance de las prestaciones futuras.

de la obligación de *stock* de seguridad podría ir acompañada de la obligación de cursar pedidos mínimos, lo que podría conducir a un sobreabastecimiento por parte del suministrado⁹⁶¹.

La fijación de la cuantía o el volumen de los *stocks* mínimos estará sujeta a la naturaleza de la cosa, las necesidades de su conservación, el coste de su almacenamiento, su carácter perecedero, la capacidad del proveedor de almacenarla o del suministrado de conservarla, los riesgos de su almacenamiento, e, incluso, el cumplimiento de la normativa administrativa⁹⁶². Para su determinación, la doctrina no aconseja recurrir a fórmulas abiertas o abstractas, sino fijar con detalle los criterios que permitan a las partes rellenar el contenido de esta obligación accesorio, ya sea mediante una horquilla entre la que se deberán situar las mercancías en *stock*, un porcentaje, una cantidad determinada, etc.⁹⁶³. Asimismo, en la determinación de la cuantía o volumen influirán los gastos relacionados con su mantenimiento (*v.gr.*, el espacio ocupado en almacén, el control de los *stocks*, la seguridad y el seguro, las sustituciones por caducidad o roturas, etc.), que será asumido por la parte

⁹⁶¹ Las cláusulas que obligan al mantenimiento de stocks de seguridad, así como otras como las de pedidos mínimos, suelen conducir a abastecimientos por encima de las necesidades del suministrado, *vid.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.61.

⁹⁶² Por poner un ejemplo, puede verse la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, en cuyo art. 9.1 enumera el uso, consumo y almacenamiento de los productos industriales como elementos que se tendrán en cuenta en el desarrollo de la regulación relativa a la seguridad industrial, en la que se enmarcan reglamentos como el aprobado por el Real Decreto 656/2017, de 23 de junio, de Almacenamiento de Productos Químicos y sus Instrucciones Técnicas Complementarias MIE APQ 0 a 10. La normativa administrativa reguladora de ciertos sectores impide o condiciona la forma en la que se debe almacenar la mercancía y, inevitablemente, debe ser tenida en cuenta por las partes de un contrato de suministro a la hora de establecer los *stocks* de seguridad.

⁹⁶³ Podrá venir referido a un cierto número de unidades o a un determinado valor, como el relacionado a una cifra del volumen de ventas, *cf.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.174. ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., *El contrato de distribución comercial internacional*, *op.cit.*, p.168, desaconseja las referencias y la determinación del *stock* mínimo sin claridad, por entender que la difícil interpretación de lo que puede considerarse por abastecimiento adecuado puede suponer someter el contrato a la interpretación de un tercero, con el impacto que esto tiene en la relación comercial.

obligada o repercutido a la contraria, lo que puede influir a la hora de configurar esta obligación⁹⁶⁴.

III. EL SUMINISTRO EN EXCLUSIVA

El pacto de exclusiva es una figura mediante la que las partes modifican la relación contractual básica en que se inserta⁹⁶⁵. Supone el compromiso del deudor de no recibir, de terceros, prestaciones semejantes en cuanto a la naturaleza y el objeto del contrato en el que aparece este pacto. Las partes, voluntariamente, deciden limitar su libertad, impidiéndose contratar con personas distintas de la contraparte. Mediante este pacto se busca alcanzar una posición privilegiada frente a sus competidores. Como resultado de esta limitación de la competencia se obtiene del contrato un mayor valor económico, en la medida en que asegura un beneficio; piénsese que no es lo mismo concurrir en el mercado en régimen de competencia que hacerlo en situación de monopolio⁹⁶⁶. De modo que la exclusiva presenta un doble aspecto, jurídico y económico, que conviene dejar apuntado. Jurídico, por cuanto implica constituir un monopolio en una zona geográfica determinada. Económico, por cuanto incrementa el patrimonio y asegura un mercado que poder explotar en exclusiva.

⁹⁶⁴ Razones económicas y de logística obligarán a las partes a determinar el nivel de seguridad que deberá tener el *stock*, *cfr.* DE LA VEGA GARCÍA, F., *El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del PCM)*, *op.cit.*, p.1297.

⁹⁶⁵ En España destacan los estudios de la profesora PUENTE MUÑOZ, T., a través de dos trabajos: «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.103 (1967), pp.75-87 y «El pacto de exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», núm.121 (1971), pp.443-462. Ambos dos han servido a la doctrina como base a la hora de abordar el acercamiento al pacto de exclusiva y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo analiza.

⁹⁶⁶ El pacto de exclusiva pretende la multiplicación del valor económico de la prestación para la parte a favor de la que opera la exclusividad, gracias a una limitación de la libertad de contratar del deudor que se ve obligado a no realizar actos jurídicos con terceros distintos de la parte a favor de la que opera el pacto. La exclusiva trasciende la esfera de la contratación, por cuanto supone una limitación de la competencia que viene a afectar a la esfera de actividad de los terceros. *Cfr.* PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, *op.cit.*, pp.76-77.

La exclusiva es un deber de abstención⁹⁶⁷, generado por el acuerdo de voluntades, que se materializa en el contrato a través de una cláusula contractual accesoria a la obligación principal del contrato⁹⁶⁸. Aunque no necesariamente. La doctrina ha defendido su capacidad para constituir un pacto independiente acordado con anterioridad a toda relación contractual entre las partes⁹⁶⁹. Sin embargo, es frecuente que constituya un acuerdo específico, que se introduce en cualquier tipo de contrato: compraventa, mandato, representación, intermediación inmobiliaria, o el contrato de distribución⁹⁷⁰. De hecho, aunque como cualquier obligación podría tener un carácter instantáneo, de tal modo que el deudor vendría obligado a abstenerse de realizar una actividad en un solo momento, el pacto de exclusiva despliega su virtualidad económica

⁹⁶⁷ El pacto de exclusiva constituye la obligación de no hacer paradigmática. Supone una obligación de no realizar determinados actos jurídicos o una «obligación de no contratar», que supone para el deudor el compromiso de que todas las prestaciones de una determinada especie las realizará *exclusivamente* con la otra parte contratante, su acreedor, a favor de quien opera dicho pacto; y, por consiguiente, el deudor se abstendrá de realizarlas con cualquier tercero distinto de aquél, *cf.* Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho patrimonial, IV, op.cit.*, pp.250-251.

⁹⁶⁸ La autonomía del pacto de exclusiva, más allá de las discusiones académicas, carece de relevancia práctica, en la medida en que no puede subsistir sin un contrato subyacente que dote de contenido la obligación de no hacer. La exclusiva supone una obligación de no hacer algo concreto y determinado, de modo que no puede operar en el vacío. Tiene que venir referida a una determinada prestación, la cual tendrá su origen en un contrato propio del cual la cláusula de exclusiva, como acuerdo de voluntades con carácter propio, formará parte, *cf.* PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, pp.39 y ss.

⁹⁶⁹ *Cfr.* PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro, op.cit.*, pp.88-92; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., «Eficacia de los pactos de exclusiva», *Anuario de Derecho Civil*, vol.51, núm.4 (1998), p.1866. En su momento fue cuestionada la eficacia de esta cláusula por su posible contradicción con la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, cuestionamiento que fue aclarado por la STS de 18 de marzo de 1966 que, ya en su considerando primero, declaró que el pacto era conforme con la ley, la moral y el orden público, y, en consecuencia, subsumible en la libertad contractual que ampara el art. 1255 CC.

⁹⁷⁰ La cláusula de exclusiva puede ser introducida en contratos de muy diferente naturaleza, tanto de tracto único como de tracto sucesivo, aunque es habitual encontrarla en los contratos de suministro y en aquellos que conforman el fenómeno de la distribución comercial, *vid.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.428.

cuando se extiende en el tiempo. Razón por la que reviste un especial interés cuando se inserta en contratos de tracto sucesivo, como ahora el suministro⁹⁷¹.

La presencia en un contrato de suministro de una cláusula de exclusiva refuerza la posición de los contratantes. La relación contractual que la liga dispone de un elemento que le dota de un valor añadido, por cuanto limita la libertad de la parte de obtener las prestaciones sobre las que recae el negocio de terceros ajenos a la relación contractual⁹⁷². La exclusiva se integra en el contrato a efectos de privilegiar a una o ambas partes, dotándolo de mayor seguridad y elevando la ganancia que esperan obtener del mismo⁹⁷³. Para ello, la exclusiva tendrá un plazo de duración que será coincidente con el del contrato de suministro en que se inserta, con independencia de su carácter determinado o indefinido. A la llegada de la fecha de vencimiento, el pacto finaliza sin que para ninguna de las partes derive derecho u obligación alguna al respecto, salvo que contractualmente se haya previsto lo contrario. Sin embargo, el propio contrato puede haber establecido un periodo de duración distinto para la cláusula de exclusiva, ya sea por un periodo inferior o superior al de la prestación objeto del contrato. Las partes contratantes

⁹⁷¹ El origen de la cláusula de exclusiva se ha relacionado con los orígenes del suministro, en el marco del aprovisionamiento de cerveza, donde el proveedor, a cambio del compromiso del distribuidor de no suministrarse de terceros competidores, ofrecía ventajas como una reducción del precio, *cfr.* JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, *op.cit.*, p.24.

⁹⁷² La presencia de cláusulas de exclusiva en los contratos de suministro, con la adición al programa obligacional de una obligación de no hacer por parte de alguna de las partes, es frecuente desde sus orígenes, *cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T.IV*, *op.cit.*, p.75. Mediante la exclusiva en un contrato de suministro se pretende dotar a la relación contractual de mayor seguridad en el cumplimiento, *cfr.* PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, *op.cit.*, p.76.

⁹⁷³ Como apunta MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, *op.cit.*, p.194, la introducción de una cláusula de exclusiva en el contrato le dota de un valor superior frente a los contratos en los que no aparece prevista. El suministrado estará obligado a contratar del proveedor a favor de quien opera la cláusula, quien evita la competencia y se asegura una clientela a la que vender sus productos.

son libres de establecer el periodo de duración que estimen más conveniente para sus intereses⁹⁷⁴. Los únicos límites temporales que merece la pena destacar son los derivados de la normativa comunitaria de defensa de la competencia.

Este impacto que tiene la exclusiva en el mercado ha llamado la atención del Derecho de la competencia⁹⁷⁵. El Reglamento 330/2010, de 20 de abril, de aplicación directa, impone un plazo máximo de duración para determinado tipo de cláusulas restrictivas de la competencia⁹⁷⁶. La

⁹⁷⁴ En nuestro país, el pacto de exclusividad no encuentra ningún límite legal como ocurre en Italia, donde el art. 2596 del *Codice civile* impide que pueda ser superior a cinco años. En sede de suministro, no obstante, el legislador italiano contiene una excepción en el art. 1568, el cual dispone que el pacto de exclusiva puede tener una duración similar a la del contrato, *cf.* FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.779. En todo caso, en nuestro país el pacto de exclusiva no encuentra ningún límite legal en cuanto a su duración, sin perjuicio de las consideraciones que se contienen en el Derecho de la competencia. Pero fuera de estos límites, que afectan a cierto tipo de pactos concertados entre empresas que reúnen los requisitos enumerados por las normas comunitarias y estatales que velan por el buen funcionamiento del mercado, no encontramos ningún límite a que el pacto de exclusividad mantenga una duración similar a la del contrato de suministro, ya sea definida o indeterminada, o, incluso, una duración distinta a la del propio contrato, *cf.* PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, p.122-125.

⁹⁷⁵ La cláusula de exclusividad supone una restricción a la libertad de contratación que desborda el Derecho de contratos. Su admisión en Derecho pone de relieve una contradicción con lo dispuesto en los arts. 101 TFUE y 1 LDC, por las consecuencias nocivas que puede suponer para el mercado cierto tipo de pactos entre empresarios mediante los que se limita la libertad de contratación de alguna o de ambas partes contractuales. Así, el legislador comunitario ha mostrado su preocupación y desconfianza por este tipo de acuerdos, estableciendo la validez del pacto de exclusiva cuando se sujeta a ciertas limitaciones dentro del abanico de exenciones previsto en el Reglamento 330/2010, como son las delimitaciones geográficas. En la configuración de la cláusula, la limitación espacial es una opción admitida por el Reglamento, que parte de la consideración de que, a pesar de limitar la competencia, se obtienen mayores beneficios para el mercado, como la mejor racionalización del suministro en la zona de exclusividad o la mayor dedicación del exclusivista. En este sentido, *vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.279-280.

⁹⁷⁶ Si bien el art. 101 TFUE sanciona con la nulidad determinados acuerdos entre empresas que sean susceptibles de perjudicar la competencia, el Reglamento (CE) 330/2010, de 20 de abril, contiene un catálogo de exenciones para algunas prácticas que, aunque en clara confrontación con aquel primero, puede afirmarse que pueden

norma excluye de la exención general contenida en su artículo 2 aquellas cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de los cinco años⁹⁷⁷. La exclusión, sin embargo, no afecta a aquellos pactos de exclusividad de hasta cinco años de duración, ni tampoco a las cláusulas de exclusiva renovables, siempre que esta renovación sea expresa y no tácita⁹⁷⁸. Adicionalmente, también podrán acogerse a la exención los pactos de exclusiva por periodo superior a los cinco años cuando los bienes sean vendidos desde locales del proveedor, en cuyo caso se admite que mantengan la misma duración que el periodo de duración de estos establecimientos⁹⁷⁹.

ser beneficiosas para la competencia. El art. 2 de dicho Reglamento contiene exenciones a dicha prohibición, salvo aquellas conductas reguladas en el art. 5 del mismo, las llamadas *cláusulas negras*, y que no gozan del beneficio de la exención que como regla general preceptúa el art. 2. Entre estas cláusulas se encuentran todas aquellas que, directa o indirectamente, supongan un pacto de no competencia cuya duración sea indefinida o tenga un plazo de duración superior a cinco años.

⁹⁷⁷ El Reglamento considera que estamos ante un pacto de no competencia cuando la limitación obligue a la parte a adquirir o vender más del 80% del total de los bienes o servicios objeto del contrato. Justamente, en esto consiste el pacto de exclusividad, con lo que parece evidente que se incurrirá en esta situación de no competencia cuando el pacto de duración exceda los cinco años o sea indefinido. La restricción que supone el pacto de exclusiva busca que el suministrado adquiera solamente del proveedor la totalidad de los productos sobre los que recae el contrato. A la inversa, la exclusividad obliga al proveedor a abastecer únicamente a su suministrado. Con lo que, de una u otra forma, el pacto de exclusividad sería contrario al art. 101 TFUE por no poder acogerse a la exención contenida en el Reglamento 330/2010, *vid.* PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, p.138.

⁹⁷⁸ La restricción excluida de la exención del art. 2 por virtud del art. 5, apartado 1, letra a), del Reglamento, es aplicable a aquellas cláusulas de no competencia que sean tácitamente renovables a partir de un período de cinco años, que son consideradas por la norma como de duración indefinida. A sensu contrario, cuando la renovación es explícita, se entiende que caerían dentro de la exención del art. 2 del Reglamento.

⁹⁷⁹ En este orden, el límite temporal de cinco años no se aplica cuando los bienes o servicios contractuales son vendidos por el comprador desde locales y terrenos que propiedad del proveedor o están arrendados por él a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador, *ex art.* 5, apartado 2 del Reglamento.

Los actos jurídicos concertados en incumplimiento de esta cláusula no son nulos, como ocurriría de contravenir una prohibición legal. La infracción de la exclusiva supondrá un incumplimiento del contrato, cambiando el ejercicio de una acción de cumplimiento específico (si es posible todavía) o la resolución (del contrato sinalagmático suscrito en régimen de exclusiva), sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que esta infracción contractual pueda generar⁹⁸⁰. Este incumplimiento ha sido calificado por la doctrina como doloso, no por la voluntad incumplidora del deudor sino por la generación consciente de un daño en el acreedor como resultado de la desatención del pacto de exclusiva⁹⁸¹.

El pacto de exclusividad en un contrato de suministro puede obligar a una parte, como deudora de la contraria, o a ambas, quedando mutuamente obligadas. En el primer caso, supondría para el suministrado la obligación de abstenerse de adquirir los bienes de persona distinta del proveedor; mientras que, para el proveedor, significaría no abastecer a persona diferente del suministrado⁹⁸². Cuestión distinta es si la cláusula

⁹⁸⁰ A las obligaciones negativas propias del pacto pueden añadirse otras accesorias que, de acuerdo con CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. IV, op.cit.*, p.76, no afectarían a la naturaleza del contrato: como son la obligación de no operar fuera de determinadas zonas geográficas. Si bien el incumplimiento de este pacto dará derecho a reclamar indemnizaciones por la parte afectada, pero no a resolver el contrato con el tercero adquirente. Esto es, el pacto de exclusiva no se extiende a terceros contratantes que adquieren o transmiten con la parte que incumple el pacto de exclusiva asumido.

⁹⁸¹ Como regla general en los supuestos de incumplimiento del régimen de exclusiva por parte del deudor como consecuencia de la contravención del deber de abstención, el incumplimiento debe reputarse como doloso, tanto si el tercero induce al deudor como si es éste quien toma la iniciativa. La consecuencia del dolo es que la responsabilidad del deudor se verá agravada, con lo que responderá del resarcimiento integral de los daños, *vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M., *Eficacia de los pactos de exclusiva, op.cit.*, p.1885 y ss.

⁹⁸² En estos términos se pronuncia el legislador italiano, que sí ha previsto expresamente en sede de suministro, en el art. 1567 *Codice civile*, la prohibición del deudor de recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza ni, salvo pacto en contrario, proveerse con medios propios de las cosas que son objeto del contrato. La regulación que se hace de esta cuestión en la regulación específica del contrato de suministro nos ofrece una buena imagen de la relevancia que tiene esta cuestión, *vid.* FERRI, G.,

de exclusiva impediría al suministrado fabricarse para sí mismo los bienes sobre los que recae el contrato de suministro, esquivando, además de la obligación que entraña abastecerse exclusivamente de su contraparte, el propio contrato de suministro. Así viene recogido por el art. 1567 del *Codice civile*, el cual proscribía al suministrado actuar de tal forma que vacíe de contenido el pacto de exclusiva. Sin embargo, siendo que este acuerdo carece de disciplina legal entre nosotros, no existe norma que reconduzca a esta conclusión. Como consecuencia, habrá que estar a la redacción que las partes hayan querido dar al pacto para poder responder a esta cuestión. En la interpretación que se haga del mismo, no habrá que perder de vista que su razón está en la protección de la parte a favor de quien opera de la competencia de terceros, no así limitar el ejercicio de la actividad industrial del propio suministrado⁹⁸³.

No obstante lo anterior, no podemos ignorar que la exclusiva busca, además de impedir que el suministrado obtenga los productos de personas ajenas al proveedor, que este tenga garantizada la salida de su producción. Esta finalidad se vería truncada si el propio suministrado, en un abuso del derecho, se fabricase para sí los productos sobre los que recae el contrato⁹⁸⁴. De modo que, salvo que contractualmente se

Manuale di Diritto commerciale, op.cit., p.779; *cfr.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato, op.cit.*, p.1106.

⁹⁸³ No puede extrapolarse la solución contenida en el art. 1567 *Codice civile* a nuestro ordenamiento y afirmar, sin más, que el suministrado no puede proveerse a sí mismo de los bienes que constituyen el objeto del contrato, *cfr.* PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, p.61.

⁹⁸⁴ En este sentido, la doctrina parece pronunciarse contrariamente a esta facultad. Si la cláusula de exclusiva no impide al propio suministrado que, mediante sus infraestructuras y propios medios, fabrique mercancías iguales o semejantes a las que son objeto del suministro en exclusiva, se desvirtuaría la finalidad que persigue esta restricción, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2299. De acuerdo con ALONSO SOTO, R. *Curso de derecho mercantil*, II, *op.cit.*, p.194, quien no puede lo menos (comprar de otros) tampoco puede lo más (fabricarse para sí mismo). Si en el contrato se pacta una cláusula de exclusiva a favor del proveedor, la otra parte no puede recibir, de terceros, prestaciones de la misma clase ni, salvo pacto en contrario, producirse para sí mismo la cosas que constituyen el objeto del contrato, *cfr.* DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, Madrid, 1966, p.313.

haya pactado lo contrario o, dadas las circunstancias del caso, se pueda asumir que las partes toleraron esta situación –v.gr., por venir el suministrado produciéndose para sí con anterioridad a la suscripción del contrato o hacerlo en una cantidad reducida en comparación con las cantidades objeto de suministro–, debemos concluir que la exclusividad impediría al suministrado la fabricación del objeto sobre el que recae el contrato⁹⁸⁵. Una interpretación extensiva de la significación que tiene la cláusula de exclusiva, pero que atiende al fin económico del pacto⁹⁸⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, nos interesa profundizar en la significación de la cláusula de exclusiva en un contrato de suministro. Esto es, si cabe hablar de compraventa en exclusiva o, por el contrario, siempre que estemos en presencia de un caso de compraventa con exclusiva estaremos ante un contrato de suministro.

La doctrina entiende que cuando la exclusiva se incorpora a un contrato lo hace como un pacto accesorio, viniendo a complementar la prestación principal en torno a la que se construye el programa obligacional⁹⁸⁷. La cláusula participa de este programa, pero no modifica la naturaleza jurídica del contrato. Se inserta como un elemento accidental,

⁹⁸⁵ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, p.432, considera que esta interpretación es excesiva, ya que la cláusula de exclusiva busca proteger de la competencia de terceros proveedores, no limitar la actividad industrial del suministrado. A pesar de ello, esta ha sido la posición del legislador italiano, quien, al incorporar en sede de suministro la regulación de la exclusividad, incorpora la prohibición de fabricarse sus propios bienes. Esta interpretación atiende al interés de la parte a favor de la que opera la exclusiva, quien procura obtener una venta constante de sus bienes que se vería obstaculizada por la propia actividad de aquel que debe adquirirle.

⁹⁸⁶ Para que el suministrado pudiera *auto-suministrarse* debería contar con la infraestructura necesaria para fabricarse él mismo sus propios bienes, lo que no parece que sea habitual en la práctica. De otro lado, a la vista de la casuística judicial, no parece que éste un problema cotidiano en los contratos de suministro en exclusiva. La cuestión tiene más carácter dogmático que práctico. Sea como fuere, la doctrina no es unánime a la hora de considerar incluida en el pacto de exclusiva la prohibición a fabricarse uno mismo sus propios productos, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.541.

⁹⁸⁷ En este sentido se ha manifestado también la jurisprudencia. Por todas, *vid.* STS de 29 de octubre de 1955 (ROJ 2924/1955), en la que establece la siguiente doctrina:

por cuanto no es esencial para la validez del negocio jurídico. El régimen contractual de aplicación al contrato de que se trate estará supeditado a la prestación principal característica del tipo, sin que la adición de la cláusula de exclusiva, al igual que sucede cuando se insertan otras obligaciones como la adquisición de un número mínimo de mercancías, un servicio de reparación postventa, el mantenimiento de un *stock* mínimo o la entrega en un corto periodo de tiempo desde que se hacen los pedidos, altere su naturaleza jurídica. La jurisprudencia entiende que para que podamos hablar de una desnaturalización de un contrato es necesario que se inserten en él obligaciones atípicas que configuren un tipo contractual propio⁹⁸⁸. Así sucede cuando, junto a la obligación de abastecimiento, hay un compromiso de reventa de las mercancías por cuenta del principal, se adquiere una licencia para el uso de los signos distintivos de éste, etc., derivando en lo que se conoce como un contrato de distribución en exclusiva⁹⁸⁹. Estas obligaciones, que de forma independiente conforman sus propios negocios jurídicos, se conjugan para alcanzar un fin específico, configurando con ello una figura con-

«La cláusula de exclusiva no priva al contrato al cual se une (venta, suministro, mandato, arrendamiento de servicio, mutuo, depósito, etc.), de la naturaleza que deriva de la estructura sustancial y del fin jurídico económico de la relación que tiene carácter preeminente.»

⁹⁸⁸ Traemos, de nuevo, a colación, el considerando recogido en la STS de 29 de octubre de 1955 (ROJ 2924/1955), en la que leemos que «a las obligaciones negativas, típicas y esenciales, pueden añadirse otras, que, sin embargo, no cambian la naturaleza del contrato, como son, respecto del vendedor, la obligación de que los terceros adquirientes suyos no vendan en la zona reservada al comprador; y, por parte del comprador, la obligación de comprar un mínimo de mercancías y la obligación, tampoco esencial, pero que ha llegado a ser bastante frecuente en la práctica, de no vender en la zona establecida otras mercancías que aquéllas del vendedor, obligación que no puede confundirse ni con la esencial de la exclusiva de no adquirir mercancías semejantes de terceros, ni con aquélla de adquirir toda la producción.»

⁹⁸⁹ El contrato de concesión condensa prestaciones típicas de un conjunto de negocios, que se articulan entre sí para la realización de la causa del acuerdo. En efecto, del contrato de distribución en exclusiva resultan obligaciones como el uso autorizado de la marca del fabricante por el distribuidor, la transmisión de un *know how*, la integración en una red de distribución o, con carácter preeminente, el suministro de mercaderías. Al contrato se le añaden otras obligaciones, como la de no competencia post contractual o el pacto de exclusividad, *cfr.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión, op.cit.*, pp.139 y ss.

tractual propia, en la que la exclusiva no despliega una función accesoria, sino que es calificable como un elemento sustancial del contrato⁹⁹⁰. En el contrato de concesión el pacto de exclusiva se inserta en la motivación *causalizadora* determinante del negocio, por cuanto su ausencia nos sitúa ante un contrato distinto⁹⁹¹. Pero la concesión es la excepción a una regla general; a saber, que la cláusula de exclusiva no desnaturaliza el contrato en que se introduce.

Volviendo al contrato de suministro, el pacto de exclusiva, por sí mismo, como acuerdo que tiene por finalidad asegurarse una posición privilegiada al restringir la facultad de la parte de realizar determinados actos jurídicos con terceros, no altera la estructura del contrato en que se integra, porque queda fuera de su esfera⁹⁹². Con su introducción se viene a reafirmar el carácter *intuitu personae* de nuestro contrato⁹⁹³, al

⁹⁹⁰ La mayor parte de la doctrina entiende que el pacto de exclusiva es elemental en el contrato de concesión, *vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.181; PUENTE MUÑOZ, T., *El contrato de concesión mercantil*, *op.cit.*, pp. 45 y 108; IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil*, *op.cit.*, p.255; ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.186; RUIZ PERIS, J.L., *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, *op.cit.*, p.115. Por su parte, MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, *op.cit.*, pp.105-106 y 119, entiende que la exclusiva en la concesión no es un elemento fundamental del tipo, pero sí un rasgo característico del mismo.

⁹⁹¹ *Cfr.* PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva*, *op.cit.*, pp.49 y ss. En este sentido, *vid.* STS de 30 de junio de 1987 (4587/1987). En el mismo sentido, la STS núm. 998/2002, de 30 de octubre (ROJ 7204/2002).

⁹⁹² PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva*, *op.cit.*, pp.40-42, afirma que el pacto de exclusiva no incide en la prestación, modificando su estructura, sino que su ámbito de actuación se centra en la limitación de la libertad de las partes contratantes, o de alguna de ellas, para concertar negocios jurídicos y/o vincularse con terceros. Para la autora, yerra el TS en su sentencia de 8 de marzo de 2002 cuando afirma que el pacto de exclusiva desnaturalizará el tipo contractual en que se integra cuando modifica la relación principal generando obligaciones atípicas que hacen mutar la finalidad jurídica y económica del negocio. Esto por cuanto estas obligaciones atípicas no tendrán su origen en la exclusiva sino en la prestación principal del contrato base. Por lo que, de acuerdo con los planteamientos de PEÑA ROMERO, el pacto de exclusiva queda fuera de la estructura del negocio.

⁹⁹³ La doctrina considera que, *per se*, la cláusula de exclusiva carece de naturaleza personalísima. En cierta medida, la obligación negativa o de no hacer encierra una

dotarlo de un plus de confianza⁹⁹⁴. A través del contrato de suministro el proveedor se garantiza la salida de sus productos; mientras que el suministrado, por su parte, se asegura la disposición de los mismos. Mediante la incorporación del pacto de exclusiva al contrato de suministro, el primero tratará de impedir la concurrencia de terceras ofertas en el abastecimiento del suministrado, garantizándose la colocación de sus bienes. El segundo, cuando la exclusiva opera a su favor, logra que el proveedor no abastezca a terceros competidores, convirtiéndose en el único cauce de salida de tales productos. Lo que desemboca en que el suministrado asuma la distribución de dichos productos. En uno y otro caso, estas consecuencias no pueden lograrse a través de un contrato de tracto único que no obliga a las partes a la realización de nuevas transacciones. De ahí que cuestionemos que se califique como compraventa en exclusiva un contrato que encierra una relación duradera de intercambio de bienes⁹⁹⁵.

Sentado lo anterior, cabe reconocer que cuando las partes introducen en el contrato la cláusula de exclusiva dotan al negocio de un interés

obligación personal, pues solamente el obligado a no realizar determinada conducta está en condiciones de cumplir o contravenir la obligación. No es posible que un tercero se abstenga de realizar la actividad sobre la que recae la exclusiva, por cuanto la actuación del deudor es insustituible. Sin embargo, el pacto de exclusiva es un pacto que no tiene carácter *intuitu personae*, por cuanto son obligaciones negativas que necesitan de otras de contenido positivo a las que se subordina aquélla. El contrato en el que se integra la exclusiva es el que tiene carácter personalísimo por su obligación principal, y no por el hecho de adherirse una cláusula de exclusiva, *vid.* PEÑA ROMERO, K., *El pacto de exclusiva, op.cit.*, pp.69-70.

⁹⁹⁴ Cuando la cláusula de exclusiva se integra en un contrato de distribución comercial, se afirma que ésta presenta un carácter de confianza, que no debemos confundir con que el pacto tenga carácter *intuitu* por sí misma, *vid.* ALONSO SOTO, R., *Tipología de los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.61.

⁹⁹⁵ *Cf.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, op.cit.*, pp.108-109, refiere a la finalidad del pacto de exclusiva y la circunscribe al ámbito concurrencial. No obstante, cuando trae sus consideraciones al contrato de compraventa, nos describe una relación de carácter duradero que encierra verdaderamente un contrato de suministro en régimen de exclusiva, donde está presente la función de seguridad que persiguen las partes en la salida de sus productos y en el abastecimiento de los mismos.

específico. El contrato de suministro en exclusiva responde a una función de integración económica⁹⁹⁶. Si observamos la evolución del negocio, de las esporádicas relaciones entre el vendedor y el comprador, con la premisa de obtener bienes que destinar a la reventa, se pasa a una relación continuada de suministro. Cuando en ésta se inserta una cláusula de exclusiva, se evidencia la existencia de una dependencia económica entre el proveedor y el distribuidor que excede del mero intercambio de bienes⁹⁹⁷. El proveedor, al atender a las necesidades del suministrado en exclusiva, se integra en su ciclo productivo como una empresa auxiliar⁹⁹⁸. Mientras que el suministrado, cuando adquiere en exclusiva a su proveedor con el fin de revender o comercializar sus productos, pasa a funcionar como un distribuidor dentro de un mercado⁹⁹⁹. De modo que la incorporación de la exclusiva al contrato de suministro conduce a un negocio que escapa del mero intercambio de

⁹⁹⁶ El pacto de exclusiva se ha venido entendiendo por la doctrina como una técnica de integración económica entre un productor y un distribuidor, evidenciándose en el ámbito de los contratos de distribución integrada, *cf.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, *op.cit.*, p.117.

⁹⁹⁷ Con todo, se observa que la mal llamada «compraventa en exclusiva», cuando la obligación de compra o de venta está llamada a extenderse en el tiempo, encierra un contrato de suministro en exclusiva. Podemos presumir el origen de esta confusión en la clasificación que se hacía del suministro como una especie de la venta. Bajo este razonamiento, era coherente hablar de venta en exclusiva, pues, sin importar el tracto único o sucesivo, se entendía que la compraventa englobaba ambos negocios. Dentro de ésta se podía hablar de compraventa por suministro y de compraventa por suministro en exclusiva, o directamente de compraventa en exclusiva. De forma similar, la concesión mercantil también se ha considerado como un contrato de venta con pacto de exclusiva. Es cierto que la concesión implica una venta, pero en el negocio se encuadran otras prestaciones que son ajenas al tipo básico del 1445 CC, siendo que se genera una estructura mucho más compleja propia de la distribución comercial, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J.; MUÑIZ ESPADA, E.; MORALEJO IMBERNÓN, N.I., *et al.*, *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2508.

⁹⁹⁸ En este supuesto, el proveedor deviene como un empresario auxiliar independiente, diferenciado del agente o del comisionista en la prestación de abastecimiento que asume, *cf.* FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, *op.cit.*, p.779.

⁹⁹⁹ El empresario que revende los productos adquiridos del proveedor en régimen de exclusiva se asemeja a la figura de un distribuidor que promueve la venta de los productos adquiridos de su principal, *cf.* CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, *op.cit.*, p.31.

bienes, lo que revela una figura que se enmarca en una particular relación de colaboración empresarial. En otras palabras, el contrato de suministro en exclusiva se integra en el fenómeno de la distribución comercial¹⁰⁰⁰.

Esta estrecha conexión entre el contrato de suministro en exclusiva y el fenómeno de la distribución no ha pasado desapercibida para el legislador ni para la doctrina. En cuanto al primero, el PLCD recogió en los apartados 1 y 2 de su artículo 2 una definición de lo que debía de entenderse por «compra en exclusiva» y por «venta en exclusiva». En cuanto a la segunda, se ha hecho eco de la clasificación propuesta por el legislador, aunque sin entrar a valorar la calificación del negocio¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ La cláusula de exclusiva cualifica la relación contractual fundamental, lo que tiene importantes incidencias en el plano de la competencia en el mercado al excluir el número de operadores que pueden optar a la comercialización de ciertos productos. En el suministro es frecuente el uso de este tipo de cláusulas, sobre todo cuando el contrato se enmarca en el seno de una red empresarial, *cf.* PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, *op.cit.*, p.85; CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, *op.cit.*, p.32. El suministro es una figura que se aproxima mucho a los contratos de distribución, en cuanto que permiten al proveedor fabricante colocar sus productos en el mercado sin correr el riesgo que conlleva la actividad de reventa. A diferencia de la compraventa, donde el acto es instantáneo, en el contrato de suministro la relación se sucede en el tiempo, lo que determina que la reventa constante se traduzca en una adquisición repetida al fabricante. Esta actividad se traduce en la práctica en una distribución de los productos del proveedor, aun cuando esta obligación sea ajena al contrato. De ahí que para algunos autores el contrato de suministro pueda integrarse entre los contratos de distribución, en su concepción más amplia.

¹⁰⁰¹ *Cfr.* PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, *op.cit.*, p.86. La autora expone distintas teorías que han surgido en torno a la calificación del contrato de compraventa en exclusiva como un contrato de compraventa preliminar, de venta con mandato institorio, como una promesa de venta, como un contrato innominado o como un contrato mixto. Todas estas teorías que han surgido en torno a la compraventa en exclusiva parten del error que comentamos: la consideración de que la incorporación en un contrato de compraventa de una obligación de no hacer entraña necesariamente que se ejecute la obligación de hacer. La autora descarta que la compraventa con cláusula de exclusiva sea un contrato preliminar de uno o varios contratos de venta. Lo hace sobre la base de que la exclusiva no desnaturaliza el negocio base en que se integra. A lo que nosotros añadimos que la exclusiva no obliga ni a que se deba consumir la compraventa ni, mucho menos, que se deba repetir. En este último caso sí se estaría produciendo una desnaturalización del negocio, que es de tracto único, confundándose con un contrato de suministro.

La compraventa con pacto de exclusiva ha sido definida por la doctrina como aquella por la que las partes contraen la obligación de no comprar o vender a terceros los productos objeto del contrato¹⁰⁰². En el primer caso (compra en exclusiva) el comprador se compromete a adquirir los productos solamente del proveedor o a terceros designados por él, mientras que en el segundo caso (venta en exclusiva) es el vendedor quien asume el compromiso de no vender los productos a personas distintas del comprador. Puede suceder que la obligación en que consiste la exclusiva tenga una duración distinta del propio pacto de compraventa. Así, es aceptable un contrato de compraventa en exclusiva por el cual el vendedor asuma el compromiso de no vender a terceros el mismo bien sobre el que recae el contrato durante un periodo de tiempo y en una zona geográfica determinada una vez ya se ha consumado la venta¹⁰⁰³. En casos como éste, la exclusividad despliega su eficacia durante un tiempo superior. Es decir, sobrevive al acto de compraventa. Como vemos, el pacto de exclusividad, que es una obligación accesoria, puede tener un carácter instantáneo, al igual que sucede con dicho acto de venta, o duradero, perdurando por un tiempo mayor. En todo caso, el contrato de compraventa en el que se inserta una cláusula de exclusividad no pierde su carácter instantáneo, ni tampoco hace incompatible la exclusividad con la obligación principal del contrato.

Sin embargo, cuando las partes buscan que el intercambio continuado de bienes se mantenga en el tiempo a través de una sucesión de compraventas, no estamos ante una compraventa en exclusiva, sino ante un contrato de suministro en régimen de exclusividad. La definición que se hace de la *compra en exclusiva* y de la *venta en exclusiva* en el PLCD, y que ha sido acogida por la doctrina¹⁰⁰⁴, encierra una verdadera obligación de tracto sucesivo de adquisición de bienes extraña en el

¹⁰⁰² ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, pp.182 y ss.

¹⁰⁰³ STS 29 de enero de 1955, venta de tocadiscos.

¹⁰⁰⁴ Por todos, ALONSO SOTO, R., *El anteproyecto de ley de contratos de distribución*, *op.cit.*, pp.38-39; también DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)*, *op.cit.*, pp.95 y ss.

contrato de compraventa¹⁰⁰⁵. Esta obligación es propia del contrato de suministro, que, cuando se suscribe en régimen de exclusiva, se integra dentro del fenómeno de la distribución comercial, cuya finalidad económica solo se despliega mediante contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo¹⁰⁰⁶.

Dado que la exclusividad no desnaturaliza el tipo contractual en el que se integra, por cuanto no supone, *per se*, la asunción de prestaciones atípicas al negocio base, difícilmente puede calificarse como compraventa el contrato por el que una de las partes se compromete a adquirir o vender de manera repetida en el tiempo. La compraventa encierra un contrato de tracto único, en el que una vez realizada la entrega, el contrato se consume¹⁰⁰⁷. El pacto de exclusividad constituye una obligación de no hacer, que en la compraventa implicará no realizar transacciones con otras personas dentro del área espacial en la que recaiga el deber de abstención. Para el deudor de esta obligación negativa el pacto

¹⁰⁰⁵ Ni siquiera podría asumirse que la compra en exclusiva y la venta en exclusiva sean contratos preparatorios de futuras ventas en las que se inserta un pacto de exclusividad, *cf.* MUÑIZ ESPADA, E. *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2247. Se trata de verdaderos contratos, en los que se contiene una obligación de realizar compras y ventas en exclusiva, con lo que no pueden calificarse de contratos preparatorios o precontratos, en los que la obligación que asumen las partes es la de celebrar futuros contratos de compraventa. Difícilmente se satisfaría la función económica que comparten los contratos de distribución, a saber, favorecer la comercialización y colocación de los productos del principal en el mercado, si no se asumiera en el contrato el compromiso de comprar o vender. De modo que descartamos que nos encontremos ante actos preparatorios de futuros contratos.

¹⁰⁰⁶ El contrato de compraventa es un contrato de tracto instantáneo, como nos recuerda VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.171. Con lo que la inserción de una cláusula de exclusividad, de la que se afirma que no altera la naturaleza jurídica del negocio en el que se introduce, nos llevaría a un contrato en el que la exclusividad no operará del mismo modo en que lo haría en un contrato de suministro en exclusiva, *cf.* MUÑIZ ESPADA, E. «Contratos con finalidad traslativa de dominio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos, op.cit.*, p.2247. Como exponemos en este apartado, esto se traduce en que, en muchas ocasiones, llamamos *compraventa en exclusiva* lo que realmente es un contrato de suministro en exclusiva.

¹⁰⁰⁷ En cuanto la cláusula está subordinada al negocio principal, como regla, estará llamada a extinguirse cuando acaba la relación jurídica en la que se integra como una obligación accesoria, *cf.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.129.

que comentamos no se traduce en una correlativa prestación de hacer. Esto es, la exclusividad (obligación de no hacer) no entraña un compromiso de realizar nuevas compraventas (obligación de hacer). De ahí que no podamos hablar de compraventa en exclusiva para referirnos a los contratos en los que existe una obligación continuada de dar. Si el negocio en exclusiva obliga a realizar transacciones de forma sucesiva o reiterada, nos hallaremos ante un contrato de suministro. Mientras que si a este negocio se le adicionan otros pactos atípicos en el suministro, como la promoción de las ventas en nombre y cuenta del principal, la cesión de signos distintivos, la prestación de asistencia técnica a los compradores finales, etc., estaremos ante un contrato de distribución en exclusiva¹⁰⁰⁸.

Lo anterior no quiere decir que el contrato de compraventa y la cláusula de exclusiva sean incompatibles. Cabe una venta en exclusiva por la que el vendedor se comprometa a no vender a un tercero dentro de una zona geográfica determinada¹⁰⁰⁹. También sucede cuando se concierta una venta de productos de temporada que van entregándose sucesivamente, de modo que el comprador mantiene el monopolio en la comercialización de los mismos¹⁰¹⁰. Pero la función económica del pacto de

¹⁰⁰⁸ A pesar de los intentos de la doctrina de evitar las confusiones terminológicas que se producen en la práctica, encontramos situaciones en las que se califica como una compraventa en exclusiva lo que es un contrato de concesión o distribución en exclusiva, *vid. cfr.* MUÑIZ ESPADA, E. *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2245-2256. Calificar estos negocios como compraventa es, a mi juicio, caer en una incorrección jurídica, en la medida en que la compraventa en exclusiva no puede encerrar un negocio duradero donde hay prestaciones sucesivas de adquirir o transmitir bienes. Si, además, al pacto de abastecimiento en exclusiva se añaden otras obligaciones, es innegable que el negocio pierde su función de intercambio de bienes, generándose un contrato mixto que, en el caso de que la exclusiva se refiera a la obligación de venta, será calificado como contrato de concesión, *vid.* ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.183.

¹⁰⁰⁹ Véase la STS de 1955, ya comentada.

¹⁰¹⁰ Es el ejemplo típico que esgrime la doctrina al defender la operatividad de la exclusiva en la compraventa, PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro, op.cit.*, pp.100-101. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil, op.cit.*, pp.428-429, reconoce que la exclusividad puede incorporarse a contratos de tracto único como de tracto sucesivo, siendo «el campo normal» del

exclusiva se complementa mejor en un contrato de suministro. Con la exclusiva no solo se obtiene la eliminación de la competencia, sino que también se logra la garantía de disponer de unos bienes y de su colocación durante un periodo de tiempo. Este elemento temporal lleva a que la exclusiva sea pactada mayormente en el contrato de suministro. Y, aun así, la comodidad lleva a que se siga hablando de compraventa en exclusiva, o de compra en exclusiva y de venta en exclusiva, según ha sido acogido por el PLCD. Pero que, en uno y otro caso, cuando la obligación de no hacer en que consiste la exclusiva va acompañada de un deber duradero de realizar transacciones, no se tratará de una verdadera compraventa, sino de un contrato de suministro¹⁰¹¹.

IV. LA INCIDENCIA DE LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO

A. BUENA FE Y DEBER DE LEALTAD

El principio de buena fe es el principio general que mayor importancia tiene en el tráfico económico, tanto desde una perspectiva contractual como extracontractual¹⁰¹². Varias normas de nuestro ordenamiento jurídico privado remiten a la buena fe como principio rector de aplicación

pacto los contratos de compraventa, «y dentro de la compraventa la venta por suministro». En la compraventa simple, habla de las ventas de artículos de temporada o de moda, que puede darse en una única entrega o, como hemos apuntado, puede tratarse de una venta repartida. En este supuesto se descubre nuevamente la vocación duradera del pacto de exclusiva, pues esta modalidad de compra trata de un supuesto de compraventa fraccionada.

¹⁰¹¹ Cfr. PUENTE MUÑOZ, T., *El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro*, *op.cit.*, p.102.

¹⁰¹² Por todos, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución*, *op.cit.*, pp.65 y ss., donde el autor pone de relieve la importancia que tiene este principio general del ordenamiento jurídico, predicable tanto de los sistemas del *common law* como del *civil law*, y que, como principio general, vincula a los órganos jurisdiccionales y arbitrales en la aplicación del Derecho. Naturalmente, el impacto de la buena fe no es idéntico en los países que se encuadran en uno u otro sistema, pero del estudio comparado se observa que la buena fe incide, en el ámbito contractual, en distintas fases: durante la negociación del contrato, en el contenido, en su ejecución y en su extinción.

en sede contractual. El art. 7 CC lo recoge como una norma de conducta¹⁰¹³, y los arts. 1258 CC y 57 CCo como un parámetro de interpretación contractual¹⁰¹⁴. El principio está llamado a informar el contrato, obligando «a un comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento»¹⁰¹⁵. Además, la buena fe se erige como fuente de integración del contrato. Con base en ella, se pueden sancionar aquellos comportamientos que, en fase precontractual, durante la ejecución del pacto o en su extinción, sean contrarios a los deberes que dimanen de este principio general, en cuya virtud los contratantes se obligan no solamente de lo expresamente pactado, sino también a aquellas consecuencias que, según la naturaleza de la obligación, es esperable obtener¹⁰¹⁶.

La buena fe a la que apelan los arts. 1258 CC y 57 CCo no es una buena fe subjetiva, entendida como creencia o error. Se trata de una buena fe

¹⁰¹³ Se toman como pautas interpretativas los estándares jurídicos de lealtad y buena fe, el comportamiento justo y honrado, en relación a las conductas observadas en el tráfico negocial, STS núm. 119/2008, de 21 de febrero (ROJ 2554/2008).

¹⁰¹⁴ Recuerda la STS 967/2006, de 10 de octubre (ROJ 5881/2006) que el art. 1281 CC autoriza a acudir al principio de confianza y de buena fe entre las partes para indagar en la verdadera y real voluntad de las partes. Por su parte, la STS 57/2017, de 30 de enero (ROJ 328/2017) dispone que «los arts. 1258 CC y 57 CCo establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe».

¹⁰¹⁵ La STS 914/1995, de 26 de octubre (ROJ 5342/1995), antes de entrar en el análisis de los motivos planteados en casación, recuerda que la actuación conforme a la buena fe debe fundamentar todo cumplimiento contractual, para a continuación apuntar que la actuación del oferente en un contrato de opción fue contraria al fin perseguido en el contrato, al maniobrar con antelación al ejercicio del derecho de opción por el optante para impedirle el ejercicio de éste.

¹⁰¹⁶ *Vid.* DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, op.cit.*, pp.62 y ss.

objetiva, como comportamiento justo y adecuado a lo pactado que permita la obtención de los fines propuestos¹⁰¹⁷. Este comportamiento resulta imprescindible para quien pretende actuar de modo continuado en el tráfico¹⁰¹⁸, lo que nos revela su importancia entre los contratos de tracto sucesivo en general, y en el contrato de suministro en particular, fundado en la confianza, dado su carácter *intuitu personae*, su naturaleza de contrato de colaboración, y su característica repetición de las prestaciones¹⁰¹⁹.

La buena fe entendida como rectitud y honradez en el trato y una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento del contrato se deriva en un nivel de confianza notablemente superior al que se da en los restantes contratos de cambio. La dinámica que late en un contrato de suministro es la de dos empresarios independientes cuyas actividades económicas se interrelacionan y, en ciertos casos, incluso se complementan. A pesar de que subyace una contraposición de intereses, la mutua satisfacción conduce a un escenario de confianza que logra fortalecerse a medida que se ejecuta el contrato.

¹⁰¹⁷ La buena fe que se contiene en los Códigos de corte napoleónica es distinta de la concepción de buena fe que se recoge en los ordenamientos germánicos y nórdicos. Aquélla primera se entiende como una buena fe subjetiva, entendida como la ausencia de dolo o culpa; mientras que en éstos la buena fe refiere a un deber de actuar de acuerdo conforme a un comportamiento o estándar de conducta. Entre nosotros, la jurisprudencia ha admitido la perspectiva objetiva como subjetiva como integrantes de la buena fe que informa los contratos, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Del contrato bilateral a la relación de red, op.cit.*, p.17.

¹⁰¹⁸ RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución, op.cit.*, p.65. Citando a BALDO, afirma el profesor RUIZ PERIS que la buena fe es predicable, más si cabe, de quienes intervienen en el comercio de manera habitual.

¹⁰¹⁹ Aunque refiriéndose a un contrato de concesión, la SAP de Barcelona, núm. 423/2006, de 28 de junio (ROJ 8058/2006) analiza la naturaleza jurídica del contrato de concesión, destacando los rasgos más elementales de esta categoría jurídica, predicables del suministro: un contrato personalista o de confianza *intuitu personae* (art. 1161 CC), de tracto sucesivo, en el que priman el juego de la buena fe o lealtad contractual (art. 1258 CC), el mantenimiento del equilibrio prestacional o equivalencia económica (arts. 1256, 1274 y 1289 CC), la libertad contractual, el respeto a lo pactado y un *ius variandi* insito (art 1255 y 1278), así como la acomodación del contrato al principio de confianza habilitante de la resolución unilateral cuando se quiebra.

El peculiar contexto de colaboración económica y confianza mutua que se genera en el suministro lo acerca a los contratos de distribución integrada¹⁰²⁰. Esta confianza no es solo resultado del carácter duradero de este negocio. La repetición de las prestaciones deriva en la creencia tanto en la permanencia de la propia relación como en la futura ejecución de la obligación en los mismos términos en que ha venido pres-tándose hasta el momento. Es por ello por lo que cabe afirmar que el suministro encuentra su fundamento en los contratos de *ubérrima bona fides*.

La duración contractual y la repetición de las prestaciones que se produce durante su vigencia nos obliga a hacer mención al principio de confianza legítima y a la doctrina de los actos propios como dos manifestaciones del principio de buena fe en el suministro.

El principio de confianza legítima entronca en el de buena fe como una especificación de la misma¹⁰²¹. Se trata de una máxima importada del

¹⁰²⁰ El principio de buena fe como principio rector en los contratos de distribución fue recogido por el legislador en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución y, también, en el PCM. Estos negocios se enfrentan a la complejidad de tener que adaptar el contrato a momentos concretos durante su vigencia. Como sucede con el suministro, donde la determinación de la cantidad puede sujetarse a la necesidad del suministrado. En la distribución estas variaciones también alcanzan a la forma de presentación del producto, a la configuración del establecimiento, a la forma de entrega, al uso de nuevas tecnologías, etc. De ahí que tanto buena fe como lealtad sean dos deberes de conducta que informan los contratos de distribución, *cfr.* GÓMEZ ASENSIO, C., *Los deberes fiduciarios en los contratos de distribución, op.cit.*, p.153. La buena fe extiende sus exigencias a las negociaciones previas a la celebración del contrato. En torno a ella el Tribunal Supremo permite incluso cuestionar la incorporación al contrato de las *estipulaciones sorprendentes* que conculcan de forma furtiva o subrepticia las legítimas expectativas que el adherente-empresario tenía a la hora de contratar. Sobre la base de la buena fe la jurisprudencia permite que ciertas cláusulas contractuales, que no pueden reputarse abusivas por recaer en el ámbito de la contratación entre profesionales, sean expulsadas del contrato o, cuanto menos, examinadas, *cfr.* MIRANDA SERRANO, L.M., *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria, op.cit.*, pp.50 y ss.

¹⁰²¹ SSTS núm. 2/1984, de 7 de enero (ROJ 232/1984) y núm. 163/2017, de 8 de marzo (ROJ 896/2017), que en numerosas ocasiones justifica el comportamiento entre las partes y que, en determinadas ocasiones, deriva en la adopción laxa de ciertas precauciones como resultado, precisamente, de esa *confianza*, STS 972/2011, de 10 de enero (ROJ 608/2012).

Derecho administrativo. En sede de Derecho público, la confianza legítima se traduce en una limitación en la actuación de los organismos públicos, a los que se les impone el deber de que su actuación sea ajustada o coherente con los actos anteriores cuando no existan fundadas razones que permitan a la Administración darles un tratamiento dispar o separarse del criterio sostenido con anterioridad. Un comportamiento administrativo producido en el pasado en relación con un asunto determinado produce en el ciudadano la confianza de que una nueva actuación administrativa se ajustará al mismo¹⁰²². El principio de confianza legítima supone, pues, una repulsa a una conducta que, por ser contraria o separarse irrazonablemente de una actuación anterior, rompe la esperanza generada por la estabilidad en dicha conducta¹⁰²³.

Traídas las anteriores consideraciones al Derecho de contratos, el principio de confianza se traduciría en la creencia de uno de los contratantes de que el cumplimiento del contrato por su contraparte se ajustará a un determinado comportamiento pasado. Es decir, no se trata de confiar en que el deudor cumplirá con las obligaciones comprometidas —esta confianza es predicable de cualquier contrato, en donde el acreedor es-

¹⁰²² En las SSTs núm. 475/2017, de 21 de marzo (ROJ 1104/2017) y núm. 1301/2017, de 18 de julio (ROJ 3067/2017), el alto tribunal recuerda su doctrina acerca del principio de confianza legítima, relacionándolo con otros principios propios de nuestra tradición jurídica, como son el de seguridad jurídica y el de buena fe. El principio comporta que la Administración pública no puede adoptar actos o medidas que sean contrarias a la esperanza inducida por una estabilidad en sus decisiones, en función de las cuáles los particulares han adoptado o tomado ciertas decisiones. Recuerda la sala que, a diferencia de la doctrina de los actos propios, que incide en un plano fáctico, en Derecho administrativo el principio de confianza legítima se circunscribe a una perspectiva normativa o jurídica; lo cual no quiere decir que la Administración pierda su potestad normativa.

¹⁰²³ STS rec. 594/1995, de 10 de mayo (ROJ 3178/1999), que define el principio de confianza legítima como aquél «relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones con la Administración y los particulares, que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones». Esto no debe malinterpretarse, dice la propia Sala, y confiar en una inmutabilidad o congelación del ordenamiento.

pera, al menos al tiempo de contratar, que el deudor atenderá lo convenido—, sino que implica la convicción de que el obligado ejecutará sus obligaciones ajustándose a los actos que ha venido realizando en el pasado.

En el suministro, la regularidad de las prestaciones y su ejecución continuada generan la esperanza de que el acuerdo será ejecutado en las mismas condiciones en que se ha venido haciendo. La reiteración en el abastecimiento y en el pago del precio produce una certeza de que las prestaciones futuras se ajustarán, no ya a lo expresamente pactado, sino a lo realmente ejecutado durante la vida del contrato¹⁰²⁴. La confianza legítima creada por la conducta de las partes, resultante de la repetición de las prestaciones, excede el mero cumplimiento de las obligaciones contractuales y alcanza el desenvolvimiento de toda la relación contractual¹⁰²⁵.

Lo anterior conduce a abordar la incidencia que puede tener en el suministro la doctrina de los actos propios¹⁰²⁶. La regla que proscribe ir

¹⁰²⁴ El principio de confianza es predicable de la creencia de las partes en la validez de lo pactado, STS núm. 542/2019, de 16 de octubre (ROJ 3242/2019), que obliga a las partes a comportarse de manera ajustada a los pactos convenidos. Una actuación contraria a las condiciones contractuales, sobre todo cuando han empezado a ser cumplidas, como sucede en un contrato de suministro cuando el transmitente inicia las entregas del material, además de perjudicar a los intereses de la contraparte —como en cualquier otro incumplimiento contractual— quiebra este principio de confianza sobre el que descansa la relación jurídica, STS 100/1998, de 12 de febrero (ROJ 967/1998).

¹⁰²⁵ La confianza generada en ciertas relaciones contractuales destaca considerablemente sobre otras. Entre las primeras, los contratos de colaboración. En ellos, los específicos deberes de lealtad y la interrelación e interdependencia que se genera entre las partes, que llegan a necesitarse la una de la otra para la consecución de su actividad empresarial, conduce a una relación de confianza. Cada parte actúa bajo la creencia de que la otra se comporta movida por la buena fe, sobre todo en aquellos contratos en los que ambas partes persiguen un fin común, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, *op.cit.*, p.103.

¹⁰²⁶ La regla que veda *venire contra factum proprium* ha sido abordada por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones. Esta doctrina proclama que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de ir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del

contra los actos propios impone una vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, tal y como puede ser entendido por los demás, impidiendo un comportamiento contradictorio¹⁰²⁷. Esta doctrina tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de buena fe, traducándose en un deber de coherencia, al tiempo que limita la libertad de actuación de una parte cuando con su comportamiento ha creado expectativas razonables en la contraria¹⁰²⁸.

Esta doctrina podría tener un especial interés en el contrato de suministro. Podría entenderse que la reiteración de las prestaciones se presenta

principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación: que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (STS núm. 752/2005, de 14 de octubre, ROJ 6180/2005).

¹⁰²⁷ La doctrina, en forma unánime, ha tomado la prohibición de ir contra los propios actos o comportamientos anteriores como una derivación directa, necesaria e inmediata del principio de buena fe, *vid.* LÓPEZ MESA, M.J., *La doctrina de los actos propios*, Euros Editores, Buenos Aires, 2013, p.135. Se trata de sancionar a quien, injustificadamente, varía su comportamiento, de manera que genera un perjuicio económico a es su actitud pasada generó una expectativa de comportamiento futuro.

¹⁰²⁸ Conforme a la jurisprudencia del TS, la doctrina de los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (SSTS 1/2009, de 28 de enero, ROJ 266/2009 y 301/2016, de 5 de mayo, ROJ 1904/2016). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (SSTS 552/2008, de 17 de junio, ROJ 3108/2008; 119/2013, de 12 de marzo, ROJ 1151/2013; 649/2014, de 13 de enero de 2015, ROJ 181/2015; 301/2016, de 5 de mayo, ROJ 1904/2016; 63/2018, de 5 de febrero, ROJ 313/2018 y 353/2020, 24 de junio, ROJ 1993/2020).

como una conducta jurídicamente relevante, generadora de una expectativa de comportamiento futuro¹⁰²⁹. La ejecución del contrato de suministro determina necesariamente una actuación repetida que genera en el acreedor la confianza en una determinada conducta. La repetición en esta actuación es clave para comprender por qué crea en cada parte la impresión de que las prestaciones venideras serán ejecutadas de igual forma que las pasadas¹⁰³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, en el suministro no parece que pueda predicarse la aplicación de esta doctrina. En cierto modo, la repetición de la obligación determina que cada parte confía en obtener las prestaciones futuras en las mismas condiciones y en idénticos términos que las pasadas. Aunque en este contexto una alteración de dichos términos y condiciones soslaye esta regla que veda contravenir los actos propios, cabe tener en consideración que esta alteración puede caer dentro del programa contractual. Esto es, una determinada conducta estará o no estará permitida por el contrato. El cumplimiento de la obligación se contrapone al incumplimiento, que será grave y definitivo o defectuoso y no resolutivo; pero no cabe acudir a la doctrina de los actos propios para combatir un comportamiento que, no siendo contrario con el contrato, se separa de las condiciones en que ha venido ejecutándose. Esto es consecuencia, no de la admisibilidad de que la parte pueda separarse de la forma en que ha venido ejecutando el contrato, sino porque no

¹⁰²⁹ STS 1286/2007, d 14 de diciembre (ROJ 8933/2007), y las que allí se citan, enumerando los requisitos para que sea aplicable esta doctrina. De una parte, los actos propios han de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación que afecte jurídicamente a su autor. De otra parte, debe existir una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente.

¹⁰³⁰ Se basa en la tutela de una situación generada por la actuación de una persona, de quien se reclama un deber de coherencia hacia la otra parte, inadmitiéndose aquel comportamiento contradictorio frente a quien ha confiado en la apariencia creada. *Vid.* STS 765/2009, de 2 de diciembre (ROJ 7226/2009): «El fundamento último de la doctrina de los actos propios está en "la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables».

concurrer los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios¹⁰³¹.

Ahora bien, como hemos apuntado, que no se reúnan los requisitos para que podamos acudir a la doctrina de los actos propios no implica que el deudor pueda alterar libremente la forma en que ha venido ejecutando el contrato, aun cuando esta alteración no signifique un incumplimiento del contrato de suministro. El principio de buena fe contractual impone un deber de lealtad¹⁰³², que limita que el deudor pueda modificar libremente la forma en que viene ejecutando el contrato¹⁰³³. Este deber de lealtad se traduce en un haz de obligaciones que, aun cuando no estén expresamente previstas en el contrato de suministro, pueden ser exigidas por cada una de las partes, como es la obligación a mantener a la contraparte informada respecto a cualquier vicisitud que pueda incidir en el cumplimiento del contrato; la prohibición de repercusión

¹⁰³¹ De acuerdo con DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Patrimonial, op.cit.*, p.62, la regla *venire contra factum proprium* es un límite al ejercicio de un derecho subjetivo. Significa que cuando una persona con su propio comportamiento ha creado en el sujeto contrario la razonable, objetiva y fundada confianza en que el derecho no será ejercitado, debe mantener ese estándar de conducta. Sobre el tema, puede verse también JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *La doctrina de los actos propios: significado y proyección de la regla «venire contra factum proprium»*, La Ley, Madrid, 2014, pp.336-342, quien refiere a la conducta contradictoria con la anterior, la cual podría ser, en abstracto, lícita, pero deviene inadmisibles porque lesiona derechos e intereses ajenos que deben tener tutela en Derecho, precisamente, por los actos anteriores del sujeto autor de la conducta.

¹⁰³² El deber de lealtad, junto al principio de buena fe, ha sido concretado en sede del contrato de agencia en los arts. 9.2 y 10.2 LCA, que enumera las obligaciones que dimanar para el agente y para el empresario. Entre estas obligaciones, destaca el deber de mantener informada a la contraparte, cumplir el contrato puntualmente o desarrollar el negocio con la diligencia de un ordenado empresario, *cfr.* CARBAJO CAS-CÓN, F., *La distribución comercial (I-2). Aspectos contractuales, op.cit.*, p.204.

¹⁰³³ En este sentido, *vid.* la STS 341/2009, de 13 de mayo (2887/2009). El alto tribunal enjuicia un supuesto en el que se habían venido tolerando durante la ejecución del contrato pedidos que no alcanzaban el mínimo previsto en el contrato, así como compras a terceras empresas. A pesar de la clara contradicción con la cláusula de exclusiva pactada, considera el TS que el conocimiento y la tolerancia de estos comportamientos no pueden ser combatidos posteriormente por haberse generado la confianza en la parte que los realiza.

de costes no pactados; la imposición de pagos por servicios no prestados; el abuso de condiciones financieras; el rechazo injustificado a realizar un determinado suministro; el abuso de la dependencia económica o la ruptura abusiva de las relaciones sin respetar el plazo de preaviso¹⁰³⁴. El deber de lealtad encuentra su fundamento en el principio de buena fe que venimos comentando, y aunque no se manifiesta con la misma intensidad con que lo hace en el contrato de agencia¹⁰³⁵ o en el seno de las redes empresariales¹⁰³⁶, sí impone sobre las partes un deber de comportamiento, resultado, en gran medida, de la confianza que subyace en el contrato de suministro¹⁰³⁷.

B. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA

Dada su vinculación con la buena fe, conviene destacar el supuesto recogido en el art. 16 LCD, relativo a la prohibición de explotar una situación de dependencia económica. Se trata de un comportamiento que

¹⁰³⁴ En relación a la ruptura abusiva de la relación contractual, *vid.* SAP Madrid, núm. 272/2016, de 28 de junio (ROJ 11044/2016), la cual reputa contraria al deber de lealtad, con base en la jurisprudencia del TS, la terminación de un contrato de *tracto sucesivo* sin que se haya respetado un plazo de preaviso mínimo.

¹⁰³⁵ El agente no está obligado a actuar solamente conforme a las exigencias que impone la buena fe, a pesar de la formulación del art. 9.1 LCA, sino específicamente con base en un deber de lealtad, en protección del interés económico contractual de la contraparte, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho Mercantil*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.137-138.

¹⁰³⁶ Sobre el deber de lealtad en las redes empresariales, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., *Del contrato bilateral a la relación de red*, *op.cit.*, p.16. Apunta el profesor que el deber de lealtad de las redes está en relación con el interés compartido por quienes intervienen en la red empresarial. Esto es, no se trata de que los distintos miembros de la misma se deban un deber de lealtad entre sí, sino de que tienen un deber de lealtad hacia el interés compartido. Los miembros se comportarán lealmente en la medida en que actúen en interés de la red.

¹⁰³⁷ Este elenco de deberes sí ha tenido un respaldo legal en Francia, donde el *Code de Commerce* enumera prácticas que pueden reputarse contrarias a la buena fe contractual, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, p.282. Entre nosotros, a pesar del fracaso que supuso incorporar al derecho positivo una ley de contratos de distribución que trató de extender este planteamiento a nuestro país, la jurisprudencia ha tenido en cuenta la necesidad de tutelar a la parte más débil en estos contratos acudiendo a algunas de las reglas mencionadas.

se reputa desleal¹⁰³⁸, y que se produce cuando un empresario en situación de supremacía respecto a sus clientes o proveedores abusa o explota esta situación de forma arbitraria¹⁰³⁹. La prohibición no alcanza la propia dependencia económica, que puede producirse de manera natural de un determinado contrato o incluso ser querido por las propias partes¹⁰⁴⁰. La prohibición que contiene la norma refiere a la explotación

¹⁰³⁸ La finalidad expresada en el art. 1 LCD manifiesta que la tutela que se dispensa por la norma tiene por objeto a competencia en sí misma considerada, estableciendo la prohibición de los actos de competencia desleal cuya tipificación desarrolla a lo largo del articulado, *vid.* BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A., «Artículo 1. Finalidad», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p.75. La tutela de la competencia en sí misma se actúa en interés de todos los que intervienen en el mercado, lo que determina la conjugación de intereses que se encuentran en diferentes esferas y que merecen de protección ante conductas, comportamientos, actos u omisiones que, dándose en el mercado, tienen un impacto negativo en la competencia, *vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, vol.2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.1148 y ss.

¹⁰³⁹ El artículo 16.2 reputa desleal «la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares». Se enmarca dentro del tipo de conducta anticoncurrencial o excluyente, con la que se obstaculiza la actividad de otros operadores, dirigidas a limitar la libertad de otras empresas, falseando así la competencia o el funcionamiento competitivo del mercado. ESTEVAN DE QUESADA, C., «Abuso de dependencia económica en las redes de distribución», en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un derecho para las redes empresariales*, *op.cit.*, pp.211-212, afirma que se trata de una conducta enmarcada en una relación contractual, pero que tiene impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado. En este contexto, el precepto debe aplicarse a aquellas situaciones en las que la parte débil de una relación contractual vea obstaculizada su actividad por razón de la presión a la que se encuentra sometida por la conducta de su contraparte, que abusa de su posición fuerte en el contrato, repercutiendo en el buen funcionamiento del mercado.

¹⁰⁴⁰ Por ejemplo, cuando solo la empresa proveedora es capaz de fabricar determinados productos, o atender los pedidos en un determinado plazo, o con la regularidad necesitada por la empresa suministradora; también cuando solo la suministrada es capaz de absorber la producción de la proveedora, o cuando ésta centra su producción en los productos necesitados por la suministrada.

que hace de esta situación el empresario fuerte de la relación¹⁰⁴¹. Una explotación que se produce cuando la conducta de la empresa fuerte no se ajusta a los estándares de la buena fe, revelándose injustificada y desproporcionada¹⁰⁴², lo que se traduce en una explotación de una situación de sometimiento como consecuencia de la falta de alternativas equivalentes¹⁰⁴³.

La dependencia económica de la que hablamos se produce en el marco de una relación bilateral, como sería la nacida de un contrato de suministro, en la cual una empresa se encuentra en posición de supremacía

¹⁰⁴¹ La explotación de una situación de dependencia económica, que puede producirse con o sin discriminación, tiene como finalidad impedir actuaciones que no permitan un correcto funcionamiento del mercado. Se trata de prohibir situaciones de abuso que no son compatibles con una actividad concurrencial libre como consecuencia de la posición de superioridad que ostenta un empresario sobre otro, impidiendo a éste desenvolverse por no disponer de margen de maniobra o alternativas, *vid.* ARROYO APARICIO, A., «Discriminación y dependencia económica», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad, op.cit.*, p.1508.

¹⁰⁴² La conexión con la buena fe es inevitable, a la vista de la posición del art. 5 LCD, que ayuda a interpretar la propia norma y sancionar aquellos comportamientos no previstos expresamente en ella, pero que sean igualmente contrarios a la buena fe. Así lo recuerda la STS núm. 75/2012, de 29 de febrero (1580/2012), que citando la STS núm. 1169/2006, de 24 de noviembre (ROJ 7599/2004), dispone que el art. 5 «no puede aplicarse de forma acumulada a las normas que tipifican en particular, sino que la aplicación ha de hacerse en forma autónoma, especialmente para reprimir conductas o aspectos de conductas que no han podido ser subsumidos en los supuestos contemplados en la tipificación particular». En este orden, la SAP Madrid, núm. 44/2007, de 22 de febrero (ROJ 9767/2007, según la cual «la Ley de Competencia Desleal pretende sancionar conductas de abuso de posición de dominio relativo de mercado, en la que la empresa dominante se prevalga de tal dominio para actuar de modo objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». En el mismo sentido se pronuncia la doctrina autorizada en la materia, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria, op.cit.*, p.125.

¹⁰⁴³ GONZÁLEZ PONS, E., «Actos concretos de competencias desleal (III): prácticas agresivas; discriminación y dependencia económica; la venta a pérdidas», en BENEYTO PALLÁS, K. (Dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.165-166.

respecto de la otra, como resultado de que ésta no dispone de *alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad*¹⁰⁴⁴. En este contexto, la explotación que hace la empresa fuerte de su posición dominante sobre la dependiente es considerada un acto ilícito. Situaciones de estas características se producen en los casos en que los productos adquiridos de la empresa fuerte son imprescindibles para que la dependiente pueda mantener su actividad, y también en los que el proveedor coloca en gran medida su producción en una sola empresa. Supuestos como éstos revelan la posición de dependencia económica que puede generarse a raíz de un contrato de suministro, como demuestra la referencia que hace el precepto al proveedor y al contrato de suministro¹⁰⁴⁵, cuya explotación por la empresa con poder de mercado, además de estar tipificado como un acto ilícito, resulta un comportamiento contrario a la buena fe¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁴ Al abordar qué debe entenderse por dependencia económica se ha hecho referencia habitualmente al «poder relativo de mercado». Este poder relativo no exige una situación de dominio dentro de un mercado, contraponiéndose al concepto de poder absoluto de mercado. Tampoco requiere que se produzca una restricción de la competencia. El poder relativo de mercado como presupuesto sustantivo del ilícito se limita a la situación que ostenta la empresa con dicho poder respecto de la dependiente, como apunta ZABALETA DÍAZ, M., «El abuso de una situación de dependencia económica: ¿ilícito antitrust o ilícito desleal?», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t.26 (2005-2006), p.348; BELLIDO, J., «Artículo 16. Discriminación y dependencia económica», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p.434.

¹⁰⁴⁵ A pesar de la referencia que contiene el art. 16.3.b) al contrato de suministro, a la hora de reputar desleal la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el acuerdo original, no debe quedar limitado a este contrato. Parece claro que la prohibición puede aplicarse también a otros contratos en los que se incluye una cláusula de suministro, como ahora la franquicia, la concesión o la distribución selectiva, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *Abuso de dependencia económica en las redes de distribución*, *op.cit.*, p.218.

¹⁰⁴⁶ ARROYO APARICIO, A., *Discriminación y dependencia económica*, *op.cit.*, p.1508, recuerda que «Los ejemplos que tradicionalmente se venían facilitando para atender a los supuestos que la norma ampararía desde la redacción originaria eran los del reparador respecto de su proveedor de recambios o componentes, el distribuidor en régimen de exclusiva frente al fabricante, o el fabricante de marcas blancas con respecto a la gran superficie o cadena de distribución titular de las mismas.» Es decir,

La importancia que puede tener esta norma en el suministro contrasta con otros contratos de cambio. La dependencia económica está llamada a producirse entre empresarios vinculados a través de contratos de larga duración, por cuanto difícilmente existirá una situación de dependencia en las relaciones contractuales instantáneas.

Asimismo, en el seno de un contrato de suministro, la empresa fuerte puede ocupar tanto la posición proveedora como suministrada. La explotación de la dependencia económica está llamada a operar en el marco de una relación vertical, en la que tanto el suministrado como el proveedor pueden ser víctimas de la explotación por la parte que ostente la posición fuerte de la relación contractual¹⁰⁴⁷. En ambos sentidos puede producirse la situación de dependencia económica, habitualmente referida a la empresa que ostenta un poder relativo de mercado, que no refiere a la situación de una empresa en el mercado, ni siquiera que se constate una restricción de la competencia. Este poder relativo se limita a la relación que tiene la empresa fuerte respecto de sus em-

son casos en los que los operadores quedan sometidos al poder que ejerce sobre ellos el empresario que les suministra.

¹⁰⁴⁷ La determinación del abuso de la dependencia económica no es sencilla. En la práctica, es necesario identificar datos concretos que permitan al órgano jurisdiccional que enjuicia el posible abuso de dependencia económica estimar si existe una *alternativa equivalente en el mercado*, pues en caso de existir no existirá esta situación de dependencia económica al poder recurrirse a terceras empresas. ESTEVAN DE QUESADA, C., «La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria», en GONZÁLEZ CASTILLA, F. y RUIZ PERIS, J.I., *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución alimentaria*, *op.cit.*, p.121, menciona diferentes datos fácticos, como la cobertura de mercado de la empresa de la que se depende, el carácter exclusivo o no del contrato de suministro, el volumen de negocios de la empresa dependiente con la empresa con poder relativo de mercado, la evolución de dicho volumen de negocios tras la conclusión del contrato con ésta, la dedicación de la empresa dependiente a atender sus pedidos, etc. En todo caso, la duración de la relación contractual no es un elemento que implique automáticamente la situación de dependencia económica.

presas clientes o proveedores, que no disponen de una alternativa equivalente¹⁰⁴⁸. En todo caso, el ilícito no se produce por la situación de dependencia, sino por su abuso o explotación allí donde no existe una alternativa equivalente para el ejercicio de la actividad¹⁰⁴⁹.

La ausencia de alternativa equivalente puede deberse a una pluralidad de situaciones¹⁰⁵⁰. Ya sea porque el proveedor centre su actividad en el abastecimiento de sus empresas clientes. Bien porque el contrato se desenvuelva en régimen de exclusiva, limitando las alternativas equivalentes dentro de un mercado específico. O por el elevado volumen de bienes necesitados por el suministrado. O, en fin, porque el proveedor sea el único con la tecnología o capacidad suficiente para satisfacer la necesidad de sus clientes, etc.¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁸ Para lo que la jurisprudencia menor atiende al mercado relevante, *vid.* SAP Barcelona, núm. 269/2007, de 14 de mayo (ROJ 9571/2007) aun cuando esto es un elemento propio del Derecho *antitrust*, como pone de relieve ARROYO APARICIO, A., *Discriminación y Dependencia Económica, op.cit.*, p.1511, de la mano de la STS núm. 75/2012, de 29 de febrero (ROJ 1580/2012).

¹⁰⁴⁹ Los requisitos para que podamos hablar de una infracción de la prohibición de explotar la dependencia económica son de sobra conocidos: la situación de dependencia económica y la falta de una alternativa equivalente. Este último requisito suele ser examinado en dos partes, a fin de determinar qué se considera alternativa (debe entenderse por alternativa la «posibilidad de sustituir, en la relación contractual que liga a ambas empresas, a la empresa fuerte por otra empresa que esté en condiciones de suministrar o adquirir los bienes o servicios que suministraba o adquiriría la empresa fuerte») y qué se considera equivalente (que refiere a la posibilidad de la empresa dependiente de cubrir sus necesidades mediante otra empresa en las mismas o idénticas condiciones que con la empresa fuerte, sin que le suponga un importante sacrificio). En este sentido, ESTEVAN DE QUESADA, C., «Franquicia y abuso de dependencia económica», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t.26 (2005-2006), pp.160-165.

¹⁰⁵⁰ La normativa europea, en particular la Directiva (UE) 2019/633, prescinde de este requisito, en claro contraste con el art. 16 LCD, *vid.* GARCÍA VIDAL, Á., *Prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro agrícola y alimentario, op.cit.*, pp.32.

¹⁰⁵¹ En estos casos se produce un poder relativo del mercado, en la medida en que la dependencia económica se da en una relación empresarial, estructurada en relaciones verticales. Contrasta el supuesto con el poder absoluto de mercado, que se da cuando una empresa puede ejercer esa dependencia económica con cualquier otro operador económico debido a su situación preeminente dentro de un mercado determinado.

Tradicionalmente los diferentes supuestos se han reconducido a cuatro grupos básicos de dependencia¹⁰⁵², de los que nos interesa detenernos en dos de ellos por su incidencia en el seno de un contrato de suministro¹⁰⁵³.

Este último supuesto es perseguido desde el art. 2 LDC, mientras que el abuso de la dependencia económica entre partes se proscribe y sanciona por el art. 16.2 LCD, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., «La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica», *Revista de derecho mercantil*, núm.257 (2005), pp.1090-1091.

¹⁰⁵² La situación de dependencia económica puede tener lugar de circunstancias concretas de una relación contractual específica o ser el resultado de supuestos propios de un sector del mercado o de una modalidad contractual. Al respecto, tradicionalmente se han apuntado como supuestos típicos (i) la dependencia debida a la composición de la oferta; (ii) la dependencia debida a la organización empresarial; (iii) la dependencia debida a una situación de escasez y (iv) la dependencia debida al poder relativo de la demanda. Sobre un tratamiento de estas modalidades puede verse MASAQUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp.2233-2239.

¹⁰⁵³ La casuística es amplísima, como expone ARROYO APARICIO, A., *Discriminación y Dependencia Económica*, *op.cit.*, p.1517. La autora, de hecho, hace una exposición de los distintos «grupos de casos» tratados por la doctrina, aunque a nuestro juicio esto tiene más preocupación dogmática que práctica. Por otra parte, interesa hacer mención al supuesto contemplado en el art. 16.3 LCD, por su especial referencia al contrato de suministro. Se trata de un caso por el cual un suministrado trata de obtener condiciones económicas más ventajosas a las pactadas anteriormente, bajo la amenaza de un desistimiento de la relación contractual que, dada la situación de dependencia económica, coloca a la empresa proveedora en una difícil situación de supervivencia empresarial. No cabe confundir este supuesto con la utilización por parte de la empresa fuerte de su poder relativo sobre la contraparte contractual al momento de la negociación del contrato. El desequilibrio de poder negociador es natural en el mercado y habitual en muchas relaciones contractuales, y la LCD no persigue aquellas conductas por las cuales una de las partes se sirve de sus fortalezas y presiona a su contraparte en una negociación. El supuesto comentado es bien distinto, pues la coacción o amenaza viene por la posible consecuencia que tiene en la relación contractual —es decir, una vez generada la dependencia económica— la no aceptación del proveedor de las condiciones beneficiosas para su cliente. Este abuso de dependencia económica, no obstante, no suele denunciarse en nuestro país, con lo que en pocas ocasiones llegan a los tribunales, lo que se ve agravado por la dificultad de deslindar este comportamiento con el normal ejercicio del poder de negociación, *vid.* ESTEVAN

El primero de ellos es consecuencia de una organización de la actividad económica por la empresa dependiente hacia la empresa fuerte, cuya vinculación determinaría que no pueda reorientar su actividad hacia terceras empresas salvo que asuma un grave perjuicio para su capacidad competitiva. Se trata de una modalidad que se da en los modelos de relación de larga duración, que puede darse en ambos sentidos de la relación vertical, donde la viabilidad económica pasa por depender de un único cliente o suministrado, para el que produce o del que se abastece principalmente¹⁰⁵⁴.

El segundo supuesto que encierra una relación de suministro refiere a la dependencia económica generada por el elevado número de bienes que se adquieren por la empresa fuerte al proveedor. Esto se produce cuando el cliente-suministrado adquiere grandes cantidades de la fabricación. En esta situación, el proveedor no puede encontrar en el mercado una alternativa equivalente a su suministrado, del que depende económicamente por las elevadas cantidades que adquiere. Poner fin a esta situación de dependencia equivaldría a asumir un sacrificio económico y competitivo relevante, y es habitual que se produzca con determinados clientes fuertes. La orientación de la producción y la organi-

DE QUESADA, C., *La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria, op.cit.*, p.130.

¹⁰⁵⁴ Esta modalidad de dependencia económica suele producirse en relaciones de exclusividad. Supone adaptar la organización o estructura empresarial a los requerimientos o necesidades de una de las partes contractuales, lo que pone de relieve la existencia de un contrato de larga duración. Es frecuente que se produzca en contratos como la franquicia o la concesión, donde el empresario dependiente adapta su imagen, distribuye los productos de su principal, forma a su personal para aplicar el *know how* de aquél, etc., *vid. vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *Abuso de dependencia económica en las redes de distribución, op.cit.*, pp.199-203. En sede de suministro, sin embargo, para el proveedor puede implicar una adaptación de su modelo de producción, realizando inversiones significativas en la adecuación de la producción y en la contratación de personal, en la mejora de su tecnología para atender los requisitos de calidad, el aumento de espacio de almacenamiento y de transporte, etc.

zación de la actividad económica hacia el mismo conduce a esta situación de dependencia económica, cuyo abuso o explotación es considerado desleal¹⁰⁵⁵.

La deslealtad de la conducta comentada, por la que el empresario fuerte se aprovecha de su cliente o proveedor cautivo, quien no tiene mayor margen de maniobra al no existir una alternativa equivalente, determina que el empresario afectado por el acto de ilícito concurrencial disponga de un catálogo de acciones judiciales y reglas procesales específicas a los que recurrir para actuar contra dicha conducta¹⁰⁵⁶. Lo que, inevitablemente, puede quebrar la confianza entre las partes, que se erige como una de las causas de extinción del contrato de suministro.

¹⁰⁵⁵ Este tipo de relación suele producirse entre un fabricante y un distribuidor fuerte, así como en los casos de centrales de compra, *cfr.* ARROYO APARICIO, A., *Discriminación y Dependencia Económica, op.cit.*, p.1518. Para un estudio detenido del poder relativo de la demanda, aplicado al sector agroalimentario, puede verse ESTEVAN DE QUESADA, C., *La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria, op.cit.*, pp.113.

¹⁰⁵⁶ El art. 32 LCD enumera distintas acciones procesales de las que disponen quienes se consideren afectados por una conducta tipificada en la norma o que, no estándolo, sea reconducible a la regla general contenida en el art. 4 LCD. Para un análisis de las distintas acciones y las cuestiones procesales, *vid.* CERVERA MARTÍNEZ, M., «Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal. Prescripción», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad, op.cit.*, pp.1843 y ss.

Capítulo 6

La extinción del contrato

I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

Como regla, las obligaciones nacen para satisfacer el interés del acreedor a través de su cumplimiento. La ejecución de la prestación debida extingue la obligación. La entrega de la cosa y el pago del precio es, por tanto, el modo natural de extinguir un contrato de suministro. Pero la ley también reconoce a otros hechos un efecto extintivo del contrato. Algunos de estos hechos o causas se recogen en el art. 1156 CC. Junto al pago o cumplimiento, el precepto menciona la condonación de la deuda, la pérdida de la cosa debida, la compensación, la novación y la confusión de los derechos de acreedor y de deudor. A esta incompleta enumeración pueden incorporarse otras causas, como la imposibilidad sobrevenida de la prestación o la imposibilidad de satisfacer el interés del acreedor.

Junto a los modos de extinción de las obligaciones, el contrato puede extinguirse por el transcurso del plazo de vigencia pactado –de especial relevancia en el suministro–, por imperativo legal y por el incumplimiento del deudor de las obligaciones comprometidas. Dada la trascendencia de estos tres supuestos, en este apartado se aborda la resolución del contrato por la expiración del plazo pactado, por la aplicación de las disposiciones de la legislación concursal y por la resolución como consecuencia de un incumplimiento.

A. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR CAUSAS SOBREVENIDAS

La regla soberana que rige en nuestro Derecho de obligaciones y contratos es la del riguroso cumplimiento de los compromisos adquiridos

por medio de un contrato. Pero esta regla general encuentra una importante excepción. Se trata de la extinción de una obligación como consecuencia de un acontecimiento extraño al contrato y ajeno a las partes, el cual bien impide la ejecución del contrato en los términos en que se había planteado, o bien, dado el cambio sobrevenido de las circunstancias que sirvieron de fundamento para concluir el contrato, no produce los efectos originalmente pretendidos por las partes. La importancia de esta excepción radica en los efectos que tiene sobre el contrato. El riesgo de un acontecimiento que afecte el cumplimiento de la obligación es propio de los contratos duraderos, en los que por la distancia temporal entre su celebración y su consumación puede producirse cualquier hecho o circunstancia, no prevista por las partes, que bien hace imposible la ejecución del contrato en sus propios términos, o bien, siendo posible su cumplimiento, lo es en condiciones excesivamente onerosas para el deudor. Esta problemática fue atendida por el legislador decimonónico, que incorporó en el CC, en sede de extinción de las obligaciones, las reglas de los arts. 1182 a 1186 por la pérdida de la cosa debida. Pero las condiciones construidas en torno a la figura de la imposibilidad sobrevenida de la prestación se han visto superadas por la doctrina o cláusula *rebus sic stantibus*. Razón por la que, a pesar de su excepcionalidad, a raíz de los acontecimientos producidos por la pandemia de la Covid-19, sea interesante destacar las figuras más relevantes en sede de un contrato de suministro¹⁰⁵⁷.

- a) La extinción del contrato por la imposibilidad sobrevenida de la prestación de suministro

La imposibilidad sobrevenida de la prestación extingue la obligación, liberando al deudor, cuando, por causas sobrevenidas, no puede ejecutarla, salvo que sea responsable de aquella¹⁰⁵⁸. Esta figura pone el acento en la incapacidad absoluta del deudor de ejecutar una obligación

¹⁰⁵⁷ Los estados de alarma decretados a raíz de la pandemia de la CoVID-19 han tenido especial incidencia en los contratos de suministro. Para una visión más detallada de la cuestión, *vid.* MOLINS SANCHO, F., «Los contratos de suministro en el estado de alarma por la Covid-19», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados: RSR*, núm. 6 (2020).

¹⁰⁵⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de obligaciones II. Derecho de obligaciones*, *op.cit.*, p.51.

comprometida, regla que es aplicable tanto a las específicas como a las genéricas. No se trata de que la obligación resulte más o menos gravosa para el deudor. La onerosidad excesiva podría ser examinada, en su caso, por la doctrina de la *rebus sic stantibus* –de concurrir los requisitos sobre los que más adelante se volverá–. Se trata de una obligación comprometida que es materialmente imposible de ejecutar. Para su aplicación se requiere un acontecimiento sobrevenido e imprevisible ajeno al deudor¹⁰⁵⁹, es decir, que la imposibilidad no le sea imputable por ser ajena a su ámbito de responsabilidad¹⁰⁶⁰. Si el deudor resultase ser responsable de la imposibilidad la obligación no se extinguiría, debiendo indemnizar por los daños causados por su comportamiento u omisión¹⁰⁶¹. De igual modo, tampoco se liberará cuando contractualmente haya asumido el riesgo, ni cuando se hubiese constituido en

¹⁰⁵⁹ SSTS núm. 378/2013, de 10 de junio (ROJ 4426/2013) y núm.266/2015, de 19 de mayo (ROJ 2344/2015). Por su parte, la obligación del acreedor, relativa al pago del precio, no se verá nunca afectada por esta doctrina. La imposibilidad sobrevenida de la prestación del art. 1182 CC contempla la hipótesis de entregar una cosa determinada, y el art. 1184 CC la de una obligación de hacer, lo que compadece mal cuando lo pretendido es reclamar el pago de una suma de dinero, pues siendo el dinero cosa genérica se sujeta al aforismo *genus nunquam perit, ex 1105 CC*.

¹⁰⁶⁰ La extinción de la obligación solo aplica cuando el hecho que la imposibilita no se ha originado por la intervención u omisión del deudor o le es imputable por haberse constituido en mora, en cuyo caso no hablamos de imposibilidad sino de incumplimiento, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., «La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida», *Anales de Derecho*, núm. 20 (2002), p.38. En estos casos, se produce una *perpetuatio obligationis*, por cuando la obligación subsiste, pero, ante la imposibilidad en su realización, transforma su objeto, que pasa a ser una indemnización, *cfr.* Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, op.cit.*, p.689. En el mismo orden, PANTALEÓN PRIETO, F., «Sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp.1019-1091. Por su parte, la STS núm.608/2013, de 22 de julio (ROJ 4077/2013), que repercute sobre la promotora inmobiliaria las consecuencias de la falta de calificación urbanística de los terrenos objeto de compraventa. Sanciona a la empresa promotora por su falta de imprevisibilidad, que podría haberse suplido incorporando la condición de recalificación en el contrato de compraventa.

¹⁰⁶¹ En palabras de CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2000, p.43, «Se ha producido la imposibilidad sobrevenida de cumplir una obligación cuando un suceso, de procedencia diversa, incide en el *iter* de una obligación válidamente constituida, con anterioridad al momento del cumplimiento o mientras éste se está desarrollando, de forma que impide su culminación,

mora. En este caso, el legislador sanciona su conducta incumplidora negándole tales efectos liberatorios¹⁰⁶².

A diferencia de lo que sucede con la doctrina *rebus sic stantibus*, este hecho novedoso y sorprendente no obstaculiza o dificulta la ejecución del contrato para alguna de las partes, sino que directamente la hace imposible de ejecutar. Así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina jurisprudencial. Esta figura, de mayor tradición jurídica en nuestro ordenamiento que la relativamente novedosa *rebus*, posiblemente por encontrar apoyo normativo en los arts. 1182 y ss. CC, determina que nadie está obligado a hacer lo imposible –*ad impossibilia nemo tenetur*–¹⁰⁶³. Con lo que ante determinadas situaciones de imposibilidad sobrevenida, la obligación se extingue, liberando con ello al deudor¹⁰⁶⁴.

y con independencia de la calificación que pueda darse al comportamiento del deudor».

¹⁰⁶² Tal como viene previsto en el art. 1182 CC, a cuyo tenor, según la STS núm. 242, de 21 de junio (ROJ 4786/1980), se sigue que «concurriendo morosidad o existiendo con precedencia incumplimiento reprochable al obligado a la entrega de cosa determinada, mal podrá sostenerse que la situación dañosa se ha desencadenado sin culpa y que el deudor no resulta responsable de la imposibilidad, cuando de haber observado las pautas contractuales haciendo la entrega a su tiempo no habría periclitado en su poder» la cosa objeto de entrega.

¹⁰⁶³ *Impossibilium nulla obligatio est* es un principio recogido en los arts. 1182 y 1184 CC, en cuya virtud la imposibilidad de cumplir la prestación debida, cuando no sea originaria, sino sobrevenida respecto del momento de perfección del contrato fuente de la obligación, además de absoluta, definitiva y no imputable al deudor, libera al mismo, con lo que, cuando la relación de obligación es sinalagmática, constituye la causa de su resolución, ya que determina una situación de incumplimiento pese a no ser atribuible al obligado. Por todas, STS núm. 604/2013, de 22 de octubre (ROJ 5031/2013).

¹⁰⁶⁴ *Vid.* CASTILLA BAREA, M., «Las consecuencias jurídicas de la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor: cumplimiento por equivalente pecuniario e indemnización por daños y perjuicios materiales y morales», *CCJC*, núm. 82 (2010), pp. 227-250. La doctrina relativa a la imposibilidad sobrevenida de la prestación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística, esto es, atendiendo a las circunstancias de cada caso; que la imposibilidad puede referirse a una imposibilidad física o material, o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica; a la imposibilidad se equipara también la dificultad extraordinaria, si bien con ciertas limitaciones, pues no cabe

La imposibilidad de la prestación rige tanto para las obligaciones específicas como para las genéricas. Ahora bien, mientras que para las obligaciones específicas sí existe un riesgo de que la prestación se haga imposible, en las genéricas no existe tal riesgo. Es decir, mientras que, en las obligaciones específicas, tratándose de obligaciones determinadas e individualizadas, la materialización del riesgo haría imposible la prestación, las obligaciones genéricas, por recaer sobre un género, pero no haber sido individualizadas, todavía son posibles de ejecutar¹⁰⁶⁵. Dicho lo cual, se entiende la especial trascendencia que puede tener esta causa de extinción de la obligación en el contrato de suministro. Como regla, el suministrado nunca podrá esgrimir esta causa de extinción de su obligación de pago del precio por la fisonomía jurídica de las deudas pecuniarias –*genus nunquam perit*–. La jurisprudencia es constante en afirmar que la insolvencia del deudor no le libera del cumplimiento de su obligación, consistente en una obligación pecuniaria, por tratarse de una imposibilidad subjetiva ajena al 1182 y 1184 CC¹⁰⁶⁶. En cambio, el proveedor sí podría verse liberado por la materialización del riesgo o acontecimiento que haga imposible la ejecución de la prestación, cuando la obligación que va a ejecutar es específica, bien porque se

confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco que la imposibilidad se refiera a un criterio subjetivo del deudor, razón por la que es requisito la objetividad de la imposibilidad; asimismo, la imposibilidad ha de ser definitiva, no transitoria; finalmente, no cabe aducir imposibilidad cuando el contrato es posible cumplirlo mediante una modificación racional de su contenido, de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida por ambas partes, ni cuando sí es posible cumplir el contrato con un esfuerzo del deudor. Por todas, *vid.* las SSTs núm. 318/2014, de 5 de junio (ROJ 2254/2014) y núm. 383/2002, de 30 de abril (ROJ 3107/2002).

¹⁰⁶⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de obligaciones II. Derecho de obligaciones*, *op.cit.*, pp.300 y 301.

¹⁰⁶⁶ De acuerdo con la máxima *genus nunquam perit*, el deudor obligado al pago no puede liberarse de su obligación por devenir insolvente. Así, la STS núm. 266/2015, de 19 de mayo (ROJ 2344/2015), en donde falla que el deudor debe cumplir con su obligación pecuniaria sin que sus sobrevenidas adversidades económicas le permitan liberarse por ello. La sentencia rechaza la exoneración del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación, y distingue esta figura de la doctrina *rebus sic stantibus*, que no atiende al contenido de la prestación sino a la excesiva onerosidad de la misma. Al respecto, RUBIO TORRANO, E., «Las deudas pecuniarias y la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 2, vol. 9 (2015), pp.23-25.

haya determinado en el contrato, bien porque se haya individualizado tras un acto de especificación posterior. En estos casos en los que se ha producido la especificación la producción de un riesgo que imposibilite la prestación le liberaría de su obligación; aunque, por mor del art. 334 CCo, el riesgo seguiría recayendo sobre el proveedor, al menos hasta que entregue o deposite la cosa, salvo pacto en contrario.

Así las cosas, en el contrato de suministro, el riesgo de que se materialice una situación que impida al proveedor continuar con el abastecimiento se encuentra latente durante toda la vida del contrato. Un hecho que debe ser posterior a su celebración¹⁰⁶⁷ y que también deberá tener suficiente trascendencia, no para dificultar la ejecución, sino para llegar a impedir la de manera absoluta. De ahí que la doctrina describa ese obstáculo como insalvable, esto es, objetivo, absoluto y definitivo¹⁰⁶⁸. A este respecto, conviene hacer dos precisiones.

¹⁰⁶⁷ Puesto que de ser anterior determinaría la nulidad del negocio por inexistencia de causa. Los arts. 1182 y 1184 CC distinguen esta imposibilidad sobrevenida de la prestación de la imposibilidad originaria, a la que refiere el art. 1274 CC. En aquellos la imposibilidad sucede a la celebración del contrato, extinguiéndolo; mientras que en el segundo la imposibilidad ya existía al momento de su celebración, impidiendo su nacimiento. Al respecto, SSTS núm. 383/2002, de 30 de abril (ROJ 3107/2002) y núm. 300/2011, de 4 de mayo (ROJ 2671/2011).

¹⁰⁶⁸ La imposibilidad es objetiva cuando no puede ser cumplida por nadie, por afectar al contenido de la prestación; mientras que cuando resulte imposible solo para la persona del deudor estaríamos ante una imposibilidad subjetiva. En palabras de DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, op.cit.*, p. 690. Por otra parte, la imposibilidad es absoluta cuando impide el cumplimiento de la prestación definitivamente, mientras que cuando puede ser ejecutada parcialmente se estará ante una imposibilidad relativa, cuyas consecuencias no son las de los arts. 1182-1184 CC, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. «Artículo 1182», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), *Código civil comentado, vol. 3, op.cit.*, p.433. Finalmente, la imposibilidad debe ser definitiva. Con ello se excluyen los obstáculos que meramente supongan una imposibilidad temporal, transitoria o pasajera, por cuanto la ejecución es posible cuando desaparece, *vid.* BUSTO LAGO, J. M., «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla “rebus sic stantibus”», *CCJC*, núm. 94 (2014), pp.99-120.

En primer lugar, queda excluida la transitoriedad o temporalidad de la imposibilidad sobrevenida¹⁰⁶⁹. El hecho obstativo debe tener entidad suficiente como para afectar a la totalidad del contrato de suministro, sin perjuicio de que el obstáculo sea de naturaleza física o legal. No basta con que una sola prestación no pueda ejecutarse. Para que sea aplicable la doctrina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el hecho desencadenante deberá afectar considerablemente la obligación. Piénsese en el contrato de suministro eléctrico. Una interrupción en la prestación del servicio por el mantenimiento de la línea o tendido eléctrico no afectaría a la totalidad del contrato, con lo que ni la empresa proveedora ni el suministrado podrían resolverlo alegando una imposibilidad sobrevenida. La imposibilidad deberá ser, pues, absoluta y definitiva. El acreedor deberá soportar el retraso del que no será culpable el deudor¹⁰⁷⁰. Una vez removido el obstáculo impeditivo, el proveedor-deudor estará en condiciones de continuar ejecutando el contrato en los términos pactados¹⁰⁷¹. Ante esta temporalidad, el acreedor podría suspender su obligación de pago¹⁰⁷², mientras que cuando la falta de cumplimiento frustre sus legítimas expectativas, podrá instar la

¹⁰⁶⁹ En caso de una imposibilidad temporal o transitoria, estaremos en sede del 1105 CC, esto es, nos encontraremos ante un evento subsumible en los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, que liberan de responsabilidad al deudor que se haya comportado con el deber de diligencia que impone el art. 1104 CC. Una vez desaparecida la causa, la obligación seguirá vinculando a las partes, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BACQUERO, M.C., «Imposibilidad temporal de cumplimiento de la prestación no imputable al deudor y resolución del contrato bilateral», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3 (1998), p.105.

¹⁰⁷⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de obligaciones II. Derecho de obligaciones*, *op.cit.*, p.301.

¹⁰⁷¹ MOLINS SANCHO, F., *Alternativas a la doctrina rebus sic stantibus*, *op.cit.*, p.114.

¹⁰⁷² En este sentido, interesa traer las consideraciones de la STS núm.413/2016, de 20 de junio (ROJ 2883/2016), en la que se niegan los efectos suspensivos de una imposibilidad temporal cuando en el contrato se ha pactado expresamente que, para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación del deudor, operará una obligación alternativa (en el caso de autos, el pago de una indemnización). De acuerdo con la sentencia citada, concederle al deudor la suspensión vaciaría de contenido esta previsión contractual querida por las partes.

resolución del contrato¹⁰⁷³. En este caso, no obstante, no podrá hacer responsable a su deudor del incumplimiento ni reclamarle por los daños y perjuicios, pues la imposibilidad temporal sería incardinable en la regla del art. 1105 CC, sobre el que se volverá más adelante.

En segundo lugar, podría ocurrir que la imposibilidad afectase solo a una parte de la obligación, siendo posible la ejecución parcial de las prestaciones comprometidas. Esta posibilidad no ha sido expresamente recogida por el legislador. De la lectura conjunta de los arts. 1169 y 1182 CC cabría afirmar que la obligación solo se extinguiría cuando la prestación parcial fuera insuficiente para satisfacer el interés del acreedor. Como regla, el acreedor no está obligado a aceptar una prestación parcial. Pero, cuando aceptare la entrega parcial, el suministro quedaría consumado en cuanto a los géneros recibidos¹⁰⁷⁴.

Lo anterior exige una precisión adicional. Cabe dejar apuntado que en el suministro las prestaciones ya ejecutadas no se verían alcanzadas por los efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, tanto por su carácter autónomo e independiente, como por la eficacia *ex nunc* que tiene la extinción de este contrato. De modo que la extinción del contrato de suministro por imposibilidad sobrevenida de la prestación no obliga a la restitución de las prestaciones ejecutadas¹⁰⁷⁵. Así las cosas, lo que fue suministrado, y por lo que se pagó el correspondiente

¹⁰⁷³ SANTOS BRIZ, J., «Artículo 1182», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Comentario del Código civil, op.cit.*, p.436, afirma que, ante el incumplimiento pasajero, el deudor no viene obligado a indemnizar por la falta de cumplimiento, dado que no concurre culpa suya en la causa que imposibilita la ejecución. La obligación quedaría rehabilitada tras cesar la situación de imposibilidad, salvo cuando el contrato ha perdido el valor para la parte acreedora.

¹⁰⁷⁴ Por mor del art. 1169 CC y 331 CCo, el acreedor no está obligado a aceptar esta ejecución parcial del contrato, de modo que puede resolver la relación obligatoria. Ahora bien, también podría aceptar la obligación parcial, en cuyo caso, cabrá una reducción proporcional de su contraprestación, consecuencia lógica del juego del sinalagma y reciprocidad de las prestaciones, Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, op.cit.*, p.695.

¹⁰⁷⁵ Por todas, la STS núm. 681/1998, de 10 de julio (ROJ 4648/1998), que dice: «es de tener en cuenta que si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la

precio, quedaría a salvo de esta extinción contractual. Cuestión distinta es el alcance que tendría la imposibilidad sobrevenida de la prestación de suministro sobre el precio adelantado por el suministrado. Bajo esta hipótesis en la que la contraprestación de suministro deviene imposible tras el pago del precio, de la lectura del 334 CCo, que ya se analizó anteriormente, se desprende que el suministrado no correría con los riesgos por esta imposibilidad sobrevenida sino hasta que la cosa se le haya entregado o puesto a su disposición. En este caso, como efecto de no haberse transmitido los riesgos, el proveedor-deudor que se ve liberado de su prestación debería retornar el precio que se pagó por adelantado¹⁰⁷⁶.

- b) La extinción del contrato por alteración de las circunstancias.
La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*

El riesgo de un acontecimiento que afecte el cumplimiento de la obligación es inherente a los contratos duraderos. En ellos, la distancia temporal entre su celebración y su ejecución facilita que puedan producirse hechos o circunstancias no previstas por las partes que imposibiliten la ejecución del contrato en los términos pactados, o, no imposibilitán-

obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto de las relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas [...] en que la resolución del vínculo opera *ex nunc*, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatarios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual.»

¹⁰⁷⁶ Si bien la presunción que hace el art. 1183 CC en contra del proveedor le obliga a acreditar tanto el caso fortuito como diligencia en la conservación de la cosa, *ex art.* 1094CC. En la citada STS núm. 378/2013, de 10 de junio (ROJ 4426/2013), en la que se enjuiciaba un contrato obra con suministro del material por parte del comitente, donde la cosa se pierde por culpa del deudor, en donde se debatía el alcance de su responsabilidad; esto es, hasta dónde debe responder por los perjuicios causados. Se entiende que, como no hay dolo sólo debe reparar los daños y perjuicios previstos o previsibles, no todos los relacionados como sanciona el art. 1107.II CC. No obstante, téngase en cuenta que en sede mercantil la regla del 334 CCo apartaría lo dispuesto en el 1452 CC, con lo que el adquirente suministrado no respondería por la imposibilidad sobrevenida de la prestación sino hasta que la cosa se le haya entregado o puesto a su disposición.

dolo, que su ejecución resulte excesivamente onerosa para el deudor¹⁰⁷⁷. El primer supuesto fue atendido por el legislador, que incorporó un caso de extinción de las obligaciones en los arts. 1182 a 1186 CC. El segundo supuesto, en cambio, quedó huérfano de disciplina legal. Y aunque su tratamiento pueda ser anecdótico en Derecho de contratos y no merecería mayor dedicación, en un contrato duradero como el suministro, y dada la situación producida a raíz de la pandemia de la COVID-19, conviene detenerse en el tratamiento de la cláusula o doctrina *rebus sic stantibus*¹⁰⁷⁸.

Ante la ausencia en Derecho positivo de un precepto que permita revisar o resolver el contrato ante un cambio sustancial y sobrevenido en las circunstancias¹⁰⁷⁹, han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes

¹⁰⁷⁷ Suelen localizarse sentencias en las que el tribunal enjuiciador se pronuncia acerca de la aplicación al caso de la doctrina *rebus sic stantibus* y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esto es así porque ambas doctrinas se plantean al mismo tiempo por alguna de las partes, mediante el juego procesal de la petición principal y de la subsidiaria, con lo que se pretende que el cambio en las circunstancias sea acogido por el juzgador en aplicación de alguna de estas excepciones a la regla *pacta sunt servanda*. Una muestra de ello la encontramos en la STS 266/2015, de 19 de mayo (ROJ 2344/2015).

¹⁰⁷⁸ Para un análisis del impacto que ha tenido la cláusula *rebus sic stantibus* en el Derecho de contratos como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 y de los estados de alarma declarados por su razón *vid.* MOLINS SANCHO, F., «Alternativas a la doctrina *rebus sic stantibus*», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 (2021), pp.103-122.

¹⁰⁷⁹ La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, en su Ley 498, es la única norma positiva en España que recoge la doctrina *rebus sic stantibus*: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución». También aparece prevista en la PMCC elaborada por la CGC, en su art. 1213. Igualmente, la CGC también incorporó esta regla en la PCM, art. 416-2. Asimismo, la PCC elaborada por la APDC también contiene, en su art.526-5, una referencia a esta doctrina.

han incorporado a nuestro ordenamiento la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁸⁰, que autoriza a una revisión de un contrato duradero desplazando el principio *pacta sunt servanda*¹⁰⁸¹. Esta doctrina encuentra su base jurídica en algunos preceptos los arts. 7 –sobre la prohibición del abuso del derecho–, 1258 –referido a la buena fe en los contratos– y 1274 del CC –relativo a la causa contractual–. A su tenor, el TS¹⁰⁸² ha construido un principio que actúa como excepción a la regla del art.

¹⁰⁸⁰ El TS ha tenido numerosas ocasiones de examinar esta cláusula y descartar su aplicación al caso de autos por considerar que no concurren los requisitos: un cambio o alteración en las circunstancias existentes al momento de suscribir el contrato y cuyo contexto influyó en su celebración; que sea imprevisible y no recaiga en el riesgo propio del negocio o del sector o actividad empresarial de las partes; y que cause una excesiva onerosidad para la parte obligada al cumplimiento mientras que la otra se ve beneficiada injustamente en el exceso. Estos requisitos han sido examinados en abundantes sentencias del alto tribunal, en las que se descarta la existencia de un hecho sobrevenido e imprevisible que autorice a revisar o extinguir el contrato. Incluso se localizan sentencias en las que, reconociendo un cambio en las circunstancias, se opta por no aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, v.gr., STS 336/2009, de 21 de mayo (ROJ 3068/2009). No obstante, se acusa una normalización en la aplicación de la cláusula en la doctrina del TS, vid. REVILLA GIMÉNEZ, I., «Normalización de la cláusula *rebus sic stantibus*: estudio jurisprudencial», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 41 (2017), p.211.

¹⁰⁸¹ Los contratos duraderos pueden serlo por tener una ejecución diferida como por ser de tracto sucesivo, STS 129/2001, de 20 de febrero (ROJ 1176/2001). Ambos dos caen dentro del ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En el primero se hallarían los contratos de tracto único cuya ejecución se prolonga en el tiempo, como en la compraventa de cosa futura, STS núm. 41/2019, de 22 de enero (ROJ 41/2019). No obstante, son los segundos, los contratos de *tracto sucesivo* o de larga duración, definidos como aquellos en los que la prestación tiene lugar de forma repetida y prolongada en el tiempo, los más susceptibles de verse afectados por un cambio en las circunstancias concurrentes al momento de la contratación, y que fueron la base de la propia contratación. Es decir, que si hubiesen sido otras no se habría celebrado el contrato o, al menos, no se habría celebrado en las condiciones en que se hizo. Sin embargo, cabe tener en cuenta que no todo contrato de tracto sucesivo entra dentro del ámbito de aplicación de la *rebus sic stantibus*, sino solo aquellos de «larga duración». Al respecto, véase la STS núm. 156/2020, de 6 de marzo (ROJ 791/2020).

¹⁰⁸² La doctrina acusa dos posturas en el seno del TS en torno a esta cuestión: una *tradicional*, que aboga por el carácter extraordinario y de imprevisibilidad radical del cambio de las circunstancias que avalan la revisión del contrato, y una postura *moderna* que busca, sin negar el carácter excepcional de la *rebus sic stantibus*, normalizar su aplicación, vid. AVILÉS GARCÍA, J., «Por el momento, la cláusula *rebus sic stantibus* en manos del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm.9687 (2020).

1254 CC, facultando al juez enjuiciador para que, excepcionalmente, y a instancia de parte¹⁰⁸³, pueda entrar a modificar un contrato de carácter duradero o declarar su resolución cuando resulta imposible mantener el equilibrio entre las prestaciones¹⁰⁸⁴.

La aplicación de esta doctrina ha sido cautelosa y circunstanciada, atendiendo a cada caso particular¹⁰⁸⁵, lo que demuestra la excepcionalidad

¹⁰⁸³ La evolución de la doctrina que comentamos encontró un punto álgido en la doctrina jurisprudencial producida en los años 2013 y 2014, que, sin embargo, no ha tenido continuidad en la jurisprudencia reciente del TS, en la que se ha regresado a una posición anterior que la aplica de forma restrictiva, *cfr.* FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 9607 (2020).

¹⁰⁸⁴ La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la doctrina del TS es excepcional. Tras un intento de normalizar su aplicación, se observa que los últimos pronunciamientos, anteriores a la pandemia de la CoVID-19, vuelven a una interpretación restrictiva del principio, que queda reservada a situaciones verdaderamente excepcionales. Aun con todo, una lectura de la jurisprudencia del TS pone de relieve la evolución de esta figura, que originariamente solo admitía la modificación del pacto y, en nuestros días, autoriza a la resolución del contrato allí donde mantener a la parte perjudicada en una relación contractual excesivamente onerosa resulta injusto. Por todas, STS núm. 213/2010, de 21 de julio (ROJ 1280/2010). Sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo, *cfr.* ESTRUCH ESTRUCH, J., «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.780 (2015), pp.2037-2095; también REVILLA GIMÉNEZ, I., *Normalización de la cláusula rebus sic stantibus: estudio jurisprudencial, op.cit.*, pp.154-212. Una exposición más sucinta hace MARAÑÓN ASTOLFI, M., «Evolución doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentario a la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2020», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 52 (2020). Respecto a la defensa de la normalización en la aplicación de la cláusula, *vid.* ORDUÑA MORENO, F.J., «Cláusula *rebus* y sistema codificado. Hacia la necesaria cultura de la renegociación en tiempos de crisis», en SÁNCHEZ GARCÍA, J. y PÉREZ DAUDÍ, V., *Cláusula rebus sic stantibus*, VLex, Barcelona, 2021, pp.3-4.

¹⁰⁸⁵ La jurisprudencia española se decanta por rechazar las pretensiones de la parte que interesa la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, optando por mantener el contrato y condenar a su cumplimiento en los términos pactados, *cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2295.

de la regla¹⁰⁸⁶ y la dificultad ante la que se enfrenta el juzgador¹⁰⁸⁷. Su interés actual radica, precisamente, en la atención generada como consecuencia de la situación producida por la pandemia de la CoVID-19. Prueba de ello es la extensa literatura generada por su razón¹⁰⁸⁸ y la elevada litigiosidad que se ha producido, precisamente, por la concurrencia de los estrictos requisitos que tradicionalmente la jurisprudencia del TS ha venido exigiendo para su aplicación.

En el suministro, circunstancias que se tuvieron en consideración al tiempo de su celebración son susceptibles de cambiar durante la vigencia del contrato. Cuestiones personales, económicas, sociales, o de cualquier otra naturaleza pueden verse alteradas sorpresivamente y sin que medie la intervención de alguna de las partes. Su alteración puede desencadenar un desequilibrio económico entre las prestaciones establecidas por las partes, que puede empujar a una de ellas a una difícil situación en la que el cumplimiento del contrato le resulte, si bien no imposible, sí excesivamente oneroso.

¹⁰⁸⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., *La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»*, op.cit., p.2046. Una crítica interesante a la aplicación de esta cláusula la encontramos en VERDERA SERVER, R. «Aplicación de la cláusula 'rebus sic stantibus' en un contrato de suministro», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm.56 (2001), p.499, donde se denuncia el elevado número de ocasiones en las que se esgrime esta cláusula en los tribunales y la poca acogida que tiene, lo que constata la «enorme diferencia entre el número de ocasiones en que es alegada esta doctrina y el número de ocasiones en que es aplicada al caso concreto».

¹⁰⁸⁷ El TS ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre esta cláusula y sus efectos, aunque rara vez los ha aplicado por entender que no concurren los presupuestos, por otra parte de construcción jurisdiccional, al caso enjuiciado, *cfr.* VERDERA SERVER, R. *Aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en un contrato de suministro*, op.cit., pp.507-508. Según el autor, para el juzgador es más sencillo apreciar una alteración de las circunstancias que altera el equilibrio contractual y desemboca en una desaparición de la base del negocio, que examinar una alteración sustancial para modificar el contrato sin llegar a extinguirlo. Defiende la revisión del contrato en aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, op.cit., p.501.

¹⁰⁸⁸ Alguna de esta bibliografía producida por motivo de la pandemia se analiza en *vid.* MOLINS SANCHO, F., *Alternativas a la doctrina rebus sic stantibus*, op.cit., pp.103-122.

La regla general que impera en nuestro Derecho de contratos es que éstos deberán ejecutarse ajustándose a los términos pactados. De modo que se impone sobre cada parte la obligación de desenvolverse con la suficiente diligencia al tiempo de contratar para prever aquellas circunstancias que, de producirse, impedirían o dificultarían su prestación o la harían excesivamente onerosa¹⁰⁸⁹. Ahora bien, los contratantes actúan apoyándose en su experiencia personal y actuando bajo la confianza de una evolución ordinaria o normal de la cotidianidad, y bajo esta perspectiva y realidad celebran sus contratos. Cuando sucede un cambio extraordinario que se separa de los precedentes históricos inmediatos se produce una alteración sobrevenida de la base de un contrato, desequilibrándolo e, incluso, impidiendo que atienda a la finalidad perseguida por los contratantes¹⁰⁹⁰. Cuando las partes no han sabido o podido anticiparse a esta situación, pactando de común acuerdo soluciones que permitan reequilibrar o reconducir el contrato ante la producción del evento sorpresivo, como serían las cláusulas que permiten la actualización del precio como efecto de un incremento de la

¹⁰⁸⁹ Sin embargo, en ciertas situaciones, el cambio será tan extraordinario que no es atribuible a las partes su previsión en el momento de la celebración del contrato. En reiteradas ocasiones el TS ha entendido que la alteración de las circunstancias era previsible y que el riesgo de su acontecimiento había sido asumido por una de las partes, incluso implícitamente cuando el riesgo es inherente a la actividad industrial o profesional de la parte que lo sufre. En este sentido, la STS núm.1059/2000, de 17 de noviembre (ROJ 8366/2000), relativa al suministro de carbón término subvencionado. Ante la decisión gubernamental de eliminar la subvención, Endesa alegó un cambio sobrevenido en las circunstancias que el TS desestima por entender que no era un acontecimiento plenamente imprevisible.

¹⁰⁹⁰ Díez PICAZO, L., «La cláusula rebus sic stantibus», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. *Cuaderno de Derecho Judicial: Extinción de las obligaciones*, CGPJ, Madrid, 1996, pp.683-684, relaciona la desaparición de la base en que el consentimiento se asentaba con la desaparición de la causa del contrato, entendida como la función concreta que éste cumple. De tal manera que se rompe la relación de equivalencia o proporción entre las prestaciones de las partes, de suerte que no puede hablarse de prestación y contraprestación porque se altera la conmutatividad entre ellas. De otro lado, la finalidad común del negocio resulta inalcanzable, siendo que el contrato dejará de satisfacer, cuanto menos, a una de las partes.

demanda de los productos, resulta de interés la cláusula *rebus sic stantibus* como posible vía de solución de la situación¹⁰⁹¹.

Todo contrato de tracto sucesivo se enfrenta a un *aleas* por el mero hecho de estar sujeto a los avatares del tiempo. Al momento de celebrar el contrato, cada contratante debe atender a los riesgos inherentes del sector, prever posibles sucesos e incorporar las soluciones más adecuadas que permitan reconducir el contrato¹⁰⁹². No obstante lo anterior, en ciertas ocasiones, razones de equidad aconsejan que los contratantes puedan separarse del pacto original, ya sea revisándolo y adaptándolo

¹⁰⁹¹ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Riesgo negocial versus cláusula “rebus sic stantibus”», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.1 (2011): «Toda operación contractual queda sujeta a ciertos riesgos» por lo que son las partes quienes deben hacer uso de su capacidad negociadora para aminorarlos. Solo cuando tales riesgos no son previsibles puede hacerse uso de los mecanismos legales que permiten la revisión de los contratos, como la reducción del precio prevista en el art.1544CC, la extinción del negocio por la imposibilidad sobrevenida de la prestación o la reconfiguración de las prestaciones por virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁰⁹² ESTRUCH ESTRUCH, J., *La aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”*, *op.cit.*, p.2043 advierte de la importancia que deberán prestar las partes a posibles alteraciones en las circunstancias que se han tenido en cuenta en la celebración del contrato, sobre todo cuando un cambio en los acontecimientos frustra, para una de las partes, la finalidad del contrato. En este sentido, no será aplicable cuando la circunstancia se encuentre prevista en el contrato y el riesgo se atribuya a una de las partes. Así, la STS 5/2019, de 9 de enero (ROJ 13/2019), en donde el riesgo estaba previsto contractualmente, por lo que no puede hablarse de una alteración imprevisible y sobrevenida.

a una nueva realidad, ya sea extinguiéndolo cuando esto no sea posible¹⁰⁹³. Es aquí donde entra la doctrina o la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰⁹⁴.

Esta cláusula, con escaso recorrido práctico dada su aplicación excepcional, resurgió a partir de la crisis económica del 2008. El TS aprovechó entonces la ocasión tanto para perfilar los contornos de esta figura jurídica, como para justificarla y regularla. Esclareció su esencia y su contenido, buscando normalizarla, para lo cual concretó de forma objetiva sus condiciones¹⁰⁹⁵. La situación de pandemia por la CoVID-19 volvió a poner en la palestra esta doctrina, debido al gran número de negocios jurídicos afectados por un hecho imprevisible como fue la declaración del estado de alarma, el confinamiento de la población y la paralización de la actividad económica¹⁰⁹⁶.

La reciente revisión de la cláusula *rebus sic stantibus* ha llevado a suavizar o matizar algunas de sus condiciones. La concepción tradicional

¹⁰⁹³ La cláusula *rebus sic stantibus* pone de relieve una preocupación de la Filosofía del Derecho: la vinculación entre la seguridad jurídica derivada del pacto y la equidad que las partes que contratan alcanzan con éste, pero que puede verse alterada por circunstancias que son ajenas a ellas. Por ello, con la aplicación de la doctrina que deriva de esta cláusula se reequilibra la relación jurídica modificando la *lex privata*. Vid. BENÍTEZ RODRÍGUEZ, D., «Rebus sic stantibus: Fundamento y efecto», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2020): «Es aquí, en la interrelación entre la vinculación del pacto –*pacta sunt servanda*– y la necesidad de que el cumplimiento de éste no se torne en injusto, donde aparece la relevancia –y al propio tiempo fundamento– de la cláusula *rebus sic stantibus*».

¹⁰⁹⁴ El aforismo proviene del derecho medieval: «Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur», esto es, que los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia de futuro se entienden *mientras que estén así las cosas*.

¹⁰⁹⁵ Para un estudio en mayor profundidad de la materia y de la evolución de esta doctrina, al menos, con anterioridad a la pandemia de CoVID-19, ORDUÑA MORENO, F.J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, M.L., *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus: Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 2017.

¹⁰⁹⁶ Diversos trabajos han surgido a raíz de esta situación. En este sentido, puede verse IZAGUIRRE GÓMEZ, S. y VISCASILLAS PERALES, P. (Dir.), *La Rebus sic stantibus en tiempos de pandemia: análisis general e impacto por sectores económicos*, Tirant lo Blanch, 2021, Valencia.

hacía descansar esta doctrina en la equidad y la justicia¹⁰⁹⁷. Ahora, en cambio, el foco se ha desplazado hacía un plano causal del contrato. Las relaciones jurídicas onerosas, presididas, con carácter general, por el principio de la conmutatividad, es decir, por el equilibrio de las prestaciones, pueden ser adaptadas o revisadas cuando los términos bajo los que fue pactado el contrato, sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, cambian radicalmente. Desaparece la base del negocio al frustrarse la finalidad económica primordial del contrato, removiéndose la equivalencia de las prestaciones. Cuando el sobrevenido cambio de circunstancias afecta al sentido o finalidad del contrato y rompe el equilibrio prestacional del mismo, hace entrar en juego la cláusula *rebus*. En otros términos, no podría hablarse de prestación y contra-prestación¹⁰⁹⁸.

Tradicionalmente, para la aplicación de esta doctrina el TS ha considerado necesario la concurrencia de tres requisitos: una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello acontezca porque sobrevengan de circunstancias profundamente imprevisibles¹⁰⁹⁹. No obstante, la jurisprudencia reciente ha mitigado el alcance de estos requisitos.

¹⁰⁹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho de obligaciones II. Derecho de obligaciones*, *op.cit.*, p.465, apuntaba que la tesis que admitía la posibilidad de modificar el contrato se fundamentaba en la equidad y justicia.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, resulta interesante la SAP Badajoz, núm. 345/2021, de 30 de diciembre, en donde la Audiencia aplicó por primera vez la cláusula «*rebus sic stantibus*» en un contrato de arrendamiento de una tienda de ropa, a través de la que se redujo la renta en el periodo donde obligatoriamente se cerraron los comercios no esenciales.

¹⁰⁹⁹ La primera sentencia del TS que enumeró los requisitos para la aplicación de esta doctrina, de 17 de mayo de 1957 (ROJ 127/1957) refería, precisamente, a un contrato de suministro de envases. En ella se vierten las siguientes reflexiones y se enumeran sus requisitos: (i) la cláusula "*rebus sic stantibus*" no está legalmente reconocida; (ii) sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales; (iii) se

De una parte, no se exige una imprevisibilidad con carácter abstracto, sino que se valora que el nuevo escenario no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el contexto socioeconómico y negocial en que se celebró el contrato. Al contratar, las partes deben desplegar un especial deber de diligencia previendo supuestos que, aunque remotos, podrían acontecer y afectar al contrato¹¹⁰⁰. Pero la anterior doctrina jurisprudencial, que exigía un carácter radicalmente imprevisible de la circunstancia, ha quedado apartada adaptando el contrato a la situación del contexto económico y social en que se contrató¹¹⁰¹.

Por otro lado, para que la aplicación de la cláusula pueda provocar la modificación o, en su caso, la resolución del contrato, la alteración de las circunstancias ha de ser de tal magnitud que socave la base del negocio, es decir, que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato.

A salvo quedan los supuestos en los que expresamente las partes asuman ese riesgo, ya sea expresamente¹¹⁰², ya sea por la naturaleza del

trata de una doctrina peligrosa, por lo que debe admitirse cautelosamente cuando concurran las siguientes condiciones: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

¹¹⁰⁰ La *rebus sic stantibus* es una doctrina que reaparece cíclicamente ante situaciones de crisis económica, lo que obliga a los contratantes a valorar los riesgos de cada contrato y sector, PARRA LUCÁN, M.A., «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.4 (2015), p.12. Esta posición ha sido plasmada en la reciente jurisprudencia del TS por la autora, en los fallos de los que ha sido ponente, *vid.* SSTS núm. 19/2019, de 15 de enero (ROJ 57/2019) y núm. 214/2019, de 5 de abril (ROJ 1148/2019).

¹¹⁰¹ Sobre el carácter *radicalmente imprevisible* de la circunstancia pueden verse también las SSTS núm. 820/2013, de 17 de enero (ROJ 1013/2013) y núm. 5/2019, de 9 de enero (ROJ 13/2019).

¹¹⁰² *Vid.* STS núm. 156/2020, de 6 de marzo (ROJ 791/2020), que considera inaplicable la cláusula a un contrato en el que el riesgo es inherente o se ha asumido por las partes en el propio contrato. No puede predicarse el carácter de imprevisibilidad de

contrato¹¹⁰³. Más discutible puede ser si una cláusula general de asunción de riesgos, redactada en términos muy amplios, comprendería también aquellos sucesos extraordinarios o que no formen parte de los *riesgos propios* de un contrato o de un sector específico¹¹⁰⁴. La lógica hace pensar que quien asumió todos los riesgos estaba asumiendo cualquier hecho, por imprevisible e insólito que fuera al momento de contratar, así como sus consecuencias.

En todo caso, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* sigue estando reservada para los contratos de tracto sucesivo¹¹⁰⁵. De hecho, es

los riesgos que derivan de la naturaleza y sentido de una relación obligatoria, bien por ser inherentes al contrato de que se trate, bien por serlo de la condición de alguna de las partes, bien por, siendo ajeno el riesgo tanto al contrato como a las partes, éstas lo han asumido libremente en el contrato. Por todas, las SSTS núm. 64/2015, de 24 de febrero (ROJ 1968/2015) y núm. 477/2017, de 20 de julio (ROJ 3027/2017).

¹¹⁰³ La STS núm. 227/2015, de 30 de abril (ROJ 1923/2015), ya señaló al analizar la aplicación de la *rebus sic stantibus* que el riesgo relativo al cambio sobrevenido de las circunstancias se asume en ciertos contratos. Un criterio que también se reitera en la STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre (ROJ 4068/2020).

¹¹⁰⁴ Para parte de la doctrina una cláusula de asignación de todos los riesgos comprenderá todos los riesgos, entre ellos la CoVID-19, *vid.* CARRASCO PERERA, Á., «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», *CESCO, Publicaciones jurídicas*, (abril 2020). Conviene recordar que la STS núm. 240/2012, de 23 de abril (ROJ 2866/2012), relativa a un contrato de arrendamiento de dos minas de carbón cuya resolución se pretende por una disminución de su precio, entendió que el arrendatario había asumido el riesgo al concurrir en el contrato una previsión de reducción del precio si la extracción mínima anual no superaba el mínimo previsto. Más reciente es el fallo de la AP de Barcelona, de 22 de mayo de 2020, en el que considera que, por la naturaleza del contrato, entre dentro de la esfera del riesgo asumido por las partes un cambio en las circunstancias que repercuta en el contrato, de suerte que se disminuye la imprevisibilidad necesaria para activar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Un análisis de esta sentencia hace HERRERO URTUETA, E., «La imprevisibilidad en la *rebus sic stantibus* a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 178/2020 de 22 de mayo», *Diario La Ley*, núm.9781 (2021).

¹¹⁰⁵ También se ha admitido, subrayando su excepcionalidad, su operatividad en contratos de tracto único en los que existe una distancia temporal entre la celebración del contrato y su ejecución. *Vid.* STS núm. 820/2013, de 17 de enero (ROJ 1013/2013), y las que allí cita, declarando la excepcionalidad que supone aplicar la cláusula en un contrato de compraventa en el que la entrega de la cosa está prevista para un momento futuro, como es la compra de viviendas en construcción.

el elemento duradero el que subyace en el supuesto de hecho que hace aplicable esta doctrina. Para valorar el cambio de las circunstancias se tiene en cuenta el momento en que se suscribió el contrato y se confronta con aquél otro en el que debe surtir efectos. La duración es un elemento esencial a tener en cuenta en el negocio al que se le pretende aplicar esta cláusula, habiendo rechazado la jurisprudencia su aplicación en negocios en los que, a pesar de ser duraderos, su periodo de vigencia era muy corto¹¹⁰⁶.

Así las cosas, los intereses partidistas de las partes, reunidos en torno a un contrato de suministro, llegarán a distanciarse ante un hecho imprevisible que suponga un cambio en las circunstancias, y que las sitúa, al menos a una de ellas, en una situación incómoda, al tiempo que su contraparte seguirá interesada en la obtención de la prestación y, por tanto, la conservación del contrato en los términos pactados. Y es que la aplicación de la *rebus* quedará reservada a situaciones de confrontación, en escenarios en los que las partes no son capaces de alcanzar un acuerdo entre sí y requieren del auxilio judicial¹¹⁰⁷. La alteración de las circuns-

¹¹⁰⁶ La STS núm. 156/2020, de 6 de marzo (ROJ 791/2020), concluye que no resulta de aplicación la doctrina derivada de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de corto periodo de duración, un año en el caso enjuiciado, pues el cambio en las circunstancias alegadas no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato.

¹¹⁰⁷ La renegociación de los contratos es, en los momentos en los que se produce un cambio en las circunstancias, la mejor opción para garantizar su conservación y el compromiso de las partes hacia el pacto, que, de nuevo, satisface sus intereses partidistas. Sobre la conveniencia de la renegociación, GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, vol.73, núm.2 (2020), p.469. Ahora bien, se trata de un deber de renegociación relativo, pues entraña una obligación de medios y no de resultados. Nada les obliga a ceder en sus posiciones y alcanzar un acuerdo, *cf.* ORELLANA, L., «El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida», en HORNEDO MÉNDEZ, C.; OLIVA BLÁZQUEZ, F.; MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *et al.*, *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas perspectivas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p.456.

tancias debe afectar al contrato de suministro produciendo una desproporción exorbitante entre las prestaciones¹¹⁰⁸, rompiendo la conmutatividad entre las obligaciones de suministro y de pago del precio¹¹⁰⁹. Para una de ellas resultará excesivamente oneroso continuar cumpliendo con su obligación en los términos convenidos.

En fin, será el juez quien, analizando las pretensiones en juego, estime la alteración o resolución del contrato, o incluso la desestimación de la demanda ordenando la conservación del pacto en sus términos originales¹¹¹⁰. Así las cosas, la preferencia debe ser el mantenimiento del contrato, dejando la resolución para supuestos en los que es imposible reponer la conmutatividad y equivalencia de las prestaciones¹¹¹¹. Hasta

¹¹⁰⁸ Esta doctrina jurisprudencial se ha repetido por el Tribunal Supremo en abundante jurisprudencia, vid. SSTS núm. 726/1989, de 16 de octubre (ROJ 5421/1989); núm. 299/1991, de 23 de abril (ROJ 2197/1991); núm. 65/1997, de 10 de febrero (ROJ 855/1997); núm. 313/2004, de 22 de abril (ROJ 2638/2004); núm. 1090/2004, de 12 de noviembre (ROJ 7324/2004).

¹¹⁰⁹ Es esclarecedora la STS núm. 591/2014, de 15 de octubre (ROJ 5090/2014), que apoyándose en la doctrina expuesta en la STS núm. 333/2014, de 30 de junio, (ROJ 2823/2014), entiende que cambio operado de las circunstancias deviene en un resultado reiterado de pérdidas (inviabilidad económica) o la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación), lo que hace excesivamente oneroso para una de las partes realizar la prestación comprometida.

¹¹¹⁰ *Vid.* SSTS 333/2014, de 30 de abril (ROJ 2823/2014); y 591/2014, de 15 de octubre (ROJ 5090/2014). En esta última «la disminución de las ventas y el precio medio por habitación» justifican una modificación de un contrato de arrendamiento de larga duración de un hotel. Trayendo sus consideraciones al escenario de confinamiento vivido durante el 2020, es dado pensar que procede la reducción de la renta de aquellos locales e inmuebles destinados a una explotación comercial que no ha podido ser desarrollada.

¹¹¹¹ En la STS núm. 213/2010, de 21 de julio (ROJ 1280/2010), se afirmaba: «aun cuando opere de modo excepcional, dado el principio general favorable a la invariabilidad del contenido pactado (art. 1255 CC), supone en ocasiones la intervención de los tribunales en orden a corregir los efectos absolutamente desviados para el equilibrio contractual que se producirían en beneficio de una de las partes si se mantuvieran en sus propios términos las obligaciones establecidas en un contrato cuando la base del mismo ha desaparecido y, en consecuencia, existe un claro desequilibrio entre la posición contractual de las partes que rompe definitivamente la pretendida equivalencia de las prestaciones en un contrato que evidentemente se configuró con carácter oneroso y conmutativo».

que recaiga el fallo judicial ninguna de las partes estará autorizada a suspender la ejecución del contrato, sin perjuicio de que se adopten medidas cautelares, por cuanto el contrato subsiste en sus propios términos. La alteración de las circunstancias debe ser de tal magnitud que incremente, de modo significativo, el riesgo de frustración del contrato¹¹¹², pero circunscribiéndose a la conmutatividad y onerosidad contractual¹¹¹³; esto es, sin llegar a afectar a la finalidad práctica o al resultado buscado por las partes¹¹¹⁴. De modo que la frustración del fin económico del contrato de suministro será, en todo caso, un riesgo latente, que no debe llegar a materializarse, porque entonces no cabe aplicar la *rebus*, sino resolver el contrato¹¹¹⁵. Con lo que el impacto que la

¹¹¹² De acuerdo con ESTRUCH ESTRUCH, J., *La aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus»*, *op.cit.*, p.2063, se constata un cambio en la posición del TS desde las SS de 17 y 18 de enero de 2013, que continúa con la STS núm. 333/2014, de 30 de junio (ROJ 2823/2014). El alto tribunal entiende que se ha producido un cambio en la concepción tradicional de la cláusula que permite una relajación de sus requisitos para una aplicación más normalizada. Una sentencia, y la posterior STS núm. 591/2014, de 15 de octubre (ROJ 5090/2014), que generaron un gran debate doctrinal.

¹¹¹³ La puntualización es importante, ya que si lo que se frustra es el fin económico del contrato de suministro habría que recurrir irremisiblemente a su resolución, *vid.* STS núm. 333/2014, de 30 de junio (ROJ 2823/2014).

¹¹¹⁴ La finalidad económica del negocio, la causa del negocio (que no hay que confundir con la causa del contrato) se ve frustrada «o deviene inalcanzable por la mutación o cambio operado», STS núm. 333/2014, de 30 de junio (ROJ 2823/2014). Por otra parte, las SSTS núm. 455/2019, de 18 de julio, (ROJ 2831/2019) núm. 452/2019, de 18 de julio (ROJ2556/2019); y núm. 5/2019, de 9 de enero (ROJ 13/2019), refieren a la frustración del contrato en términos muy generales, que podrían confundirse con una imposibilidad de llevar a término la prestación.

¹¹¹⁵ Es «extravagante el recurso a la cláusula “rebus sic stantibus” si hay una frustración total del fin del contrato», STS núm. 360/2010, de 1 de junio (ROJ 3066/2012), que, citando la STS de 20 de abril de 1994, afirma: «Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus”, porque carece de sentido que, si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las

alteración deberá tener en el contrato será de índole económica, y no material¹¹¹⁶, pues la ejecución de la prestación sigue siendo posible; razón por la que se busca, mediante la aplicación de la *rebus*, conservar el negocio reponiendo el sinalagma original¹¹¹⁷.

c) Notas sobre la exoneración de la responsabilidad por fuerza mayor del art. 1105 CC

El art. 1105 CC contiene una regla de exoneración de la responsabilidad del deudor. No se trata de una causa de extinción de la obligación. Pero su conexión con los apartados anteriores obliga a dedicar unas líneas a estas figuras que exoneran de culpa al deudor cuando el cumplimiento exacto de su obligación resulta impedido por un suceso inevitable. Aplicada esta regla en sede del contrato de suministro, supondría que el deudor no respondería por el incumplimiento contractual o por los daños y perjuicios ocasionados por un suceso o evento imprevisible

prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas». En el mismo orden, la STS núm. 1059/2000, de 17 de noviembre (ROJ 8382/2000), que declara la resolución contractual «por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo. Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, porque carece de sentido que, si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas».

¹¹¹⁶ Como veíamos anteriormente, en el supuesto de imposibilidad de la prestación habrá que acudir a los arts. 1182 y 1184 CC, mientras que si se trata de un incumplimiento del contrato sería reconducible a la situación del 1124 CC, sin perjuicio de la exoneración de la responsabilidad por mor del 1105 CC.

¹¹¹⁷ Las SSTS núm. 243/2012, de 27 de abril, (ROJ 2868/2012); núm. 93/2012, de 21 de febrero (ROJ 1322/2012) y núm. 781/2009, de 20 de noviembre (ROJ 7112/2009) contemplan la subsidiariedad en la aplicación de la *rebus sic stantibus* como único remedio útil para conservar el contrato mediante la reposición de su equilibrio original.

al momento de celebrar el contrato o que, siendo previsible, fuera inevitable¹¹¹⁸. Supuestos que se engloban bajo las figuras del caso fortuito y de la fuerza mayor¹¹¹⁹. El carácter imprevisible o inevitable será observado desde la perspectiva del proveedor-deudor¹¹²⁰. Su producción determina una exoneración del deudor, al que no se le puede hacer responsable ni imputar las consecuencias derivadas de un incumplimiento cuando su origen se encuentra en un evento que impide la correcta ejecución de la obligación, ya sea principal o accesoria, y sin importar si este suceso impide la ejecución del contrato de manera definitiva o transitoria.

La regla del art. 1105 CC permite liberar al deudor de su responsabilidad por la falta de cumplimiento. Pero esta liberación no alcanza a la obligación, que podrá ser exigida por el acreedor cuando el evento que

¹¹¹⁸ Como pone de manifiesto la STS rec. 1969/1997, de 22 de diciembre (ROJ 7939/1997), el art. 1105 contiene una regulación omnicompreensiva de ambos supuestos, en la que se exige un suceso que no hubiera podido preverse o que, previstos, fueran inevitables. Con estos datos la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado las figuras de la fuerza mayor –cuando el suceso es imprevisible e inevitable– y del caso fortuito –cuando fuese previsible pero no inevitable–. Otra corriente doctrinal distingue estas figuras en función del origen del suceso: cuando tenga un origen interno, o recaiga en la esfera de control del deudor, hablaremos de caso fortuito; mientras que cuando sea de origen externo será un suceso de fuerza mayor.

¹¹¹⁹ Para alguna parte de la doctrina, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor carece de relevancia práctica. Apoyan esta postura en el hecho de que las regulaciones de ambas figuras son uniformes en Derecho positivo, y comparten la misma consecuencia: la irresponsabilidad del deudor. Su distinción respondería a una cuestión dogmática, que reserva la fuerza mayor para los sucesos externos a la esfera de actividad del deudor, y, por lo tanto, imprevisibles e inevitables; mientras que el caso fortuito, si bien son también hechos inevitables, no son imprevisibles, por referirse a sucesos internos o propios de la obligación. En este sentido, puede verse el análisis de la jurisprudencia sobre la fuerza mayor y el caso fortuito que hacen REGLERO CAMPO L.F., y MEDINA ALCOZ, L., «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. 1, Civitas, Cizur Menor, 2014.

¹¹²⁰ *Vid.* NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Civitas, Cizur Menor, 2013.

impidió su ejecución desaparezca¹¹²¹. Esto es, cuando el suceso impide absoluta y definitivamente la ejecución de la obligación, la aplicación conjunta de los arts. 1182 y 1105 CC permiten al deudor liberarse de su obligación sin responder por los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, dado que su origen se encuentra en un acontecimiento externo, imprevisible e inevitable¹¹²². En cambio, cuando la situación es temporal no cabe acudir a la institución de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. El acreedor deberá tolerar el retraso, sin que por el incumplimiento provocado pueda reclamar una compensación como resultado de la exoneración de la responsabilidad por los daños que se genera por caso fortuito o fuerza mayor¹¹²³.

En un contrato de suministro, llamado a desenvolverse en un arco temporal prolongado, existe este riesgo a que se produzca un evento que incida en su desarrollo. Sin embargo, la regla de la exoneración de la responsabilidad del deudor por caso fortuito no aplica de manera absoluta en un contrato de suministro. Allí donde la ley hace responsable al

¹¹²¹ Salvo las excepciones que ya hemos comentado anteriormente; a saber: que la obligación estuviese sometida a un plazo esencial, que se hayan frustrado las expectativas de acreedor o que se prolongue el incumplimiento. En este último sentido, puede verse la STS núm. 744/2014, de 22 de diciembre (ROJ 5379/2014), que declara resuelto un contrato de compraventa de vivienda en donde no se había producido la entrega, sin imputar responsabilidad a la empresa promotora por mor del 1105 CC. El fallo, aunque habla de imposibilidad sobrevenida, no aplica los arts. 1182 y 1184 CC, incardinando la resolución en el art. 1124 del mismo. Ello porque la prestación sí era posible. La entrega de la vivienda en construcción podría producirse cuando la obra finalizase. Pero, como declara el alto tribunal, no puede mantenerse al acreedor en una relación contractual, inicialmente sujeta a un plazo de cumplimiento, indefinidamente.

¹¹²² La obligación de indemnizar por los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento de una obligación se determina en el art. 1101 CC, siendo los artículos que le suceden los que se encargan de determinar el alcance de esta responsabilidad. De ellos, interesa apuntar el 1105 CC, por ser el que prevé la exoneración de esta obligación de indemnizar por el caso fortuito y la fuerza mayor, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M., «Artículo 1101», en SALAS CARCELLER, A., *Código civil. Comentarios y jurisprudencia*, t.II, Sepín, Madrid, p.2936.

¹¹²³ Como veíamos anteriormente, esta exoneración de la responsabilidad no es aplicable a las obligaciones pecuniarias, *vid.* STS núm. 266/2015, de 19 de mayo (ROJ 2344/2015).

deudor en todo caso¹¹²⁴, así como en los casos en los que se ha excluido en el contrato expresamente¹¹²⁵, el deudor seguirá manteniendo el deber de responder por su obligación. En este orden de cosas, es frecuente que en determinados sectores se incorporen al contrato cláusulas que modifican el régimen de responsabilidad de las partes. Los contratantes pueden entrar a describir determinadas situaciones, bien por ser frecuentes en el propio sector en el que se enmarca el contrato, bien porque las partes estimaron altamente probable su materialización y afeción al negocio. Al efecto, se incorpora una previsión específica en tales escenarios, obligando al deudor a desplegar un plus en la diligencia con la que está llamado a comportarse. Esto es, el proveedor, aun habiendo desplegado las máximas reglas de cuidado, no ha podido evitar el incumplimiento de su obligación, y, con ello producir un daño¹¹²⁶. Este deber de diligencia es exigible en todo caso. El deudor será igualmente responsable cuando actúe sin desplegar un cierto grado de diligencia, en función de la naturaleza de la obligación y a la que corresponda con las circunstancias de las partes, el lugar y el tiempo, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1104 CC. Con ello se quiere poner de relieve que no es suficiente con que se produzca un suceso imprevisible e inevitable, sino que además debe ser irresistible, incluso para aquel empresario diligente¹¹²⁷.

¹¹²⁴ La ley civil recoge algunos supuestos en los que el deudor responderá por el incumplimiento de su obligación, aunque tenga su razón en un caso fortuito o de fuerza mayor. Así sucede en los supuestos de retraso de mala fe en la devolución de cosa ajena (457 CC); en los que el deudor se encuentra en mora (1182 y 1096.3 CC), en los de doble disposición (1096.3); en los que el comodatario destina la cosa a un uso diferente al acordado o la conserva en su poder más tiempo del convenido (1744), etc.

¹¹²⁵ El pacto por el que las partes excluyen la aplicación del art. 1105 CC o sencillamente agravan el régimen de responsabilidad es lícito y amparado, además de por el 1255, por el propio 1105 CC, *vid.* DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *op.cit.*, p.728.

¹¹²⁶ Es primordial que el deudor acredite, en función de cada caso en concreto, si pudo remediar o no las consecuencias producidas por el suceso inevitable si hubiese desplegado la diligencia exigible en función de la naturaleza de su obligación, *vid.* DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., «El caso fortuito», *Actualidad civil*, núm. 12 (2020).

¹¹²⁷ Sobre la frecuencia de este tipo de cláusulas en el ámbito mercantil nos habla CARRASCO PERERA, Á. y FONTES MIGALLÓN, I., *Construyendo contratos. Estrategias*

B. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR LA EXPIRACIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA. LA PRÓRROGA DEL CONTRATO.

La relación contractual establecida entre las partes mediante el contrato de suministro puede extinguirse por otras causas sobrevenidas distintas de las anteriores, como es el cumplimiento de las obligaciones, el mutuo acuerdo entre las partes o por la voluntad de uno de los contratantes, ya sea por la pérdida de la confianza en su contrario o por el incumplimiento de sus obligaciones. A estas causas pueden añadirse otras, recogidas expresamente en el contrato, como la expiración del plazo de vigencia. Este supuesto tiene una especial relevancia en el contrato de suministro, dado su tracto sucesivo.

Los contratos duraderos pueden incorporar un pacto específico respecto a su vigencia, o, no incluyéndolo, su duración puede estar implícita en el programa contractual (contratos de duración determinada). Por el contrario, también pueden guardar absoluto silencio sobre esta cuestión (contratos de duración indeterminada). Del mismo modo, los contratos de suministro verbales en los que no se haya pactado un plazo desplegarán su vigencia de forma indefinida¹¹²⁸. Esta diferencia tiene importantes consecuencias en lo que respecta a la extinción del contrato y, lógicamente, en lo referente a las consecuencias por dicha extinción. Así, por ejemplo, en un contrato de duración determinada la doctrina considera que las partes están en condiciones de valorar la posibilidad de amortizar las inversiones realizadas, con lo que, expirado el tiempo

para la praxis negocial, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 76. Exponen los autores que normalmente el suceso tiene carácter pasajero, por lo que las partes buscan esquivar las consecuencias que podría tener un conflicto previendo la situación y las vías de escape, adaptando el contrato ante esta situación. Unas previsiones que en determinadas situaciones pueden quedarse cortas, como ha sucedido durante la pandemia de la CoVID-19.

¹¹²⁸ En este sentido, SSTS núm. 547/2013, de 2 de octubre (ROJ 5020/2013), respecto de un contrato de distribución no formalizado por escrito que estuvo en funcionamiento durante diecisiete años; y núm. 569/2013, de 8 de octubre (ROJ 4938/2013), sobre un contrato también de distribución que estuvo vigente durante veinte años.

del contrato y producida la terminación regular, no cabe plantear una reclamación.

Los contratos de duración determinada incorporan una previsión específica respecto de su plazo de vigencia, con lo que se puede señalar con certeza cuándo termina la relación contractual. El propio pacto contiene cláusulas relativas a su periodo de vigencia, señalando un día cierto, un plazo de duración, un acontecimiento futuro o, no conteniendo un pacto expreso, pudiendo inferirse del contenido del contrato. En estos casos, la terminación del contrato obedece a su propio cumplimiento. La duración determinada convencionalmente es una obligación contractual. Hasta la arribada del *dies*, el plazo resulta obligatorio para ambas partes, quienes miden la ganancia que esperan obtener del contrato y organizan su actividad empresarial en función de la duración convenida¹¹²⁹. La resolución unilateral del contrato sin respetar este pacto equivale a un incumplimiento¹¹³⁰. Las partes solo podrían desvincularse por justa causa o, de lo contrario, mediando una indemnización por la resolución contractual extemporánea de conformidad con el art. 1101 CC¹¹³¹.

¹¹²⁹ El plazo es obligatorio para las partes, quienes deben respetarlo como obligación contractual que es, *vid.* VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.52. De modo que el desistimiento unilateral *ad nutum* no procede en los contratos de duración determinada, en donde la desatención del plazo constituiría un supuesto de incumplimiento contractual, *vid.* STS núm. 504/2007, de 14 de mayo (ROJ 3394/2007).

¹¹³⁰ Por todas, las STS núm. 502/1994, de 30 de mayo (ROJ 4208/1994), para la que «la denuncia unilateral del contrato antes del plazo pactado y sin que se acredite que ello obedece a un incumplimiento contractual de la otra parte es productora *per se* de daños y perjuicios que generan la obligación de indemnizar».

¹¹³¹ En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm.285 (2012), pp.109 y 110, en donde distingue la resolución del contrato sin respetar el plazo de preaviso de la resolución del contrato sin respetar el plazo de duración del contrato, haciendo hincapié en que los conceptos indemnizables del primer caso, limitados a los daños producidos por la falta de preaviso, no tendrán el mismo alcance que en el segundo caso, que abarcan los daños resarcibles por un incumplimiento resolutorio del contrato por infringir el plazo de duración pactado.

Por lo general, la llegada del *dies* determina la extinción del contrato por expiración de su vigencia. El contrato quedará resuelto. Una extinción que operará de manera automática, sin que ninguna de las partes esté obligada a continuar la ejecución de sus obligaciones. Sin embargo, los contratos duraderos responden a particularidades respecto a su extinción por el transcurso del plazo pactado. Y es que una relación contractual duradera podría ser conservada más allá de la fecha de vigencia inicialmente convenida por el mero desarrollo de las obligaciones contraídas por las partes, a través de las figuras de la prórroga y de la renovación del contrato.

La sujeción del suministro a los deberes derivados del principio de buena fe contractual impone en ambas partes una obligación al respecto. Aunque se tratará de una solución circunstanciada –por cuanto no podría predicarse del mismo modo respecto de aquellos contratos de suministro de prendas que cubran una temporada o campaña estacional como de aquellos contratos de suministro de componentes o accesorios de larga duración–, sería conveniente que las partes se mantuviesen informadas respecto de la voluntad o intención de no continuar la relación contractual ante la inminente llegada de la fecha de vencimiento de la vigencia del contrato pactada¹¹³². Esta voluntad o intención podría exteriorizarse de diversas maneras, *v.gr.*, manifestando que no se desea continuar con el contrato de suministro, solicitando indicaciones respecto a la devolución de la maquinaria cedida o a la liquidación de los *stocks*, refiriendo a la forma de liquidar la relación, o, allí donde se ha previsto la extensión de la vigencia contractual mediante una prórroga o renovación automática, oponiéndose al juego de estos pactos. El elemento clave es que se ponga de manifiesto el interés inequívoco de una parte en desprenderse del contrato a la llegada de la

¹¹³² El cumplimiento de un contrato de duración, informado por el principio de buena fe, recomienda que se dirija una comunicación con suficiente antelación a la contraparte poniendo de manifiesto la inmediatez del límite de vigencia contractual y, con ello, su finalización. Al amparo del art. 57 del Código de comercio, cabría hablar de una obligación de preavisar a la parte contraria de la fecha de fin del suministro, aunque contractualmente se haya pactado una fecha de vigencia, *cfr.* GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.130. La comunicación suele darse en la práctica y, de hecho, es frecuente que se incorpore una previsión contractual sobre el particular en el clausulado, *vid.* VAQUERO PINTO, M.J., *Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido, op.cit.*, p.525.

fecha de vencimiento y, por tanto, de dar por finalizada la relación contractual. Una finalización que se producirá por el transcurso natural del tiempo del contrato, es decir, dentro de los cauces regulares previstos en el mismo. La falta de esta comunicación equivaldrá a una actuación contraria a los deberes que impone la buena fe. Su desatención podría generar expectativas razonables respecto a su continuidad en la contraparte, quien podría promover un expediente de responsabilidad por los daños ocasionados¹¹³³.

La extensión de la duración de un contrato de duración determinada puede producirse mediante una prórroga de su vigencia o por una renovación del mismo. Ambas figuras, aunque semejantes, operan de manera distinta. De acuerdo con la distinción formulada por la doctrina, la prórroga supone una prolongación de la duración inicial¹¹³⁴, mientras que la renovación implica que el contrato se regenera, esto es, que se generaría un nuevo contrato, sucesor del anterior, sin perjuicio de que la renovación se produzca sin solución de continuidad respecto del primero¹¹³⁵. Así, las obligaciones de las partes a partir de la renovación no serían las derivadas del primer contrato, sino del que le sucede,

¹¹³³ VAQUERO PINTO, M.J., *Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido*, op.cit., p.525. Estas razonables expectativas deben tener suficiente entidad, ya que la duración determinada forma parte del pacto que debe ser respetado.

¹¹³⁴ Puede verse en este sentido el curioso caso resuelto por la STS núm. 269/2020, de 9 de junio (ROJ 1589/2020), por la que se examina un contrato que recogía una prórroga indefinida. Esto es, una cláusula de prórroga que estaba llamada a reproducirse continuamente, por cuanto de su redacción que desprendía que la parte solo podía oponerse a la prórroga en caso de incumplimiento de la contraparte. El alto tribunal rechaza que la prórroga pueda ser indefinida, y resuelve que la parte podrá poner fin a la relación libremente en el momento de vencimiento y antes de la prórroga contractual.

¹¹³⁵ GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, op.cit., p.424; COBACHO GÓMEZ, J.A., «Artículo 1566. Tácita reconducción del contrato al término del arrendamiento», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, op.cit., p.420. A pesar de la distinción, es común en la práctica que ambos términos vengán confundidos, no solo en el propio contrato, sino por la jurisprudencia.

mientras que con la prórroga se produciría una conservación del contrato primitivo, cuya vigencia se extendería durante un mayor plazo de tiempo¹¹³⁶.

Es frecuente que se incorporen este tipo de cláusulas en los contratos duraderos, con las que se extiende la duración del contrato por plazos que pueden ser idénticos a los pactados originalmente o tener una duración inferior, con lo que pueden producirse renovaciones del plazo de vigencia contractual mediante prórrogas sucesivas¹¹³⁷. No obstante, la solución anterior puede ser contraria a los intereses perseguidos por las partes. Cuando la prórroga se produce por un plazo idéntico al inicial, podría extenderse excesivamente el plazo de vigencia allí donde el contrato de suministro esté sometido a un plazo de larga duración, *v.gr.*, un contrato de diez o de quince años¹¹³⁸. Para evitar estas situaciones, la doctrina recomienda prórrogas por periodos breves o una prórroga indefinida. Esta solución podría adaptarse mejor a sus pretensiones.

A mayor abundamiento, los contratos de suministro por tiempo determinado que continúan siendo ejecutados por ambas partes después de

¹¹³⁶ Al contrato que se prorroga no debe ser aplicable por analogía el sistema de la tácita reconducción previsto para ciertos contratos de arrendamiento. La solución de los arts. 1566, 1577 y 1581 CC es aplicable para los contratos de arrendamiento de cosa, muebles e inmuebles, como recuerda QUICIOS MOLINA, M.S., «Artículo 1566», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t.VIII, *op.cit.*, p.11088, pero no es adecuada para los contratos mercantiles como el de suministro. Mientras que en los primeros el pago del precio suele ajustarse a un plazo de tiempo coincidente con un periodo natural (día, mes o año), en el contrato de suministro el pago del precio puede variar, en función de los intereses de las partes. Cabe acoger una opción de pago periódico, pero también un pago cambiante cuando el suministrado señala los momentos de entrega. La falta de regularidad desaconseja acudir a la regla de la tácita reconducción.

¹¹³⁷. *Cfr.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2298.

¹¹³⁸ Son contratos de larga duración que pueden ser antieconómicos cuando el plazo es obligatorio. Piénsese en un contrato decenal que se prorroga por otro plazo equivalente. Sobre la problemática de este tipo de contratos de larga duración en el Derecho de consumo, *vid.* MOLINS SANCHO, F., *El contrato de mantenimiento de ascensores*, *op.cit.*, pp. 173-213.

transcurrido el plazo inicialmente previsto se consideran contratos de duración indefinida por la doctrina, en línea con la propuesta que se contenía en el PCM¹¹³⁹. En estos casos, se produce una transformación de la duración del contrato, que pierde su carácter determinado¹¹⁴⁰. El contrato de suministro se transformaría en un contrato de duración indeterminada, sometiéndose a la extinción por la libre resolución *ad nutum* de cualquiera de las partes¹¹⁴¹.

C. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR DESISTIMIENTO UNILATERAL. EL PREAVISO

El carácter indefinido del contrato de suministro determina que el negocio no está sometido a una duración determinada. La falta de determinación de la duración del contrato puede deberse a una extensión *sine die* de su periodo de vigencia o ser consecuencia de un pacto expreso contenido en su clausulado. Esto es, la duración indeterminada de un contrato puede ser original, cuando se ha guardado silencio respecto a su extensión temporal, o sobrevinida, cuando el contrato de suministro de duración determinada se transforma, ya sea por la aplicación de una prórroga indefinida, ya sea como resultado de que las partes continúan en la ejecución de sus obligaciones al finalizar el plazo

¹¹³⁹ MAROÑO GARGALLO, M.M., y GARCÍA VIDAL, Á., *El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil*, op.cit., p.1379.

¹¹⁴⁰ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales*, op.cit., p.171, habla de *tácita reconducción* contractual para explicar que el contrato de agencia (24.2 LCA) extiende su vigencia convirtiéndose en un contrato de duración indefinida al haberse superado el plazo inicialmente pactado. Sin perjuicio de la razón que acompaña al autor, y de la adecuada solución que supone convertir el contrato en un negocio de duración indefinida, calificar esta transformación como *tácita reconducción* puede llamar a engaño, por recordarnos a la figura recogida en los arts. 1566, 1577 y 1581 CC, que aplicada al contrato de duración determinada podría llevarnos a la conclusión de que el mismo se renueva por plazos anuales o mensuales, en línea con lo dispuesto en estos artículos.

¹¹⁴¹ Entre los autores que defienden esta solución, por ser más adecuada a los intereses de las partes y por el perjuicio que puede llevar en determinados casos obligarles a respetar un plazo de preaviso por periodos muy largos, *vid.* ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 10 (2012), p.36.

de duración inicial. En uno u otro caso, el suministro se transforma en un contrato de duración indeterminada, con el consiguiente efecto de que vinculará a las partes de manera indefinida¹¹⁴².

Un contrato de duración, en general, y de suministro, en particular, por tiempo indefinido, no significa que sea un negocio perpetuo o de carácter *ad aeternum*. Esta solución resultaría, a todas luces, contraria en nuestro ordenamiento¹¹⁴³. En el marco de una relación contractual duradera e indefinida cualquiera de las partes puede extinguir, a su sola voluntad, un contrato de duración indefinida. Nadie está obligado a mantenerse en un contrato de suministro de forma perpetua¹¹⁴⁴. Ante el carácter indefinido de un negocio, cualquiera de las partes estará facultada para concluirlo, sin tener que ajustar su decisión solutoria a una

¹¹⁴² Esta opción es aplaudida por ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.42. También MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.* pp.117 y ss. Igualmente, es la opción acogida por la LCA, cuyo art. 24.2 reputa que los contratos por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados tras el transcurso del tiempo inicialmente pactado se considerarán transformados en contratos de duración indefinida. Misma regla se contiene en el PLCD, en su proyectado art. 22.2.

¹¹⁴³ «La perpetuidad del vínculo contractual es opresiva y odiosa por ser contraria tanto a la libertad personal como al orden público, a la organización de la propiedad y a los intereses generales de la economía. De ahí la imposibilidad de mantener vinculadas a las partes en relaciones indefinidas que les impongan el deber de realizar prestaciones tal y como, por lo demás, se establece de manera expresa por el legislador para determinadas relaciones obligatorias (arts. 1594, 1705, 1732, 1750 CC, 25 de la Ley del contrato de agencia, etc.)», STS núm. 269/2020, de 9 de junio (ROJ 1589/2020).

¹¹⁴⁴ A pesar de ello, no en pocas ocasiones los operadores jurídicos, o las propias partes contratantes, tratan de buscar motivos que justifiquen la rotura de la relación. De modo que buscan fundamentar la decisión en causas de incumplimiento forzadas, generando el desacuerdo con la parte contraria y abriendo un conflicto fácilmente evitable, pues no se debe perder de vista que el desistimiento unilateral es una facultad ambas partes cuando el contrato es indefinido. *Cfr.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *El contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, pp.131-132, quien pone de relieve que el desistimiento sin causa o *ad nutum* no exige comunicar las razones por las que se pone fin a la relación contractual. No obstante esto, reconoce el autor que la razón por la que se tienden a forzar pretendidos incumplimientos es evitar sujetarse a un plazo de preaviso o tener que indemnizar a la parte por la rotura de la relación contractual.

justificación concreta¹¹⁴⁵. Ahora bien, esta resolución no es totalmente libre. Los intereses contrapuestos que subyacen en la relación duradera indefinida y los deberes derivados del principio de buena fe obligarían a la parte que pretende desvincularse del contrato a compensar a su contraria por los daños y perjuicios que su decisión pudiera provocar¹¹⁴⁶.

Como regla, un contrato de suministro de duración indefinida puede ser extinguido en cualquier momento mediante la denuncia unilateral por cualquiera de las partes. Esta denuncia es una facultad implícita en los contratos sin plazo de duración¹¹⁴⁷. Se trata de una declaración de voluntad tendente a extinguir una relación contractual, que se sujeta a las reglas de la buena fe y la equidad, y que no exige motivo o justificación alguna. La extinción unilateral de un contrato de duración indefinida operaría sin perjuicio de que se haya recogido o no en el contrato

¹¹⁴⁵ En el ejercicio de esta facultad deben respetarse unos límites, *vid.* VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil, op.cit.*, p.52. Una solución distinta a la que se encuentra en los artículos 1543 y 1581 del Código civil, en sede de arrendamiento, que tienen carácter supletorio respecto de la legislación especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Arrendamientos Rústicos, y que presume el arrendamiento hecho por años cuando se haya fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario, *cfr.* CABREJAS GUIJARRO, M.M., «Contrato de arrendamiento. Duración indefinida», *Revista CEF Legal*, núm.106 (2009), p.13.

¹¹⁴⁶ *Vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «Gastos de confianza o inversiones específicas, ¿qué debería ser objeto de indemnización en la Ley de Contratos de Distribución?», en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, M. y RUIZ PERIS, J.I., (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.505. Respecto a esta cuestión, también VÁZQUEZ ALBERT, D., «Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.168.

¹¹⁴⁷ Su admisión en Derecho se apoya en la prohibición de las relaciones *ad aeternum*. La denuncia unilateral debe contemplarse como una medida correctora de aquellos contratos que contradicen este principio. Además, es la opción que mejor se adecúa a los intereses de las partes y del mercado. Sancionar los contratos indefinidos con su nulidad sería contrario a la economía, tanto de las partes como del resto de tráfico socioeconómico. En cambio, obligar a las partes a mantener la relación contractual eternamente atenta contra la relación obligatoria y limita la libertad de los contratantes.

expresamente la posibilidad de darlo por terminado en cualquier momento. Su silencio no impide que pueda resolverse *ad nutum*¹¹⁴⁸, por ser una facultad inherente a cualquier contrato de duración indefinida¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ Singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 del Código de Comercio, que exige de la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa que preavise a la contraria, STS núm. 485/2012, de 18 de julio, una obligación que puede incardinarse en los principios de buena fe y equidad contractual, *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil, op.cit.*, p.426.

¹¹⁴⁹ Nuestro Derecho prohíbe vinculaciones contractuales eternas, por ser opresivas y contrarias a la libertad de contratación; lo que habilita a cualquier parte contratante en un contrato de duración ponerle fin en cualquier momento, pero siempre que se respete un plazo de preaviso razonable, atendidas las circunstancias de cada caso, *cfr.* CORBERÁ MARTÍNEZ, J.M., «Contrato de suministro *just in time*. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras la resolución del contrato. Comentario a la STS núm. 593/2016 de 5 de octubre de 2016», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.104 (2017), p.166.

El ejercicio de este derecho de resolución *ad nutum*, sin embargo, debe sujetarse a ciertas exigencias o condiciones, a través de los que se pretende mantener un equilibrio entre la facultad de resolución *ad nutum* del contrato y el interés de la contraparte, para quien la duración del contrato se traduce en unas expectativas concretas, ya sea una ganancia económica o la satisfacción de una necesidad. Exigencias que se derivan del principio de buena fe, que determina que se deban rechazar por abusivas aquellas terminaciones intempestivas. En este sentido, la buena fe impone un deber de comportamiento que se traduce en la materialización de una denuncia unilateral sujeta a unos requisitos formales, que si bien no afectan a la validez de la terminación *ad nutum*¹¹⁵⁰, sí permiten tutelar el interés de la parte que ve resuelto el contrato¹¹⁵¹, además de servir como cauce para reducir los perjuicios y daños por esta resolución unilateral¹¹⁵².

Al efecto, cabe mencionar tres requisitos formales que deberían ser observados para adecuar el desistimiento unilateral del contrato a la buena fe contractual. El primero de ellos es la necesidad de emplear un canal

¹¹⁵⁰ El desistimiento producirá efectos, siendo eficaz para terminar con el contrato, aunque la parte que desiste lo haga incumplimiento los requisitos formales pactados o que comentamos, *vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.132.

¹¹⁵¹ Deriva esta exigencia de la oportunidad del art. 302 CCo, que exige cursar un preaviso. De acuerdo con la doctrina, este deber sería extrapolable por regla de analogía a otros contratos de duración, como ahora el suministro, *vid.* VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.52. Supone la imposición de ciertos requisitos formales tendentes a proscribir el ejercicio abusivo de este derecho, de forma que la facultad de desistimiento sea ejercitada *de forma oportuna*, LLORENTE SAN SEGUNDO, I., *Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución*, *op.cit.*, p.125.

¹¹⁵² La función principal del plazo de preaviso es permitir que la relación se prolongue durante el tiempo suficiente que permita a la contraparte adoptar las medidas necesarias para reducir o evitar las consecuencias desventajosas derivadas de esa extinción del contrato, *vid.* VAQUERO PINTO, M.J., *Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido*, *op.cit.*, p.526. De tal modo que la infracción del preaviso habilita a la parte perjudicada por su desatención a reclamar una indemnización por los daños que se le han causado, sin que pueda ser sustituida la indemnización por la continuación de la relación contractual negando eficacia al desistimiento unilateral.

de comunicación escrito, ya sea por razones de seguridad en el tráfico mercantil, ya sea para preconstituir prueba para un eventual conflicto judicial, es aconsejable que esta comunicación revista forma escrita y que la notificación sea fehaciente¹¹⁵³. Por otro lado, el contenido de la comunicación deberá expresar el deseo de la parte de terminar el contrato de duración indefinida, sin necesidad de esgrimir las causas que justifican esta la decisión¹¹⁵⁴. Lógicamente existirá un motivo, que será interno de la empresa que desiste. Responderá a razones de política o estrategia empresarial. Pero este motivo carece de relevancia jurídica y no tiene por qué exteriorizarse ni compartirse con la contraparte¹¹⁵⁵. Bastará con poner en su conocimiento la decisión de extinguir el contrato unilateralmente¹¹⁵⁶. De hecho, la doctrina ha apuntado la frecuen-

¹¹⁵³ La denuncia unilateral mediante preaviso por escrito es la regla para la extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido, *ex art.* 25.1 LCA. El proyectado art. 23.1 PLCD contenía una norma idéntica, siendo además propio de las relaciones contractuales, sean mercantiles, civiles o laborales, que las comunicaciones que pretendan crear, extinguir o modificar una situación jurídica se canalicen a través de escritos despachados mediante burofax como medio de comunicación fehaciente. Podríamos afirmar, incluso, que constituye un uso o costumbre de la práctica jurídica.

¹¹⁵⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., *La terminación de los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.15, estas cláusulas revisten un especial interés en los contratos de distribución, donde el interés común perseguido por ambas partes justifica su incorporación al contrato. Admitiendo también la facultad de resolución *ad nutum*, *vid.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2308. GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, *op.cit.*, pp.132-133 habla de la facultad de desistimiento unilateral, admitiendo su operatividad en los contratos de duración indefinida independientemente de que se haya previsto o no.

¹¹⁵⁵ La terminación *ad nutum* de un contrato de duración indefinida estará basada en algún motivo, pues la decisión no se adopta en el vacío. Puede deberse a que se ha satisfecho completamente la necesidad que el suministro venía a atender; porque se ha encontrado un nuevo proveedor al que adquirir los productos; por razones de estrategia empresarial, etc. La justa causa no constituye un requisito esencial de la denuncia unilateral; y, de hecho, en aquellos casos en los que se introduce en la denuncia del contrato las razones por las que adopta esta decisión se genera confusión en la parte, *cfr.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales*, *op.cit.*, p.168.

¹¹⁵⁶ La exigencia en el contrato de que concurra una justa causa para darlo por terminado nos sitúa en el terreno de la resolución unilateral, que a menudo se confunde

cia con la que se alegan presuntos incumplimientos en el comportamiento de la contraparte, con lo que se pretende dar una justificación a la decisión de resolución *ad nutum*. A mayor abundamiento, con la denuncia de supuestos incumplimientos se busca esquivar una posible indemnización por la terminación unilateral del contrato, de suerte que se enmascaran denuncias unilaterales en presuntos incumplimientos¹¹⁵⁷.

con la facultad de desistimiento que venimos comentando por operar unilateralmente. En este sentido, VAQUERO PINTO, M.J., *El arrendamiento de servicios: propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, p.394, quien propone como criterio de distinción entre la resolución unilateral del contrato y el desistimiento unilateral que contractualmente se prevea la necesidad de exponer una causa o motivo de terminación.

¹¹⁵⁷ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales*, *op.cit.*, p.169.

Finalmente, respecto al tercer requisito formal, la denuncia unilateral debe trasladarse con una antelación suficiente antes de que surta efectos; es decir, la voluntad de extinguir la relación contractual debe cursarse con un preaviso adecuado. El preaviso actúa como un elemento corrector de la facultad de desistimiento. Su ejercicio adecuado permite una extinción regular y ordenada de un contrato de duración indefinida¹¹⁵⁸. La finalidad del plazo de preaviso es la de proporcionar a la parte desistida de un plazo de tiempo adecuado en el que se puedan adoptar las medidas oportunas que reduzcan, o incluso eviten, los perjuicios que la ruptura de la relación contractual producirá¹¹⁵⁹. Este tercer requisito formal resulta ser el más conflictivo de todos, dada la variada casuística que se produce en los contratos duraderos, especialmente los de distribución, profundamente influidos por los plazos de preaviso legalmente previstos para el contrato de agencia, así como la inseguridad jurídica que plantea para la parte que termina unilateralmente el contrato¹¹⁶⁰. A este respecto, determinar qué plazo de preaviso es razonable no es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia y doctrina. Alguna voz entiende que un plazo de preaviso razonable sería el contemplado la legislación de la agencia; a saber: un mes por cada año de vigencia contractual, hasta un máximo de seis mensualidades, salvo pacto en sentido contrario¹¹⁶¹. Un plazo que, de hacerse extensivo a los contratos de suministro en los que se guarda silencio al respecto, arrojaría seguridad jurídica a la relación, por cuanto se dispondría de una regla común a los contratos de duración en un aspecto, de por sí, conflictivo, como es la terminación de una relación jurídica. Sin embargo, conforme tiene declarado la jurisprudencia, no procede la aplicación automática del art. 25 LCA, que, fuera del ámbito de aplicación de esta norma, tiene un alcance orientativo o referencial, pudiendo extenderse el preaviso hasta una anualidad a la vista de las circunstancias¹¹⁶². En este orden, es también interesante destacar la distinción que se contenía en el PCM respecto a el preaviso que debía operar en los contratos de distribución, semejantes a los que actualmente operan para el contrato de agencia, y los plazos previstos para el suministro, de tres meses, salvo que el contrato hubiese tenido una vigencia inferior a un año, en cuyo caso sería suficiente una notificación mínima de un mes¹¹⁶³.

La relevancia que tiene el plazo de preaviso en las relaciones contractuales duraderas ha llevado al legislador a contemplar un periodo de notificación mínima en aquellas situaciones en las que se produce una situación de dependencia económica. De conformidad con el art. 16.2 LCD, la ruptura de una relación contractual sin que se haya respetado un plazo de preaviso, escrito y preciso, con una antelación mínima de seis meses, sin importar la duración del contrato, será considerada desleal¹¹⁶⁴. Con ello se pone de manifiesto tanto la importancia del

¹¹⁵⁸ De hecho, precisamente por tratarse de una terminación ordenada del contrato no genera ningún derecho a ser indemnizado, pues se ha dispuesto del plazo suficiente para reordenar la actividad empresarial. De modo que «no se trata de eliminar el riesgo empresarial» sino de «no agravarlo», *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*, p.105.

¹¹⁵⁹ VAQUERO PINTO, M.J., *Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido*, *op.cit.*, p.527.

¹¹⁶⁰ La disciplina del contrato de agencia determina que se recurra habitualmente a su normativa para solventar los numerosos conflictos que se generan en el seno de los contratos de distribución, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, R., *Desafíos del regulador en materia de contratos de colaboración mercantil*, *op.cit.*, p.111.

¹¹⁶¹ Aun así, la jurisprudencia no ha sido unitaria y, atendiendo a cada contrato en concreto, ha entendido que otros plazos también podrían ser razonables y adecuados, lo que deja una interpretación flexible de la materia y, con ello, cierta inseguridad jurídica para la parte que resuelve, que no puede saber con absoluta certeza si su actuación está siendo conforme a Derecho o no, *vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales*, *op.cit.*, pp.167-168. Del mismo autor, *Los contratos de distribución comercial*, *op.cit.*, p.132.

¹¹⁶² STS núm. 502/2016, de 19 de julio (ROJ 3627/2016).

¹¹⁶³ MAROÑO GARGALLO, M.M., y GARCÍA VIDAL, Á., *El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil*, *op.cit.*, p.1380. La propuesta contenida en el PCM contrasta con los plazos de notificación mínima que se recogían para los contratos de distribución, de un mes por cada año de duración con un máximo de seis meses (art. 543-20), *vid.* ALONSO SOTO, R.J., *La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil*, *op.cit.*, p.1174.

¹¹⁶⁴ *Vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *Abuso de dependencia económica en las redes de distribución*, *op.cit.*, p.217. Este plazo ha sido aplicado en alguna ocasión, *vid.* la STS núm. 593/2016, de 5 de octubre (ROJ 4271/2016), en el que la resolución de un contrato de suministro suscrito en 1990 sin respetar un plazo de preaviso fue reputado contrario a la buena fe y desleal al amparo de este precepto.

preaviso como la necesidad de que se produzca con suficiente antelación para que la parte que se encuentra en una situación de dependencia económica pueda minimizar el impacto que le supone la terminación de una relación jurídica de estas características. Este plazo será imperativo en todos supuestos de dependencia económica, pudiendo aumentarse pero no reducirse en el contrato¹¹⁶⁵.

La falta de respeto del plazo de preaviso, ya sea el contractualmente previsto, el derivado por los deberes de la buena fe contractual o el aplicable por imperativo legal, no afecta a la validez del desistimiento unilateral. El contrato de suministro de duración indefinida podría darse por concluido sin necesidad de atenerse a un periodo mínimo de comunicación anticipada. Ahora bien, como tiene declarado la doctrina, la resolución libre no significa resolución sin consecuencias¹¹⁶⁶. Una denuncia unilateral intempestiva habilita a la parte afectada a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por este comportamiento¹¹⁶⁷. El alcance de esta responsabilidad se abordará más adelante.

¹¹⁶⁵ La norma es aplicable a cualquier tipo de relación contractual en la que se produzca una situación de dependencia económica, de modo que el legislador reputa desleal la conclusión o ruptura de esa relación sin conceder un plazo de preaviso de seis meses. Es importante apuntar que el plazo es aplicable tanto allí donde no se ha recogido un plazo de preaviso, como en los contratos en los que, recogién dose, es inferior a los seis meses, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria*, *op.cit.*, p.126.

¹¹⁶⁶ Los problemas que genera la falta o adecuación del plazo de preaviso ante el quebranto económico que se produce en la parte que lo sufre son constatables si acudimos al sector de los agentes comerciales. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado», *Anuario de Derecho Civil*, vol.38, núm.1 (1985), pp.61 y ss. hace una exposición de los injustos que se producían con anterioridad a la promulgación de la Ley del Contrato de Agencia.

¹¹⁶⁷ El derecho a la denuncia del contrato indefinido no puede ser un cauce para la arbitrariedad y el abuso de derecho. La buena fe exige que resolución inesperada de una relación contractual vaya, cuanto menos, precedida de un plazo razonable que permita a la parte afectada poder maniobrar y reducir los daños que con absoluta certeza le ocasionará la extinción del contrato indefinido, *vid.* QUINTÁNS EIRAS, M.R., *La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996, op.cit.*, p.610. Esta regla se plasma en el art. 1563

D. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO POR INCUMPLIMIENTO. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Entre las causas unilaterales de resolución de un contrato se encuentra la decisión unilateral de resolverlo como respuesta a un comportamiento incumplidor por el deudor. Esta facultad se reconoce por ley en las obligaciones sinalagmáticas (1124 CC), para el caso de que una parte no cumpa con sus obligaciones para con la otra parte, instante de la resolución por incumplimiento. La existencia de un vínculo contractual vigente, del cual se derivan obligaciones recíprocas y exigibles entre ambas partes, las cuales son infringidas de forma grave por una de ellas, autorizan a la parte cumplidora de sus propias obligaciones a instar una resolución del vínculo¹¹⁶⁸. La resolución por incumplimiento no está sujeta a un plazo de preaviso, dado que la eficacia de la resolución es, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina, automática, de modo

del *Codice civile*. Ante la dificultad de determinar un plazo de preaviso razonable para todos los contratos de suministro de duración indefinida, el legislador italiano atiende a la particular naturaleza del contrato en cuestión para juzgar si tal plazo de preaviso es o no razonable, pues la antelación deberá modularse según el tipo de suministro de que se trate. No operará igual en todos los suministros, debiendo atender tanto a la clase de productos, como al alcance de las obligaciones accesorias al suministro que se hayan previsto en el contrato. AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2308 entiende adecuado atender, como mínimo, a un mes de anticipación, siguiendo lo dispuesto en el artículo 302 del Código de comercio para el mandato mercantil.

¹¹⁶⁸ En torno al concepto de incumplimiento, puede verse DÍEZ PICAZO, L., «En torno al concepto de incumplimiento», en SOTO COAGUILA, C.A. (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p.4, y la crítica que hace al art. 1101 CC, el cual sujeta la indemnización por daños y perjuicios, por un lado, a una conducta subjetiva que exige un juicio de valor del deudor (el dolo y la negligencia); por otro, a una figura que se regula con cierta objetividad, como es la morosidad; para, finalmente, cerrar la exposición una referencia que no exige ningún juicio de valor: «cualquier tipo de contravención del tenor de la obligación».

que opera desde que se adopta la decisión unilateralmente por el acreedor¹¹⁶⁹. Además, tampoco discrimina entre contratos de duración determinada y de duración indefinida, ni genera una obligación de compensación por los daños y perjuicios causados¹¹⁷⁰.

El incumplimiento es un concepto jurídico que admite multitud de conductas por el deudor, que actúa en contra de lo pactado en el contrato. Pero, sin embargo, no todas ellas tendrán acogida en el art. 1124 CC. Mientras el concepto de incumplimiento es amplio y circunstanciado, no todos los supuestos tienen encaje en el art. 1124 CC. Como tiene señalado la doctrina, no es fácil determinar con previsión qué quiso decir el legislador cuando habló del deudor que «no cumpliera» con su obligación¹¹⁷¹. No se tratará de un incumplimiento en el más propio sentido, ni por morosidad. De hecho, la jurisprudencia ha calificado la resolución como excepcional¹¹⁷².

Los intentos doctrinales de sistematizar las formas o clases de incumplimiento ofrecen una amalgama de grados o modalidades, en función de la gravedad de la conducta del deudor, de la negligencia o diligencia imputable al deudor, de la trascendencia del comportamiento dentro del

¹¹⁶⁹ Esta cuestión ha sido largamente discutida. Existió una corriente jurisprudencial que afirmaba que la facultad resolutoria de un contrato sinalagmático por incumplimiento se limitaba a una *petición* al tribunal para declarar la extinción del vínculo contractual. Es decir, la resolución era declarada por el juzgador que conocía del asunto, con lo que, salvo que el deudor aceptase la declaración unilateral del acreedor de resolver el contrato, ésta carecía de verdaderos efectos extintivos. En este orden, puede verse SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1124, op.cit.*, p.270.

¹¹⁷⁰ Más bien al contrario, es la parte que resuelve la que está facultada para resarcirse de los daños por infringir lo convenido, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general, vol. I, op.cit.*, pp.205 y ss.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, *op.cit.*, p.197.

¹¹⁷² El incumplimiento de una obligación presenta dos matices: uno fáctico, sujeto a la práctica de una prueba que acredite unos hechos, y otro jurídico, en el que el juzgador debe subsumir tales hechos dentro del concepto de incumplimiento resolutorio al que se refiere el art. 1124 CC, STS de 26 de marzo de 1996 (ROJ1854/1996).

programa contractual, etc.¹¹⁷³. Con lo que, a pesar de la simplicidad con la que el Código civil y el Código de comercio abordan el incumplimiento, la variedad de supuestos dificulta el tratamiento de esta causa de resolución¹¹⁷⁴.

En el contrato de suministro, el incumplimiento admite igualmente una variada casuística¹¹⁷⁵. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de sentencias de supuestos relativos al incumpli-

¹¹⁷³ Para JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M., «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera: cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones», en GARRIDO DE PALMA, V.M., *Instituciones de Derecho privado, III*, t.I, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.181-182, el incumplimiento puede ser subjetivo, circunstancial u objetivo, localizando en el primero las conductas negligentes y las dolosas, en el segundo los incumplimientos retrasados y los definitivos, y en el último el total y el defectuoso. Más esquematizada es la sistematización que nos ofrece FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi Civil*, núm.1 (1997), pp.51-86.

¹¹⁷⁴ GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral, II*, Bosch, Barcelona, 2010, pp.1112 y ss., esboza las distintas concepciones que puede tener la conducta incumplidora del deudor. Nos puede colocar ante un simple retraso en su ejecución que no impide que el contrato llegue a su buen fin, como sucede cuando el pago sigue siendo posible y útil para el acreedor, o cuando los defectos que presenta la cosa pueden ser reparados mediante una nueva entrega o una reducción del precio. En todo caso, «será una cuestión de hecho, que deberán abordar los tribunales, discernir en cada caso concreto si hay que apreciar la existencia de cumplimiento defectuoso o de incumplimiento, comparando la prestación debida y la ejecutada». DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.647, apunta la imprecisión terminológica del lenguaje jurídico en torno al incumplimiento de una obligación contractual, que conduce a confusión. Según el autor, dentro del incumplimiento de un contrato caben supuestos de muy diversa índole, algunos verdaderos incumplimientos contractuales; otros supuestos en los que, simplemente, la prestación no puede llevarse a cabo; y otros en los que, a pesar de que el deudor se ha separado de lo convenido, se satisface del mismo modo el interés o expectativas del acreedor.

¹¹⁷⁵ En una relación duradera y estable aumenta el riesgo de posibles cumplimientos defectuosos de las obligaciones. Ante estas situaciones es recomendable que sean las partes contratantes quienes pacten posibles soluciones o vías que permitan articular un incumplimiento o una falta de cumplimiento acorde con el contrato que eviten la resolución del contrato, por lo demás, único remedio que ofrece el Derecho positivo y que difícilmente sea una solución apropiada, cfr. GÓMEZ ASENSIO, C., *Los deberes fiduciarios en los contratos de distribución*, op.cit., p.151.

miento contractual, lo que hace buena prueba de su importancia práctica. El retraso reiterado en las entregas¹¹⁷⁶, la falta de la calidad pactada de la cosa¹¹⁷⁷, la desatención de las obligaciones accesorias o complementarias¹¹⁷⁸ o el impago del precio¹¹⁷⁹ son solo algunos de los supuestos que pueden darse en el desarrollo de un contrato de suministro. Sin embargo, solamente en los casos en los que el incumplimiento puede ser calificado como grave será predicable la solución resolutoria recogida en el 1124 CC. En caso contrario, la infracción no tendrá la suficiente trascendencia como para tener cabida en él¹¹⁸⁰.

a) El incumplimiento leve o inexacto del contrato de suministro

La prestación debida puede ser ejecutada conforme a lo pactado, así como también puede ser incumplida totalmente o, aun cumpliéndose,

¹¹⁷⁶ SSTS núm. 71/2005, de 15 de febrero (ROJ 883/2005), núm. 165/2006, de 24 de febrero (ROJ 935/2006) y núm. 348/2016, de 25 de mayo (ROJ 2292/2016), sobre el retraso en las entregas de la mercancía contratada.

¹¹⁷⁷ STS núm. 680/1992, de 29 junio (ROJ 13472/1992); núm. 22/2009, de 23 de enero (ROJ 70/2009); o núm. 767/2012, de 19 de diciembre (ROJ 8869/2012), sobre el carácter defectuoso de los productos.

¹¹⁷⁸ SSTS núm. 751/2002, de 17 de julio (ROJ 5409/2002), sobre la actitud competitiva y contraria a la buena fe contractual de una de las partes; núm. 189/2009, de 23 de marzo (ROJ 1250/2009), sobre el incumplimiento de la cláusula de suministro exclusivo; núm. 132/2011, de 11 de marzo (ROJ 1243/2011), sobre la fecha de vencimiento de los pagarés sin ajustarse a lo pactado; y núm. 135/2020, de 2 de marzo (ROJ 609/2020), sobre incumplimiento de los plazos fijados en la prestación de servicios adicionales al suministro.

¹¹⁷⁹ SSTS núm. 1077/1994, de 25 de noviembre (ROJ 7627/1994); núm. 20/2007, de 31 de enero (ROJ 437/2007); núm. 309/2008, de 7 de mayo (ROJ 1718/2008); y núm. 258/2019, de 7 de mayo (ROJ 1455/2019), todas ellas sobre el impago de la mercancía suministrada.

¹¹⁸⁰ Díez Pícazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, ob. cit., pág. 700, apunta que la resolución del contrato o exigir su cumplimiento son las dos únicas opciones que contempló el legislador. Por su parte, Echebarría Sáenz, J.A., «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10 (2012), págs.19- 20 señala que estos dos mecanismos de solución de conflictos son insatisfactorios y contrarios al Derecho de los negocios, dejando en manos de las partes encontrar una vía que permita reconducir las discrepancias al tiempo que se conserva el contrato.

no ser realizada exactamente como se debía. El no cumplimiento exacto, que no deja de ser una modalidad de incumplimiento, abarca el incumplimiento total de la obligación, pero también el cumplimiento inexacto o cumplimiento leve. Se habla de incumplimiento total o definitivo cuando se produce una falta total de ejecución de la prestación, lo cual admite una multitud de supuestos en función de las circunstancias de cada caso. Mientras que el cumplimiento inexacto, aunque también admite una multitud de supuestos, son categorizados por la doctrina, quien distingue entre el incumplimiento puntual inexacto – cuando se produce el cumplimiento a tiempo, pero mediante la realización de una prestación que no se ajusta a la debida– y el incumplimiento moroso –cuando el cumplimiento de la prestación es exacto pero realizado con retardo o morosamente¹¹⁸¹.

A pesar de los intentos de la doctrina por ofrecer una clasificación de las diferentes eventualidades de incumplimiento, el CC no entra en esta labor de categorización, limitándose a concebir cualquier contravención de una relación obligatoria como una falta de cumplimiento¹¹⁸². En líneas generales, el sistema jurídico obligacional español no entra a distinguir entre grados o formas de incumplimiento de una obligación contractual. De modo que cuando tengan su origen en la voluntad del deudor –esto es, que no son causados por un hecho sobrevenido o un acontecimiento externo a su voluntad–, deberá responder por su comportamiento¹¹⁸³. Ante la infracción de la obligación el art. 1124 CC faculta al acreedor para exigir su cumplimiento o la resolución del contrato. Dos soluciones que, sin embargo, no serán predicables ante cual-

¹¹⁸¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, op.cit.*, pp.184-185.

¹¹⁸² LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p.142.

¹¹⁸³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)», *Anuario Derecho Civil*, vol.51, núm.2 (1998), p.881 recuerda que nuestro sistema jurídico obligacional contempla el incumplimiento de una obligación contractual de un único modo, responsabilizándole por su comportamiento incumplidor, salvo cuando exista un motivo que lo justifique. Pero, fuera de estos casos, el hecho incumplidor es suficiente para hacerle responsable de las consecuencias que se deriven del mismo.

quier incumplimiento de la obligación, pues, como ha quedado apuntado, los cumplimientos inexactos no tienen la suficiente trascendencia dentro del programa contractual como para autorizar a instar la resolución del vínculo. Así ocurriría cuando, por ejemplo, la parte obligada se demorase en el pago del precio o no entregase la totalidad de la cosa. Son supuestos en los que, a pesar de que se produce una falta de cumplimiento de una obligación, el tratamiento que debería recibir por el ordenamiento sería distinto en función de las circunstancias del caso. Esta diferencia de trato se justifica por la necesidad de adecuar la respuesta que da el Derecho a la realidad, toda vez que no deberían ser sancionados con la resolución del contrato infracciones de escasa entidad¹¹⁸⁴.

La repetición de las prestaciones que se produce en el contrato de suministro incrementa las posibilidades de que se produzca un cumplimiento inexacto de la obligación, ya se trate de un incumplimiento puntual inexacto o un incumplimiento moroso. En uno y otro caso, se tratará de un incumplimiento leve del contrato, en donde, a diferencia de lo que sucede en el incumplimiento definitivo, la inexactitud no afecta de forma sustancial al programa contractual, ni frustra las legítimas expectativas de la parte, ni pone de manifiesto la voluntad rebelde del deudor, etc. Se trata de una prestación cuya ejecución no se adecúa a las condiciones pactadas. Ahora bien, esto no exime al acreedor de manifestar su disconformidad con la ejecución inexacta. El silencio podría ser interpretado como una tolerancia o aquiescencia a ese cumplimiento inexacto, toda vez que no puede resultar admisible que el acreedor guarde silencio respecto a ejecuciones defectuosas del deudor hasta el término de la relación contractual, en el que manifieste su desacuerdo o se oponga al pago del precio alegando incumplimientos leves pasados que no fueron advertidos en su momento¹¹⁸⁵. La falta de reacción ante

¹¹⁸⁴ STS núm.367/2019, de 27 de junio (ROJ 2166/2019), en la que el alto tribunal no ahorra en calificativos para describir el incumplimiento resolutorio: verdadero, total, absoluto, definitivo, grave, esencial, culpable, deliberado, pertinaz, continuado, duradero, inequívoco e injustificado. Con todo, lo que se pretende es evitar situaciones injustas en las que se resuelve un contrato en el que el incumplimiento es más aparente que real.

¹¹⁸⁵ En la STS núm. 310/1986, de 20 de mayo (ROJ 2602/1986), el alto tribunal acoge la aplicación de una cláusula penal al término de un contrato de suministro por los

un incumplimiento leve equivaldría a una aceptación de la conducta infractora, sin que deba acogerse su denuncia a la finalización del contrato¹¹⁸⁶.

retrasos en la entrega de áridos que se habían producido durante su vigencia. Un fallo que es criticado por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Cláusula penal. Retraso relevante en el cumplimiento. Prueba del perjuicio. Diferencia de régimen jurídico entre los contratos de compraventa y de suministro, op.cit.*, p.3654, y al que nos sumamos. Como dice el autor, no puede rechazarse la relevancia del silencio continuado y reticente del acreedor, quien nunca mostró su disconformidad, lo que no puede ser corregido a la terminación del contrato mediante una denuncia extemporánea de esos retrasos con el fin de pretender aplicar la penalización prevista.

¹¹⁸⁶ La STS núm. 310/1986, de 20 de mayo (ROJ 2602/1986), enjuicia un contrato de suministro de áridos en el que, habiéndose pactado un calendario de entregas y unas penalizaciones para el incumplimiento del mismo, se produjeron sucesivos retrasos por el proveedor. Al finalizar la relación contractual, las partes practican sus liquidaciones, aplicando la empresa suministrada una cláusula penal por los sucesivos retrasos en algunas prestaciones, a lo que se opone la empresa Áridos del Cantábrico, S.A., por cuanto su contraria, Corvián, S.A., nunca manifestó durante la vigencia del contrato la infracción del contrato que suponían los retrasos. El TS entendió que el suministro permite, al finalizar la relación, aplicar la cláusula de penalización prevista en el contrato para supuestos de incumplimiento, por tratarse de un contrato y no de una sucesión de compraventas. No obstante, a nuestro parecer, esta solución no es coherente con la institución del incumplimiento. Precisamente, el hecho de ser incumplimientos leves permitiría que fuesen denunciados a la finalización del contrato. Pero este esquema no es aplicable cuando el incumplimiento es grave; por ejemplo, cuando se desatienden totalmente las entregas. En estos casos, el acreedor debe denunciar que se ha infringido el contrato de manera inmediata, por cuanto no cabe otra solución, no se le puede obligar al acreedor a esperar indefinidamente. Por tanto, el mismo razonamiento es predicable ante cualquier incumplimiento, sin perjuicio de su gravedad. Volviendo a la sentencia comentada, *vid.* CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Cláusula penal. Retraso relevante en el cumplimiento. Prueba del perjuicio. Diferencia de régimen jurídico entre los contratos de compraventa y de suministro, op.cit.*, pp.3654-3655, cuestiona esta solución adoptada por el TS en su sentencia de 20 de mayo de 1986, por cuanto el silencio del acreedor ante irregularidades e insuficiencias en sus prestaciones pueden dar una impresión de aquiescencia en el deudor. Revelar, al final de una relación contractual de larga duración, las disconformidades por estas prestaciones pasadas, genera inseguridad jurídica, sobre todo cuando va acompañada de la aplicación de una cláusula de penalización como en el caso comentado.

No existe un catálogo de supuestos cuya materialización nos sitúe automáticamente ante un cumplimiento defectuoso e inexacto o un incumplimiento leve del contrato de suministro¹¹⁸⁷. Al contrario, una misma conducta podría ser considerada como un incumplimiento grave y resolutorio bajo determinadas circunstancias –como sucede con el retraso en el suministro cuyos términos son esenciales–, y, a su vez, como un cumplimiento defectuoso o leve en otros¹¹⁸⁸. Ahora bien, que no pueda calificarse como un incumplimiento grave no significa que el acreedor no pueda reaccionar contra él y deba venir obligado a soportarlo en todo caso. El cumplimiento inexacto de una obligación en el marco de un contrato *intuitu personae* podría autorizar un desistimiento unilateral del contrato por el acreedor por la pérdida de la confianza que la conducta inexacta del deudor le produce¹¹⁸⁹; si bien esta facultad de resolución *ad nutum* de un contrato duradero e *intuitu personae* po-

¹¹⁸⁷ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág.652, señala que la doctrina ha observado una evolución de la obligación no ejecutada correctamente: «el retraso que por sí mismo no sería indiferente, ya que del mero retraso no se extraen especiales consecuencias jurídicas; la mora, que desencadena la indemnización de daños y perjuicios y el traslado de los riesgos; y el incumplimiento en sentido estricto o, si se quiere, definitivo de la obligación». El cumplimiento defectuoso del que hablamos abarcaría los dos primeros estadios que apunta el autor.

¹¹⁸⁸ FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, op.cit., pp.257 y ss., habla de *lesión* en lugar de incumplimiento, por entender que el término se ajusta más a la realidad que se produce cuando hay un comportamiento que se separa de lo pactado en el contrato. La autora apunta el diferente alcance que el *desequilibrio y lesión* puede tener para la parte fiel al contrato, a quien la prestación, ejecutada fuera de los márgenes pactados, puede dejar de servirle o, por el contrario, aun puede satisfacer su interés. Lo que nos permite que hablemos de un incumplimiento definitivo y de un cumplimiento defectuoso. El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una prestación en un contrato de *tracto sucesivo* no es causa resolutoria como consecuencia de la unidad jurídica del contrato, ex art. 330 del Código de comercio, cfr. GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil*, op.cit., p.130.

¹¹⁸⁹ Vid. STS, de 18 de marzo de 1991 (ROJ 1647/1991), en donde, ante un cambio en la forma de pago del precio del contrato, se hace perder la confianza del acreedor en el exacto cumplimiento del contrato.

dría venir limitada por el propio contrato de suministro, con lo que habrá que atender, en todo caso, al régimen jurídico previsto por las propias partes¹¹⁹⁰.

Siguiendo la distinción apuntada del incumplimiento puntual inexacto y del incumplimiento moroso, a continuación se aborda la incidencia que puede tener en un contrato de suministro el retraso en las prestaciones de entrega y de pago y la entrega parcial.

(i) *El retraso en la prestación de entrega del proveedor*

Un retraso en la entrega, aisladamente considerado, no constituirá un incumplimiento resolutorio del contrato de suministro¹¹⁹¹. Salvo en los suministros en los que se eleva la puntualidad de la entrega como un elemento esencial de la obligación, como sucede en el suministro *just in time*, el retraso en la prestación sería considerado un cumplimiento tardío o moroso de la obligación, que se produciría tras haber incurrido el deudor en mora (automática, por la regla del art. 63 CCo). Como regla general, el mero retraso en el cumplimiento de una obligación de

¹¹⁹⁰ LLORENTE SAN SEGUNDO, I., *Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución*, *op.cit.*, p.127, propone esta solución como vía de escape de un contrato que se incumple, sin alcanzar la gravedad suficiente como para acudir al 1124 CC, pero colocando, en cambio, al acreedor, en una situación incómoda en la relación contractual. Podemos entender justificada esta resolución unilateral por la pérdida de la confianza, que habilita a la parte, en los contratos *intuitu*, a extinguir el contrato cuando ésta se pierde.

¹¹⁹¹ El CC parece concebir el mero retraso en el cumplimiento de la obligación como una simple anomalía en la relación obligatoria, carente de efectos jurídicos sobre el deudor. Tal es la conclusión a la que se alcanza a la vista de los arts. 1101, 1106 y 1108 CC, que conciben la situación de morosidad como un retardo cualificado, pero de la que el deudor puede salir cumpliendo con su obligación. De tal modo que, si la mora no constituye un incumplimiento del contrato, o, por lo menos, un incumplimiento apto para desencadenar una reacción jurídica frente a ella, la situación entre la falta de cumplimiento y la interpelación del acreedor al deudor mediante la que le constituye en mora mucho menos podría considerarse un incumplimiento. Sobre estas cuestiones, *vid.* MALO VALENZUELA, M.Á., *Remedios frente al incumplimiento contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.51 y ss.

entrega en el contrato de suministro no equivaldrá a un incumplimiento del contrato con entidad resolutoria¹¹⁹².

La doctrina viene considerando que el mero retraso en el cumplimiento de una obligación civil no coloca al proveedor-deudor ante un incumplimiento definitivo y resolutorio de un contrato¹¹⁹³. En Derecho común rige la regla conforme a la cual el retraso sólo lleva aparejados efectos si se está ante un incumplimiento esencial, si se ha previsto específicamente en el contrato o si el deudor actúa con dolo o culpa. En el Derecho mercantil, en cambio, las reglas previstas en la compraventa prevén consecuencias más rigurosas en caso de retraso en el cumplimiento del contrato. Según el 329 CCo, siguiendo la línea del art. 63 CCo, la falta de entrega en el plazo estipulado habilita al deudor a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato¹¹⁹⁴.

Lo establecido en la legislación mercantil en sede de compraventa, sin embargo, no es aplicable al contrato de suministro. Resulta contrario a la naturaleza jurídica de este contrato la aplicación de las consecuencias

¹¹⁹² Esta es la doctrina jurisprudencial del TS; por todas, *vid.* SSTS núm. 220/2016, de 7 de abril (ROJ 1416/2016); o núm. 732/2015, de 30 de diciembre (ROJ 5629/2015) en la que podemos leer que «el mero retraso en el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa puede dar lugar a la constitución en mora pero no equivale a incumplimiento resolutorio, exigiéndose que quien promueve la resolución al amparo del mismo no solo haya cumplido las obligaciones que le conciernen sino, además, que tenga un interés jurídicamente atendible, a fin de no amparar pretensiones resolutorias ante situaciones de incumplimiento más aparente que real, y también, que se trate de un incumplimiento esencial, capaz de frustrar el fin económico del contrato.» Esta línea se ha mantenido constante en la doctrina del TS, que excluye el cumplimiento tardío o el simple retraso del 1124 CC, *vid.* SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1124, op.cit.*, p.267.

¹¹⁹³ En el retraso en el cumplimiento de una obligación el deudor incurre en mora, que es, en todo caso, una situación transitoria que el deudor puede purgar mediante al cumplimiento (tardío) de la obligación, *vid.* Díez PICAZO, L., *En torno al concepto de incumplimiento*, *op.cit.*, p.4. Ahora, solo existirá retraso cuando la prestación, siendo exigible y de posible cumplimiento, no se haga efectiva en el momento señalado, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C., *Imposibilidad temporal de cumplimiento de la prestación no imputable al deudor y resolución del contrato bilateral*, *op.cit.*, p.100.

¹¹⁹⁴ HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil*, *op.cit.*, p.665.

previstas en el art. 329 CCo, orientadas hacia una obligación de entrega instantánea con la que se ejecuta y consume la compraventa. Como tiene declarado el TS, la semejanza del contrato de suministro con el de compraventa no implica que se identifique con ella, con lo que la aplicación de las normas que regulan la venta «sólo pueden aplicarse al suministro cuando se dé la razón de analogía que lo permita. Dada la naturaleza mercantil de este contrato, debe aplicarse lo dispuesto en el Código de comercio en cuanto lo permitan los pactos establecidos por las propias partes y la naturaleza del propio contrato»¹¹⁹⁵.

En el suministro, como regla, la prestación retrasada será todavía susceptible de ser ejecutada, bien por no estar sujeta a un plazo esencial, bien por ser todavía útil para el acreedor, con lo que la demora en la ejecución no autorizará al acreedor a extinguir el vínculo contractual¹¹⁹⁶. Dado que en el programa obligacional del suministro se contiene una sucesión de entregas repartidas durante la vigencia del contrato, el desajuste en cuanto al calendario de entregas pactado no tendría la suficiente importancia para facultar al acreedor a reclamar una resolución¹¹⁹⁷. Al contrario, el ordenamiento prevé la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar los daños producidos por la prestación demorada. Obsérvese que la constitución en mora opera de forma automática en las obligaciones mercantiles, sin que el acreedor deba reclamar el cumplimiento como sucede en las civiles. Como consecuencia, es predicable el deber de indemnizar el daño causado al acreedor, además de los efectos ligados a la mora, como la responsabilidad en la

¹¹⁹⁵ STS núm. 924/2006, de 27 de septiembre (ROJ 5497/2006).

¹¹⁹⁶ Estas son las dos excepciones que el TS ha señalado para acoger una resolución por un incumplimiento en el plazo de ejecución: que el plazo tuviese carácter esencial, en cuyo caso su infracción equivale a un incumplimiento esencial del contrato; y que se frustre la finalidad o base del contrato, de modo que la prestación ya no sirva para el acreedor, *vid.* STS núm. 731/2015, de 21 de diciembre (ROJ 5442/2015).

¹¹⁹⁷ El mero retraso en la ejecución de entrega, cuando ésta sigue siendo útil para el acreedor, no puede justificar una resolución del contrato. Solamente en aquellos casos en los que se frustran las legítimas expectativas del acreedor, o en los que el plazo tiene carácter esencial, cabe instar una resolución contractual como consecuencia del retraso en el cumplimiento de una prestación. Fuera de estos supuestos, el deudor puede obtener un plazo adicional para el cumplimiento, *ex art.* 1124.III CC, *vid.* CLEMENTE MEORO, M.E., *Artículo 1124. Facultad de resolver las obligaciones, op.cit.*, p.232.

que incurre el deudor que se ve imposibilitado a la ejecución de la prestación¹¹⁹⁸.

La mora se prolonga hasta que se produzca un hecho que la haga cesar. Este hecho puede ser el cumplimiento de la prestación, un acontecimiento que la extinga, la concesión de una prórroga o plazo de gracia por el acreedor (a pesar de la regla del art. 61 CCo), o la resolución del contrato por la prolongación de la situación de no cumplimiento, constatándose la voluntad del deudor de no cumplir con el contrato. Ahora bien, dado que en el contrato de suministro las prestaciones están llamadas a repetirse, el retraso en el cumplimiento de una entrega puede tener repercusión respecto de las demás prestaciones. En el suministro, la prestación retrasada vendrá sucedida de futuras prestaciones de entrega que, en principio, no deberían verse afectadas por el retraso de la primera, dada su autonomía e independencia¹¹⁹⁹. Ante la llegada del

¹¹⁹⁸ Mora y retraso no son sinónimos, como recuerda DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor, op.cit.*, p.881. El retraso es un tipo de incumplimiento, mientras que la mora es la situación jurídica en la que se encuentra el deudor después de haber incumplido y de que se le haya requerido al cumplimiento (1100 CC), salvo cuando es automático (supuestos del 1100 CC y 63 CCo). Al respecto, se acusa en nuestra doctrina, la existencia dos corrientes en torno a las relaciones entre el retraso o retardo en el cumplimiento de la obligación y la morosidad. Una primera posición encuentra el retraso como una situación fáctica pero jurídicamente intrascendente. Partiendo de lo dispuesto en el art. 1100 CC, para que el deudor que se retrasa en el cumplimiento entre en situación de mora debe haber sido compelido al cumplimiento por el acreedor. Sin duda, este planteamiento es grato para el deudor en perjuicio del acreedor, a quien se le exige la intimación o interpección al deudor para el cumplimiento (*favor debitoris*). Solo entonces, producido el requerimiento, se desplegarán los efectos de la mora, entre otros: la generación de intereses, la asunción de los riesgos o la imposibilidad de librarse de la obligación por circunstancias sobrevenidas. La segunda posición encuentra la mora como una situación jurídica automática en la que se coloca el deudor que no ejecuta en plazo una obligación. *Cfr.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias, op.cit.*, pág.658. Téngase en cuenta, en todo caso, que estas dos posiciones quedan circunscritas al ámbito civil.

¹¹⁹⁹ En la medida en que las prestaciones que se generan en un contrato de suministro tienen cierta autonomía las unas respecto de las otras, el incumplimiento de una prestación no alcanza a las pasadas. Su ejecución produjo efectos extintivos, como resultado de su autonomía económica y jurídica. En cambio, aquellas que todavía no han alcanzado su fecha de vencimiento no se ven afectadas, por mor del art. 1125 CC. Entonces, cuando se produce un retraso en el cumplimiento de una prestación, ya sea

vencimiento de una nueva prestación, el deudor podría ejecutarla puntualmente. Pero puede suceder que se constate un nuevo retraso, lo que supondría una acumulación de varias prestaciones demoradas que podrían destruir la levedad de la infracción¹²⁰⁰. El suministrado-acreedor no debe quedar vinculado de manera prolongada a un contrato en el que la contraparte deudora incumple reiterada e injustificadamente con su obligación de entrega. La persistencia en el retraso en la entrega por el proveedor transformaría este cumplimiento inexacto o incumplimiento leve en un incumplimiento resolutorio del contrato.

Tanto la persistencia en el retraso de la prestación desatendida como la repetición de nuevas infracciones suponen una reiteración del incumplimiento¹²⁰¹. De modo que, así como un retraso ocasional o puntual no debería ser elevado a la categoría de incumplimiento definitivo y resolutorio del contrato de suministro, su repetición no quedaría salvada, destruyéndose la situación de mora y constatándose un verdadero incumplimiento, dado que el acreedor no vendría obligado a soportar

de entrega de la cosa o de pago del precio, las consecuencias derivadas del art. 1100 CC se limitan a esta prestación en concreto. *Cfr.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, *op.cit.*, p.307.

¹²⁰⁰ Esta voluntad deliberadamente rebelde, como justificación de la resolución contractual, si bien ha sido matizada por la reciente doctrina del TS, debe ser traída aquí por las importantes consecuencias que trae consigo. Que se produzca una demora reiterada en el cumplimiento de la obligación no tiene por qué ser soportado por el acreedor, siendo que la repetición de la conducta revela esta voluntad rebelde por la prolongada inactividad o pasividad del deudor, *vid.* SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1124*, *op.cit.*, p.268.

¹²⁰¹ La postergación de la situación de no cumplimiento puede desembocar en un incumplimiento definitivo del contrato que ya no puede ser corregido por el deudor con la ejecución de la prestación, aunque para ello es necesario, además de la demora en la ejecución, que concurran los restantes requisitos que se exigen al hablar del incumplimiento definitivo, *cfr.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, *op.cit.*, p.74. Un ejemplo de incumplimiento prolongado que faculta a la parte a resolver el contrato es el tratado por la STS núm. 348/2016, de 25 de mayo (ROJ 2292/2016). En el contrato de suministro enjuiciado, se preveían penalizaciones para el caso de retrasos en la entrega, que facultarían a la parte a resolver el contrato cuando alcanzasen un 10% del importe del contrato. En el caso, las propias partes determinan cuándo el incumplimiento leve se transforma en un incumplimiento esencial y resolutorio del contrato.

que el proveedor-deudor se demore de forma regular en la entrega¹²⁰². Pero mientras no se reproduzcan estos retrasos extendiéndose a futuras prestaciones, el simple retardo en el suministro no constituirá un incumplimiento resolutorio del contrato¹²⁰³. La parte acreedora estará obligada a tolerar el retraso, lo que no quiere decir que sea gratuito para el deudor moroso¹²⁰⁴. La mora traerá consigo las consecuencias jurídicas previstas en los arts. 1096, 1108 y 1501, y en el párrafo tercero del art. 1182 CC¹²⁰⁵, art. 329 CCo, y las previsiones de la legislación especial, *v.gr.*, las disposiciones de la LLCM.

¹²⁰² A esta conclusión podemos llegar de la lectura de las SSTs núm. 561/2015, de 14 de diciembre (ROJ 5627/215); núm. 221/2013, de 11 de abril (ROJ 2254/2013) y núm. 40/2011, de 29 de enero (ROJ 6842/2011), en las que el alto tribunal habla de un incumplimiento «levemente tardío» que impide acudir a la resolución del contrato. Esta levedad desaparece cuando el deudor reitera su comportamiento moroso y retarda injustificadamente el cumplimiento de su obligación, contraviniendo el plazo pactado y el contrato de suministro.

¹²⁰³ Lo que obliga a interpretar el contrato *en todo caso* y examinar el valor que se le ha querido dar al plazo; una interpretación que es importante en este tipo de contratos de *tracto sucesivo* en los que las prestaciones se repiten, STS núm. 732/2015, de 30 de diciembre (ROJ 5629/2015).

¹²⁰⁴ En Derecho mercantil, el art. 63 CCo sanciona el incumplimiento de una obligación sujeta a plazo con la morosidad automática, sin necesidad de que el acreedor interpele al deudor al cumplimiento de su prestación. En las obligaciones civiles, la mora no es automática; tampoco cuando están sujetas a un plazo, siendo aceptado que no rige en nuestro Derecho a regla *dies interpellat pro homine*. Nosotros nos sumamos a la primera posición que hemos comentado en la nota anterior, que exige la interpelación por el acreedor para que el deudor entre en situación de morosidad, por ser ésta la posición que encuentra mayor acomodo en la práctica jurídica. En sede de Derecho civil, el suministrado-acreedor deberá estar al corriente de sus obligaciones para poder exigir el cumplimiento de las del proveedor-deudor. Así las cosas, cuando el vencimiento del pago es anterior a la entrega, éste deberá haberse dado para que la falta de ésta permita colocar, previa interpelación, al proveedor en mora. En cambio, cuando es el proveedor quien no ha cumplido su obligación en el momento temporal señalado al efecto, el suministrado, sin necesidad de cumplir con el pago porque no ha vencido todavía, puede constituir en mora a aquél interpeleándole al cumplimiento. *Vid.* Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias, op.cit.*, pág.685. Con ello, el acreedor suspende su obligación hasta que el deudor cumpla con la propia. Una facultad, la de suspender el cumplimiento, contemplada en los modernos textos de Derecho de contratos.

¹²⁰⁵ En este sentido, la STS núm. 358/1986, de 9 de junio (ROJ 8025/1986), en la que el alto tribunal aun recurría a la voluntad «deliberada y obstinadamente rebelde» del

No obstante lo anterior, el esquema sinalagmático del contrato de suministro permite al acreedor reaccionar contra la falta de entrega en el plazo estipulado. A pesar de no ser aplicable la resolución del contrato –salvo excepciones, como la previsión contractual, la pérdida de confianza en el deudor o el carácter esencial del término, por ejemplo– prevista en el art. 329 CCo, el acreedor puede recurrir a una solución intermedia, que permite mantener el contrato al tiempo que combate el incumplimiento de la obligación sinalagmática. Se trata de la suspensión de su propia prestación; esto es, la suspensión del pago por el

incumplidor «a la efectividad de las prestaciones que le incumben frente a la cabal observancia» del acreedor.

acreedor¹²⁰⁶. Esta facultad de suspender la obligación ante el incumplimiento de la contraparte no es extraña en nuestro ordenamiento¹²⁰⁷, habiendo sido acogida por la jurisprudencia¹²⁰⁸, toda vez que ha sido contemplada en otros ordenamientos jurídicos¹²⁰⁹ y en las regulaciones europeas del Derecho de contratos¹²¹⁰. La normativa reguladora del suministro energético prevé la posibilidad de interrumpir el servicio al

¹²⁰⁶ Entre nosotros, la PMCC presentada en 2009 por la CGC propone incorporar al CC un nuevo art. 1191, a cuyo tenor: «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento». Por su parte, el mismo contenido propuso la APDC en su PCC, en su art. 518-12. Ahora bien, alcanzando su propuesta a todo el cuerpo normativo civil se encuentra replicada la facultad de suspender la ejecución de la prestación en numerosos contratos de tracto sucesivo, como el de obra (583-23) o el de servicios (587-15).

¹²⁰⁷ En este orden, el art. 1191 PMCC recoge la suspensión de la obligación como remedio ante el incumplimiento de la parte contraria, una solución del acreedor que completa la pretensión de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución del contrato y la indemnización por daños y perjuicios. La figura de la suspensión viene inspirada del CISG, si bien éste referenciándola al contrato de compraventa, así como de los principios UNIDROIT y de los *Principles of European Contract Law (PECL)*. En este sentido, *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L.P., «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, vol.64, núm.4 (2011), p.1689.

¹²⁰⁸ Refieren a la facultad de suspender el suministro ante el incumplimiento de la parte contraria las SSAP Barcelona, núm. 488/2010, de 13 de diciembre (ROJ 11081/2010), y núm. 41/2011, de 1 de febrero (ROJ 485/2011).

¹²⁰⁹ La solución abrigada por la legislación italiana ante estas situaciones de incumplimiento leve o parcial es la suspensión de la ejecución del contrato por el acreedor. El art. 1564 del *Codice civile*, de acuerdo con el cual el incumplimiento de una sola de las prestaciones de un contrato de suministro faculta a la otra parte a resolver el contrato cuando dicho incumplimiento tenga la suficiente importancia como para socavar la confianza en los cumplimientos futuros. Ahora bien, no cualquier retraso puede ser contemplado como causa de resolución contractual, sino que debe revestir la suficiente trascendencia como para que el acreedor pueda tener fundadas dudas del cumplimiento de las posteriores prestaciones, *cfr.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, *op.cit.*, p.1106. Esta facultad de paralizar las prestaciones del acreedor exige un preaviso adecuado, que no es sino un requisito derivado de la buena fe contractual,

deudor que desatiende su obligación de pago del precio¹²¹¹. Esta suspensión cautelar de su obligación, amparada en el art. 1124 CC y en la

aplicable incluso cuando la parte contraria se separa del pacto, *cf.* FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.781. En el mismo sentido, CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.30.

¹²¹⁰ El *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* o Proyecto de Marco Común de Referencia, en su art. III.-3:401 incorpora el derecho del acreedor a suspender su obligación recíproca hasta que el deudor se haya ofrecido a cumplir su obligación o la haya cumplido realmente. Se prevé incluso que pueda suspender su cumplimiento con antelación al incumplimiento del deudor, allí donde el acreedor deba cumplir antes que éste, cuando prevea razonablemente que no cumplirá con su obligación. En uno y otro caso el acreedor tiene obligación de comunicar su voluntad cumplidora con la obligación recíproca al tiempo que su decisión de suspenderla hasta que se produzca el cumplimiento del deudor. Una solución idéntica acoge los *Principles of European Contract Law (PECL)*, art.9:201, que autoriza a «la parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella» a suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra haya ofrecido el cumplimiento de la propia o la haya cumplido efectivamente.

¹²¹¹ Es una facultad expresamente prevista en la legislación especial que regula el contrato de energía eléctrica. Véase, en este sentido, el art. 50 de la Ley 54/1997, que faculta a la empresa distribuidora de energía eléctrica para suspender el contrato en los casos de mora del cliente. Sobre esta facultad y sus límites puede verse VÁZQUEZ PENA, M.J., *Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica, op.cit.*, pp.113 y ss. El impago del consumidor es causa contractual para la suspensión y, en su caso, interrupción del suministro eléctrico. Parece lógico que la mora en el cumplimiento de las obligaciones del suministrado faculte a la parte contraria a esgrimir la *exceptio non adimpleti contractus*, cesando en la ejecución de sus prestaciones propias. Sin embargo, estando el suministro de energía eléctrica fuertemente regulado a la normativa sectorial, los cortes deben reconducirse a las causas legalmente tasadas y respetar los procedimientos establecidos. Esta facultad suspensiva, connatural de los contratos de suministro ante el incumplimiento de una de las partes se desarrolla en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, para los consumidores personas físicas en su vivienda habitual con potencia contratada igual o inferior a 10 kW, y por el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, para los contratos de suministro a tarifa. Asimismo, la Ley del Sector Eléctrico faculta a la empresa suministradora a suspender el suministro energético cuando los consumidores acogidos a precios voluntarios para el pequeño consumidor o a tarifas de último recurso acumulen impagos y hayan transcurrido, al menos, de dos meses desde que la compañía acreedora les hubiera requerido fehacientemente a su regularización, sin que la misma se hubiera hecho efectiva.

máxima *exceptio non adimpleti contractus*¹²¹², resultaría un remedio adecuado ante un cumplimiento defectuoso en un contrato duradero cuya prestación de entrega sigue siendo de utilidad para el acreedor¹²¹³. De este modo, se logra conservar el contrato de suministro, habilitando al suministrado-acreedor a neutralizar, aunque sea provisionalmente, su obligación hasta que el deudor atienda la propia¹²¹⁴.

La solución anterior resulta igualmente aplicable para el caso de que el suministrado desatienda su obligación de pago. La demora en el pago

¹²¹² Señala la STS núm.634/1960, de 4 de noviembre (ROJ 68/1960) que mediante la suspensión de la prestación se consigue una cautela de la parte dispuesta a cumplir hasta que la contraria cumpla, o dé garantías, de su cumplimiento. La doctrina del TS expuesta en esta sentencia, y en las que allí cita, observan la suspensión como un remedio pasajero, «hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro». En estos términos, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales, op.cit.*, p.85 ha interpretado que la suspensión de la prestación debe estar amparada por un precepto que la autorice, como el art.1502 CC en el caso de la sentencia mencionada, además de concebirla como una medida temporal que evita la resolución del contrato.

¹²¹³ Siempre que la mora sea leve o de escasa entidad, ya que de lo contrario cabría instar la resolución del contrato por un incumplimiento definitivo del mismo, *cfr.* GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato, op.cit.*, p.1106. Esta solución ha sido igualmente acogida entre nosotros, *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.130, que en virtud del art. 1124 CC y la excepción de contrato no cumplido aboga por suspender la ejecución de las prestaciones de vencimiento posterior al incumplimiento. La suspensión del cumplimiento de la propia prestación es un remedio que en nuestro ordenamiento positivo vigente tiene su equivalente en la *exceptio non adimpleti contractus*, de naturaleza claramente procesal, como nos dice SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?*, *op.cit.*, p.1690.

¹²¹⁴ Aunque el CC no recogió el principio de la *exception non adimpleti contractus* como figura general, es admitido hoy día su aplicación en Derecho de contratos, habiendo adquirido carta de naturaleza en nuestro ordenamiento, *vid.* STS núm. 106/2002, de 17 de febrero (ROJ 1032/2003). En su virtud, el contratante que no se ha obligado a adelantar su prestación puede rechazar la pretensión de cumplimiento de su contraparte hasta que éste no cumpla o se ofrezca a cumplir lo prometido. Su fundamento se encuentra en la regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y su aplicación en un contrato de suministro habilitaría al proveedor a no ejecutar la entrega hasta que el suministrado cumpla con su obligación de pago, y viceversa. *Cfr.* RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp.83-84.

del precio es otra modalidad de cumplimiento inexacto de un contrato sinalagmático, vista desde la perspectiva del suministrado como parte obligada al pago del precio por el abastecimiento de la cosa. El CCo contiene reglas específicas respecto a la exigibilidad e impago del precio en sus arts. 339 y 340, así como las consecuencias derivadas de la mora o retraso en el pago. Así, salvo pacto en contrario, el pago del precio será exigible tras la entrega de la cosa o su puesta a disposición¹²¹⁵. Su impago o su demora colocará al suministrado en situación de mora, sin que tampoco pueda acogerse una resolución del contrato por este motivo. De acuerdo con lo dicho hasta ahora, solo habrá un incumplimiento total del suministro, y, por tanto, con entidad resolutoria respecto de la obligación de pago, cuando el incumplimiento tenga suficiente entidad.

Esta solución contrastaría con la obligación de abono de la renta en un contrato de arrendamiento, cuyo esquema respecto a la obligación de pago reiterada podría adaptarse mejor al contrato de suministro que el de la compraventa. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el impago de una sola mensualidad de renta es causa suficiente para la resolución de un contrato de alquiler¹²¹⁶. Esta solución, no obstante, no es

¹²¹⁵ Cuestión distinta es el plazo del que dispone el deudor para realizar el pago. De acuerdo con un sector de la doctrina, a falta de pacto específico, el suministrado dispondría de un plazo de diez días para el examen de la mercancía y su pago, conforme a la lectura conjunta de los arts. 339 y 62 CCo. No obstante, según otro sector, este plazo habría sido derogado *de facto* por la LLCM, en cuyo art. 17.1 se prevé que el pago, a falta de pacto expreso, se deba realizar en un plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías. *Cfr.* HERBOSA MARTÍNEZ, I., *El contrato de compraventa: la compraventa mercantil, op.cit.*, p.665.

¹²¹⁶ Se afirma en la STS núm. 771/2010, de 22 de noviembre (ROJ 6367/2010) que «Por ser el contrato de arrendamiento urbano oneroso y conmutativo, la primera obligación del arrendatario es la de pagar la renta; por otra parte, salvo cuando las partes hayan acordado que su abono se efectúe en un solo momento, este contrato es de tracto sucesivo y el impago de una sola mensualidad de renta puede motivar la resolución contractual». Las razones de esta interpretación, que no sería extensible al contrato de suministro, han sido confirmadas por el TS, para quien es la propia legislación arrendaticia la que acaba equiparando el cumplimiento tardío por el arrendatario de su obligación de pago de la renta a un incumplimiento definitivo del contrato que justifica la resolución contractual. Al mismo tiempo, cabe poner de manifiesto las particularidades que presenta el arrendamiento, en donde el arrendatario dispone de la figura de la enervación como mecanismo para evitar el desahucio. Asimismo, es

extrapolable al contrato de suministro, ya sea por la ausencia de una norma específica que acoja esta solución. El retraso en el abono de uno de los pagos periódicos en el seno de una relación que se extiende en el tiempo y está llamada a repetirse sitúa al deudor en mora, sin que se lleguen a frustrar las legítimas expectativas del proveedor por la demora en dicha liquidación¹²¹⁷.

La incidencia del retraso en el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes, tanto en la entrega de la cosa como en el pago del precio, será una cuestión circunstanciada. Determinar el alcance y los efectos por estos supuestos obligará a observar el contenido del pacto, a fin de determinar la existencia de un cumplimiento inexacto o de un incumplimiento resolutorio¹²¹⁸. Como regla, el mero retraso del proveedor en la entrega y del suministrado en el pago no amparará una resolución unilateral¹²¹⁹, sin perjuicio de la facultad de suspender el cumplimiento

de ver el particular esquema del alquiler, en el que, por lo general, el pago antecede al uso del bien dado en arrendamiento. Finalmente, la repetición de la prestación, que se reproduce tan solo treinta días después (cuando el pago se da por mensualidades), incide en la consideración de lo que se considera cumplimiento tardío, ya que una interpretación flexible del retraso, permitiendo que se extienda durante un lapso de tiempo considerable, conllevaría el riesgo de agrupar varias mensualidades impagadas. Por todas, las SSTS núm. 193/2009, de 26 de marzo (ROJ 2390/2009) y núm. 673/2009, de 30 de octubre (ROJ 7113/2009).

¹²¹⁷ Como nos recuerda la STS núm. 150/2009, de 12 de marzo (ROJ 1126/2009), «La mora no es un supuesto de incumplimiento [rectius, definitivo], sino un caso de cumplimiento tardío de la obligación, porque en forma alguna se puede decir que concluida la obra, haya incumplimiento por el contratista y se pueda pedir de forma solvente la resolución contractual, ya que lo que únicamente se puede solicitar por el dueño de la obra, de acuerdo con el artículo 1101 del Código Civil, es la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso ha producido a la parte contraria.»

¹²¹⁸ Resultará necesario atender a la voluntad querida por las partes en la reglamentación contractual, *vid.* STS núm. 644/2012, de 8 de noviembre (ROJ 9188/2012) y el análisis que hace sobre la interpretación del contrato en la búsqueda de la voluntad contractual de las partes.

¹²¹⁹ Así como el contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes, tampoco su cumplimiento puede quedar a resultas del deudor. El retraso del proveedor en la entrega solo ampara la resolución si el cumplimiento tardío se ha previsto como causa de resolución, por tener el plazo carácter esencial, o porque se frustren los legítimos intereses del acreedor, *vid.* STS núm. 348/2016, de 25 de mayo (ROJ 2292/2016). La prevalencia del plano satisfactorio del cumplimiento hace que el mero retraso pueda

de las propias obligaciones. En todo caso, el cumplimiento inexacto por la demora sitúa al deudor en mora, siendo aplicables los efectos propios de la morosidad.

(ii) *La entrega parcial*

El comprador no está obligado a aceptar una entrega parcial, incluso cuando el vendedor promete entregar el resto, teniendo derecho a considerar incumplido el contrato de compraventa. En estos términos se contiene en el art. 330 CCo una regla que afecta a la entrega parcial de la cosa, análoga a la que se recoge en los arts. 1157 y 1159 CC. El art. 330 CCo contiene una previsión de entrega parcial, de carácter positivo, con la que se pretende reconducir este incumplimiento leve de la obligación de entrega. Así las cosas, el comprador no está obligado a aceptar una entrega parcial, así como tampoco el vendedor un pago parcial, por analogía con lo dispuesto en el art. 1157 CC, pudiendo rehusar este intento del deudor de ejecutar una prestación inexacta y reclamarla en su integridad.

El supuesto anterior, previsto por la norma mercantil para la compraventa en que se haya pactado la entrega en un plazo fijo, es susceptible de producirse en un contrato de suministro. Más, probablemente, dado el carácter repetido de la prestación de entrega. Y, sin embargo, la remisión a esta norma acaba en el planteamiento del supuesto de hecho. Dicho de otro modo, no son aplicables al contrato de suministro las consecuencias jurídicas ligadas por el art. 330 CCo al supuesto de entrega –o pago– parcial en la compraventa mercantil. Las razones que conducen a esta conclusión ya han quedado apuntadas en el apartado anterior. La naturaleza del contrato de suministro determina que no pueda ser aplicable la solución de la «rescisión» a la que se refiere el 330, por remisión al 329 CCo¹²²⁰, debido a que sería contrario a su

tener importantes consecuencias prácticas y suponer la resolución del contrato. Pero cuando su manifestación no traspasa del mero desajuste en el calendario de ejecuciones previsto, el cumplimiento levemente tardío no tiene mayores repercusiones jurídicas que colocar al deudor en situación de mora.

¹²²⁰ Alguna voz defiende que en sede de un contrato de duración sería más adecuado hablar de *terminación* y no de resolución contractual. Con la terminación se hace

tracto sucesivo que una entrega parcial de una única prestación —o incluso de varias, sin con ello no se frustra el fin perseguido o las legítimas expectativas del acreedor—, legitimase a la parte para instar la entera resolución del contrato. La falta de cumplimiento de la prestación sería reconducible a un caso de cumplimiento defectuoso o inexacto¹²²¹. La rescisión a la que se refiere el art. 329 CCo resultaría un remedio desproporcionado e injusto, que ampararía incumplimientos más aparentes que reales. Ante esta falta de cumplimiento, el deudor incurriría en morosidad, que puede ser contestada por el acreedor mediante la suspensión de las obligaciones propias, estando además el deudor obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que el retraso en el cumplimiento de su obligación haya generado¹²²². Esta solución intermedia ha sido planteada por la doctrina, entendiendo que la falta de cumplimiento de una sola prestación no debiera afectar a las obligaciones futuras, que bien podrían ejecutarse puntualmente en los términos pactados sin que el retraso en la prestación de que se trate pueda tener mayor relevancia en el programa contractual¹²²³.

En todo caso, a tenor de lo dispuesto en el art. 330 CCo mencionado, el suministrado-acreedor también podría aceptar la entrega parcial¹²²⁴.

referencia a la conclusión del contrato sin el efecto retroactivo, esto es, sin que las prestaciones pasadas se vean afectadas por la extinción del negocio; consecuencias *ex tunc* que sí acompañan al concepto de resolución, *vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.549.

¹²²¹ La morosidad es una situación temporal de la que el deudor puede salir fácilmente, ejecutando la prestación debida, aunque sea de forma tardía o retrasada. Pero cuando la ejecución debe realizarse dentro de un plazo esencial porque para el acreedor solo tiene utilidad dentro de éste, su inexecución conduce directamente al incumplimiento definitivo, *vid.* DíEZ PICAZO, L., *En torno al concepto de incumplimiento, op.cit.*, p.4.

¹²²² El suministrado que acepta la entrega realizada por el proveedor sin reservas renuncia a tales acciones, aceptando la cosa entregada sin que pueda manifestar su disconformidad en un momento posterior, *cfr.* PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil, II, op.cit.*, p.357. En el mismo sentido, STS núm. 1116/1992, de 2 de diciembre (ROJ 8814/1992).

¹²²³ *Cfr.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.548-549.

¹²²⁴ En sede de un contrato de suministro, en el que se dejaron de entregar en un primer pedido una suma relevante de muestrarios, la aceptación parcial de las mismas

Como consecuencia, la entrega se entendería realizada y consumada respecto a los géneros recibidos, sin perjuicio de los restantes, naciendo la obligación del suministrado de abonar el precio comprometido, si bien ajustándose en función de las unidades efectivamente entregadas¹²²⁵.

(iii) *Los vicios o defectos de la cosa entregada*

Al suministrado le interesa recibir una cosa apta para el destino previsto, sin ningún vicio o defecto que la haga inhábil o la desmerezca, mientras que al proveedor le interesa la enajenación de la mercancía, dado que en este intercambio radica su ganancia. Cuando se manifiesta el vicio o defecto, el proveedor estará interesado en que la reclamación se curse en el menor tiempo posible, para poder corregir esta situación, mientras que el suministrado interesa disponer de un amplio margen de tiempo para poder denunciar los defectos encontrarlos, dado que en muchas ocasiones resulta imposible detectarlos en un breve plazo de tiempo por las características de la mercancía o la naturaleza del vicio. La conciliación de estos intereses contradictorios no es tarea sencilla, como recuerda la mejor doctrina, suscitándose enormes dificultades debido a variedad de supuestos que pueden manifestarse y ser reconducidos al régimen de responsabilidad por incumplimiento del proveedor¹²²⁶.

Como se ha expuesto en otro lugar, la obligación de saneamiento por vicios ocultos va aparejada a una pronta denuncia por el suministrado. La falta de examen de la mercancía suministrada y la correspondiente denuncia en los plazos señalados en el contrato o en la ley determina la

impide cualquier reclamación posterior al respecto, STS núm. 508/1990, de 21 de septiembre (ROJ 6427/1990).

¹²²⁵ La reducción exigirá atender a los parámetros fijados por las partes para la determinación del precio, adaptándolo a las cosas que efectivamente hayan sido entregadas. En este sentido, *vid.* MORALEJO IMBERNÓN, N., «Artículo 1469», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil, op.cit.*, p.10394, quien entiende aplicable dicho precepto a la compraventa de cosas muebles.

¹²²⁶ Por todos, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil, op.cit.*, p.268.

pérdida de las acciones por incumplimiento del proveedor por la entrega de una cosa que no es ajustada con el contrato de suministro. Ahora bien, no cualquier falta de conformidad de la cosa entregada autoriza a acudir al régimen de los arts. 336 y 342 CCo, que, aun en sede de compraventa, podrían ser aplicables al suministro en aquello que no sea contrario a su naturaleza duradera. No tienen cabida dentro de la noción de vicio oculto o defecto aquellas faltas de calidad o de cantidad insignificantes. Conforme a la regla de la buena fe que propugna el art. 57 CCo, los defectos de menor entidad no autorizarían a la parte acreedora a reclamar su subsanación, pues de lo contrario se podría estar dando cabida a una situación de abuso de derecho y, en su caso, acogiendo un supuesto de incumplimiento más aparente que real. Asimismo, también deberían ser excluidos los defectos más graves en cuanto a la calidad o cantidad, que darían lugar a un supuesto de *aliud pro alio*, subsumibles en un supuesto de incumplimiento por prestación distinta y no por prestación defectuosa.

Volviendo al cumplimiento inexacto de la prestación por la entrega de cosas defectuosas o de calidad inferior a la pactada, decir que estos vicios incidirían en el cumplimiento de la obligación en la medida en que el proveedor-deudor se separa de ella¹²²⁷. El espectro casuístico de este cumplimiento defectuoso es amplio, con lo que en algunas ocasiones podría llegar a implicar un incumplimiento definitivo del contrato. Al margen de estos supuestos, como regla, un defecto de esta naturaleza en la mercancía sería susceptible de ser corregido por el proveedor, ya sea reparando los defectos de la mercancía entregada, reduciendo el

¹²²⁷ Por disposición del art. 1167 CC, el acreedor no podrá exigir la cosa de calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior, en aquellos casos en los que nada se haya pactado, *cf.* VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Compraventa mercantil y contrato de permuta», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, *op.cit.*, p.155. En sede de un contrato de suministro, sería asumible entender que las partes convinieron la calidad de las cosas que debían ser entregadas, o que, al menos, lo hicieron en los términos del art. 327 CCo; esto es, sobre muestras o con referencia a la calidad de las mercancías conocida en el sector en el que se contrata. En estos casos, por disposición del propio artículo, la discrepancia entre las partes en cuanto a la calidad de la mercancía entregada deberá resolverse acudiendo a un tercero, quien decidirá si los géneros son conformes con las muestras, con la calidad conocida en el comercio o con la prefijada en el contrato, *vid.* SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, *op.cit.*, p.206.

precio, sustituyendo los productos por otros que reúnan la calidad acordada, etc.

b) El incumplimiento definitivo de las obligaciones

La conducta del deudor puede acarrear un cumplimiento inexacto del contrato, con los efectos apuntados, o alcanzar la suficiente relevancia en el programa contractual como para erigirse en causa de incumplimiento grave y definitivo. Este incumplimiento total se da cuando falta por completo la realización de la prestación. Entonces, por aplicación de la regla del art. 1124 CC, el titular del derecho de crédito lesionado tiene la facultad de exigir el cumplimiento, allí donde la prestación es aún posible y útil para el acreedor, o pedir su resolución; todo ello sin perjuicio de la indemnización por los daños causados. Recoge la regla primera de este precepto que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. Una falta de cumplimiento que, como se ha expuesto, en el contrato de suministro no puede entenderse producida por el mero retraso en la ejecución de una prestación, o incluso en los casos en los que se produce una falta absoluta de prestación. Dado que el suministro es un negocio de prestaciones repetidas, acoger, con carácter general, el planteamiento del 1124 CC sin ninguna matización, podría suponer dar cabida a incumplimientos que son más aparentes que reales.

En el suministro, al tratarse de una relación duradera con prestaciones continuadas, cualquier falta de ejecución ocasional no puede elevarse a la categoría de incumplimiento grave y definitivo¹²²⁸. Para que se

¹²²⁸ Esta conclusión no es novedosa. En el marco de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, la sonada sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y 179/17, vinieron a confirmar el carácter abusivo de una cláusula contractual que contemplase la resolución de un contrato de larga duración, como estos de préstamo hipotecario, por el mero impago de una sola de las cuotas de amortización de dichos préstamos. Por su parte, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en su art. 24, sobre el vencimiento anticipado, declara que el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato cuando se produzca un impago de doce cuotas para la primera mitad de la duración del préstamo, o quince para la segunda. Esto pone en evidencia

pueda hablar de un incumplimiento resolutorio el comportamiento debe tener suficiente trascendencia¹²²⁹. Se habla, así, de un incumplimiento

que, en los contratos de larga duración, como éstos de préstamo hipotecaria, el incumplimiento de una única prestación no debe ser causa de resolución. Ahora bien, la solución abrigada por el legislador para los consumidores de préstamos hipotecarios, aunque puede servirnos de modelo comparativo, no es promulgable a un contrato de suministro por varias razones: en primer lugar, porque el contrato de suministro suele ser suscrito entre empresarios, que no gozan de la misma protección que los consumidores; como consecuencia, y en segundo lugar, porque el pacto contractual que prevea la resolución por el incumplimiento de una sola prestación es válido; finalmente, porque en el suministro ambas partes cumplen su ejecución reiteradamente, con lo que exigir al acreedor que cumpla sus obligaciones al mismo tiempo que se excusa al deudor de las suyas rompería la equivalencia de las prestaciones y produciría en el acreedor un empobrecimiento injustificado.

¹²²⁹ La jurisprudencia no ha ahorrado en adjetivos a la hora de calificar el incumplimiento resolutorio, con lo que se ha querido poner de manifiesto que ha de tener trascendencia, debiendo desestimarse aquellos que carecen de importancia. Así, se ha dicho que ha de ser verdadero, total, absoluto, indubitado, definitivo, grave, esencial, culpable, deliberado, pertinaz, continuado, duradero, inequívoco, injustificado o irremediable, SSTS núm.367/2019, de 27 de junio (ROJ 2166/2019); núm.511/2013, de 18 de junio (ROJ 4245/2013); núm.170/2013, de 6 de marzo (ROJ 1839/2013).

verdadero y propio¹²³⁰, grave¹²³¹, imputable al deudor¹²³² y que debe recaer sobre las obligaciones principales¹²³³. Cuando la infracción no reúna estos requisitos, no cabe acudir al remedio de la resolución del contrato, aunque sí pueda obtenerse una indemnización por los daños

¹²³⁰ La resolución de un contrato, como medida correctora ante el incumplimiento de una parte, no puede apoyarse en un cumplimiento defectuoso. Éste, en todo caso, dará lugar a una respuesta de otro tipo, tendente a garantizar la ejecución de las prestaciones o indemnizar los daños causados, pero cuando se pretende la resolución por un incumplimiento éste debe ser verdadero y propio, con lo que no pueden sancionarse aparentes incumplimientos, *vid.* SSTS núm.631/2013, de 18 de octubre (ROJ 4936/2013) y núm.445/2008, de 21 de mayo (ROJ 2602/2008).

¹²³¹ El incumplimiento que constituye el presupuesto de la resolución de una obligación recíproca debe ser grave o sustancial que, si bien no exige una persistente resistencia del deudor al cumplimiento de sus obligaciones, sí debe tener suficiente entidad, *vid.* SSTS núm.511/2013, de 18 de julio (ROJ 4245/2013) y núm.400/2013, de 10 de junio (ROJ 3928/2013). El análisis de la gravedad del incumplimiento no puede hacerse en abstracto, sino conectando el comportamiento del deudor, o, más bien, la omisión de éste, con el programa obligacional asumido, impidiendo el fin normal del contrato, STS núm.159/2008, de 3 de marzo (ROJ 3266/2008). Este requisito de gravedad ha servido para justificar la no resolución de un contrato cuando se incumplen obligaciones accesorias, SSTS núm.691/2011, de 18 de octubre (ROJ 8013/2011) y núm.210/2008, 14 de marzo (ROJ 984/2008).

¹²³² Aunque no es requerida la culpabilidad del deudor en el texto del art.1124 CC, la jurisprudencia sí ha venido exigiendo como presupuesto del incumplimiento resolutorio la concurrencia de culpa en su conducta. Progresivamente se ha ido abandonando este elemento subjetivo de la culpa del incumplidor, de tal suerte que ya no es un requisito *sine qua non* del incumplimiento resolutorio una *voluntad deliberadamente rebelde al incumplimiento*, si bien tampoco ha sido abandonada la idea de que en el incumplimiento resolutorio exige una conducta del deudor que resulte contraria al cumplimiento. Sobre la evolución del incumplimiento, *vid.* STS núm.8/2014, de 5 de febrero (ROJ 552/2014). Sea como fuere, ante una conducta incumplidora, antes de entrar a valorar el remedio jurídico escogido por el acreedor, debe calificarse la conducta del deudor. Sólo cuando éste ha actuado de manera totalmente reprensible, sea intencionada o conscientemente, sea por mera negligencia, se le considerará responsable de este incumplimiento, *vid.* GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, *op.cit.*, p.1114.

¹²³³ Así lo recuerdan SERRA RODRÍGUEZ, A. y CLEMENTE MEORO, M., «Los efectos del incumplimiento», en DE VERDÁ Y BEAMONTE, J.R., *Derecho civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, 2019, pp.138-139, al enumerar los requisitos del incumplimiento resolutorio. Conforme exponen los autores, no basta con que la infracción recaiga sobre cualquier extremo obligatorio del contrato, sino que solo cabe resolver un contrato por el incumplimiento de sus obligaciones esenciales.

y perjuicios que se le hayan causado al acreedor por ese cumplimiento inexacto¹²³⁴.

No obstante lo anterior, una pretensión resolutoria de un contrato de suministro exigirá un examen circunstanciado del pacto y de la conducta incumplidora, a fin de determinar su encaje en la regla del art. 1124 CC¹²³⁵. En términos generales, la falta de ejecución o la ejecución defectuosa de una única prestación aislada sería calificado como un cumplimiento inexacto, como ya se ha dicho, dado que serían supuestos en los que la prestación no se ajusta a lo pactado, pero, en línea de principio, la ejecución tardía tampoco la hace inútil para el acreedor. A mayor abundamiento, debe interpretarse que supuestos de estas características entran dentro del desenvolvimiento probable de un contrato de duración como lo es el suministro. Estas infracciones tendrían poca incidencia en el plano central de la prestación debida, ya sea porque esta se ha cumplido, aunque de manera defectuosa; ya sea porque no se

¹²³⁴ La jurisprudencia ha señalado, por todas la STS núm.348/2016, de 25 de mayo (ROJ 2292/2016), que el incumplimiento del deudor debe ser grave y esencial, capaz de frustrar el fin práctico del contrato. El criterio para valorar esta gravedad tiene carácter objetivo; esto es, se tiene que atender al resultado del incumplimiento dentro de la relación contractual, a la importancia de la conducta objetivamente considerada, que no a juicio del propio acreedor, *cfr.* CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009, p.21.

¹²³⁵ Tradicionalmente el TS ha exigido una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, aun cuando este requisito es ajeno a la literalidad del art. 1124 CC. Con ello, el alto tribunal obligaba al tribunal de instancia a indagar la voluntad del deudor, que encontraba en este requisito una posible salida a una eventual resolución por incumplimiento en aquellos casos en los que el cumplimiento de la prestación debida, aunque tardío, era todavía posible y útil para el acreedor, apareciendo la resolución del contrato como una medida excesiva, *cfr.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, *op.cit.*, pp.53 y ss. El comportamiento deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento es un requisito que ha quedado superado, no siendo atendible a efectos de determinar si se ha producido un incumplimiento del contrato o no.

ha cumplido, pero todavía puede cumplirse sin que el retraso tenga mayor trascendencia¹²³⁶. De modo que el incumplimiento de una prestación actual, por sí mismo, no se traduciría en un incumplimiento grave y definitivo del contrato que habilite a la resolución contractual¹²³⁷. Ante incumplimientos leves de un contrato de suministro, el acreedor podría hacer uso de otros medios de tutela de su derecho de crédito; *v.gr.*, la suspensión de las prestaciones a su cargo, la reclamación de daños y perjuicios, reclamar la reparación de los defectos o la reducción del precio para ajustarlo a la cantidad o calidad de los productos¹²³⁸.

¹²³⁶ Esta es una de las peculiaridades del contrato de suministro: el alcance que tiene el incumplimiento de una prestación. La regla es que no se legitima la resolución contractual cuando una única prestación no se lleva a cabo en los términos convenidos. El acreedor que pretende desvincularse de un contrato de suministro por la desatención de la prestación actual se enfrenta a una dificultad probatoria relevante: acreditar que la resolución es procedente por cuanto tal incumplimiento frustra las legítimas expectativas que tenía depositadas en el contrato, truncándose el fin económico perseguido. También será procedente en aquellos casos en los que el acreedor pierde la confianza en el deudor. Siendo el suministro un contrato con un fuerte componente fiduciario, la pérdida de esta confianza se eleva a causa resolutoria, *cf.* AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio, op.cit.*, p.2309. La casuística jurisprudencial tiene reconocido un amplio abanico de supuestos en los que se admite la resolución del contrato por el incumplimiento de una única prestación sobre la base de la pérdida de la confianza o la quiebra de las expectativas del acreedor, si bien, en sede judicial, todo quedará reducido a una cuestión probatoria de esta frustración o pérdida de confianza en relación con el incumplimiento de que se trate.

¹²³⁷ BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.549. En esta línea, la STS, de 21 de septiembre (ROJ 6427/1990).

¹²³⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, vol.46, núm.4 (1993), pp.1727-1728 clasifica los remedios legales de los que dispone el acreedor ante una situación de incumplimiento: la pretensión de cumplimiento, que incluiría la reparación por los vicios ocultos, la sustitución del objeto, como cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; los remedios sinalagmáticos, como la resolución del contrato, la reducción del precio o la *exceptio adimpleti contractus*; en tercer lugar, los remedios indemnizatorios; y, finalmente, la pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor. Siguiendo esta clasificación, entendemos que algunas de las soluciones tienen cabida ante un incumplimiento leve, por permitir la pervivencia del contrato al tiempo que lo reequilibran corrigiendo el cumplimiento defectuoso.

Sin perjuicio de lo anterior, el cumplimiento defectuoso no deja de ser un incumplimiento del contrato¹²³⁹. Como en cualquier incumplimiento, una de las partes se ve privada de la prestación convenida¹²⁴⁰. Así como no es justo acoger incumplimientos más aparentes que reales, tampoco sería justo exigir al acreedor permanecer en una relación en la que el cumplimiento inexacto se prolonga en el tiempo o cuando las infracciones del deudor sí tienen trascendencia en el contrato. Del mismo modo que tampoco sería proporcionado exigir un incumplimiento absoluto de todas las prestaciones para reconocer al acreedor la facultad de resolver el contrato¹²⁴¹.

La perspectiva resolutoria que encierra el supuesto del incumplimiento prestacional en un contrato de suministro gravita en torno a los supuestos tradicionalmente encuadrados en la entrega de cosa distinta (*aliud pro alio*), la infracción del plazo configurado como esencial y en los casos de prestación defectuosa cuando tengan suficiente entidad como

¹²³⁹ Vid. STS núm. 787/2005, de 20 de octubre (ROJ 6338/2005): «procede resaltar que no cabe circunscribir el incumplimiento contractual al total o pleno que hace inhábil la cosa para su destino, sino que también es posible que se falte al cumplimiento con un cumplimiento parcial, o un cumplimiento defectuoso».

¹²⁴⁰ Hablamos de mora cuando existe un retraso en el cumplimiento, salvo en aquellas ocasiones en las que la mora equivale a un incumplimiento total del contrato. De ahí que podamos hablar de morosidad cuando el cumplimiento, aunque tardío, tenga todavía interés y sea satisfactorio para el acreedor, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones, op.cit.*, p.151. Asimismo, téngase en cuenta que la morosidad no opera de igual manera en las obligaciones civiles que en las mercantiles. En aquéllas la norma exige una interpelación previa, mientras que, en éstas, con carácter general, se reclama una interpelación previa.

¹²⁴¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.549, habla de encontrar un *término medio* o justo equilibrio entre las infracciones que habilitan para la resolución del contrato y aquellas que deben ser contestadas mediante otros remedios.

para ser calificados de graves y definitivos¹²⁴², ya sea porque se extienden en el tiempo¹²⁴³, porque se reiteren¹²⁴⁴, o porque se hayan pactado expresamente estas consecuencias en el contrato¹²⁴⁵. Se trata de supuestos que se mueven en torno a un desajuste absoluto de lo prevenido en el contrato¹²⁴⁶.

¹²⁴² Así sucede cuando se entregan mercancía de calidad inferior a la pactada de manera reiterada, STS núm. 35/2010, de 17 de febrero (ROJ 907/2010) o cuando el retraso en el cumplimiento se prolonga en el tiempo, STS núm. 348/2016, de 25 de mayo (ROJ 2292/2016).

¹²⁴³ En palabras de CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, op.cit., p.23, «no se trata ni de que cualquier ejecución parcial faculte para resolver conforme al artículo 1124 del Código Civil, ni de que para que se produzca la resolución del contrato el incumplimiento ha de ser total y completo; se trata de valorar el cumplimiento parcial» para lo que habrá que estar a la gravedad del incumplimiento, a la insatisfacción del acreedor y a la posible contravención a la buena fe que supondría rechazar un cumplimiento parcial o tardío.

¹²⁴⁴ El incumplimiento del contrato debe ser el resultado de una conducta obstativa del deudor a atender con sus obligaciones, que puede acreditarse «por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte», cfr. CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, op.cit., p.13. La reiteración en el incumplimiento de las prestaciones que, dentro de un programa de prestaciones configurado al albur de un contrato de suministro, van venciendo de manera sucesiva, constata la voluntad del deudor a no cumplir con su obligación.

¹²⁴⁵ El art.1255 CC permite que sean los propios contratantes quienes tipifiquen determinados incumplimientos como resolutorios, al margen de que verdaderamente puedan ser calificados o no como graves. Estos pactos son admitidos por la jurisprudencia, que no entra a valorar el comportamiento bajo la perspectiva del art.1124 CC sino simplemente aplica la consecuencia pactada en el contrato, SSTS 30/4/2010, rec.677/2006 y de 23/10/2012, rec.765/2010.

¹²⁴⁶ La delimitación del incumplimiento resolutorio ha alcanzado importancia, dogmática y práctica, ante la consolidación del incumplimiento esencial como fórmula que habilita a la resolución contractual. Si bien el plano en el que se desenvuelven ambas dos son distintos: mientras que el primer incumplimiento atiende a una infracción del programa contractual, observando la prestación como fin último y, en consecuencia, atendiendo al grado de cumplimiento de la misma, el incumplimiento esencial toma la infracción de la satisfacción del acreedor, conocido o informado al tiempo de contratar, y cuya frustración es tutelable a través del remedio resolutorio por el incumplimiento esencial del contrato. En este sentido, *vid.* SÁNCHEZ MARTÍN,

De acuerdo con lo que tiene declarado la jurisprudencia, la doctrina *aliud pro alio* es aplicable a los contratos mercantiles de suministro en los casos en que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad como para poder ser considerado como determinante de un absoluto incumplimiento del contrato¹²⁴⁷. En tales supuestos no se está en presencia de un vicio oculto en la cosa, sino que se habla de un incumplimiento total de la obligación de suministro pactada, por cuanto existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del deudor, que permite al acreedor acudir a la protección dispensada en los arts. 1101 y 1124 CC. Para que la entrega de cosa distinta a la pactada pueda habilitar a la parte a instar una resolución del contrato por incumplimiento el defecto del producto suministrado debería consistir en un defecto de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato de suministro. Una entrega de cosa distinta a la pactada que se repita en varias prestaciones o que, aun no repitiéndose, frustre el objeto del contrato para el acreedor, han servido de fundamento para acoger un supuesto de *aliud pro alio* y declarar resuelto el contrato de suministro por incumplimiento¹²⁴⁸. Sin embargo, en aquellos casos en los que la entrega de una cosa distinta se produce en una sola prestación, cabría cuestionarse si se trata de una verdadera situación de *aliud pro alio*. En líneas generales, la obligación de suministro comprometida no habría quedado afectada por la entrega de una cosa que no se ajusta a lo convenido. Así como en la compraventa la obligación de entrega, por ser única, sí se ve gravemente afectada cuando tiene por objeto cosa distinta a la convenida, en el suministro,

C., «"Incumplimiento esencial" versus "incumplimiento prestacional con trascendencia resolutoria". Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica», *Diario La Ley*, núm. 8318, año 35 (2014).

¹²⁴⁷ Por todas, *vid.* SSTS núm. 22/2009, de 23 de enero (ROJ 70/2009) y núm. 542/2016, de 3 de octubre (RJ 3336/2016).

¹²⁴⁸ Así sucedía en el caso enjuiciado en la STS núm. 35/2010, de 17 de febrero (ROJ 907/2010), en la que se estuvo suministrando carbón con un mayor contenido de ceniza a la pactada, lo que, a juicio del TS, y siguiendo la doctrina asentada por el tribunal, constituía un caso de *aliud pro alio*. Es también de ver la STS núm. 542/2016, de 3 de octubre (RJ 3336/2016), donde acoge un supuesto de *aliud pro alio* debido a la frustración del fin práctico del contrato para el acreedor.

para poder entender que se produce esta afectación, deberá exigirse un plus respecto a la conducta del deudor, que puede venir bien por la reiteración de las entregas de cosa distinta, afectando a varias prestaciones, o bien porque cada prestación individual se haya configurado de tal forma que la falta de cumplimiento exacto de una de ellas sea suficiente para poder afirmar que se ha desvirtuado el fin del contrato para el acreedor. De lo contrario, si admitiésemos que una sola entrega de cosa distinta en cualquier contrato de suministro podría habilitar a la parte a resolver el negocio (lo cual puede ocurrir, por ejemplo, cuando, determinadas las calidades, la cosa entregada no las reúne, o cuando los vicios tienen tal envergadura que hacen la cosa totalmente inútil), se estaría admitiendo una solución más grave que en los supuestos de falta total de entrega.

En otro orden de cosas, sucede en ciertas ocasiones que el plazo de cumplimiento de la prestación se ha configurado como un plazo esencial. Se trata de un plazo cuyo transcurso sin que se haya cumplido el objeto del contrato impide el posterior cumplimiento del mismo, resolviéndose la obligación. No cabe la mora o el retraso en el cumplimiento, con lo que no puede hablarse de un cumplimiento inexacto. Conforme tiene declarado la jurisprudencia, si el plazo se establece como esencial bastará su transcurso para que la parte que sufre el incumplimiento pueda instar con éxito la resolución del contrato, dado que la prestación se hace inútil para el acreedor, frustrándose las legítimas expectativas y el fin práctico perseguido con el negocio de que se trate¹²⁴⁹.

Se trata de un cambio de perspectiva desde la que se observa el incumplimiento, con lo que se avanza hacia una subjetivación del incumplimiento resolutorio¹²⁵⁰. Así, mientras el incumplimiento resolutorio

¹²⁴⁹ Por todas, STS núm. 741/2014, de 19 de diciembre (ROJ 5347/2014).

¹²⁵⁰ Mientras el incumplimiento prestacional resolutorio tiene un carácter objetivo, ya que se examina el contenido del pacto para, en su caso, determinar si la conducta desplegada por el deudor encaja o no en el deber comprometido, con el incumplimiento esencial el juicio de valor se centra en un elemento subjetivo, que exige indagar la base del negocio que movió al acreedor y ver si, mediante la conducta del

atiende a la desviación del programa contractual, pivotando sobre la obligación debida y en qué grado se ajusta a lo pactado, el incumplimiento esencial atiende al plano satisfactorio del acreedor¹²⁵¹. Mientras que con éste se observa cómo se ha ajustado la conducta del deudor al deber contractual, con el incumplimiento esencial se observa el grado de satisfacción del acreedor, y, en caso de que no se haya logrado, cómo la conducta del deudor ha frustrado el fin práctico del contrato¹²⁵². El incumplimiento, así considerado, pone el foco en la insatisfacción del acreedor como consecuencia directa de una conducta del deudor, que puede ser ajustada al contrato, pero insuficiente para satisfacer ese interés¹²⁵³. Esta concepción del cumplimiento, como un comportamiento que, además de atenerse a lo pactado, debe satisfacer las legítimas ex-

deudor, se ha dado satisfacción a la misma, *vid.* SÁNCHEZ MARTÍN, C., "*Incumplimiento esencial*" versus "*incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria*, *op.cit.*

¹²⁵¹ En términos de la STS núm. 638/2013, de 18 de noviembre (ROJ 6699/2013), el incumplimiento esencial «se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse, más bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor.»

¹²⁵² La jurisprudencia más reciente viene interpretando la norma del art. 1124 CC en el sentido de entender que el incumplimiento resolutorio de obligaciones recíprocas ha de ser grave o sustancial, frustrando el fin del contrato, *vid.* STS núm. 87/2014, de 18 de febrero (ROJ 627/2014). La frustración del fin del contrato se ha expresado, en otras ocasiones, con otras fórmulas, como la frustración de las legítimas expectativas de las partes, la pérdida de las aspiraciones de los contratantes o la quiebra de la finalidad económica o de la frustración del fin práctico del contrato. Bajo estos planteamientos la jurisprudencia ha tratado de incidir en el carácter esencial que debe tener el incumplimiento, *vid.* STS núm.602/2007, de 4 de junio (ROJ 4235/2007).

¹²⁵³ En términos de la STS núm.638/2013, de 18 de noviembre (ROJ 6699/2013), «la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse, más bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, en donde el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance del incumplimiento de estos deberes contractuales [...] sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, cursan o se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por las partes, o la naturaleza de las características del tipo contractual llevado a cabo».

pectativas de la contraparte, implica un alejamiento de la noción tradicional del incumplimiento en un sentido material¹²⁵⁴. De modo que si la prestación realizada es insuficiente para dar satisfacción al interés del acreedor se constata una frustración del contrato que autorizaría a instar su resolución, pues se frustraría el fin para el que se celebró¹²⁵⁵. De modo que, entonces, en el incumplimiento esencial, lo relevante no es que el deudor haya ejecutado el contrato en los términos pactados, sino que con ello se haya satisfecho el interés del acreedor.

Las anteriores consideraciones tienen una importancia práctica fundamental cuando se traen al contrato de suministro, por la incidencia que tiene en la causa del contrato el interés de la parte en la satisfacción de una necesidad duradera. Las partes rehúyen del contrato de compraventa porque la necesidad duradera no puede ser atendida mediante el típico contrato de cambio. Además, la atención a esta necesidad justifica la configuración del programa contractual, que recoge obligaciones duraderas que se traducen en una repetición de las prestaciones,

¹²⁵⁴ Tradicionalmente se ha venido entendiendo el incumplimiento del contrato como un comportamiento culpable del deudor que justificaba su resolución, mientras que el caso fortuito era reconducido a los arts. 1182 y 1184 CC. Las modernas opiniones ponen de manifiesto que se da por superada esta concepción subjetivista del incumplimiento. Entienden que el art. 1124 CC no refiere al incumplimiento culpable, reconduciendo al *cumplimiento imposible* de su segundo párrafo el supuesto del incumplimiento fortuito. Este planteamiento objetivista se sigue por el TS, con lo que se deja al margen la culpa del deudor. Con ello, se atiende al interés perseguido por el acreedor, de modo que, ante un incumplimiento de alguna estipulación del contrato o su cumplimiento defectuoso, que dejen insatisfecho al acreedor por no cubrir sus legítimas expectativas o frustrar el fin perseguido con el contrato, estaría facultado a instar una resolución contractual al amparo de dicho art. 1124 CC e interpretado conforme a este planteamiento, *vid.* PÉREZ GURREA, R., «El incumplimiento esencial del contrato como categoría independiente del incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm.752 (2015), pp.3683-3684.

¹²⁵⁵ Aun cuando la obligación puede ser ejecutada, como en aquellos casos en los que no está sujeta a un término esencial, la falta de su ejecución en los términos pactados o la prolongación excesiva en la omisión de la prestación conducen a una frustración del fin concreto del negocio. En tales casos, a pesar de esa ejecución factible, la doctrina no considera justo que el acreedor deba permanecer vinculado a un contrato que ya no va a satisfacer la necesidad que le empujó a su celebración, *vid.* DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, pág.763

como ya hemos visto. Secuela de todo esto es que el juicio de ponderación para determinar si hay o no un incumplimiento excederá el mero ajuste o desajuste prestacional con el contrato. Se deberá atender al grado o medida en que la conducta del deudor es idónea para alcanzar los resultados, beneficios o utilidades que, desde una perspectiva lógica, cabía esperar del contrato de suministro celebrado. En este orden de cosas, tendrán cabida en el incumplimiento esencial infracciones del programa prestacional, como la falta de idoneidad de los bienes, los defectos de calidad que presenten, los desajustes en las cantidades entregadas, las demoras o retrasos en la entrega, etc.¹²⁵⁶ Esto es, infracciones que, como regla, pueden reconducirse a un cumplimiento defectuoso, alcanzarán eficacia resolutoria bajo los planteamientos del incumplimiento esencial cuando impiden satisfacer los resultados esperados o las legítimas expectativas que el acreedor tenía depositadas en el contrato de suministro¹²⁵⁷. De ahí que el incumplimiento esencial pueda predicarse tanto de obligaciones principales como de accesorias o secundarias. A diferencia del incumplimiento resolutorio, en el que se atiende la gravedad de la conducta, la cual solo es predicable de las

¹²⁵⁶ HERRADA BAZÁN, V., «Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)», *Revista de Derecho Civil*, vol.4, núm.1 (2017), pp.41 y ss., contrapone el incumplimiento temporal de aquellos definitivos por la frustración del fin contractual. En el primer incumplimiento se incardinaría el supuesto de demora en la ejecución, mientras que en el segundo se encontrarían la negativa del deudor a cumplir la prestación, la imposibilidad de su realización, su inutilidad por la tardía ejecución y el retraso prolongado e injustificado de su ejecución. En todos ellos, afirma el autor, se frustran las legítimas expectativas del acreedor, que informaron la causa del contrato, y que nos colocan ante un incumplimiento esencial y definitivo del contrato.

¹²⁵⁷ En cierta medida, en todo contrato subyace un interés del acreedor, que es un aspecto básico en la relación contractual, que incide en la causa del contrato y que debe ser atendido por el deudor. Pero la perspectiva del incumplimiento esencial se separa de las consideraciones clásicas, bajo las cuales el deudor habrá atendido a este interés ejecutando el contrato conforme a lo prometido. Se trata de cualificar la prestación del deudor, exigiendo que, con ella, se dé satisfacción a la necesidad en todo caso. Una crítica a las consideraciones recogidas en la doctrina del TS sobre el incumplimiento esencial la encontramos en LAUROBA LACASA, M.E., «Comentario a la Sentencia del 18 de noviembre de 2013. El incumplimiento esencial como categoría y régimen diferenciado en la dinámica del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96 (2014), pp.15-106.

obligaciones principales, el incumplimiento esencial prescinde de esta discriminación, en la medida en que la falta de atención de cualquiera de las obligaciones del contrato consiga frustrar el fin contractual para el acreedor¹²⁵⁸. De tal modo que la resolución se observa desde un planteamiento distinto¹²⁵⁹, poniendo el acento en la expectativa que tiene el acreedor en el contrato y su frustración como resultado de la conducta del deudor, incluso cuando materialmente se haya ajustado al contrato¹²⁶⁰. En otras palabras, la trascendencia resolutoria no vendría por el desajuste del programa pactado, sobre todo cuando no se trate de un incumplimiento grave, sino por la falta de satisfacción del acreedor¹²⁶¹.

¹²⁵⁸ En principio, solo cabe resolver por incumplimiento las obligaciones esenciales y no aquellas que son complementarias o accesorias a aquéllas. La esencialidad y accesoriedad de una obligación está determinada por la interdependencia de la accesoriedad sobre la principal. Si bien esta es la doctrina que ha mantenido tradicionalmente el TS, se encuentran fallos en los que se declara resuelto un contrato por el incumplimiento de las prestaciones accesorias habida cuenta su interconexión con la principal, *cfr.* CLEMENTE MEORO, M.E., *Artículo 1124. Facultad de resolver las obligaciones*, *op.cit.*, p.231.

¹²⁵⁹ HERRADA BAZÁN, V., *Incumplimiento y resolución contractual*, *op.cit.*, p.36, hace un interesante análisis de la evolución de la resolución en la jurisprudencia del TS, que abandona el factor subjetivo (la voluntad deliberadamente rebelde del deudor) para enfocarse en factores como ahora la frustración del fin del contrato o la pérdida de la utilidad de la prestación para el acreedor. Ahora bien, como vemos, no se abandona esta visión subjetiva del contrato, sino que se observa desde otra perspectiva: la del acreedor.

¹²⁶⁰ El art.1124 CC permite al perjudicado por un incumplimiento contractual optar por el cumplimiento forzoso del contrato o, en su caso, instar la resolución de la obligación desatendida. La jurisprudencia abandonó hace tiempo la tesis que abogaba por una conducta rebelde o voluntad obstativa al cumplimiento por el deudor, adaptando la aplicación del Derecho, y, en particular, de este artículo capital en el Derecho de contratos, a la realidad práctica. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M, «Artículo 1124», en SALAS CARCELLER, A. (Coord.), *Código civil. Comentarios y jurisprudencia*, Sepín, Madrid, 2009, p.2994. No siempre el incumplimiento será arbitrario y de mala fe. En ocasiones, se constatará la existencia de una obligación que se deja desatendida quebrando las legítimas expectativas depositadas por el acreedor en el contrato y no siendo ajustado a Derecho obligarle a mantenerse en una relación contractual que presenta este panorama. *Cfr.* GARRIGUES, J., *Dictámenes de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, pp.510-511.

¹²⁶¹ Con esto se observa que queda superada la *gravedad* de la conducta del deudor, al tiempo que se acoge a una idea de *esencialidad*. La razón estriba en considerar que cualquier infracción del contrato justificaría la pérdida del interés del acreedor. Este

El carácter esencial del plazo debe haberse establecido así en el contrato o derivarse tal condición de las circunstancias del caso. El momento en el que debe ejecutarse la obligación puede ser elevado por las partes como un requisito esencial, de modo que la prestación debe ser ejecutada en el momento señalado o nunca, bien porque su realización fuera del plazo pactado es físicamente imposible, bien porque, siéndolo, no satisface el interés del acreedor¹²⁶². Así las cosas, la falta de entrega en el momento determinado frustraría el fin práctico perseguido en el negocio, con lo que el acreedor perdería totalmente el interés en la prestación en particular, y en el contrato en general. En tales casos, la falta de cumplimiento contractual coloca al deudor en una situación de incumplimiento grave y definitivo¹²⁶³. Al vencimiento del plazo, la inexecución de la prestación hace que ésta ya sea inservible para el acreedor, aun cuando objetivamente su ejecución sí sea posible¹²⁶⁴.

interés, desde el plano del incumplimiento grave y resolutorio, solo es atendible cuando se infringen deberes principales; mientras que, desde el plano del incumplimiento esencial, puede alcanzar a la totalidad de las prestaciones pactadas, *vid.* SÁNCHEZ MARTÍN, C., “*Incumplimiento esencial*” versus “*incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria*”, *op.cit.*

¹²⁶² El término esencial es la fecha exacta y determinada en el contrato como momento del cumplimiento, pero también puede serlo el plazo o periodo temporal en el que la prestación debe ejecutarse. Fuera de estos momentos la prestación carece de sentido para el acreedor. MARÍN LÓPEZ, M.J., *Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato*, *op.cit.*, pp.817-818, habla de término esencial absoluto, cuando la prestación devine física o jurídicamente imposible; y término esencial relativo, cuando el cumplimiento es posible pero no satisface al interés del acreedor.

¹²⁶³ El incumplimiento de una prestación singular puede ser causa de resolución en un contrato duradero cuando reviste una notable importancia dentro del programa obligacional quebrando la confianza del acreedor en el cumplimiento de las prestaciones futuras, *cfr.* SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, *op.cit.*, p.107; CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, *op.cit.*, p.30; FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, *op.cit.*, p.781.

¹²⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, *op.cit.*, p.697.

La falta de cumplimiento, incluso de una sola prestación, dentro del plazo esencial, habilitaría al acreedor a instar la resolución del contrato por incumplimiento. Puede ocurrir que el acreedor estime, aun con todo, más conveniente para sus intereses conservar el contrato y tolerar el incumplimiento. A fin de cuentas, la resolución es una facultad unilateral que el Derecho de contratos otorga a la parte afectada, quien puede, como alternativa, exigir el cumplimiento del pacto y, en todo caso, la compensación por los daños ocasionados. Así las cosas, el acreedor en un contrato de suministro podría considerar más conveniente para el fin perseguido conservar su vigencia, aspirando a obtener las prestaciones futuras dentro de los plazos marcados¹²⁶⁵.

Dado que la satisfacción de la necesidad del suministrado es el fin perseguido por las partes en un contrato de suministro, siendo el compromiso adquirido por el proveedor e integrándose en la base del negocio¹²⁶⁶, una prestación que impida atender a este especial interés, a juicio de esta noción del incumplimiento esencial, habilitaría al suministrado a instar una resolución contractual sobre la base de la frustración de sus legítimas expectativas¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL, F., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.290-292. Se trata de un incumplimiento esencial de una obligación que frustra el fin práctico perseguido por el acreedor, con lo que pierde todo interés en sus prestaciones. En estos casos, hablamos de *incumplimiento esencial* precisamente para distinguirlo del prestacional, que sí puede ser reconducido en un contrato de suministro y corregido por el deudor. En cambio, el incumplimiento esencial lo es de todo el contrato, aun cuando se haya manifestado en una sola prestación.

¹²⁶⁶ El interés del suministrado no es tener una prestación completa, sino el de tener una prestación repetida en relación a la repetición de sus necesidades. Con ello se busca obtener un contrato que las cubra todas, sin perjuicio de su contenido, alcance o número de veces en que se reproduzca. Sobre la incidencia del interés del suministrado en el contrato de suministro puede verse FERNÁNDEZ DEL MORAL, F., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.21-34.

¹²⁶⁷ En la praxis el acreedor deberá acreditar que se han desatendido sus intereses legítimos, como pone de relieve la jurisprudencia, por todas STS núm.782/2013, de 23 de mayo de 2014 (ROJ 2404/2014).

El principal problema que suele plantear esta cuestión es determinar cuándo los términos contemplados en un contrato de suministro tendrán carácter esencial o serán plazos ordinarios¹²⁶⁸. Para su averiguación habrá que atender al contenido del programa contractual, dado que la naturaleza del contrato de suministro no determina, por sí misma, el carácter esencial u ordinario del término de cumplimiento. Esto no significa que las partes tengan que recoger de forma expresa el término como esencial, siempre que sea posible deducirlo inequívocamente del contenido del contrato. Si, tras esta tarea hermenéutica, no es posible entender que el término previsto para la ejecución de las distintas prestaciones del suministro tiene carácter esencial, se concluirá que es un plazo ordinario, con sus correspondientes efectos; a saber, su desatención colocará al deudor en morosidad, frente a la que el acreedor podrá reaccionar sin resolver el contrato, salvo cuando se prolonga o se reitera el incumplimiento de la prestación en las fechas previstas.

Finalmente, junto al *aliud pro alio* y al carácter esencial del término, el incumplimiento también tendrá alcance resolutorio en los supuestos en los que la falta de cumplimiento de una prestación se prolongue en el tiempo o se repita de manera constante¹²⁶⁹. La prolongación del retraso o la reiteración del cumplimiento defectuoso manifiestan la abierta negativa del deudor a cumplir con lo convenido¹²⁷⁰. Aunque la jurisprudencia del TS ha superado la doctrina que, con anterioridad, exigía como requisito la llamada voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, un comportamiento voluntario e injustificado del deudor de no

¹²⁶⁸ La distinción entre un término fijado como esencial y otro que simplemente determina la fecha de vencimiento de la obligación es difícil de realizar; y la esencialidad debe ser excepcionalmente admitida, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «Eficacia del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Tratado de contratos, op.cit.*, p.1474.

¹²⁶⁹ FERNÁNDEZ DEL MORAL, F., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.292, que afirma que, en este supuesto de pérdida de interés por causa del retraso, «aunque, en un principio, podía hablarse de simple retraso o mora, cuando pasa el tiempo y al acreedor ya no le interesa el cumplimiento, esta situación se equipara a la de incumplimiento definitivo».

¹²⁷⁰ En este sentido, *vid.* SAP Málaga, núm. 125/2000, de 23 de febrero (ROJ 793/2000), que habilita a la parte a resolver el contrato ante la prolongación en el incumplimiento de la obligación de pago.

atender lo que le incumbe habilitaría al acreedor para reclamar el cumplimiento de lo pactado o para resolver el contrato. Se trataría de una reacción legítima ante la voluntad manifiestamente deliberada y obstaculativa al cumplimiento, traducida en la persistencia y plena conciencia del comportamiento del deudor dirigido a incumplir con su obligación¹²⁷¹. En este orden, será vital el requerimiento realizado por el acreedor exigiendo el exacto y puntual cumplimiento de las prestaciones, que no debe confundirse con la interpelación del art. 1100 CC, pues la mora es automática en las obligaciones de naturaleza mercantil sujetas a plazo. La falta de esta reclamación pondría en evidencia la tolerancia del acreedor respecto a una situación de incumplimiento persistente. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, la existencia de requerimientos previos no es un requisito indispensable y previo para promover una acción de resolución contractual, pero sí constituye un indicio importante que permite acreditar el interés del acreedor de obtener prestaciones puntuales y que sean conformes con lo pactado¹²⁷².

¹²⁷¹ En palabras de SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1124, op.cit.*, p.268, «La voluntad “deliberadamente rebelde” no puede erigirse en un pronunciamiento exclusivo en cuanto no aparece ni de la letra ni del espíritu de este artículo, sino que ha de ser cohonestada con los actos y conductas del deudor denotadores de incumplimiento». Con ello, nos explica el autor que la voluntad rebelde que se exige en el infractor puede revelarse por una inactividad prolongada o por la pasividad en el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden, sin que sea exigible que concurra dolo en su comportamiento. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL MORAL, F., *El contrato de suministro, op.cit.*, pp.292-293, si bien la autora, cuando realiza el comentario, lo hace sobre la base de una interpretación del art. 1124 CC que exigía la voluntad rebelde al cumplimiento como requisito para su aplicación. Hoy en día este requisito ha sido abandonado por la jurisprudencia, si bien no cabe ignorar que cuando el deudor desatiende una, varias o todas las prestaciones, es lógico que tiene una voluntad a no cumplir el contrato y sería absurdo ignorar esta voluntad del deudor de no cumplir. En este sentido, *vid.* STS núm. 705/2005, de 10 de octubre (ROJ 6005/2005), donde nos dice que la voluntad deliberadamente rebelde del deudor puede presumirse por el hecho mismo de la ineffectividad de la obligación asumida.

¹²⁷² «Sólo incumple de verdad aquel a quien el incumplimiento le es imputable». Bajo esta óptica, habría que buscar la presencia de una cierta antijuridicidad o culpabilidad en la conducta del deudor incumplidor. En tales casos, solo el incumplimiento doloso, el incumplimiento voluntario y el incumplimiento negligente serían verdaderos incumplimientos, dejándose apartados los incumplimientos fortuitos, que pertenecerían a otra modalidad de incumplimiento por no existir en ellos la voluntad del deudor. Esta noción del incumplimiento se enmarca dentro de una concepción iusnaturalista

Una falta de cumplimiento que se prolonga en el tiempo o que se reitera y afecta a varias prestaciones conllevaría a una pérdida de confianza en el acreedor, que, en los contratos *intuitu*, tiene relevancia por cuanto puede erigirse como fundamento de una resolución contractual. Dado que con el contrato de suministro se genera una relación estable en la que el suministrado busca estar abastecido, cuando la confianza en esta relación contractual se destruye por los continuados incumplimientos del deudor de sus deberes contractuales cabría la desvinculación del acreedor por esta causa¹²⁷³. La pérdida de la confianza se funda en la falta de cumplimiento reiterado. Puede generarse por un cumplimiento defectuoso, como el retraso en una entrega o en el pago de una factura¹²⁷⁴, la entrega de productos de peor calidad a la pactada¹²⁷⁵ o el

que concibe el contrato como carta de deberes y, por tanto, el incumplimiento del contrato como una infracción a tales deberes. *Vid.* Díez PICAZO, L., *En torno al concepto de incumplimiento*, *op.cit.*, p.2.

¹²⁷³ En el contrato de suministro, el fin perseguido por la parte interesada en la entrega reiterada de cosas es dar satisfacción a una necesidad duradera o continuada, para lo que pretende, precisamente mediante la configuración de una obligación de suministro duradero o periódico, su atención en una sucesión de prestaciones, *cfr.* BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, *op.cit.*, p.95. Su incumplimiento tendrá un impacto negativo en esta satisfacción, e, inevitablemente, afectará a la confianza depositada en la contraparte que o bien no es capaz de atender los pactos asumidos en el contrato o bien, siéndolo, no tiene voluntad en hacerlo.

¹²⁷⁴ El incumplimiento de alguna de las dos obligaciones principales, la de entrega y la de pago, son las más frecuentes, GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, *op.cit.*, p.136. *Vid.* SSTS núm. 924/2006, de 27 de septiembre (ROJ 5497/2006); núm. 91/2002, de 7 de febrero (ROJ 778/2002); SAP Málaga, núm. 651/2006, de 19 de diciembre (ROJ 3146/2006); SSAP Madrid, rec.126/2001, de 25 de marzo (ROJ 4287/2002) y rec. 506/2000, de 4 de noviembre (ROJ 12829/2002); SAP Sevilla, rec. 406/2004, de 5 de abril (ROJ 1447/2004); SAP San Sebastián, núm. 196/1999, de 15 de junio (ROJ 1234/1999); SAP Cádiz, núm. 157/2012, de 19 de abril (ROJ 1468/2012); SAP Baleares, núm. 447/1999, de 26 de mayo (ROJ 1400/1999), entre otras.

¹²⁷⁵ *Vid.* SSAP Madrid, núm. 280/2013, de 24 de abril (ROJ 10134/2013) y núm. 250/2004, de 22 de marzo (ROJ 4167/2004); SAP Barcelona, núm. 379/2005, de 26 de julio (ROJ 8690/2005); SAP Tarragona, núm. 468/2005, de 7 de septiembre (ROJ 1652/2005); SAP Zaragoza, núm. 181/2013, de 4 de noviembre (ROJ 363/2013), entre otras.

cese en la actividad empresarial¹²⁷⁶. El suministro es un contrato que se cimienta sobre la confianza de las partes¹²⁷⁷, con lo que la desaparición de esta confianza como resultado de un incumplimiento reiterado del deudor o la desatención a una prestación, que, como regla, no tendría consecuencias resolutorias, puede traducirse, en según qué casos, en una quiebra en la confianza del acreedor, quien, ante el temor de no obtener las futuras prestaciones conforme a lo pactado, trata de obtener la resolución del contrato basada en este incumplimiento reiterado que comentamos¹²⁷⁸. Esta pérdida de confianza, también contemplada por el legislador italiano como causa de ruptura del vínculo contractual¹²⁷⁹,

¹²⁷⁶ Supuesto también señalado por SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.298, por generar en el acreedor la incerteza en el cumplimiento de las prestaciones futuras y apoyándose en la STS núm. 136/1986, de 28 febrero (ROJ 7806/1986). En el mismo sentido, la SAP Navarra, núm. 138/2018, de 19 de marzo (ROJ 411/2018).

¹²⁷⁷ La confianza del acreedor es un elemento subjetivo, con lo que la prestación desatendida no necesita por qué tener una especial importancia dentro del contrato siempre que su incumplimiento remueva la confianza del acreedor, SANTOS BRIZ, J., *Derecho civil. Teoría y práctica*, *op.cit.*, p.107.

¹²⁷⁸ La pérdida de la confianza como causa de resolución del contrato de suministro ya era defendida por el profesor GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.427, para quien el elemento fiduciario del negocio explica «que no sea suficiente el incumplimiento por sí mismo de una prestación, sino que se necesita un elemento extrínseco» consistente en esta inseguridad o falta de confianza. En el mismo sentido, MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, *op.cit.*, p.503, quien correctamente apunta que será una cuestión de hecho que no puede definirse en abstracto, sino en conexión con cada caso y contrato en concreto. En el mismo sentido, AVILÉS GARCÍA, J., *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, *op.cit.*, p.2298, quien pone el acento en el carácter fiduciario del contrato de suministro y las graves consecuencias que para la confianza de la parte tiene el incumplimiento de una sola de las prestaciones.

¹²⁷⁹ Esta es la regla general en el Derecho italiano, sancionada por el *Codice civile* en su art.1564: «*In caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti*». El precepto no sanciona el incumplimiento con una solución distinta a la acogida en regla general del art.1455 del *Codice civile*, que dispone que «*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*». En este sentido, GAZZONI, F., *Ma-*

abre la puerta a la aplicación del art.1124 CC. Ahora bien, ante la oposición del deudor a esta resolución, habrá de ser declarada en sede judicial, en donde el impacto del incumplimiento en la confianza del acreedor será contestado por el deudor. El éxito de la acción descansará en que el incumplimiento sea comprensible y tutelable por la justicia; máxime cuando deba ser acreditado ante un órgano jurisdiccional¹²⁸⁰.

E. LA RESOLUCIÓN POR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES. EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL CONCURSO

Uno de los principios elementales del Derecho concursal es el de vigencia de los contratos del concursado. La mejor demostración es el propio art. 156 TRLC, que abre el Título IV del TRLC dedicado a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos y que, a modo de introducción, propugna que la mera apertura del concurso de acreedores no es causa de resolución anticipada de ningún contrato. Toda una declaración con la que el legislador inicia el nuevo marco regulatorio de un sistema, el concursal, que en materia de contratos exceptiona buena parte de las reglas del Derecho de contratos con la finalidad de facilitar la conservación de la empresa o, en su caso, una ordenada liquidación para mayor beneficio de los acreedores. Con su contundencia, el precepto contrasta con su antecesor, el art. 61 LC, en

nuale di Diritto Privato, op.cit., p.1106. La pérdida de la confianza es causa de resolución contractual, *vid.* FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.781. También CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale, op.cit.*, p.30

¹²⁸⁰ Al tratarse el contrato de suministro de un negocio fiduciario el acreedor, como regla, no pierde la confianza ante un cumplimiento defectuoso o incumplimiento puntual. Se trataría de una confianza muy frágil si así fuese. Es en los casos de incumplimiento reiterado cuando se socaba la confianza en la obtención de las prestaciones futuras en los términos pactados y que legitima a que el acreedor pueda dar por concluido anticipadamente el contrato *ex art.1124 CC, cfr.* ALONSO SOTO, R., *Los contratos de distribución comercial, op.cit.*, p.228. En este sentido, también puede verse la STS núm. 211/1991, de 18 de marzo (ROJ 1647/1991, en la que ante la dificultad de cobro de los cheques se cambia la forma de pago, que pasa a ser al contado al momento de la entrega. El incumplimiento en cuanto al pago mediante el título valor hace perder la confianza del proveedor, y, con el cambio en el modo de pago, desaparece la función de financiación del contrato.

donde el principio de vigencia aparecía difuminado entre otras cuestiones como el carácter recíproco de la obligación o la calificación de los créditos derivados de ésta.

En la mayoría de los casos, los contratos son un importante elemento para la actividad del concursado. Mediante su conservación la norma concursal procura la subsistencia de la empresa, de la unidad productiva y, en general, la continuidad de la actividad y el tráfico del negocio del concursado. Con lo que este principio general debe ponerse en relación con la prescripción contenida en el art. 111 TRLC, que contiene una declaración de intenciones al afirmar que la declaración del concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. La conservación de los contratos se erige como baluarte para que la declaración del concurso no lleve aparejada una avalancha de resoluciones o extinciones contractuales que impliquen interrupciones innecesarias e, incluso, paralizaciones irremediables en la marcha de un negocio en funcionamiento¹²⁸¹. A tal fin, se tendrán por no puestas las cláusulas que prevean la facultad de resolver el contrato por la mera declaración de concurso de acreedores de cualquiera de las partes. De acuerdo con el 156 TRLC, en línea con la prescripción del anterior 61.3 LC, estas cláusulas, encaminadas a dejar vacío de contenido el principio general de vigencia de los contratos, no desplegarán ningún efecto jurídico. Serán nulas. Nulidad que no se hace extensiva al resto del contrato al que se incorpora la cláusula¹²⁸².

¹²⁸¹ GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P, «Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos», en CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, *op.cit.*, p.396. Así se dispone expresamente en el art. 44 LC, actual art. 111 TRLC, siendo el principio que inspira el derecho de insolvencia y que se contrapone con el procedimiento de quiebra, siendo que el art. 221 CCo contemplaba, hasta la entrada en vigor de la LC, la declaración de quiebra como causa de disolución.

¹²⁸² Se trata de un supuesto de nulidad parcial, como se desprende de la dicción del propio precepto, que dice «se tendrán por no puestas las cláusulas...». La nulidad, por tanto, es predicable de la cláusula que contraviene una disposición legal, pero el resto del contrato es válido y vinculante para las partes. Poco recorrido tendría el fin pretendido por el legislador si el demandante pudiera desvincularse del contrato instando, no ya la resolución, sino la nulidad del contrato. En este orden, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos», en

Esta nulidad no es solo predicable de aquellas cláusulas que expresamente prevean la facultad de instar la terminación o la resolución de un contrato por la declaración de concurso. También lo es de aquellas otras que persiguen el mismo efecto, pero parapetándose en expresiones ambiguas¹²⁸³ o que ligan la ejecución del contrato a la solvencia de la parte¹²⁸⁴. Por el contrario, no alcanzan a otras formas de extinción del contrato desligadas de la declaración del concurso, como la llegada de la fecha de su extinción, el desistimiento *ad nutum* e, incluso, el incumplimiento del contrato ante determinados supuestos.

a) El contrato de suministro en el concurso de acreedores

VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2021.

¹²⁸³ En la práctica se observan fórmulas que buscan esquivar esta nulidad. Así sucede en el ámbito de la contratación bancaria, en la que se contempla como causa de terminación anticipada el deterioro de la solvencia de la empresa, si bien se apunta por la doctrina que estos mecanismos no dejan de ser sino un fraude de ley, *cfr.* SALINAS ADELANTADO, C., *Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos*, *op.cit.*, p.113.

¹²⁸⁴ Este es el caso enjuiciado por la STS 749/2011, de 31 de octubre (ROJ 7180/2011), en donde se examinaba un contrato en el que las partes habían introducido un mecanismo mediante el que se pretendía eludir el cumplimiento del contrato por la declaración del concurso al habilitar a la parte *in bonis* a esquivar la ejecución de sus obligaciones contractuales. En estos casos, según el primer tribunal, se pueden crear situaciones que suponen un fraude de ley al vaciar de contenido lo dispuesto en el art. 156 TRLC, anterior art. 61.3 LC.

La continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor exige conservar todos aquellos contratos imprescindibles para el funcionamiento de la empresa¹²⁸⁵. Entre ellos, el contrato de suministro¹²⁸⁶. A través de diversos contratos de suministro la

¹²⁸⁵ La continuidad de la empresa se propugna como una de las finalidades perseguidas por la norma concursal. Sin embargo, como herencia de la crisis económica, el concurso de acreedores se llega a percibir como una situación previa a la extinción de una empresa. Sobre esta visión generalizada que se tiene del concurso de acreedores es común en la práctica, *vid.* AMAT, O., «Del concurso de acreedores al éxito empresarial: el caso de Juncà Gelatines», *Revista contable*, núm. 54 (2017), pp.98-107. Aunque el mecanismo del concurso de acreedores está pensado para velar por la continuidad de la empresa, el fracaso en España es evidente, siendo que la práctica totalidad de las empresas en concurso están en liquidación, *vid.* REJÓN LÓPEZ, M. y LÓPEZ VILLÉN, P., «La auditoría de las empresas en liquidación y aquellas que están abocadas a la misma. Reflexiones sobre la situación previa a la liquidación», *Revista contable*, núm. 25 (2014), pp.37-41. SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24 (2011), p.24, pone de relieve la difícil aplicación de la LC, redactada en tiempos de bonanza económica, a las empresas en crisis y las graves consecuencias que esto ha tenido para muchas de ellas, que no han encontrado una rápida y, sobre todo, adecuada respuesta a sus necesidades. De modo que, a pesar de que la normativa concursal parte de la creencia de que el escenario normal de terminación del concurso será el convenio con los acreedores y, tras su cumplimiento, la recuperación por el deudor de sus facultades y el alzamiento de las medidas adoptadas durante el curso del proceso de insolvencia, la realidad ha puesto de manifiesto que el concurso finaliza con la disolución y liquidación de la concursada persona jurídica, *vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «La conclusión del concurso. La conclusión por ausencia de bienes», en CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.862. Con lo que, con relativa frecuencia, la situación de insolvencia impide que la conservación del negocio sea una opción rentable, abocando a su cierre total o parcial, *vid.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento», *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 5, núm. 1 (2017), p.110.

¹²⁸⁶ El contrato de suministro ha sido calificado como contrato de empresa por encontrar en ella espacio en el que desplegar su función de satisfacción de necesidades continuadas, *vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil, op.cit.*, p.738. La doctrina constata también las estrategias que, en ocasiones, persiguen los contratantes acreedores de la concursada, que hacen pasar como contrato de suministro lo que son verdaderas compraventas sucesivas, *vid.* SALINAS ADELANTADO, C., *Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos, op.cit.*, p.118, que refiere a esta picaresca

empresa se garantiza el acceso a unos bienes y obtiene un flujo constante de las mercaderías que necesita para la consecución de sus fines. La extinción de estos contratos llevaría a una paralización de la actividad, cuyas consecuencias se ven agravadas por la situación de insolvencia en la que se encuentra el empresario¹²⁸⁷. El ejemplo más paradigmático es el contrato de suministro eléctrico, en los que, a veces incluso con incumplimiento mediante, se ha decretado la vigencia del contrato¹²⁸⁸. A salvo quedan aquellos casos en los que la empresa está abocada irremisiblemente al cierre, o ha cesado en su actividad al tiempo de la declaración del concurso, en donde la conservación de los contratos de suministro carece de sentido¹²⁸⁹.

de intentar forzar una calificación distinta para convertir en contratos de tracto sucesivo a los que no lo son. Un ejemplo de esto nos lo ofrece la SAP Barcelona núm. 213/2016, de 3 de octubre (ROJ 9243/2016)

¹²⁸⁷ Esta situación no es exclusiva del contrato de suministro, sino que, en general, es predicable de cualquier contrato de tracto sucesivo que recaiga sobre bienes, tangibles o intangibles, necesarios para la continuación de la actividad empresarial, como los contratos de arrendamiento, de crédito o las licencias, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Derecho concursal y propiedad industrial: el contrato de licencia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 19 (2013), pp.243-253.

¹²⁸⁸ Los contratos de suministro energético en sede concursal se caracterizan por la elevada litigiosidad que han generado, *vid.* JUAN Y MATEU, F., *Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada, op.cit.*, p.115-151. También SALINAS ADELANTADO, C., *Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos, op.cit.*, p.119 y 124. En este sentido, interesa traer a colación la STS núm.145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012), en donde se sanciona la continuación del suministro de energía por ser necesario para el ejercicio de la actividad empresarial. El mantenimiento de los contratos de suministro también se plantea como una solución adecuada cuando se pretende liquidar la sociedad concursada enajenando las unidades productivas integradas en la masa, para lo que es importante que estén en funcionamiento y cuenten con los elementos necesarios para que el adquirente pueda continuar desarrollando el negocio. También en los casos en los que se persigue la liquidación de la empresa optándose por un cierre ordenado del centro de producción, *vid.* JUAN Y MATEU, F., *Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora, op.cit.*, p.517.

¹²⁸⁹ En sentido contrario, *vid.* SAP Castellón, núm. 229/2009, de 24 de junio (ROJ 519/2009), en donde no se comparte la opinión de la administración concursal de que el suministro energético suspendido por la empresa comercializadora de electricidad fuese necesarios dada la situación particular de la empresa, en la que la producción se había detenido y «sin que tampoco la posibilidad de una incierta venta inmediata de las instalaciones pueda justificar ese interés».

Los contratos de suministro reciben un especial tratamiento en la legislación concursal. El legislador ha tomado en consideración, a la hora de regular los efectos del concurso sobre las relaciones contractuales, la naturaleza del contrato, sometiendo a regulación los contratos bilaterales, recíprocos y sinalagmáticos, y su grado de ejecución, distinguiendo dos regímenes diferentes, en función del cumplimiento o pendencia de la obligación al momento de la apertura del procedimiento concursal¹²⁹⁰. Bajo estas consideraciones, los contratos de suministro reciben un tratamiento particularizado en el seno de un concurso de acreedores, consecuencia de la permanencia del sinalagma funcional durante toda la vida del contrato¹²⁹¹. Recuérdese que el suministro es

¹²⁹⁰ La legislación concursal contiene un régimen dispar en función de que la reciprocidad de las prestaciones permanezca al tiempo de la declaración del concurso o no. Así, el art. 157 TRLC dispone que «En los contratos con obligaciones recíprocas, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las que fueran a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al concursado se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso». Esto es, el precepto contempla tres requisitos: que el contrato incorpore obligaciones recíprocas; que al tiempo de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones; y que la otra parte tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las propias. En otras palabras, que una parte debe haber cumplido sus obligaciones derivadas del contrato y la otra no. En cambio, el art. 158 TRLC recoge un supuesto distinto, cual es cuando ambas partes tienen sus obligaciones pendientes de cumplimiento. Así, dice el precepto: «La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado».

¹²⁹¹ Interesan traer aquí las consideraciones de la STS núm. 44/2013, de 19 de febrero (ROJ 1427/2013), según la cual «cabe hablar de obligaciones recíprocas cuando, (1º) con causa en un mismo negocio, (2º) nazcan deberes de prestación a cargo de las dos partes, que ocupan la doble posición de acreedora y deudora de la otra, siempre que (3º) exista entre las prestaciones una interdependencia o mutua condicionalidad, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contravalor o contraprestación de la otra». Y continúa el fallo diciendo: «La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regula-

un contrato sinalagmático, en el que la obligación de cada parte contratante es causa de la contraria (sinalagma genético), siendo cada prestación interdependiente de la otra en cuanto a su cumplimiento, de tal forma que ambos deberes de prestación tienen que ejecutarse simultáneamente (sinalagma funcional)¹²⁹². Ahora bien, el suministro presenta una particularidad, que ya hemos tenido ocasión de desarrollar en las páginas precedentes: la obligación que asume cada parte es duradera, de modo que, o bien se repite, en el caso de los suministros periódicos; o bien se sucede, en el caso de los suministros continuados. No se trata de que la obligación recíproca esté pendiente de cumplimiento por ambas partes porque ninguna de ellas haya cumplido todavía lo prometido, sino que, debido a su específico programa contractual, las obligaciones estarán pendientes al tiempo de la declaración del concurso, aun cuando también se pueden haber ejecutado con anterioridad¹²⁹³.

Lo anterior no es una característica exclusiva del contrato de suministro. Es un efecto que se reproduce en los contratos de tracto sucesivo, en los que la pendencia de las obligaciones recíprocas al momento de

ción negocial o "lex privata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas».

¹²⁹² A estas conclusiones llega el TS, aunque enjuiciando un contrato de permuta financiera, en las SSTS núm. 629/2015, de 17 de noviembre (ROJ 4918/2015); núm. 811/2012, de 8 de enero de 2013 (ROJ 109/2012), 797/2012, de 9 de enero de 2013 (ROJ 110/2013) y 187/2014, de 2 de septiembre (ROJ 3898/2014), entre otras.

¹²⁹³ El contrato de suministro encaja en el concepto de contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso de acreedores. En este orden, en sede de suministro, las prestaciones pendientes de cumplimiento por virtud del contrato permiten que hablemos de obligaciones recíprocas, aplicándole al contrato aquí comentado las reglas específicas previstas en la normativa concursal para los contratos de esta clase, *vid.* ANTÓN SANCHO, M., «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores: la reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32 (2014), pp.319-320.

la declaración del concurso de acreedores hace aplicable la regla del art. 158 TRLC. En su virtud, la mera declaración de concurso no afectará la vigencia de estos contratos, con lo que cada parte, tanto el concursado como la parte *in bonis*, deberá ejecutar las prestaciones contractualmente comprometidas. A diferencia de la norma contenida en el 157 TRLC, aquí es requisito elemental que no se haya producido el cumplimiento íntegro de la obligación por alguna de ellas. De ser así, sería aplicable el régimen previsto en este segundo artículo, con las importantes consecuencias en cuanto a la calificación del crédito¹²⁹⁴. Sin embargo, como hemos apuntado, en un contrato de suministro es frecuente que ambas prestaciones vengan ejecutándose simultáneamente; a lo sumo, podemos encontrar suministros en los que la prestación de pago engloba varias prestaciones de suministro. Pero, en todo caso, la interrelación entre ambas obligaciones impone que exista una ejecución paralela de ambas, aunque no sean coincidentes en el tiempo. Razón por la que el suministro encuentra acomodo en el sistema del art. 158 TRLC.

La aplicación de este 158 TRLC tiene dos efectos a destacar. El primero de ellos, es la vinculación del contrato para ambas partes. Cada obligación debe cumplirse con arreglo a lo pactado, sin que la declaración del concurso afecte a lo convenido. Al efecto, la separación por alguna de las partes del contrato autorizará a la contraria a instar el cumplimiento o la resolución del contrato, con la indemnización de daños y perjuicios

¹²⁹⁴ Respecto al diferente tratamiento que recibían los contratos de tracto único de los de tracto sucesivo puede verse la STS núm. 505/2013, de 24 de julio (ROJ 4091/2013). Esta distinción se detrae ahora de la dicción del art. 160 TRLC: «Declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la declaración de concurso solo podrá ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo.» Anteriormente, como pone de relieve SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18 (2009), p.427, lo fundamental era determinar si los contratos que ligaban a la parte *in bonis* y a la parte concursada eran contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes o solo por una de ellas. En cambio, con la literalidad de la norma actual se dirime una cuestión: solo los incumplimientos anteriores al contrato producidos en el seno de un contrato de *tracto sucesivo* habilitan a resolver el contrato por incumplimiento. De este modo, se expulsan contratos como la compraventa con entrega aplazada o fraccionada, donde la duración incide en la ejecución, pero no en la causa del contrato, *cfr.* PRENDES CARRIL, P., *Novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal, op.cit.*

que proceda. El segundo, que el crédito de la parte *in bonis* que se genere a consecuencia del cumplimiento del contrato –como también la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en caso de incumplimiento– recibe la calificación de crédito contra la masa. Es más, no solo reciben la consideración de crédito contra la masa, sino que deben ser abonados «con cargo a la masa». Así lo dispone el número 9º del art. 242 TRLC, que califica como crédito contra la masa los derivados de prestaciones a cargo del concursado en contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso y que continúen en vigor tras ésta, como sucede en buena parte de los contratos de suministro en donde el interés del concurso aconseja su conservación.

Como se ha dicho, un efecto de la conservación del contrato de suministro con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento es la ejecución del contrato conforme a lo pactado. En este sentido, cabe hacer dos precisiones. En primer lugar, se pone sobre la mesa una necesidad, y es que el concursado debe estar en disposición de realizar los actos imprescindibles para la continuación de su actividad. De lo contrario, además de frustrarse la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado, podría suponer un incumplimiento del contrato. Al efecto, el TRLC prevé que la administración concursal, en los casos de intervención, pueda autorizar, con carácter general, aquellos actos u operaciones propios del giro o del tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados directamente por el concursado¹²⁹⁵. De hecho, los arts. 112 y 113 distinguen dos periodos. Uno primero, que comprende desde el auto de declaración del concurso hasta la aceptación del administrador concursal, en el que el concursado estará facultado para realizar aquellos actos imprescindibles para la continuación de su actividad. Y uno

¹²⁹⁵ Con ello, el art. 44 LC, actuales arts. 112 y 113, pretenden que la actividad empresarial se desarrolle de un modo ágil y no quede sometida a una fiscalización excesiva por parte de la administración concursal, *cfr.* GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P, *Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos*, *op.cit.*, p.397.

segundo, tras la aceptación del administrador concursal¹²⁹⁶. La norma le faculta para identificar y relacionar aquellos actos u operaciones que, siendo propios del tráfico o de la actividad de la empresa del concursado, estarán autorizados de forma general, lo que implica que no es necesario solicitar una autorización expresa para llevarlos a cabo, con el consiguiente perjuicio que, de lo contrario, supondría tanto para el funcionamiento de la empresa como para la propia administración concursal. Esta autorización general se prevé para los casos de que las facultades patrimoniales del concursado estén intervenidas, en cuyo caso la administración concursal deberá adoptar las medidas oportunas que permitan al concursado realizar los actos propios del giro o tráfico de su empresa. Entre estos actos y operaciones imprescindibles estará el cumplimiento de un contrato de suministro¹²⁹⁷. En función del programa obligacional del contrato, la administración concursal deberá configurar el alcance de la autorización genérica, aunque la actividad del deudor sea posteriormente sometida a fiscalización para verificar

¹²⁹⁶ El administrador concursal, una vez acepta el cargo, asume las funciones de administración y de disposición propias del concursado en aquellos concursos necesarios, efecto de la suspensión de estas facultades. En cambio, en los casos de concurso voluntario, la ley permite al concursado conservar el ejercicio de estas facultades de disposición y administración, limitándose el administrador concursal a autorizarlas o prestar su conformidad. Estos efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, recogidos en el art. 106 TRLC, anterior art. 44 LC, pueden obstaculizar el ejercicio de la empresa. A fin de evitar los efectos perjudiciales que pudiera suponer para el negocio que el concursado no pudiese realizar una gestión ágil de su empresa, la norma permite que la administración concursal autorice de manera genérica todos aquellos actos u operaciones que son propias del tráfico o del sector al que pertenece la actividad empresarial del concursado, *cf.* SENENT MARTÍNEZ, S., «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor», en CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dir.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, *op.cit.*, pp.431-433.

deberá autorizar o mostrar su conformidad con los actos de disposición o administración del concursado

¹²⁹⁷ Aunque hay excepciones, como pone de manifiesto la SAP Madrid, núm. 22/2020, de 17 de enero (ROJ 2348/2020), en el que se cuestiona en qué medida, en el caso que era objeto de enjuiciamiento, el contrato de suministro energético era imprescindible para el mantenimiento de una actividad empresarial cuando al empresa llevaba tiempo cerrada y, aun cuando la administración concursal pretendía realizar las instalaciones, no se comprendía por qué éstas debían mantener en vigor los contratos de suministro energético con el perjuicio que esto suponía a la masa activa.

que su comportamiento se ajusta a los parámetros de esta autorización¹²⁹⁸.

La segunda precisión refiere a la terminación del contrato. Si admitimos que la declaración del concurso de acreedores no afecta a la ejecución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, este efecto no se limitará solamente a las disposiciones relativas a la ejecución del contrato. Al contrario, será extensible a todas las estipulaciones del pacto, y, entre éstas, a las que refieren a la terminación del contrato por expiración del plazo pactado. La duración de un contrato de suministro la determinan las partes, con lo que, a la llegada del *dies* previsto, el negocio puede darse por terminado. Esta extinción por expiración del término no se ve afectada por la declaración de concurso de acreedores, de modo que las partes quedarán liberadas de su obligación y desvinculadas del contrato de suministro cuando arribe el *dies* pactado. En este sentido, puede plantearse por el empresario concursado un interés en mantener la vigencia del contrato de suministro, sobre todo si tenemos en consideración la complejidad que supone suscribir un nuevo contrato duradero estando tanto en situación de insolvencia como en un proceso concursal. Al efecto, serán aplicables las consideraciones que se han expuesto en torno a la prórroga de la duración del contrato. En este sentido, habrá que estar a lo convenido para determinar si, solicitada la prórroga, es obligatoria o no para la parte *in bonis*. Fuera de estos casos, no cabe imponer la continuidad de un contrato de suministro en interés del concurso en aplicación extensiva de

¹²⁹⁸ JUAN Y MATEU, F., «Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13 (2008), pp.118-119. En estos casos, es frecuente que se establezcan ciertos mecanismos por la administración concursal que le permitan llevar un control de las operaciones de la suministrada sin que se obstaculice la marcha de la empresa. Así, cuando se trate de un suministro a demanda o discrecional, en los que el suministrado tiene la facultad de determinar el momento y el quantum de cada entrega, la administración concursal podrá determinar en qué casos será preceptiva su intervención o autorización, en función del valor de la operación, el número de bienes afectados, el coste que asume la concursada para la ejecución del contrato, etc.

lo dispuesto en el art. 164 TRLC, que habilita al juez del concurso a ordenar el mantenimiento de los contratos¹²⁹⁹.

b) La terminación voluntaria del contrato de suministro

La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la apertura del procedimiento concursal. Un principio que determina que los contratos deberán ejecutarse sujetándose a lo convenido, lo cual no solo refiere a los pactos relativos a la ejecución de las prestaciones, sino que alcanza a todo el contenido del contrato, inclusive las cláusulas que permiten darlo por terminado. Al margen quedarán, como se ha dicho, aquellas previsiones que contemplan la terminación anticipada del contrato por la simple declaración del concurso. Estas previsiones son nulas por contravenir la norma del 156 TRLC. Mientras que, por el contrario, sí están avaladas, por virtud del art. 159 TRLC, aquellas otras estipulaciones que facultan a la parte a dar por terminado un contrato mediante su denuncia unilateral en los casos en que así se haya reconocido expresamente por una ley. Mediante esta previsión, contenida en el apartado primero, no se estaría excepcionando el principio general de vigencia contractual, sino ratificándolo, al disponer que la sola declaración del concurso no afecta a su contenido. De modo que allí donde la ley ha admitido el desistimiento unilateral como causa de terminación de un contrato, el concurso no mermará dicha facultad. Así sucede en el contrato de mandato (art. 1733 CC), en el contrato de comisión (art. 279 CCo) o en el contrato de agencia (art. 25.1 LCA), en donde una ley expresamente reconoce esta facultad.

¹²⁹⁹ La doctrina interpreta que no cabe una extensión analógica de la norma prevista para la conservación y cumplimiento forzoso de contratos incumplidos a otros supuestos que los contemplados en la misma, a pesar de que la terminación de un contrato por la expiración del término contractual convenido impone la necesidad de encontrar un nuevo proveedor o suministrado que sustituya a la parte del contrato que llega a su fin, lo que en la práctica será realmente complicado por la situación de concurso en la que se encuentra la empresa. *Vid.* JUAN Y MATEU, F., «Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29 (2013), p.517.

La facultad que comentamos se reconoce en aquellos contratos suscritos por tiempo indefinido. La duración indeterminada de un contrato no sanciona a las partes obligándoles a mantenerse en una relación contractual a perpetuidad. En la medida en que este planteamiento sería contrario a Derecho, se reconoce que cualquiera de los contratantes puede liberarse de un contrato duradero, de carácter *intuitu personae* y que no ha fijado un plazo de vigencia contractual¹³⁰⁰. En consecuencia, contratos como el suministro, cuando se configuran por tiempo indeterminado, pueden ser terminados por cualquiera de los contratantes mediante el desistimiento unilateral *ad nutum*, si bien sujetándose a las condiciones establecidas en el contrato para su ejercicio y, por cuanto implica una decisión unilateral, sometiéndose a las reglas de la buena fe contractual.

En relación con lo anterior, no hemos de perder de vista que el contrato de suministro se trata de un negocio *intuitu personae*, esto es, celebrado por razón de la persona o, en todo caso, por las cualidades de la entidad con la que se contrata¹³⁰¹. Su solvencia técnica, su capacidad organizativa y productiva y su gestión económica son elementos que se valoran

¹³⁰⁰ La jurisprudencia tiene declarado que nadie puede quedar vinculado de forma perpetua, con lo que se hace necesario instrumentar un mecanismo a través del que poner fin al contrato. Este mecanismo es, precisamente, la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* o sin justa causa, admitiéndose la sola voluntad de la parte como justificación para la extinción contractual. Para determinar el alcance de la extinción por el desistimiento de la parte se atenderá al contenido del contrato, aunque las reglas de la buena fe también imponen límites a su ejercicio. Así, es común que se exija el respeto a un plazo de preaviso o la compensación a la parte afectada por el desistimiento. Cfr. MARTÍ MIRAVALLS, J., «Artículo 159. Supuestos especiales», en VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2021.

¹³⁰¹ En los últimos años se ha desplazado el foco sobre el que recae la confianza, que ha pasado de apuntar a las cualidades físicas de la persona para proyectarse sobre las cualidades de la empresa o entidad. Con ello, se ha querido precisar la terminología, hablando de *intuitu instrumenti*, esto es, contratos en los que la confianza se deposita en la organización o entidad empresarial, en sus cualidades, capacidades y condiciones para dar cumplimiento a un determinado contrato. La doctrina más autorizada autoriza esta distinción, vid. ALONSO SOTO, R.J., *Tipología de los contratos de distribución comercial*, op.cit., p.61; también MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, op.cit., pp.164. En todo caso, como apunta JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, op.cit., p.47,

al tiempo de contratar. Por todo ello, la situación de insolvencia en general, y el concurso de acreedores en particular, tendrá un impacto en la forma en la que la contratante *in bonis* percibe a su contraparte. Es inevitable que la declaración de concurso no afecte la confianza depositada en el concursado. Pero, aunque la destrucción de esta confianza es causa suficiente para promover el desistimiento unilateral de cualquier contrato *intuitu*, el art. 159 TRLC, como antes el art. 63 LC, limita la cuestión¹³⁰². El suministro es un contrato atípico, con lo que no hay ninguna disposición legal que expresamente habilite a ponerle fin mediante una simple declaración de voluntad en este sentido. Con ello, se deja sin atender al requisito establecido en el apartado primero del art. 159 TRLC, en el que se especifica que la denuncia unilateral del contrato debe venir reconocida «expresamente por la ley». Por lo que el contrato de suministro no podría darse por terminado mediante la facultad del desistimiento *ad nutum*.

c) Resolución por incumplimiento del contrato de suministro

La declaración del concurso impone a los contratos un régimen jurídico distinto a las reglas del CC y del CCo, que pasan a aplicarse de manera supletoria a la legislación concursal¹³⁰³. Tras el auto de apertura, esta

más allá de la precisión no tiene mayor recorrido, pues a la postre refiere a la confianza que subyace en el determinado negocio.

¹³⁰² En este sentido, puede verse GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., *Derecho concursal y propiedad industrial: el contrato de licencia, op.cit.*, pp.249-251. Para el autor, el carácter *intuitu* de un contrato puede ser destruido como consecuencia de una declaración de concurso de acreedores. Aunque será una cuestión circunstanciada, que obliga a atender caso por caso, existirán escenarios en los que las condiciones de solvencia económica y reputacional se han tenido en cuenta, por lo que la pérdida de esta confianza autorizaría a resolver el contrato. Aun con todo, el autor recomienda salvar el art. 61.3 LC mediante la redacción de una cláusula contractual suficientemente detallada y aceptada por ambas partes, admitiendo que la parte *in bonis* pueda resolver el contrato no por la declaración de concurso, sino por los efectos en la confianza sobre la que se construye el contrato que este estado declarado de insolvencia trae consigo.

¹³⁰³ El procedimiento concursal está plagado de excepciones a las reglas generales del Derecho de contratos, *cf.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento, op.cit.*, p.110; mediante estas especialidades a la Teoría General de Obligaciones y

legislación especial aparta las disposiciones de aquellos Códigos, incluyendo las relativas a los efectos del incumplimiento contractual y, principalmente, a la facultad de resolución, que se somete, en primer término, a los límites y condiciones previstos en el TRLC y, seguidamente, a las previsiones generales del Derecho común. Así, los actuales arts. 160 a 164 TRLC desfragmentan el contenido del anterior art. 62 LC sistematizando y reordenando la resolución por incumplimiento del contrato. Aunque verdaderamente este sistema no se viene a separar de las reglas previstas en el CC, por cuanto es una manifestación del principio de vigencia de los contratos que éstos continúen desplegando sus efectos normales y, entre estos, estarán los propios por razón de un incumplimiento, contienen algunas particularidades en orden a primar el interés del concurso¹³⁰⁴.

Para abordar esta cuestión, cabe recordar que el suministro es un tipo de tracto sucesivo¹³⁰⁵. Esta característica, esencial en nuestro contrato,

Contratos se busca facilitar la consecución de los fines del concurso, esto es, facilitar la salvación de la empresa o su más ordenada y beneficiosa liquidación para los acreedores, *vid.* SALINAS ADELANTADO, C., *Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos*, *op.cit.*, p.100.

¹³⁰⁴ Entre ellas, destaca la prevista en el art. 164 TRLC, que permite al juez del concurso, aunque exista causa de resolución, acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado, atendiendo al interés del concurso. El precepto supone una importante excepción a la eficacia de la facultad de resolución por incumplimiento que ostenta cada contratante, sin que se tome en consideración si los incumplimientos han sido anteriores o posteriores a la declaración del concurso. Esta limitación a la facultad resolutoria, que ya se contenía en el art. 62.3 LC, plantea el problema de la calificación de los créditos del contratante *in bonis*, sobre lo que volvemos más adelante. En todo caso, para una exposición de la problemática, *vid.* GARCÍA VICENTE, J.R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13 (2008), pp.349-362.

¹³⁰⁵ Aunque hemos hecho referencia a esta cuestión en numerosas ocasiones a lo largo de esta tesis, interesa recordar, en este apartado, las consideraciones vertidas por la STS núm. 678/2020, de 15 de diciembre (ROJ 4377/2020), que nos define el tracto sucesivo como sigue: «en nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo. La doctrina afirma que tiene tal carácter el contrato por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por

tiene especial relevancia en sede concursal y, a los efectos que ahora nos interesan, pivota en la capacidad de resolver el contrato por su incumplimiento. Dispone el art. 160 TRLC que puede promoverse la resolución de los contratos de tracto sucesivo incumplidos con anterioridad al concurso¹³⁰⁶. Pero no así los contratos de tracto único¹³⁰⁷. En ellos, el incumplimiento del concursado anterior a la declaración habilitará al contratante *in bonis* a solicitar el reconocimiento y calificación

tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable, dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato».

¹³⁰⁶ Hasta la entrada en vigor del TRLC, la diferencia se daba entre los contratos con obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes al tiempo de la declaración de concurso y aquellos otros en los que las prestaciones, por alguna de las partes, ya se habían cumplido. La noción de obligación recíproca, aunque no viene definida en el CC ni CCo, depende del contenido del contrato, derivándose de los contratos en los que existe un nexo de causalidad entre ellas, *vid.* TORAL LARA, E., «Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2012. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos recíprocos con obligaciones pendientes a cargo de las dos partes contratantes», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91 (2013), p.118. La jurisprudencia habla de obligaciones recíprocas cuando (i) con causa en un mismo negocio (ii) nacen obligaciones a cargo de ambas partes contratantes, de modo que ambas son deudora y acreedora al mismo tiempo y (iii) siempre que entre las prestaciones exista interdependencia, de modo que puedan entenderse conectadas por un nexo causal, esto es, que cada una funcione como contravalor de la otra. *Vid.* SSTS núm.44/2013, de 19 de febrero (ROJ 1427/2013) y núm.34/2013, de 12 de febrero (ROJ 3062/2013).

¹³⁰⁷ Esto sucede porque en el contrato de suministro la reciprocidad del contrato no es solo inicial, como en la compraventa, sino funcional; esto es, se mantiene durante su vigencia y, con ello, se conserva después de la declaración de concurso. De este modo, cae dentro del ámbito de aplicación de los antiguos arts. 61 y 64 LC, actuales arts. 160 y 164 TRLC. Con lo que, atendiendo a la naturaleza del contrato o, en su caso, a lo expresamente pactado, cabrá determinar si el contrato contiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso y, con ello, los créditos que se generen, así como los anteriores a dicha declaración de insolvencia, serán calificados como créditos contra la masa. Respecto al concepto de reciprocidad puede verse FUENTES DEVESA, R., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en AAVV, *Ley Concursal Comentada*, Lefebvre, Madrid, 2014, pp.323-237.

de su crédito, pero no a instar la resolución contractual y la devolución de las prestaciones¹³⁰⁸.

Con lo que el concurso no afecta a la facultad de resolver un contrato de suministro que ha sido incumplido con anterioridad a la declaración de insolvencia¹³⁰⁹. La declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de tal forma que, a tal fin, es irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del contratante *in bonis*, se haya producido antes o después de la apertura del concurso, pues el auto dictado al efecto no produce efectos depuradores de los incumplimientos anteriores ni expropia al contratante cumplidor de la facultad de que comentamos. De modo que so-

¹³⁰⁸ La solución prevista en la norma para los contratos de tracto sucesivo no es extensible a los contratos de tracto único que se han cumplido con anterioridad a la declaración de concurso. En este caso existirá un crédito frente a la concursada, que puede ser reclamado en función de lo dispuesto en la norma concursal. Si la parte que cumplió es la propia concursada, ésta o su administración concursal, según qué proceda en función de la intervención o suspensión de sus facultades de administración, tendrá los remedios legales a su alcance para obtener el cumplimiento. Si, en cambio, es la concursada la deudora, integrará en la masa pasiva la prestación debida. Sobre esta distinción puede verse MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso, op.cit.*, pp.57-114.

¹³⁰⁹ En este sentido, el art. 160 TRLC aclara una cuestión que resultaba polémica y que dividía a la doctrina, por cuanto algunos entendían que la facultad de resolución pervivía en aquellos contratos de *tracto único* en los que las prestaciones estuviesen pendientes al tiempo de la declaración de concurso, *vid.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13 (2008), pp.66-69. La referencia expresa que se contiene en el precepto de que *solo* podrá resolverse un contrato por incumplimiento cuando sea de *tracto sucesivo*, no aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, despeja las dudas que con la anterior legislación se venían generando. Esta resulta la principal diferencia en el actual art. 160 TRLC frente al anterior art. 44 LC, *cfr.* PRENDES CARRIL, P., «Novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Aranzadi Digital*, núm. 1 (2020). El reconocimiento de esta facultad no es más que una consecuencia del principio de que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta la vigencia de los contratos de *tracto sucesivo*, *cfr.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso, op.cit.*, p.64.

brevive la facultad de resolución de un contrato de suministro por incumplimiento anterior al concurso de acreedores¹³¹⁰. Ahora bien, el incumplimiento al que se refiere la norma concursal es al que autoriza a la instar la resolución de un contrato¹³¹¹. Es decir, debe ser grave, reiterado o esencial¹³¹². Los incumplimientos definitivos, así como los esenciales, que traen consigo la posibilidad de resolver el contrato por esta causa, son los que tienen cabida en el art. 160 TRLC¹³¹³.

¹³¹⁰ El planteamiento construido por el legislador contrasta con la solución propuesta para los contratos de *tracto único*, incluso cuando su ejecución se ha aplazado o fraccionado, SAP Barcelona, núm. 213/2016, de 3 de octubre (ROJ 9243/2016). Conforme al anterior art. 62.1 LC, la parte cumplidora en un contrato de tracto único sólo podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de la concursada si éste es posterior a la declaración de concurso. En cambio, si se tratara de un contrato de *tracto sucesivo*, «la facultad resolutoria podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso». Esta diferencia sustancial entre los contratos de tracto único y los de tracto sucesivo marca una distinción entre el contrato de compraventa, incluso cuando tiene una ejecución aplazada o fraccionada, y el contrato de suministro, por cuanto, atendiendo a la naturaleza del tipo contractual, el incumplimiento anterior a la declaración de concurso en la compraventa no habilita a instar la resolución del contrato. En este orden, STS núm. 510/2013, de 25 de julio (ROJ 4092/2013).

¹³¹¹ No podemos acoger cualquier desajuste del contrato de suministro como *incumplimiento resolutorio* a los efectos de la norma concursal, del mismo modo que no lo tiene fuera del concurso, *cf.* MONSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14 (2008), pp.73-78.

¹³¹² Por todas, la STS núm. 347/2020, de 23 de junio (ROJ 1947/2020), en la que recuerda que la doctrina del TS «ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato».

¹³¹³ El incumplimiento que fundamenta la resolución debe ser definitivo y grave, recayendo sobre prestaciones principales y no accesorias, por cuanto la infracción de éstas no habilitará a la resolución de un contrato, *vid.* JUAN Y MATEU, F., *Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada*, *op.cit.*, p.143. En esta línea, la STS núm.145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012), en la que se insiste en la importancia de que el incumplimiento del que se pretendan desprender consecuencias resolutorias sea grave y definitivo, pues no cualquier infracción del contrato habilitará

La resolución tendrá efectos liberatorios para las partes. Ambos contratantes quedarán liberados de las obligaciones todavía pendientes de vencimiento al tiempo de la resolución. Ahora bien, conviene recordar que la resolución es una facultad reservada al juez del concurso. Hasta entonces, ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas sin que deba producirse una suspensión del contrato¹³¹⁴. De hecho, la parte *in bonis* que obstaculiza de manera reiterada la ejecución del contrato puede ver degradado su crédito, que podría ser calificado como subordinado por motivo de esta conducta contraria a la buena fe contractual y perjudicial para el concurso¹³¹⁵. Lo que nos conduce a la cuestión relativa a la calificación de los créditos devengados e incumplidos antes del concurso. El contrato de suministro incumplido con anterioridad a la declaración de concurso de acreedores generará un crédito concursal, que se transformará en un crédito contra la masa si

a la parte *in bonis* a promover un incidente de resolución contractual tratando que se desprendan consecuencias resolutorias de cumplimientos defectuosos.

¹³¹⁴ Sin perjuicio de que pueda obtenerse una medida cautelar que habilite a una parte a interrumpir las prestaciones de suministro, GÓMEZ MENDOZA, M., «Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8 (2008), p.371, niega que sea aplicable la *exceptio inadimpleti contractus* para suspender la ejecución de un contrato de suministro incumplido con anterioridad a la apertura del concurso de acreedores. De admitir esta posibilidad se estaría admitiendo una vía alternativa para que la contratante *in bonis* pueda evitar el cumplimiento de sus propias obligaciones en contravención con el sentir general de la normativa del concurso de acreedores instando la resolución del contrato.

¹³¹⁵ El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, incorporó un apartado 7º al art.92 LC que calificaba como créditos subordinados aquellos derivados de contratos con obligaciones recíprocas al momento de la declaración de concurso cuando el acreedor contractual obstaculizara de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso. Una suerte de *sanción* que mantiene el art. 281.1.7º TRLC, y que tiene especial relevancia en un contrato de suministro, pues la parte *in bonis* que infringe sus obligaciones contractuales, ya sea la de suministro o la de pago del precio, puede verse perjudicado por este comportamiento contrario a las reglas de la buena fe contractual.

el negocio se mantiene vigente, y, por lo tanto, sus obligaciones continúan ejecutándose, tras la declaración de concurso¹³¹⁶. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Al igual que la apertura del concurso no remueve la facultad de resolución por incumplimiento de un contrato de suministro desatendido con anterioridad, tampoco se ve alterada por el incumplimiento producido con posterioridad, sin importar cuál de las dos partes del contrato sea la infractora. Si tras la declaración del concurso cualquiera de las partes incumple con sus obligaciones, la contraparte puede instar la facultad de resolución —como también podría hacer con la de cumplimiento forzoso del contrato—. Así se dispone en el art. 161 TRLC, que refiere a aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tras la declaración del concurso, como lo es el suministro. La consecuencia de esta configuración de la facultad de resolver los contratos con obligaciones periódicas pendiente de cumplimiento por su infracción con anterioridad y también con posterioridad a la declaración del concurso es que un contrato de suministro puede ser resuelto por incumplimiento sin importar cuándo se ha producido. Mayores dificultades pueden generarse en aquellas situaciones en las que el contrato no se ha atendido con exactitud por el acreedor, en cuyo supuesto la doctrina entiende aplicable la *exceptio non adimpleti contractus* por virtud del principio general del 158 TRLC¹³¹⁷.

¹³¹⁶ En palabras de la STS núm.145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012) «un crédito potencialmente concursal, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa».

¹³¹⁷ Aunque el TRLC, como tampoco antes la LC, no menciona la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), ni la excepción por riesgo de incumplimiento (*exceptio non rite adimpleti contractus*), la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia del TS, han reconocido su aplicación en sede concursal. Se parte de la base de que, si el legislador ha admitido la resolución como remedio frente al incumplimiento de un contrato, también deben ser admitidas las excepciones que tiene en su poder el deudor frente a una reclamación de cumplimiento por parte del acreedor que no ha cumplido con exactitud con su obligación. En este sentido, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «Artículo 160. Resolución por incumplimiento», en VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2021. Sobre la aplicación de estas excepciones en sede concursal, *vid.* STS núm. 760/2012, de 18 de diciembre (ROJ 8997/2012).

El incumplimiento de un contrato de suministro por la concursada legitima a la parte *in bonis* para instar la resolución del contrato¹³¹⁸. La parte acreedora podrá interesar la terminación promoviendo una acción de resolución por incumplimiento, que se ventilará por el cauce del incidente concursal (art. 162 TRLC), careciendo de validez las declaraciones resolutorias extrajudiciales¹³¹⁹. Esta acción puede tener dos consecuencias: que, efectivamente, el juzgador declare el contrato resuelto; o que, en cambio, atendiendo al interés del concurso, se ordene su conservación. Son dos opciones a las que el legislador ha dedicado los arts. 163 y 164 TRLC.

En cuanto al primero de ellos, relativo a los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento, se prevé, como primer efecto, que quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento al tiempo de declararse la resolución del contrato. Respecto de ellas, las partes quedarán liberadas¹³²⁰. En cuanto a las vencidas, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales. Si el incumplimiento se hubiera producido en un momento posterior, el crédito generado a favor de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. Ahora bien, en torno

¹³¹⁸ Entre los autores que dudan acerca de facultad del juez de actuar de oficio y ordenar la conservación del contrato incumplido, JUAN Y MATEU, F., *Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora*, *op.cit.*, p.516.

¹³¹⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso*, *op.cit.*, p.65.

¹³²⁰ Para alguna parte de la doctrina, estas obligaciones que no han sido cumplidas por ninguna de las partes estarían afectadas por la resolución por incumplimiento, de modo que ambas partes quedan liberadas en cuanto a su cumplimiento. En este orden, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso*, *op.cit.*, p.72. En cambio, otra parte de la doctrina apunta al interés que puede tener la concursada de obtener el cumplimiento de estas obligaciones, aun cuando haya incumplido con las propias, de modo que puede reclamar su cumplimiento calificando el crédito de la parte *in bonis* contra la masa. En este sentido, SALINAS ADELANTADO, C., *Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos*, *op.cit.*, p.122. Habrá que estar al acuerdo entre las partes o a la resolución judicial, en todo caso, para determinar si la declaración de resolución por incumplimiento alcanza a las prestaciones mutuamente incumplidas.

a la resolución del contrato se producen otros efectos que conviene destacar. El primero de ellos es el relativo a la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios. Una contingencia que lleva aparejada toda resolución contractual es la indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento¹³²¹. La parte acreedora, sea la entidad concursada o su contraparte *in bonis*, tendrán derecho a una indemnización al amparo del art. 1101 CC, siempre que concurren los requisitos para ello, y sin perjuicio del silencio de la norma al respecto¹³²². De las diferentes cuestiones que genera esta indemnización, interesa detenernos aquí en la calificación que recibirá dentro del concurso. Al igual que sucede con el resto del crédito del contratante *in bonis*, habrá que atender al tiempo en que se produce el incumplimiento. Cuando es anterior a la declaración del concurso, será calificado como un crédito concursal, puesto que el hecho que motiva el nacimiento de la indemnización se produce con anterioridad a la declaración de la insolvencia y de la apertura de este procedimiento concursal. En cambio, cuando se haya producido con posterioridad, a pesar de tratarse de una indemnización será calificado como crédito contra la masa¹³²³.

¹³²¹ Ya hemos tenido ocasión de analizar la gravedad del incumplimiento resolutorio en el suministro. El impago de una o varias facturas de forma inmediatamente anterior a la declaración de concurso no ha sido admitido como causa resolutoria al no tener suficiente gravedad. Los juzgados de lo mercantil que han conocido de estos incidentes concursales han considerado que estamos ante meros retrasos que de ninguna manera justifican una resolución contractual. Sea como fuere, estamos ante una cuestión casuística que deberá ser interpretada en función de cada contrato y de su particular incumplimiento. JUAN Y MATEU, F., *Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora*, *op.cit.*, p.512.

¹³²² Que la LC no contenga ninguna previsión respecto a la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato no obsta a que pueda reclamarse en el seno del concurso, *vid.* SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24 (2011), p.116.

¹³²³ Se cuestiona si a cargo de la masa corre la restitución de las prestaciones además de la indemnización por los daños y perjuicios producidos. La duda se generó por la redacción del art. 61.2 LC, al emplear un verbo en tercera persona del singular («las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa»). Algunas voces defienden el error gramatical en un descuido del legislador, *vid.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento*, *op.cit.*, p.119. Sin embargo,

En relación con lo anterior, conviene destacar la operatividad de las cláusulas penales. Siguiendo el principio establecido en el art. 158 TRLC, la declaración del concurso no afecta a la vigencia de los contratos, que siguen vinculando a las partes conforme a los términos pactados. Uno de estos términos podrá ser la cláusula penal. Como regla, se admite la validez de este tipo de cláusulas, si bien su finalidad sancionadora puede ser limitada a fin de no perjudicar al resto de acreedores¹³²⁴.

Finalmente, se viene planteando la posibilidad de que los efectos de la resolución de un contrato en sede concursal despliegue efectos restitutorios. La cuestión, no obstante, queda limitada a aquellos negocios que, por su naturaleza, admiten este efecto, no así los contratos de tracto sucesivo, en general, y el contrato de suministro, en particular. En estos, la resolución del contrato no afectará a las obligaciones ya cumplidas por ambas partes, porque habrán sido ya recíprocamente correspondidas por la correlativa y han satisfecho el interés de ambas partes. De ahí que la norma no prevea entre los efectos de la resolución más efectos que el liberatorio y liquidatorio de la relación contractual, y, en su caso, el indemnizatorio, pero no el restitutorio¹³²⁵. En fin, tal y como sucede en la realidad económica fuera de un concurso de acreedores, la

el actual art.165.3 TRLC conserva esta redacción, manteniendo vivo el debate en torno al alcance del crédito a cargo de la masa.

¹³²⁴ Las cláusulas penales pueden cumplir una función punitiva. Aunque en principio son perfectamente válidas, aunque con las limitaciones y bajo las condiciones previstas por la jurisprudencia en Derecho de contratos, se afirma que la finalidad sancionadora de una cláusula penal no debería aplicar en sede concursal por el perjuicio que se le produce al resto de acreedores, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., «Artículo 163. Efectos de la resolución del contrato», en VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2021.

¹³²⁵ En este sentido se pronunció la STS núm. 500/2016, de 19 de junio (ROJ 3630/2016); que fue posteriormente ratificado por la STS núm. 284/2017, de 12 de marzo (ROJ 1860/2017). De acuerdo con el primer tribunal, la resolución de los contratos de tracto único trae consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo recibido.

resolución no tiene efectos restitutorios *ex tunc*¹³²⁶; sin perjuicio de la acción de reintegración que, en su caso, se pueda plantear¹³²⁷.

La segunda opción que ha centrado la atención del legislador, que se contiene en el art. 164 TRLC, es la que refiere a la conservación y cumplimiento del contrato por decisión judicial. La norma prevé que judicialmente se pueda enervar la resolución de un contrato, decretándose su continuidad por interés del concurso¹³²⁸. A su tenor, podrá canalizarse la conservación de los contratos esenciales cuando existan fundadas razones, atendiendo a las circunstancias del concurso que lo aconsejen. Con ello se pretende atender a un fin superior, como es el interés

¹³²⁶ Así lo recordaba la STS núm. 431/2019, de 17 de julio (ROJ 2562/2016). Un comentario de la misma y la diferencia que reciben los contratos de *tracto sucesivo* de los de tracto único lo encontramos en COLLADO RODRÍGUEZ, N., «La calificación de créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado. Comentario a la STS 431/2019, de 17 de julio», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114 (2020), pp.27-42.

¹³²⁷ En este sentido, SAP Madrid, núm. 22/2020, de 17 de enero (ROJ 2348/2020), en donde se analiza el carácter imprescindible de un contrato de suministro para el mantenimiento de la actividad empresarial. Descartado dicho carácter, los pagos realizados para saldar las deudas anteriores al concurso, hechos en infracción del régimen de intervención de las facultades del deudor, resultan improcedentes, con lo que procede su restitución.

¹³²⁸ *Vid.* la STS núm.145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012): «La interpretación literal de la norma, primero de los criterios aplicables a tenor del art. 3.1 del Código Civil, apunta claramente a que, en el caso previsto, todas las prestaciones debidas por el concursado sean a cargo de la masa, lo que confirma un análisis sistemático de la misma, en relación con el apartado 4 para los supuestos en los que se acuerda la resolución —en cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa— a lo que hay que añadir que, en otro caso, la previsión devendría absolutamente superflua teniendo en cuenta que el art. 84.2 LC establece que "tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)".»

del concurso, por ejemplo allí donde el contrato es imprescindible para garantizar la continuidad de la empresa¹³²⁹.

El mantenimiento de un contrato de suministro incumplido constituirá una importante excepción a la facultad resolutoria por su incumplimiento, lo que también trae consigo un importante efecto, que en sede concursal pivota sobre la calificación del crédito¹³³⁰. De conformidad con la literalidad del art. 164 TRLC, son con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Respecto al alcance de su interpretación, doctrina y jurisprudencia se han mostrado divididas a la hora de determinar el significado de «prestaciones debidas» que deben correr con cargo a la masa¹³³¹. Mientras un sector ha sostenido que quedaba limitado a los créditos nacidos tras la declaración del concurso, otro sector entendía que debía interpretarse en un sentido amplio y literal, comprensivo de la totalidad de los créditos, sin discrimi-

¹³²⁹ Incluso aunque concurra causa de incumplimiento el juez del concurso podrá decretar el mantenimiento del contrato para garantizar la continuidad de la empresa, *vid.* TORAL LARA, E., *Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2012. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos recíprocos con obligaciones pendientes a cargo de las dos partes contratantes*, *op.cit.*, p.121.

¹³³⁰ El art. 164 TRLC, de redacción idéntica a la del anterior art. 62.3 LC, dispone: «Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.» Sistemáticamente, el precepto se localiza tras la regulación de la resolución por incumplimiento, como una suerte de cláusula de cierre de una misma cuestión. De esta forma, actuando como excepción a la regla general, se habilita a que el juez, en atención al interés del concurso, pueda acordar el cumplimiento del contrato, ordenando que las prestaciones sean a cargo de la masa.

¹³³¹ JUAN Y MATEU, F., *Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada*, *op.cit.*, p.135. El autor confronta las razones a favor y en contra de considerar los créditos anteriores a la declaración del concurso contra la masa o concursales. El debate ha sido superado en nuestros días, siendo considerados créditos contra la masa solo los nacidos con posterioridad al concurso, salvo cuando concurre alguno de los supuestos que analizamos en este apartado.

nación alguna entre las nacidas con anterioridad o posterioridad al concurso¹³³². A pesar del debate generado en su momento, hoy superado¹³³³, admitiéndose la interpretación literal del precepto¹³³⁴, por

¹³³² Como expone MARTÍ MIRAVALLS, J., «Artículo 164. Cumplimiento del contrato por resolución del juez del concurso», en VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2021, la polémica ha girado en torno a la interpretación del concepto «prestaciones debidas», y, en particular, si dentro de este concepto entran las anteriores a la declaración del concurso. Defiende una posición estricta, que descarta la interpretación expansiva del precepto, GARCÍA VICENTE, J.R., *El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso*, *op.cit.*, p.349-362. Apunta el autor la mala redacción del art. 62.3 LC, que podría ser interpretado erróneamente y extender la calificación de crédito contra la masa incluso a los créditos nacidos con anterioridad a la declaración de concurso en un contrato de *tracto sucesivo*. Esta interpretación colocaría a unos acreedores en situación más ventajosa que otros, carente de justificación, lo que supondría un privilegio absurdo. Por el contrario, defienden la interpretación literal y la extensión de la calificación a todos los créditos del contratante *in bonis* a quien se niega la facultad resolutoria SALINAS ADELANTADO, C., *Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos*, *op.cit.*, pp.99-135.

¹³³³ Esta desafortunada redacción generó debate entre nuestra doctrina y jurisprudencia, hoy zanjado, como acredita el hecho de que el legislador haya conservado la redacción del anterior art. 62.3 LC en el actual art. 16. Siendo el contrato de tracto sucesivo, y por tanto siendo susceptible de generar deudas anteriores y posteriores a la declaración de concurso, las *prestaciones debidas* serán todas las que se le deban al contratante *in bonis* sin discriminar el momento de su generación. Así lo pone de manifiesto, precisamente en relación a un contrato de suministro de energía eléctrica, el alto tribunal, en la STS 678/2020, de 15 de diciembre (ROJ 4377/2020): «Aunque el precepto adolece de falta de claridad [...] apunta a la interpretación literal de la expresión "prestaciones debidas", dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua, máxime teniendo en cuenta lo previsto en el art. 84.2. LC a cuyo tenor "tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso.»

¹³³⁴ Se impuesto la interpretación literal del precepto, a pesar de que el sentir mayoritario en los juzgados de lo mercantil era contrario, admitiéndose el error en la redacción del precepto, *cfr.* DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, *op.cit.*, p.342. Al respecto, interesa traer la SAP Murcia, núm. 300/2008, de 21 de julio (ROJ 973/2008), que, aunque consciente de que el tenor literal de la norma arrojaba las consecuencias defendidas por la recurrente, la entidad suministradora, «esa solución no es lógica y está en contradicción con otros principios y regulaciones de la propia norma concursal». En efecto, apunta el tribunal que acoger esta solución supondría desconocer el principio de *pars conditio creditorum*, siendo que el sacrificio que se le impone a la parte *in bonis* a la que se le obliga a continuar en una relación jurídica

prestaciones debidas debe entenderse todo el crédito del que sea titular la parte *in bonis* sin distinguir el momento de su generación¹³³⁵. Una interpretación en sentido contrario podría resultar superflua¹³³⁶, siendo que el art. 242.9º TRLC califica como crédito contra la masa los resultados de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso¹³³⁷. De este modo, un crédito concursal, por haberse producido su incumplimiento con anterioridad a la declaración del concurso, cristaliza a raíz de la conservación del contrato, erigiéndose en un crédito contra la masa¹³³⁸. Lo que no se debe a una

incumplida con anterioridad se compensa mediante la calificación de los créditos que se generen a partir de la declaración del concurso como créditos contra la masa, lo que no puede hacerse extensivo a los anteriores.

¹³³⁵ El TRLC aspira al mantenimiento de la actividad económica del concursado, para lo que se necesita que los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a la apertura del concurso sean ejecutados en sus términos. Los acreedores afectados por esta conservación del vínculo contractual se ven compensados con la transformación de sus créditos, que pasan a ser calificados contra la masa, *vid.* ANTÓN SANCHO, M., «Concurso y contrato de suministro», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Jurisprudencia y concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.965.

¹³³⁶ Por todas, la SAP Soria, núm. 68/2013, de 15 de noviembre (ROJ 184/2013), en la que el tribunal reconoce que el hecho de que se califique el crédito contra la masa, «como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria», no garantiza el cobro.

¹³³⁷ Siendo que existe causa de resolución por incumplimiento definitivo y grave del contrato, el juez que ordena su continuación compensa a la parte con la recalificación de sus créditos, que pasan a ser considerados contra la masa, *vid.* GÓMEZ MENDOZA, M., *Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas, op.cit.*, p.373.

¹³³⁸ Son varias las razones que llevan al TS a esta conclusión, como expone en la STS 678/2020, de 15 de diciembre (ROJ 4377/2020). De un lado, la literalidad del art. 62.3 LC, plasmada en el actual art. 164 TRLC, que refiere a las deudas generadas en dos momentos temporales distintos (las prestaciones debidas y las que deba realizar) para, seguidamente, declarar que se satisfarán con cargo a la masa. Asimismo, conviene recordar que esta solución no es alejada de la propia LC, que contiene la misma previsión en las normas relativas a la rehabilitación de créditos (166.2 TRLC), las de rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (167.2 TRLC) y las de rehabilitación de contratos de arrendamientos urbanos (168.2 TRLC). Por otro lado, el TS entiende que la norma contiene una bonificación para el acreedor que se ve obligado a mantener un contrato que ha sido incumplido reiteradamente por decisión judicial que le impide desvincularse del negocio. Finalmente, entiende el primer tribunal que mediante esta solución el legislador ha querido otorgar garantías

decisión unilateral del suministrador, que midiendo las consecuencias promueve una resolución contractual consciente del fracaso de su pretensión para obtener una recalificación de su crédito¹³³⁹, sino que es un efecto legal para reponer el sacrificio que supone expropiarle de su facultad de resolver un contrato y continuar suministrando a quien infringió gravemente el contrato¹³⁴⁰.

Esta misma transformación sufren los créditos de la parte *in bonis* cuando el incumplimiento del contrato se produce con posterioridad a la declaración del concurso, por mor del art. 84.2.6º LC y 242.9º TRLC¹³⁴¹. En cambio, el efecto anterior no opera en los casos en que la parte contratante *in bonis* haya resuelto el contrato con anterioridad

a favor de la parte *in bonis* que soporta el sacrificio de continuar con un contrato anteriormente incumplido por el concursado.

¹³³⁹ La relevancia de la calificación de los créditos en el concurso de acreedores es sustancial, como se observa. No son pocas las sentencias en las que se observa la estrategia procesal perseguida por la parte que promueve una resolución de un contrato esencial para la empresa, actuando bajo la confianza de que el incidente será desestimado y el contrato conservado. Así parece ocurrir en ciertos casos, como el enjuiciado en la STS 678/2020, de 15 de diciembre (ROJ 4377/2020), donde la compañía eléctrica interesa la resolución del contrato de suministro eléctrico de la empresa concursada: Clínica Extremeña de Salud. Entiende el Juzgado de lo mercantil y la Audiencia Provincial de Badajoz que este contrato es esencial para continuar con la actividad empresarial, que reviste un interés general por el servicio que presta. Es evidente la necesidad de este tipo de contratos, por lo que la pretensión de resolución que insta Endesa Energía parece responder a un afán de recalificación de sus créditos anteriores al concurso.

¹³⁴⁰ A colación de un contrato de suministro eléctrico, la STS núm. 145/2012, de 21 marzo (ROJ 4011/2012), interpreta que un crédito potencialmente concursal, por haberse producido el incumplimiento en el pago de dicho suministro con anterioridad a la declaración del concurso, «cristaliza, a raíz del mantenimiento del contrato, en crédito contra la masa», lo que no obedece a una decisión del suministrador acreedor sino a la decisión judicial que le impone un sacrificio actual «y le expropia de la facultad de resolver obligándole a suministrar a quien incumplió resolutoriamente».

¹³⁴¹ En estos casos, el incumplimiento ya no es solo del concursado sino de la administración concursal, que debe velar por el cumplimiento de las obligaciones, con lo que el crédito se calificará contra la masa, *cfr.* MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso*, *op.cit.*, p.86.

a la declaración de concurso. En este caso, su crédito, en caso de haberlo, será calificado como crédito concursal y obtendrá su satisfacción en el seno del concurso¹³⁴².

Ahora bien, la recalificación de los créditos vencidos antes de la apertura del concurso, como resultado de la decisión judicial de conservar el contrato, no implica que estos créditos sean satisfechos *inmediatamente*. El pago o consignación simultáneo o previo de la totalidad de las cantidades debidas al tiempo de la resolución judicial que impone la continuación de un contrato se prevé en la norma concursal para los supuestos de rehabilitación contractual, que no es extrapolable a otras situaciones¹³⁴³, como la comentada, en donde las consecuencias del

¹³⁴² MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso*, *op.cit.*, p.73.

¹³⁴³ En este orden, *vid.* STS núm. 145/2012, de 21 de marzo (ROJ 4011/2012): «si bien no es lo mismo “rehabilitar” contratos resueltos que “impedir” la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa —en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución— responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las “garantías” a las que se refiere la Exposición de Motivos “en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento”.»

En la medida en que el concurso de acreedores pretende garantizar la continuidad de la empresa y de sus unidades productivas, el TRLC habilita a la administración concursal para que promueva la rehabilitación de los contratos de financiación, de adquisición de bienes con precio aplazado y de arrendamientos urbanos. En estos contratos, el acreedor debe haber instado su resolución por incumplimiento antes de la declaración del concurso, o estar en vías de resolución cuando es declarado. La administración concursal le notificará del ejercicio de la facultad de rehabilitación dentro del plazo de comunicación de créditos, quien podrá oponerse a la rehabilitación en los casos previstos en la norma. En todo caso, la rehabilitación no se hace extensible a otros contratos distintos a los mencionados, como podrían ser los contratos de suministro. SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «Los efectos de la declaración de concurso», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol.II, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp.583-584.

Alguna voz ha contemplado esta facultad del art.62.3 LC, actual art.164 TRLC, con la rehabilitación de los contratos, *vid.* DUTILH CARVAJAL, J.M., «El contrato de franquicia y el concurso de acreedores», en ORTEGA BURGOS, E., y TERRAZAS TERRAZAS,

mantenimiento del contrato se limitan a la recalificar los *créditos antiguos* como créditos contra la masa. Ahora bien, aunque no haya ninguna regla que imponga el pago inmediato de tales créditos, se da por supuesto que se satisfarán. No parece razonable que se deba imponer a un contratante a ejecutar una prestación cuando se conoce, ya sea por el juzgador o por la propia administración concursal, que no va a poder satisfacer la contraprestación a la que tiene derecho la contratante *in bonis*. De lo contrario, se estaría amparando un incumplimiento contractual que de ningún modo debe tener acogida en Derecho¹³⁴⁴. En cambio, si en el momento en que el juez acuerda la continuidad del contrato la masa activa es suficiente para atender estas prestaciones debidas, pero posteriormente va mermándose y parece insuficiente para ello, la parte *in bonis*, podrá exigir garantías y, en su defecto, denunciar el contrato¹³⁴⁵.

d) Resolución en interés del concurso

C., *La franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.1019-1020. En cambio, no es lo mismo *rehabilitar un contrato resuelto que impedir la resolución* de un contrato. Si bien ambos responden a una misma finalidad, la necesidad de mantener la vigencia de un negocio vital para la continuidad de la empresa, calificando los créditos que se generan contra la masa y, por tanto, pagaderos con el activo que la integra, la rehabilitación está prevista para contratos resueltos con anterioridad a la declaración de concurso, y que, por tanto, extinguieron las obligaciones que generaban para las partes. Mientras que la facultad de impedir la resolución de un contrato parte de la vigencia contractual del convenio incumplido.

¹³⁴⁴ Esto es así porque las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado no son un crédito contra la masa, sino que también debe satisfacerse con cargo a la masa. De tal suerte que si la masa activa es insuficiente no deben asumirse compromisos contractuales que la administración concursal conoce que no va a poder satisfacer, *vid.* GÓMEZ MENDOZA, M., *Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas*, *op.cit.*, p.379.

¹³⁴⁵ *Vid.* MONSERRAT VALERO, A., *Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales*, *op.cit.*, p.118, quien afirma que el mantenimiento del contrato por interés del concurso solo podrá sostenerse en tanto en cuanto existan bienes suficientes con los que atender las *prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*.

El concepto «interés del concurso» es, como era con la LC, un concepto jurídico indeterminado carente de definición en la legislación concursal. La jurisprudencia lo ha definido como el interés que mejor con venga a la finalidad perseguida con cada concurso de acreedores, que, unas veces, será la satisfacción de los créditos y, otras, la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado¹³⁴⁶. No obstante el principio de conservación de los contratos, el 165 TRLC, y el anterior art. 61.2 LC, habilita al juez a resolver aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración del concurso, aunque no se haya producido un incumplimiento resolutorio previo¹³⁴⁷, cuando se estime necesario o conveniente para el interés del concurso¹³⁴⁸. Supone otra importante excepción a la regla de conservación de los contratos del art. 156 TRLC. Cuando se den los presupuestos enumerados en el art. 165 TRLC, esto es, un contrato con obligaciones recíprocas, que debe estar ejecutándose correctamente por ambas partes –lo que también permite acoger los contratos de tracto único–, y cuando resulte necesario o conveniente para el interés del concurso, dicho interés implicará atender a los intereses comunes de la concursada y de sus acreedores sobre los intereses particulares de cada

¹³⁴⁶ En este orden, la STS núm. 660/2016, de 10 de noviembre (ROJ 4841/2016).

¹³⁴⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, M., *El proceso concursal*, *op.cit.*, p.342. El procedimiento para la terminación del contrato por solicitarlo la administración concursal se describe en la norma, que habilita al Letrado de la Administración de Justicia para llamar a la administración concursal, al concursado y a la otra parte del contrato a una vista ante el juez, a fin de constatar la posibilidad de arribar a un acuerdo en lo referente a la resolución y sus efectos. En caso de que se constate éste, se dictará auto declarando resuelto el contrato y conteniendo los pactos relativos a su terminación. En caso contrario, las diferencias existentes deberán sustanciarse por los trámites del incidente concursal, en donde será el juez quien, en última instancia, acordará acerca de la resolución y las posibles restituciones e indemnizaciones que procedan. Conviene precisar que en la práctica es común que las partes hayan entrado en negociación con anterioridad a la vista, de modo que en ésta el juez vendrá a sancionar mediante auto el acuerdo alcanzado o se constate la imposibilidad de llegar a un acuerdo al respecto.

¹³⁴⁸ FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L., «Marco y fin de la legislación concursal», en FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.31.

persona y, por tanto, de cada contratante particular. Por lo que, en determinados casos, atender a este interés implica dar por terminado ciertos contratos¹³⁴⁹.

Así las cosas, la norma concursal habilita a resolver aquellos contratos que se están cumpliendo con normalidad, siempre que con ello se logre salvaguardar el interés concursal¹³⁵⁰. Se trata de una opción con la que se pretende dar por concluida una relación contractual, con obligaciones recíprocas, ya estén pendientes de cumplimiento o haya comenzado su ejecución¹³⁵¹. Mediante esta resolución unilateral, ordenada judicialmente previa petición por el concursado o la administración concursal, se desvincula a la parte concursada de un contrato cuyas obligaciones

¹³⁴⁹ El interés del concurso es un entramado de intereses particulares de todos aquellos a los que se busca dar satisfacción allí donde confluyen mediante el procedimiento concursal. En ciertos casos, conservar la empresa y mantener su actividad será la mejor alternativa para atender todos estos intereses. En otras puede no serlo. De tal modo que «el convenio o la liquidación, la continuidad de la empresa, su enajenación global, son únicamente instrumentos para la protección de la posición subjetiva de personas concretas, *nunca un fin en sí mismos*». Esta es la finalidad primordial del concurso: tutelar los intereses subjetivos de determinadas personas, acreedores y terceros afectados por la insolvencia del deudor. TIRADO MARTÍ, I., «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *Anuario de Derecho Civil*, vol.62, núm.3 (2009), p.1084.

¹³⁵⁰ El presupuesto esencial es que redunde en interés del concurso. Esto implica presuponer que hay un conflicto de intereses, entre el particular de las partes concursada e *in bonis*, y un interés superior, representado por la colectividad de acreedores que concurren al procedimiento concursal. La ley otorga preeminencia a los intereses del concurso sobre los intereses partidistas. En este sentido, CARRANCHO HERRERO, M.T., «Resolución de contrato de arrendamiento, sujeto a prórroga forzosa, en interés del concurso. Comentario STS de 20 de noviembre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111 (2019), pp.65-82.

¹³⁵¹ El *interés concursal* es un concepto jurídico indeterminado que informa los diferentes instrumentos y mecanismos que recoge la Ley Concursal para garantizar la mayor satisfacción de los acreedores, finalidad principal de un concurso de acreedores. Entre ellos, la resolución judicial de aquellos contratos que se consideran perjudiciales. Para un estudio detenido del concepto de interés concursal, *vid.* TIRADO MARTÍ, I., *Reflexiones sobre el concepto de interés concursal*, *op.cit.*, p.1085.

se estimaban perjudiciales¹³⁵². Pero no se trata de una facultad específica que la legislación concursal atribuye a una de las partes. Se trata de una decisión judicial adoptada en ausencia de acuerdo entre los contratantes¹³⁵³. Por tanto, la decisión de resolución en interés del concurso emana del propio juzgador, previa consideración y motivación de su decisión. Sucede así cuando se pierde el interés que la concursada tenía en la prestación contractual, cuando desaparece la necesidad que se pretendía cubrir con el suministro, cuando pueden obtenerse las mismas prestaciones en mejores condiciones acudiendo al mercado, cuando el suministro ha devenido excesivamente oneroso, por el perjuicio que supone para la masa, etc.¹³⁵⁴. En fin, las razones que pueden llevar a la concursada o a su administración concursal para promover la resolución de un contrato de *tracto sucesivo* serán tan variadas como el propio concurso de acreedores.

Las consecuencias o efectos de la resolución serán los que hemos comentado anteriormente: la liquidación de la relación contractual y la indemnización de los daños y perjuicios que la resolución haya podido ocasionar a la parte *in bonis*, las cuales deberán satisfacerse con cargo a la masa (165.3 TRLC). Apuntar, finalmente, que la resolución por

¹³⁵² Se habla de resolución voluntaria por cuanto es instada por la administración concursal o por el concursado, según las facultades de administración hayan sido suspendidas o intervenidas. Pero, en ambos casos, la resolución está sujeta al control y aprobación judicial, con lo que en la práctica queda lejos de la voluntariedad propia de la resolución unilateral, *vid.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento*, *op.cit.*, p.114.

¹³⁵³ Así, el art. 165.2 TRLC, plantea la posibilidad de que, antes de presentar la demanda ante el juez del concurso en la que se solicita la resolución del contrato, se pueda solicitar al Letrado de la Administración de Justicia que cite al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato a una comparecencia ante el juez del concurso a efectos de constatar si hay posibilidad de alcanzar a un acuerdo o no. Sobre la declaración judicial de resolución en el caso de ausencia de acuerdo, *vid.* STS núm. 660/2016, de 10 de noviembre (ROJ 4841/2016).

¹³⁵⁴ SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24 (2011), p.99. El contrato es importante en el activo de la empresa, pero el impacto que puede tener un contrato de *tracto sucesivo* en la masa no es baladí, con lo que puede interesar su terminación cuando los efectos de su terminación son mejores que las consecuencias de mantenerlo en vigor.

interés del concurso no determina necesariamente la procedencia de una indemnización, como sucede con la resolución por incumplimiento. Ahora bien, el juez que decide sobre los efectos económicos de la resolución del contrato por dicho interés concursal deberá acudir a la reglamentación querida por las partes en el contrato, con lo que en función de qué se disponga en éste será procedente acoger una indemnización¹³⁵⁵.

II. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La terminación de un contrato de suministro tiene importantes consecuencias, tanto jurídicas como económicas, derivadas del tracto sucesivo del contrato, en contraste con la compraventa, cuyos planteamientos en torno a esta cuestión no pueden ser aplicados por analogía. De hecho, los problemas habituales generados por la resolución de un contrato de suministro son más próximos a los que se manifiestan en los contratos de distribución que a los de la venta, lo que obliga a atender a la casuística y soluciones de aquéllos y trasladarla al suministro.

A. CONSECUENCIAS NO PATRIMONIALES

a) La eficacia *ex nunc* de las prestaciones

La resolución por incumplimiento de un contrato de suministro no despliega efectos retroactivos¹³⁵⁶. Ésta es, sin lugar a dudas, una de las peculiaridades más característica del suministro y una de las consecuencias más importantes de la resolución contractual. La resolución

¹³⁵⁵ Así, la STS núm.189/2016, de 18 de marzo (ROJ 1216/2016), en donde entiende correcta la decisión del juzgador de acudir al contrato para determinar los efectos económicos de la resolución del contrato, aun cuando sea por salvaguardar los intereses del concurso.

¹³⁵⁶ El principal efecto de la resolución de un contrato es su eficacia liberatoria: declarada la resolución de un contrato, los contratantes dejan de estar vinculados por él con lo que quedan liberados de sus obligaciones. Junto a esta eficacia liberatoria, que es común a todos los contratos, incluido el suministro, se encuentra un segundo efecto: la restitución de las prestaciones. Como regla, y paradójicamente, las partes asumen una nueva obligación: devolverse o restituirse las prestaciones que recibieron en virtud del contrato, *ex art.1123 CC. Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., Artículo 1124. Facultad de resolver las obligaciones», op.cit., p.234.*

de un contrato de suministro es una resolución *ex nunc* o pro futuro, que evita la ejecución de nuevas prestaciones. Los efectos de la extinción del contrato tienen un reflejo hacia el futuro, pero no afecta a las pasadas¹³⁵⁷. Respecto de éstas, por cuanto satisficieron los intereses de las partes, los efectos de la resolución contractual no se harán extensibles, con lo que las partes no deben reponerse en las prestaciones ya ejecutadas¹³⁵⁸. Esta solución contrasta con los efectos de la resolución en la compraventa. Mientras que en los contratos instantáneos la resolución por incumplimiento implica la restitución de las cosas a su momento original, retrotrayéndose hasta la situación inicial existente al principio de la vida del contrato, en los de *tracto sucesivo* la resolución no conlleva necesariamente la reposición de las prestaciones, que en gran parte de los casos no solo se reputa inútil, sino incluso imposible.

Este planteamiento responde al carácter autónomo e independiente que tienen entre sí las distintas prestaciones y contraprestaciones que se reúnen en el contrato de suministro. Constitutivas de una unidad jurídica que puede ser aislada del resto, los efectos derivados del incumplimiento grave y esencial de una de ellas no alcanza a las demás prestaciones realizadas. En términos generales, la resolución del contrato de suministro no afectará a las prestaciones ya cumplidas. Lo cual se hace extensivo a los frutos e intereses que hayan generado las prestaciones entregadas. De acuerdo con la regla general, la restitución de las prestaciones alcanza los frutos que haya producido y los intereses del precio recibido. En cambio, la supervivencia de las prestaciones ejecutadas en el suministro determina que no puedan reclamarse los frutos e intereses que se hayan generado o devengado, aun cuando el título de su razón se resuelva.

Esta idea no es ajena a nuestro Derecho de contratos. A ella parece responder el planteamiento seguido por el art. 330 CCo, relativo a una compraventa con entregas parciales. Según dispone, en los contratos en que se pacte la entrega de una cantidad determinada de mercancías en

¹³⁵⁷ FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale, op.cit.*, p.781 afirma que la resolución del contrato, como cualquier otra resolución contractual duradera, tiene efectos *ex nunc*; esto es, no se ven afectadas las prestaciones ya ejecutadas.

¹³⁵⁸ CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general, op.cit.*, p.31.

un plazo fijo, cuando el comprador acepta la entrega parcial, quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos¹³⁵⁹. Traídas estas consideraciones al suministro, el incumplimiento del contrato determinará que la transmisión queda consumada respecto a los géneros recibidos¹³⁶⁰. Las prestaciones ya ejecutadas habrán quedado extinguidas por efecto solutorio, con lo que una resolución del contrato no afectará sino a las prestaciones pendientes¹³⁶¹.

b) El pacto de no competencia post-contractual

Con carácter general, a la terminación de un contrato de suministro, nada impide que el suministrado se abastezca de un nuevo proveedor que sea un competidor directo del anterior suministrador. En sentido inverso, tampoco hay obstáculo para que el proveedor suministre de los productos que fabrica o revende a otros empresarios competidores del suministrado. Uno y otro son empresarios independientes y, en el ejercicio de su libertad de empresa, podrán contratar con quien convengan y estimen oportuno. Ahora bien, la terminación de un contrato no implica que se extingan automáticamente todas las obligaciones y efectos jurídicos contenidos en el programa contractual¹³⁶². A menudo sucede,

¹³⁵⁹ MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, *op.cit.*, p.503.

¹³⁶⁰ El acreedor podrá reclamar el cumplimiento del contrato en los términos pactados respecto de aquellas prestaciones cuyo término ha vencido, son exigibles, pero no se han realizado por el deudor. Por contra, no podrá reclamar el cumplimiento íntegro del contrato, a diferencia de lo que sí sucede en los contratos de tracto único. A este respecto, *vid.* FERNÁNDEZ DEL MORAL, F., *El contrato de suministro*, *op.cit.*, pp.331-336.

¹³⁶¹ La solución del art. 330 CCo permite que el incumplimiento grave de una prestación actual no repercuta sobre las prestaciones pasadas. Con ello, los efectos de la resolución por incumplimiento no se propagan del incumplimiento actual hacia las pasadas, con las gravosas consecuencias que podría tener ante la imposibilidad que tendría el acreedor en retornar la cosa, de forma que la resolución afecta únicamente a las futuras consolidando las que ya se han prestado, *cfr.* GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, *op.cit.*, p.426.

¹³⁶² Este es el caso de la obligación de secreto, de confidencialidad, de protección de datos de carácter personal, entre otras. En las redes contractuales la terminación de un contrato no tiene la misma incidencia que la extinción que se produce fuera de la

principalmente en las relaciones contractuales duraderas, que las partes introducen en el contrato obligaciones que perdurarán en el tiempo, o que, incluso, comenzarán a desplegar efectos una vez se haya extinguido la relación contractual¹³⁶³. En este ámbito es donde se enmarca la obligación de no competencia post-contractual.

Esta obligación de no hacer reviste un peculiar interés en algunos negocios, como en el contrato de agencia, el contrato de distribución o el de franquicia¹³⁶⁴. En la agencia, su propia ley reguladora contiene las

red. Efectivamente, la finalización del contrato determina el fin de la relación contractual pero no tiene por qué significar el fin de la red contractual. De modo que, para tutelar los intereses conjuntos entre los distintos empresarios que conforman dicha red, es preceptivo incorporar en el contrato obligaciones post-contractuales, del mismo modo que se incluían incentivos *ex ante* para animar a empresarios independientes a integrarse en la misma. Sobre estas cuestiones puede verse CAFAGGI, F., *Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?*, *op.cit.*, pp.83-85.

¹³⁶³ Un ejemplo es la obligación post-contractual que recoge el art. 70 LPI, en su primer párrafo, relativa a la facultad del editor de vender, salvo disposición en contrario en el contrato, en el plazo de tres años a contar desde la terminación del contrato los ejemplares que tenga a su disposición. Un plazo que podría ser modificado por acuerdo entre las partes, pero no suprimido, según afirma BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Contratos sobre bienes inmateriales», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles*, *op.cit.*, p.5085. Cabe advertir que estas obligaciones post-contractuales que aquí comentamos son las que mantienen su efectividad una vez se ha extinguido el contrato, esto es, el programa obligacional básico, con lo que no cabe confundir estas obligaciones con aquellas que nacen, bien por imperativo legal, bien por disponerlo así el propio contrato, tras su celebración. Véanse, por ejemplo, las obligaciones tras la celebración del contrato electrónico con un consumidor que se recogen en la legislación del Derecho de consumo, *cfr.* GARCÍA VICENTE, J.R. y LÓPEZ MAZA, S., *Artículo 63. Confirmación documental de la contratación realizada*, *op.cit.*, pp.886-904. Estas obligaciones, que también han sido descritas como post-contractuales, refieren a cuestiones ajenas a las que aquí venimos comentando.

¹³⁶⁴ La existencia de pactos limitativos de la competencia tras la extinción del vínculo contractual es uno de los supuestos más frecuentes en la práctica comercial, *cfr.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución: extinción. Problemática y práctica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.332-334; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El contrato de distribución exclusiva o de concesión*, *op.cit.*, p.764.

condiciones para la validez del pacto¹³⁶⁵. En el resto, a pesar de su atipicidad, se presume que el distribuidor tiene un interés legítimo en vedar el acceso de la parte a una nueva red de distribución orientada en el mismo sector de actividad, en la que pueda aprovecharse de los conocimientos y *know how* adquiridos¹³⁶⁶. Aquí, la cláusula de no competencia post contractual se trata de un pacto mediante el que se pretende impedir, cuando no dificultar, que ciertos conocimientos técnicos sean

¹³⁶⁵ La LCA, en sus arts. 20 y 21, contiene la regulación del pacto de no competencia post contractual, que despliega efectos una vez extinguido el contrato. Esta cláusula exige, para su validez, la forma escrita y, por ende, su previsión expresa en el programa obligacional, y consiste en la obligación del agente de no dedicarse, durante un tiempo determinado, el cual no podrá exceder de dos años desde la terminación del contrato, a promover y, en su caso, concluir operaciones o actos respecto de bienes o servicios de la misma clase que los que eran comercializados o promovidos con el empresario anterior a favor del que opera la cláusula. Junto a la restricción temporal y objetiva, la restricción queda sometida al ámbito geográfico y al grupo de personas a los que venía referido el contrato de agencia extinguido, *cf.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, *op.cit.*, p.126. Esta cláusula de no competencia post contractual entra dentro de la libertad contractual, de modo que las partes son libres para estipularla en el contrato o dejarla fuera. Sin embargo, en caso de que la incorporen tiene un especial interés de cara al régimen de indemnizaciones. Así, el art. 28 LCA valora la previsión de un pacto de no competencia tras la extinción del contrato para el cálculo de la indemnización por clientela. Sobre esta cuestión puede verse PALAU RAMÍREZ, F., «El contrato de agencia», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, *op.cit.*, pp.38-42.

¹³⁶⁶ En cierta medida, en todo pacto de prohibición de competencia post-contractual existen varios intereses contrapuestos: el interés del franquiciador, el interés del franquiciado y el interés del mercado. Son intereses legítimos, y, como tal, tutelados por el Derecho. Solo cuando se constata que no hay tal legitimidad es cuando podrá defenderse el carácter anticoncurrencial del pacto y promover su expulsión del contrato. Así, el interés legítimo del franquiciador que justifica el pacto que comentamos es la necesidad de salvaguardar los conocimientos técnicos propios de la red y que fueron transmitidos al franquiciado en virtud del contrato. De ahí que la prohibición de competencia se limite al mismo género de actividad desarrollado por el franquiciador. Por su parte, el franquiciado tiene un interés en que el pacto de prohibición tenga la menor duración posible, a los efectos de poder reiniciar su actividad económica. No se olvide que esta obligación que asumió en su día es una restricción a la libertad de empresa consagrada en la Constitución. Finalmente, el mercado tiene un interés en conservar y fomentar la competencia. Para una exposición más detallada de estos intereses puede verse MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, *op.cit.*, pp.146 y ss.

aprovechados por empresas competidoras¹³⁶⁷. Precisamente desde esta perspectiva puede estar justificada la previsión de un acuerdo de no competencia post-contractual en un contrato de suministro. Así las cosas, allí donde, para la correcta ejecución del contrato, es necesaria la transmisión o revelación de unos conocimientos técnicos o secretos empresariales de los que podrían verse beneficiadas otras empresas competidoras a la finalización de una relación contractual es donde puede tener interés incorporar una cláusula de no competencia que venga a complementar la cláusula de confidencialidad. El temor a que los conocimientos e información reservada sean accesibles o beneficien a los competidores de la empresa reveladora justifica, en gran medida, la presencia de un pacto de no competencia post-contractual¹³⁶⁸. Y decimos que el pacto tendría justificación en esta hipótesis porque fuera

¹³⁶⁷ La cuestión reviste de especial importancia, como denota el hecho de que es frecuente en algunos contratos laborales la inclusión de este tipo de acuerdos con el fin de salvaguardar el interés industrial del empresario de evitar que se produzca un traspase de información clave a sus competidores como resultado de la marcha de un trabajador. En todo caso, su validez en el ámbito del derecho laboral exige la concurrencia de algunos requisitos, como la compensación económica adecuada para el trabajador o la limitación temporal y sectorial de la prohibición. Desde el marco del Derecho de la competencia, en un análisis de esta conducta desleal, *vid.* GARCÍA BALLESTEROS, J.J., *La ruptura contractual desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.110 y ss.

¹³⁶⁸ El concepto de conocimiento técnico nos lo da el propio Reglamento 330/2010, en la letra g del art. 1, que dice que, a los efectos de dicho texto legal, se entiende por conocimiento técnico «un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor y que es secreta, sustancial y determinada; «secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles; «sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales; «determinada» significa que los conocimientos técnicos son descritos de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y sustancialidad». La definición que nos da el legislador comunitario en este Reglamento nos recuerda inevitablemente al concepto legal de secreto comercial, contenido en la Directiva 2016/943, de 8 de junio, que lo define como aquella información secreta, «en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas», que, por su secretismo, tiene un valor comercial, y que ha sido objeto de medidas razonables para mantener su carácter reservado.

de aquellos casos en los que su previsión está fundamentada, su incorporación a un contrato de suministro contravendría el Derecho de la competencia¹³⁶⁹. De ahí que este intercambio de conocimientos técnicos deba ser sustancial, en el sentido de indispensable, para la consecución del negocio¹³⁷⁰.

Las cláusulas o pactos de no competencia post-contractual son acuerdos verticales, que constituyen obligaciones de no hacer. Su presencia no se presume, por lo que deben incorporarse de manera expresa¹³⁷¹. En atención al contenido de la prohibición, de por sí cuestionable al chocar de pleno con la libertad de empresa declarada en el art. 38 CE, pueden llegar a constituir acuerdos restrictivos de la competencia¹³⁷².

¹³⁶⁹ A pesar de que el contrato de suministro no es una figura propicia para promover prácticas anticompetitivas, que parecen más propias de negocios complejos como los contratos de distribución integrada, como apunta ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.284, sí pueden darse supuestos o prácticas contrarias a la letra del apartado primero de los arts. 101 TFUE y 1 LDC. Una de estas prácticas es el pacto de no competencia post-contractual.

¹³⁷⁰ Dispone el apartado 68 de las Directrices relativas a las restricciones verticales que los conocimientos técnicos y la información transferida por el proveedor debe ser indispensable y sustancial, esto es, necesaria para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales. Traídas estas consideraciones al contrato de suministro, equivaldría a decir que la información debe tener la suficiente entidad como para permitir a la parte ejecutar el contrato.

¹³⁷¹ La presencia de estos pactos en un contrato, ya sea de índole mercantil o laboral, donde también son frecuentes, no se presumen, por lo que deben ser objeto de una previsión expresa en la que se contenga detalladamente en qué consiste el pacto de no competencia post contractual, *cf.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución: extinción. Problemática y práctica. op.cit.*, p.332. Estos pactos, aun así, pueden incurrir en un ilícito concurrencial al servir de trampolín para delimitar ciertas prácticas competitivas, razón por la que deben ser objeto de examen desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

¹³⁷² Por todas, STS núm. 899/2007, de 31 de julio (ROJ 5808/2007). La práctica que comentamos se trata de una conducta colusoria, que el Derecho de la competencia proscribía como regla general, aunque la misma venga excepcionada por la propia normativa de defensa de la competencia cuando concurren determinados condicionantes. A la postre son limitaciones a la libertad de empresa que propugna el art. 38 CE, el cual no es absoluto, sino que viene configurado de forma negativa por ciertas restricciones y condicionantes. Entre ellos, los que impone la propia normativa de

Motivo suficiente para que el Derecho de la competencia haya entrado a analizar estos acuerdos y determinado bajo qué condiciones su inclusión en un contrato contraviene las disposiciones imperativas que velan por el buen funcionamiento del mercado.

La conjugación de los diferentes intereses que concurren en un acuerdo de no competencia post-contractual determina que aquellos pactos que no tengan otra finalidad que evitar el beneficio que pudiera suponer la eliminación de un futuro competidor en el mercado, restringiendo su libertad de empresa y la posibilidad de que realice actividades económicas en el mismo ramo o sector, será considerado un acuerdo restrictivo. De modo que para valorar la licitud de un acuerdo de estas características su razón debe ir más allá de garantizar a una compañía una cómoda posición en el mercado. Así pues, el estudio de estas cláusulas exige partir del contenido del apartado primero del art. 101 TFUE, que, como regla, preceptúa la ilicitud de aquellos acuerdos entre empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia¹³⁷³. Tras esta prohibición general, el precepto menciona algunas prácticas *en particular*, lo cual no quiere decir que

defensa de la competencia, pero también las prácticas que el legislador reputa desleales y, como tal, son sancionadas, e incluso por el propio Derecho de contratos, *cfr.* CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUAN MUÑOZ, E., *Mercado y Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p.884.

¹³⁷³ En su tenor literal, el precepto dispone que «Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior», enumerando, seguidamente, algunos supuestos de prácticas concertadas o «conductas conscientemente paralelas», en términos del art. 1 LDC. El precepto enumera varios requisitos que debemos considerar: (i) una práctica colusoria, entendida como el acuerdo entre dos o más empresas, las decisiones de asociaciones de empresas o las prácticas concertadas); (ii) que tenga como objeto o, como resultado de la misma, produzca un efecto en el mercado interior; consistente en (iii) impedir, restringir o falsear el comercio; y (vi) en el mercado interior, esto es, entre países miembros de la Unión Europea. Para un análisis detallado de la dicción del precepto y de los distintos requisitos que enumeramos puede verse CURTO POLO, M.M., «Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Manual de Derecho de la Competencia*, *op.cit.*, pp.95-127.

aquellas que no se mencionan sean lícitas¹³⁷⁴. Buena prueba de ello es la cláusula que comentamos, relativa a la no competencia post-contratual, la cual, en la medida en que es un pacto cuyo objeto o efecto es restringir, impedir o falsear la competencia, vendría a ser ilícito, aunque no se mencione expresamente en el precepto comentado.

No obstante, a pesar de caer dentro del ámbito de aplicación del apartado primero del art. 101 TFUE, puede tratarse de una práctica salvada por lo dispuesto en el apartado tercero del mismo. Partiendo de la base de que determinados acuerdos verticales mejoran la eficacia económica de una cadena de producción, el art. 101.3 TFUE, y el Reglamento 330/2010 que lo desarrolla, entiende que la probabilidad de que dicha mejora compense los efectos negativos sobre la competencia dependerá del peso en el mercado de las empresas participantes del acuerdo restrictivo. Cuando éstas no ostenten una cuota de mercado superior al 30% se supondrá que el acuerdo vertical, por lo general, ayudará a mejorar la producción, la distribución u ofrecerá a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes. A salvo de la exención comentada quedan aquellos acuerdos calificados como «especialmente graves», como la fijación de precios¹³⁷⁵. Y a salvo quedan, también, aquellas prácticas que, sin ser calificadas como graves, son expresamente excluidas por el legislador comunitario. Entre ellas, «cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios»¹³⁷⁶. Es decir, que la cláusula de no competencia post contractual

¹³⁷⁴ No se trata de un *numerus clausus*, sino que la norma menciona alguna de las prácticas colusorias que pueden producirse y, en la medida en que concurren en ellas los requisitos que menciona en el párrafo primero del apartado primero del art. 101, están prohibidas por su carácter contrario a la competencia; *Ibid.*, p.119.

¹³⁷⁵ El listado de acuerdo que quedan excluidos del beneficio de la exención del Reglamento 330/2010 no es una novedad del mismo. Este *numerus clausus* ya se encontraba en el anterior Reglamento 2790/1999, precedente de aquél, en cuyo art. 4 se incorporaba una *lista negra* de restricciones prohibidas que determinaba la exclusión de dicho beneficio. Para un comentario de este Reglamento, *vid.* GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Distribución comercial y Derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)*, *op.cit.*, pp.37-76.

¹³⁷⁶ El art. 5 del Reglamento 330/2010 «Restricciones excluidas» establece: 1. La exención prevista en el art. 2 no se aplicará a las siguientes obligaciones contenidas

estaría prohibida por su gravedad. Al menos, como regla, pues el Reglamento contiene una matización.

El Reglamento 330/2010 prevé, como regla, que los acuerdos verticales relativos a una obligación de no hacer, consistentes en la prohibición de fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios tras la expiración del contrato no quedan cubiertos por la exención contenida en el apartado primero del art.2¹³⁷⁷. Sin embargo, seguidamente a hacer esta afirmación, el propio Reglamento prevé situaciones en las que estos acuerdos restrictivos de la competencia post-contractual sí serían lícitos, enumerando los cuatro requisitos o condiciones que deben concurrir para poder beneficiarse de esta salvedad. En primer lugar, que exista una competencia efectiva entre la actividad del *proveedor* y la actividad que se prohíbe a su *suministrado*. En segundo lugar, que la prohibición se haga indispensable para tutelar los conocimientos técnicos a los que ha tenido acceso el *suministrado*. En tercer lugar, que la prohibición se limite territorialmente al lugar en el que ha operado dicho empresario durante el periodo contractual. Y, finalmente, que la prohibición quede limitada temporalmente al plazo de un año, cuyo cómputo se inicia desde la extinción contractual. Cuatro requisitos, que son cumulativos, y que, en caso de concurrir, permiten salvar la ilicitud

en los acuerdos verticales: [...] b) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios». Tras esta regla general, sin embargo, el mismo artículo, en su apartado 3, contiene algunas precisiones que permiten salvar la exclusión de la exención del apartado primero transcrito.

¹³⁷⁷ Con carácter general, las cláusulas de no competencia tras la extinción del contrato no quedan cubiertas por la exención por categoría que recoge el Reglamento 330/2010. Aun así, el legislador comunitario, tras promulgar la regla general, la excepciona, incluyendo un único supuesto de hecho en el que deben concurrir cuatro requisitos mencionados en el apartado 3 de la cláusula 5 del Reglamento. *Cfr.* CURTO POLO, M., *Prohibición de conductas colusorias (III): Restricciones verticales, op.cit.*, p.169.

del acuerdo de no competencia post-contractual¹³⁷⁸, como tiene declarado el TJUE¹³⁷⁹.

En caso de incorporación de un pacto de no competencia tras la expiración del contrato sin que concurren estos requisitos conllevaría su nulidad de pleno derecho por clara contravención a lo dispuesto a una norma de carácter imperativo¹³⁸⁰. Así las cosas, el acuerdo en cuestión no surte efectos entre las partes, ni es oponible frente a terceros, ni su nulidad puede ser confirmada o corregida¹³⁸¹. Esta nulidad absoluta deriva de la confrontación con una norma imperativa que vela por el mantenimiento de la competencia y la conservación del juego del libre mercado. De ahí que el apartado segundo de los artículos 101 TFUE y 1

¹³⁷⁸ De estos requisitos también se hizo eco el legislador español en las distintas propuestas de ley reguladora de los contratos de distribución. Así, el proyectado art. 25.4.b) PLCD preveía que a la terminación del contrato el proveedor no estará obligado «a compensar al distribuidor por la clientela que éste hubiera podido generar durante la relación» salvo cuando «se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder de un año». Esta previsión también se recogió en el art. 543-24.2.c) PCM, orientado a la indemnización por la clientela. Una compensación que, sin embargo, despertó críticas por alguna voz que consideraba excesivo asumir que la no competencia post-contractual por el distribuidor determinaría que su clientela sería aprovechada por el propio proveedor. En este orden, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Los contratos de distribución: extinción. Problemática y práctica. op.cit.*, p.333. Otros autores, por el contrario, asumen que la falta de remuneración haría nula o inválida una obligación tan gravosa como la comentada por efecto del art. 1261 CC, al faltar la causa de atribución patrimonial, *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «El contrato de franquicia», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles, op.cit.*, p.865.

¹³⁷⁹ ATJUE C-117/12, de 7 de febrero, asunto La Retoucherie.

¹³⁸⁰ Interesa traer a colación en este sentido la SAP Badajoz, núm. 166/2020, de 26 de octubre (ROJ 1247/2020), donde enjuicia un pacto de no competencia post contractual en un contrato de franquicia que declara nulo de pleno derecho por tener una duración de cinco años. Afirma el tribunal que «el pacto de competencia post contractual es nulo de pleno derecho por ser contrario a una norma prohibitiva, de ahí que no pueda fundar la actora en dicho pacto la reclamación».

¹³⁸¹ En este sentido, GALÁN CORONA, E., «Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad, op.cit.*, pp.119-120.

LDC determinen la nulidad de estos acuerdos. En todo caso, la nulidad no se debería hacer extensiva a la totalidad del contrato, sino solamente a aquellas estipulaciones del mismo que tengan por objeto o efecto la lesión de la competencia, salvo que, en función del contrato, se constate que es inviable la conservación del negocio y que el contrato no puede ser integrado por el juzgador¹³⁸². A pesar de ello, no es esta la línea que se ha seguido por nuestro primer tribunal¹³⁸³, que ha rechazado la ineficacia parcial del negocio y ha extendido a todo el contrato la nulidad, por entender que este tipo de cláusulas no tienen un carácter accesorio en el contrato¹³⁸⁴. En todo caso, a nuestro juicio, esta nulidad de pleno derecho deberá ser analizada caso por caso, de modo que cuando no afecte a alguno de los elementos esenciales del contrato éste debería mantener sus efectos. Ahora bien, cabe apuntar los efectos limitados que tendrá la nulidad de este tipo de cláusulas de no competencia post-

¹³⁸² La nulidad parcial es la solución por la que aboga SANCHO GARGALLO, I., «Aplicación privada de las normas antitrust», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad, op.cit.*, pp.917-918. Como expone el autor, si el negocio en el que se incorpora una cláusula contraria al Derecho de la competencia «no se anulase solo parcialmente, se corre el riesgo de que las ventajas establecidas imperativamente en su beneficio queden sin efecto».

¹³⁸³ Por todas la STS núm. 989/2007, de 3 de octubre (ROJ 7756/2007), en donde declara que «las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas». Para el primer tribunal, la supresión de cláusulas que son contrarias con el Derecho comunitario altera por completo la economía del contrato y éste, sin aquéllas, no puede subsistir.

¹³⁸⁴ La jurisprudencia del TJUE sobre la nulidad por infracción del Derecho de la competencia, desde sus orígenes, no tiene carácter absoluto. El acuerdo que adolece de dicha nulidad no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es tampoco oponible frente a terceros. La nulidad, por tanto, queda circunscrita a aquellas disposiciones contractuales que son incompatibles con el art. 101 TJUE, cuyas consecuencias se preceptúan en el apartado segundo del mismo, el cual reputa nulo la parte del acuerdo contrario al Derecho de la competencia y delega en los Estados miembros la determinación de las consecuencias civiles para el resto del contrato de acuerdo con su legislación interna. En este orden, el TS entiende que las cláusulas o pactos que contravienen el Derecho de la competencia no son parte accesorio del negocio, y su expulsión determina la nulidad de todo el negocio. Como decimos, esta postura ha sido criticada por la doctrina, *vid.* por todos MARTÍ MIRAVALLS, J., *La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia: Sobre la necesaria revisión de la práctica jurisprudencial española, op.cit.*, pp.17-59.

contractual cuando su examen sea realizado una vez concluida la relación. En el plano de los efectos jurídicos, la jurisprudencia española ha descartado la restitución de las prestaciones, lo que determina que, una vez extinguido el contrato, la nulidad de la cláusula –o del contrato si se considera que la cláusula es esencial dentro del mismo– no vaya a tener efectos retroactivos, lo que equivale a una clara excepción a la regla del art. 1303 CC¹³⁸⁵.

El pacto de no competencia post-contractual incorporado a un contrato de suministro podrá operar hacia ambos lados de la relación. Así, cualquiera de las partes puede tener un especial interés en prohibir la competencia de su contraparte a la terminación del contrato, imponiendo una obligación a «no fabricar, comprar, vender o revender» los mismos bienes que, hasta ese momento, habían venido siendo objeto de abastecimiento. La validez de este pacto se tendrá que examinar, como hemos visto, a la luz de las cuatro condiciones comentadas, de las cuales destaca la que refiere a la tutela de conocimientos técnicos transferidos a la contraparte. Presume la letra c) de este apartado 3 del art. 5 del Reglamento 330/2010 que estos conocimientos e información técnica se transferirán «por el proveedor al comprador», pero la realidad pone de manifiesto que los conocimientos pueden circular hacia ambos lados de la relación contractual. Esto es, no solo se pueden transferir del proveedor al comprador, sino que también el suministrado puede facilitar información sensible y reservada al proveedor, permitiéndole fabricar y aprovisionar al suministrado siguiendo las instrucciones y técnicas reveladas por éste. Se observa en este contexto el interés que subyace en evitar la competencia por el uso que podría hacer una de las partes de esta información o conocimientos técnicos. No obstante lo anterior, las partes sí pueden acordar libremente, sin que suponga un acuerdo restrictivo de la competencia ni, en principio, una confrontación con la

¹³⁸⁵ *Ibid.*, pp.39-42. De acuerdo con el autor, el Tribunal Supremo ha limitado las consecuencias de la nulidad de pleno derecho ante el difícil encaje que tiene en un contrato de tracto sucesivo la aplicación de las reglas de los arts. 1303 CC y concordantes. Afirma que «si la declaración no afecta a las prestaciones ya realizadas, y sólo sirve para privar el cumplimiento a futuro, es tanto como de hecho no aplicar el art. 1303 CC». De modo que, a la conclusión del contrato, la nulidad de una cláusula de no competencia post contractual, que determinase la nulidad de todo el contrato, no desplegaría efectos retroactivos.

ley, un deber de secreto respecto a los usos, prácticas o conocimientos técnicos adquiridos por el suministrado en su relación con el proveedor. Este tipo de pactos relativos a la confidencialidad y el carácter reservado de cierta información a la que tiene acceso el suministrado por razón del suministro son, además de frecuentes en la práctica, conformes con el Derecho concurrencial, que no los considera acuerdos restrictivos de la competencia y, por lo tanto, no cuestiona su licitud. Así, estos pactos no encuentran ningún límite temporal, espacial o sectorial, con lo que, en su virtud, el proveedor podría obligar al suministrado a no hacer uso de aquellos conocimientos técnicos, logísticos o de cualquier otro tipo que haya adquirido por razón del contrato mientras no sean de dominio público.

Volviendo sobre la cláusula de no competencia, la reunión de los cuatro requisitos comentados determinaría la licitud del pacto a la luz de lo dispuesto en el artículo 5.3 del Reglamento 330/2010. Por contra, podríamos asumir que la ausencia de alguno de ellos supone una limitación excesiva a la competencia, de modo que el pacto desborda el Derecho de contratos y es acogido por el Derecho de la competencia, que estima que la finalidad de la cláusula no es asegurar un determinado cumplimiento del contrato sino otro distinto, como es evitar la competencia¹³⁸⁶. Ahora bien, la falta de alguno de estos requisitos no determina *per se* que el acuerdo sea nulo y esta nulidad se haga extensiva a todo el contrato, como hemos comentado más arriba. Siendo que el bien jurídico tutelado por el Derecho de la competencia es, precisamente, el buen funcionamiento del mercado y la propia competencia, aquellas conductas y prácticas colusorias que sean insuficientes para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia no arribarán a

¹³⁸⁶ Un pacto de no competencia post contractual integraría el contrato *ex art.* 1258 CC. Sin embargo, cuando esta obligación de no hacer excede los límites legales contenidos en el art. 5.3 del Reglamento 330/2010, a la vista del Derecho de defensa de la competencia el objetivo razonable que pudieran perseguir se difumina. El exceso cuantitativo en el que incurren determina que la finalidad del pacto queda eclipsada por un indicio, cual es el aseguramiento de una posición cómoda en el mercado evitando la competencia, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia», *InDret*, núm. 4 (2004), p.19.

ser examinadas desde la perspectiva de este Derecho de la competencia¹³⁸⁷, como recuerda la Comisión en las Directrices verticales¹³⁸⁸.

Con todo lo dicho hasta el momento, se observa que, aunque en abstracto puede resultar sencillo determinar qué conductas son contrarias a la competencia, en la práctica nos obligará a atender a las circunstancias de las partes contratantes para determinar si el pacto es conflictivo con este Derecho o no. Además, su presencia en un contrato puede resultar problemática en determinadas situaciones, más allá de la molestia que acarrea a una parte ver limitada su libertad de empresa. Por ejemplo, de cara a la obligación de mantenimiento de un cupo de mercancías en el almacén del proveedor para atender a las necesidades del suministrado, la terminación del contrato puede implicar que existan

¹³⁸⁷ La valoración de un acuerdo con respecto al art. 101 TFUE exige atender a dos etapas. Una primera, relativa a la valoración de si el acuerdo entre empresas puede afectar al comercio entre países europeos de forma real o potencial, pues de lo contrario no será de aplicación lo dispuesto en el art. 101.1 TFUE y, por extensión, tampoco su apartado tercero. En caso de acuerdos no restrictivos por no tener la suficiente entidad para ello es «inútil examinar el beneficio que resulta eventualmente del acuerdo». La segunda, que solo será necesario si se prueba que el acuerdo afecta o puede afectar el juego de la competencia, consiste en valorar los efectos favorables para la competencia y ponderar si son superiores a sus efectos negativos. Se trata de un examen que, en abstracto, puede resultar sencillo de plantear, pero que en la práctica requiere de un pormenorizado examen. *Cfr.* CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUAN MUÑOZ, E., *Mercado y Derecho de la competencia*, *op.cit.*, pp.236-237.

¹³⁸⁸ En estas Directrices leemos, en su apartado 8, que el art. 101 TFUE no entra a examinar aquellos acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente la competencia entre Estados miembros o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia. A tal efecto, estas Directrices establecen algunos criterios de interpretación. Por ejemplo, consideran que, por lo general, los acuerdos los acuerdos verticales suscritos por empresas cuya cuota de mercado no exceda del 15 % quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Cuando se supera este umbral, los acuerdos deberán ser examinados en función de su contexto jurídico y económico. La importancia que tienen estas Directrices es vital, como ponen de manifiesto DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., *Artículo 1. Conductas colusorias*, *op.cit.*, quienes afirman que tanto el Reglamento 330/2010 como «las Directrices que lo acompañan, son la norma fundamental para determinar si los acuerdos de naturaleza vertical tienen o no carácter anticompetitivo. Por tanto, es a la luz de esta normativa como habrá de interpretarse la prohibición contenida en el artículo 1 de nuestra LDC relativa a este tipo de conductas».

importantes cantidades de productos que el proveedor no pueda comercializar por la prohibición contenida en este acuerdo, sin perjuicio de que su duración quede delimitada a un territorio y su extensión temporal a un año. Al efecto es donde tienen cabida las obligaciones de recompra del *stock* y el juego del preaviso, a fin de evitar que el proveedor acumule mercancías en su inventario de las que no se pueda deshacer al término del contrato¹³⁸⁹. Sobre esta cuestión tratamos a continuación.

c) La compra del *stock* sobrante.

La problemática en torno al *stock* sobrante al término de una relación contractual se limita habitualmente a los contratos que integran la distribución, en los que la incidencia que puede tener el *stock* remanente ha exigido una respuesta propia a un problema específico de estos contratos¹³⁹⁰. Es un tema que sobre el que ha debatido la doctrina de una especial relevancia práctica, pues el reconocimiento de una obligación de recompra de los *stocks* previamente vendidos al distribuidor se traduce un coste económico para el principal y en un ingreso para el distribuidor¹³⁹¹.

¹³⁸⁹ De esta forma se compensa la obligación de mantener cupos o niveles de inventario con la facultad de desistimiento del contrato anticipada y la cláusula de no competencia post-contractual. En caso contrario, se constata la producción de un daño, no solo por la prohibición de no competencia, sino por la falta de un preaviso adecuado que permita al proveedor organizar su actividad empresarial. *Vid.* GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Obligación de compra y venta mínima. Información sobre disminución de necesidades del distribuidor», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, *op.cit.*, p.388.

¹³⁹⁰ Prueba de ello es la disposición adicional primera de la LCA, introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, que introdujo una regulación del contrato de distribución de vehículos. En esta disciplina se incluye una obligación del proveedor de recompra de los *stocks* del distribuidor a la finalización del contrato. Para un estudio de este contrato, *vid.* GARCÍA VIDAL, Á., «Los contratos de distribución de vehículos», *Actualidad civil*, núm. 20 (2011).

¹³⁹¹ DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, *op.cit.*, p.468.

Volviendo al suministro, esta cuestión no se manifiesta con la misma intensidad que en los contratos de la distribución comercial¹³⁹². Esto se comprende fácilmente si se recuerda que la función principal del contrato de suministro no es la reventa o colocación de los bienes y productos contrasñados con la marca del principal, sino la satisfacción de una necesidad; que en unas veces vendrá determinadas por una actividad de reventa y otras por la necesidad de consumo propio, ya sea integrando los bienes en el ciclo productivo de una empresa o para el propio uso de ésta. Con todo, la obligación de compra del stock o inventario sobrante que queda en poder del proveedor no es una cláusula intrínseca en los contratos de suministro¹³⁹³. El proveedor podrá seguir ejerciendo su actividad, suministrando de productos a otras empresas, mientras que el suministrado podrá disponer de los bienes suministrados y destinarlos al fin para el que los adquirió¹³⁹⁴.

Sin embargo, esto no es obstáculo para que en determinados casos sí sea aconsejable incluir una predisposición que obligue a una parte a adquirir el *stock* o inventario sobrante en poder de la contraparte al finalizar una relación de suministro. Se pueden generar situaciones de

¹³⁹² Como, por ejemplo, en el contrato de franquicia, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, *op.cit.*, p.209.

¹³⁹³ A diferencia de lo que sucede en los contratos de distribución integrada, en donde el distribuidor se integra en la red de distribución de su principal, promocionando y defendiendo los intereses de éste, en el suministro la parte suministrada puede continuar con el ejercicio de su actividad, revendiendo o utilizando para el fin para el que se adquirieron los bienes que quedan en su inventario a la finalización del contrato. No está de más recordar que es un empresario independiente, que asume el riesgo de su propia actividad, por lo que no es justificable que un deber de recompra del *stock* al tiempo de finalizar el contrato sea una obligación natural del contrato de suministro, como tampoco lo es en otros contratos de distribución integrada, *cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., «El contrato de distribución selectiva», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, *op.cit.*, p.99.

¹³⁹⁴ El suministrado podrá proceder a utilizar los productos remanentes en su inventario hasta el agotamiento de las existencias con posterioridad a la extinción del contrato, sin que opere, en su caso, la facultad del proveedor de limitar el uso de sus signos distintivos en el tráfico económico por mor del art. 34.2 LM. En este supuesto, operaría el agotamiento del derecho de marca al que refiere el propio art. 36 LM. Sobre el agotamiento del derecho de marca, *vid.* LOBATO, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, Madrid, 2002, pp.561 y ss.

conflicto en ciertos contratos de suministro, principalmente cuando el proveedor ha asumido fabricar un producto con unas características específicas, o utilizando instrucciones, moldes o maquinaria cedida por el suministrado, en cuyo caso el resultado de esa fabricación solo puede ser empleado por el propio suministrado. Lo mismo sucede cuando se ha asumido la obligación de disponer de un *stock* suficiente para poder atender pedidos extraordinarios o en un corto espacio de tiempo¹³⁹⁵. En situaciones como las expuestas, el proveedor se sitúa en una situación complicada en caso de resolución unilateral e *inoportuna* del contrato. Estos escenarios también son predicables del suministrado, cuando el contrato incluye cláusulas de no competencia postcontractual o que le impiden la comercialización de los productos acabado el contrato. De una u otra forma, son situaciones donde sí tiene cabida una obligación de recompra del *stock* sobrante.

Podría defenderse que esta obligación está presente en el contrato de forma implícita, en supuestos como los comentados, en los que la regla de la buena fe, el deber de lealtad y la confianza legítima imponen la obligación de adquirir los bienes sobrantes en el inventario de la parte. Pero no parece una solución adecuada. Como empresarios independientes, cada parte debe gestionar el inventario de forma diligente evitando situaciones de *stock* sobrante a la finalización de la relación contractual, de modo que a la conclusión regular del contrato aquellos bienes que queden en su haber deberán ser asumidos por la parte. Solamente en los supuestos de resolución *inoportuna*, abusiva o anticipada de un contrato de duración, cabría hablar de una indemnización por el

¹³⁹⁵ Según la SAP Alicante, núm. 58/2019, de 8 de febrero (ROJ 315/2019), bajo la modalidad de suministro *just in time*, el proveedor asume la obligación de entregar bienes y, en ocasiones, realizar servicios conexos, conforme a la solicitud del suministrado en un plazo breve de tiempo establecido por el contrato o por los usos mercantiles del sector. Para poder cumplir con esta obligación, sin duda, el proveedor debe mantener un stock de productos terminados y materias primas suficientes para hacer frente a una solicitud razonable de productos por parte del suministrado, lo que obliga al suministrado a asumir la compra de las mercancías a su disposición. Ahora bien, esta obligación no se extiende indefinidamente en el tiempo a todo el stock disponible, sino a aquel que razonablemente el proveedor tenía a su disposición para atender los pedidos que se presumía iban a producirse

daño emergente producido que se genera por no haber podido deshacerse del *stock* adecuadamente¹³⁹⁶, pero no porque se exista una obligación de recompra del *stock* sobrante inherente al contrato, sino por haber actuado contraviniendo lo dispuesto en el art. 1101 CC¹³⁹⁷.

El proveedor estará legitimado para reclamar su compensación por la ruptura de la relación sin respetar ningún preaviso, en contravención a las esenciales reglas que impone la buena fe. En estos supuestos, la recompra del *stock* sobrante en manos del suministrado se erige como un deber para el suministrado, justificado por la terminación sorpresiva del contrato, que dificulta a la parte que la sufre, no solo a liquidar su *stock*, sino a reorganizar su actividad. De modo que esta resolución intempestiva y contraria a la buena fe da pie a reclamar una compensación que incluye la compra del *stock*¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ Este fue el criterio sentado por la STS de 24 de abril de 2002, para un contrato de distribución. Aunque se asume que no puede hacerse extensible de forma generalizada, la STS núm. 593/2016, de 5 de octubre (ROJ 4271/2016) sigue su criterio y establece que la conclusión de un contrato de larga duración sin haber respetado un plazo de preaviso, junto con otros criterios como las cualidades de los productos fabricados por el proveedor y que éste funcionaba en la práctica como el único proveedor del suministrado, determina la obligación de compensar por el *stock* sobrante del que se disponía, precisamente, para dar correcto cumplimiento al contrato de suministro.

¹³⁹⁷ Se trata de hacer responder a la parte causante de un daño por su comportamiento antijurídico del mismo, reponiendo a su contraparte, para lo que será necesario que se le pueda imputar un daño. Puede verse la STS núm. 593/2016, de 5 de octubre (ROJ 4271/2016), en relación al contrato de suministro, en donde se condena a la parte suministrada a responder por el daño causado al proveedor al no darle margen para reorganizar su actividad empresarial por no conceder un plazo de preaviso razonable, después de un contrato de suministro cuya duración se extendía a los años noventa. En relación con un contrato de distribución, también puede verse la STS núm. 317/2017, de 19 de mayo (ROJ 1911/2017).

¹³⁹⁸ Se trata de una solución equiparable a la que se plantea en algunos contratos de distribución, como el de franquicia. Aunque hay autores que niegan esta obligación de recompra del *stock* en todo caso, también hay quien opina que la resolución de un contrato antes de su vencimiento exige integrar de buena fe el contrato y, con ello, es exigible al franquiciador –cuando sea él quien resuelva anticipadamente– la readquisición de los bienes sobrantes en el inventario, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., «El contrato de franquicia», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, *op.cit.*, p.222.

Pero fuera de supuestos en los que se quiebra la buena fe por el comportamiento de uno de los contratantes, no es una obligación connatural al suministro la indemnización por las provisiones o el *stock* sobrante. Es conveniente, como se veía en su momento, que se incorpore en el contrato una obligación expresa a adquirirlo al término de la relación contractual. El pacto comprenderá también el precio por el que se deberá adquirir esta mercancía; que, en principio, no deberá ser diferente al que habitualmente venía siendo aplicado en el contrato. Al mismo tiempo, esta mercancía sobrante deberá ajustarse a las condiciones de calidad y reunir las características determinadas contractualmente, pues de lo contrario su valor disminuiría considerablemente y no sería útil para el suministrado.

d) La incidencia de la prescripción de la obligación de pago.

La cuestión relativa al plazo de prescripción aplicable al contrato de suministro ha sido resuelta por la jurisprudencia recurriendo a la afinidad del tipo con la compraventa, y en función de la naturaleza civil o mercantil del contrato¹³⁹⁹. Esta cuestión ha sido muy contestada por las audiencias provinciales, dada la frecuencia con la que se han reclamado pagos en torno a un contrato de suministro doméstico, sea de electricidad, de gas o de agua potable, lo que ha permitido consolidar una doctrina jurisdiccional en torno a la prescripción de la obligación de pago en el contrato de suministro. Al menos, en el contrato de suministro de naturaleza civil.

Ante la inexistencia de norma específica en el CC, el criterio que han seguido las Audiencias no ha sido uniforme, manteniéndose dos posturas. De un lado, la que defiende la aplicación de la regla 4ª del artículo 1967 CC, que establece el plazo de 3 años para el cumplimiento de las obligaciones de «pago a los mercaderes del precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a otro tráfico» en atención a la analogía que el contrato atípico de suministro presenta

¹³⁹⁹ Prueba de esta contradicción son las SSAP Tarragona, rec. 592/2002, de 29 de mayo (ROJ 555/2003), que entiende aplicable el plazo de prescripción de tres años; y rec. 419/1998, de 26 de julio (ROJ 1200/1999), que considera aplicable el plazo de prescripción de cinco años dada la periodicidad del pago.

con la compraventa civil de mercaderías. De otro lado, la que defiende aplicable la regla 3ª del artículo 1966, relativa a las obligaciones que deben hacerse periódicamente por plazos no superiores al año, que fija dicha prescripción en 5 años¹⁴⁰⁰. De ambas, el sentir mayoritario en el plano civil es el primero¹⁴⁰¹. Teniendo en cuenta que el contrato de suministro se caracteriza porque el proveedor se obliga, a cambio de un precio, a realizar a favor de otra parte prestaciones periódicas o continuas, cuya función es la satisfacción de necesidades para atender el interés duradero del acreedor, se produce una reiteración en la ejecución de la obligación. La prescripción prevista en el artículo 1966.3º del CC, de 5 años, exige que la acción se oriente al cumplimiento de obligaciones en las que el pago de lo principal es periódico, nota de la que carece el contrato de suministro, en el que lo principal viene determinado en cada entrega de la mercancía, de modo que a cada uno de los servicios que integran el contrato de suministro corresponde la expedición de una factura expresiva de una obligación con exigibilidad propia. No se trata, por ello, de una prestación única con obligación de pagos periódicos por parte del deudor para facilitarle el cumplimiento, sino de sucesivas entregas por el vendedor que generan sucesivas obligaciones de pago por el consumidor¹⁴⁰². Dicho en otros términos, el 1966.3º CC

¹⁴⁰⁰ GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, *op.cit.*, p.135.

¹⁴⁰¹ Pueden citarse varias resoluciones en este sentido, *vid.* SAP Valladolid, núm. 31/2009, de 4 de febrero (ROJ 101/2009), SAP Lugo, núm. 492/2009, de 18 de junio (ROJ 537/2009), SAP Madrid, núm. 181/2011, de 9 de mayo (ROJ 6218/2011); o SAP Asturias, núm. 215/2019, de 18 de junio (ROJ 2083/2019). En todas ellas, se considera que el plazo de prescripción aplicable es el trienal.

¹⁴⁰² Estas notas, sin embargo, no fueron acogidas por la SAP Santa Cruz de Tenerife, núm. 465/2018, de 21 de diciembre (ROJ 2298/2018), para quien, tratándose de una obligación permanente, con un fin específico, cual es el de satisfacer necesidades continuas, para atender el interés duradero del acreedor, su pago es por meses, o sea, en plazos inferiores al año, lo que provoca un constante surgimiento de las mismas, supuesto genérico análogo al del apartado 2º del artículo 1966 (precio de los arriendos, ya sea de fincas rústicas o urbanas), y asumiendo que se daba una periodicidad en los pagos. A nuestro juicio, si bien el suministro produce un pago periódico, cada uno de ellos tiene carácter principal, dado que la obligación se repite. La SAP Córdoba, núm. 629/2017, de 30 de octubre (ROJ 731/2017) tampoco acoge la prescripción trienal.

refiere a una obligación de pago periódico, mientras que en el suministro se acoge una obligación periódica de pago. Es decir, mientras que la regla 3ª del artículo 1966 sería aplicable a un contrato de compraventa con entregas fraccionadas, en donde la obligación principal de pago se fracciona y los abonos *deben hacerse por años o en plazos más breves*, en el suministro, como regla, no hay un fraccionamiento, sino que cada pago es principal en sí mismo, dada la independencia y autonomía de cada prestación de pago entre sí¹⁴⁰³.

Descartada la aplicación del 1966.3ª por la razón antedicha, cabe abordar la regla del 1947.4ª CC. La evidente analogía del contrato de suministro con el de compraventa, al reunir el primero todos sus elementos necesarios, como son la adquisición mediante precio de cosas destinadas al consumo del comprador en el suministro civil, así como la cualidad de comerciante del proveedor y la pertenencia de las mercancías al tráfico comercial de éste, justifica que pueda ser de aplicación el plazo de prescripción de tres años¹⁴⁰⁴. Asumiendo ese razonamiento, la jurisprudencia añade que se tiene en cuenta la clase de relación contractual de la que deriva la obligación de pago, con la que se trata de retribuir los suministros realizados por un prestador de servicios profesional, lo que permite encuadrar el supuesto de hecho en el artículo 1967.4º CC. Así, la STS de 14 de febrero de 2011¹⁴⁰⁵, señalaba que el

¹⁴⁰³ Consecuentemente, los distintos créditos nacidos del contrato tendrían un plazo de prescripción autónomo respecto de los demás. No sucede así en los contratos de tracto único, aunque la obligación de haya fraccionado en varios plazos, CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos en general, op.cit.*, p.33.

¹⁴⁰⁴ Esta es la postura mayoritaria entre las audiencias provinciales; por todas, *vid.* SAP Madrid, núm. 502/2021, de 28 de octubre (ROJ 13175/2021); SAP Barcelona, 170/2016, de 25 de abril (ROJ 5201/2016); SAP Asturias, núm. 215/2021, de 18 de junio (ROJ 2083/2019); SAP Almería, núm. 262/2017, de 16 de junio (ROJ 692/2017); SAP Vizcaya, núm. 96/2017, de 21 de marzo (ROJ 530/2017) y SAP Cádiz, núm. 352/2016, de 30 de diciembre (ROJ 1712/2016).

¹⁴⁰⁵ STS de 14 de febrero de 2011, recurso 603/2007. En la misma línea se pronunciaba la STS núm. 699/1995, de 10 de julio (ROJ 4055/1995), la prescripción trienal guarda relación con los conceptos de honorarios o estipendios debidos y generados por una actividad directa o personal del sujeto que los devenga

ámbito propio de aplicación de la prescripción trienal es el de la prestación de servicios por profesionales, es decir la remuneración de servicios, ya que son créditos nacidos del ejercicio profesional.

Ahora bien, el contrato de suministro mercantil no encaja entre los requisitos que se han señalado y que sirven de fundamento para la aplicación del plazo de prescripción trienal en el suministro civil. Esto es, aunque sí que se produce una adquisición mediante precio de cosas, no tienen por qué tener como destino el consumo del adquirente, sino que pueden tener como fin la reventa o su introducción en un proceso productivo. Por otro lado, es evidente que el suministrado que persigue este ánimo de lucro revestirá la cualidad de comerciante o «mercader», si se utiliza la terminología del 1967.4º CC. Todo lo que nos conduce a rechazar la aplicación de esta regla, y, con ello, la aplicación del plazo de prescripción trienal, a los contratos de suministro concertados entre empresarios¹⁴⁰⁶.

Para el suministro mercantil, analizado a lo largo de este trabajo, el plazo de prescripción no será el trienal recogido en el artículo 1967, así como tampoco el quinquenal del artículo 1966. La regla aplicable a estos suministros es la genérica del artículo 1964 CC, por remisión de lo dispuesto en el artículo 943 CCo. En su virtud, el plazo de prescripción de la acción personal para exigir el cumplimiento de la obligación de pago, por no disponer de un plazo especial recogido en el CCo o en el CC, prescribiría a los cinco años desde que hubiese podido exigirse su cumplimiento; esto es, desde el momento en que nació la obligación de pago para el suministrado¹⁴⁰⁷. Como consecuencia de la autonomía e independencia de cada una de las obligaciones, los distintos créditos nacidos del contrato de suministro tendrían un plazo de prescripción autónomo respecto de los demás¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁶ En esta línea, se localizan fallos como la SAP Toledo, núm. 1151/2021, de 15 de septiembre (ROJ 1643/2021), o la SAP Las Palmas, núm. 380/2017, de 2 de noviembre (ROJ 1626/2017).

¹⁴⁰⁷ En este orden, SAP Santa Cruz de Tenerife, núm. 626/1999, de 23 de octubre (ROJ 2587/1999).

¹⁴⁰⁸ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *El contrato de suministro, op.cit.*, p.275, defiende la aplicación de este plazo para los suministros de consumo, no así para los suministros

A tal efecto, tras la modificación operada por el legislador en 2015¹⁴⁰⁹, se equipararon los plazos de prescripción del art. 1966, que, como se ha expuesto, para parte de la jurisprudencia sería el plazo de prescripción aplicable para los contratos de suministro de carácter civil, y del art. 1964 CC, recogándose un plazo de prescripción de cinco años para la obligación de pago del precio en un contrato de suministro.

B. CONSECUENCIAS PATRIMONIALES

- a) El derecho a obtener una indemnización por los daños causados por la terminación del contrato de suministro

de carácter mercantil, a los que resultaría de aplicación el plazo quinquenal dispuesto en el art. 1964 CC.

¹⁴⁰⁹ Por virtud de la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La terminación de un contrato de suministro puede generar unos daños y perjuicios susceptibles de ser indemnizados por el causante. Lógicamente, esta indemnización será también aplicable en los casos en los que haya un incumplimiento, aunque no determine la resolución del contrato, por aplicación del art. 1101 CC¹⁴¹⁰. No obstante, en estas líneas interesa resaltar el impacto que tendrá en el seno de la empresa la terminación de un contrato de duración como el suministro y el derecho a ser resarcido en determinados casos. Y es que, si la necesidad sigue manifestándose, el suministrado necesitará un nuevo proveedor que la satisfaga, mientras que al proveedor le interesará encontrar nuevos suministrados a los que colocar sus productos. Si bien en los casos de terminación ordinaria o natural de un contrato de suministro, no se generará ningún derecho a percibir una indemnización, en la medida en que la extinción se ha ajustado a lo pactado, cuando, en cambio, la finalización de un contrato tiene lugar como consecuencia de una situación irregular, ya sea la que se produce por un incumplimiento grave y definitivo de las obligaciones, o debido a una resolución abusiva o intempestiva del contrato de duración, resultarán aplicables las reglas del Derecho de contratos de los arts. 1101 y siguientes del CC.

Para que pueda tener acogida una pretensión de indemnización de daños y perjuicios sobre la base de los arts. 1101, 1124 y concordantes CC, la doctrina enumera una serie de requisitos, como son el incumplimiento de la obligación o la imposibilidad en obtener la prestación; que exista efectivamente un perjuicio; que éste sea consecuencia de dicha inejecución; y que de ella sea responsable el deudor. Nos dice, asimismo, la doctrina, que el primero de los requisitos será constatable a la vista de cada caso en particular, mientras que el último de ellos se presumirá. Sin embargo, por su parte, tanto la existencia del perjuicio que se alega y cuyo resarcimiento se pretende, como la relación de causalidad entre el daño experimentado entre el incumplimiento o la conducta abusiva o el comportamiento sancionado por la ley (*vid.* 1101 CC)¹⁴¹¹.

¹⁴¹⁰ STS, de 18 de marzo de 1977 (ROJ 737/1977), en donde se produce una falta de entrega de los piensos que obliga a buscar un nuevo proveedor, reclamando la diferencia por el precio en exceso que ha tenido que abonarse.

¹⁴¹¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, op.cit.*, p.202 y ss.

Dicho lo anterior, la terminación del suministro podrá dar lugar a una obligación de resarcimiento por los daños y perjuicios en los supuestos de extinción irregular o patológica. La resolución de un contrato suministro, como de cualquier contrato sinalagmático en general, constata cuál ha sido la opción, de las dos ofrecidas por el art. 1124 CC, escogida por el acreedor. Determina la ruptura del vínculo contractual, así como la liberación de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones. Ahora bien, esta liberación no es gratuita, dado que su razón se encuentra en la contravención por el deudor de sus obligaciones, lo que, de acuerdo con la regla del art. 1101 CC, determina que quede sujeto a indemnizar por los daños y perjuicios que haya ocasionado¹⁴¹². La indemnización por daños y perjuicios incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante. El daño emergente comprendería los gastos causados por la terminación del contrato. Entre ellos, se incluirían las inversiones no amortizadas, subsumibles bajo este concepto¹⁴¹³, respecto de las que se tratará más adelante. Por su parte, dentro del lucro cesante cabrían aquellos beneficios dejados de obtener por la finalización del contrato. Lo anterior no obsta que los propios contratantes puedan prever o excluir la aplicación de determinadas indemnizaciones a la terminación contractual, obligando a atenerse a lo pactado¹⁴¹⁴. Así sucedería,

¹⁴¹² Cuando se opta por la resolución por incumplimiento, al amparo del 1124 CC, el acreedor puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción contractual del deudor. Esta indemnización es comprensiva tanto de la falta de aumento del patrimonio de quien ha instado y obtenido la resolución contractual, como ganancia que ha dejado de obtener, como también los daños que se le han producido por la falta de cumplimiento del contrato y los que emergen por su razón, *vid.* SANTOS BRIZ, J., *Artículo 1124, op.cit.*, pp.270-271.

¹⁴¹³ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales, op.cit.*, p.195. De hecho, el art. 29 LCA, que regula esta indemnización para este contrato, lleva por rúbrica «Indemnización por daños y perjuicios» a pesar del silencio que guarda el precepto a esta indemnización, que obliga a acudir al Derecho común. Al respecto puede verse MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp.281 y ss.

¹⁴¹⁴ Lógicamente, la resolución por incumplimiento generará el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados. La finalización de la relación jurídica derivada del contrato por la llegada del *dies* no generará, por contra, ningún derecho a ser indemnizado. La extinción unilateral, por la voluntad de una sola de las

por ejemplo, con la incorporación de cláusulas penales¹⁴¹⁵. En función de lo dispuesto, la penalización puede venir a sustituir la indemnización de daños (1152 CC), salvo que las propias partes hayan convenido que actúe de forma paralela a la misma, de forma que se aplique *sin perjuicio* de los daños causados, y sin necesidad de que el acreedor deba probar su existencia¹⁴¹⁶.

La terminación de un contrato de suministro, sin embargo, también puede producirse por la decisión unilateral de uno de los contratantes sin que esté fundamentada en un incumplimiento del deudor. La duración del suministro impone que el negocio pueda ser concluido a la llegada de la fecha de vigencia o por resolución unilateral *ad nutum*, con lo que revisten un especial interés las indemnizaciones o compensaciones por los daños que, en su caso, se ocasionan por esta terminación contractual. En los contratos de duración, se reconoce la capacidad de cualquiera de las partes de dar por extinguido el contrato. Una facultad de terminación *ad nutum* que, si bien podría ser libre, no por ello es gratuita. Pero, aunque esta posibilidad es jurídicamente válida en los contratos de duración indefinida, funcionando como fórmula de fuga de una relación que perdura indefinidamente en el tiempo, no está exenta de compensación por los daños y perjuicios que se originen¹⁴¹⁷.

partes, sí podrá hacer aplicables las indemnizaciones comentadas, salvo que contractualmente se haya previsto una determinada indemnización económica por este supuesto. *Cfr.* STS núm. 244/2012, de 4 de abril (ROJ 3464/2012).

¹⁴¹⁵ SAP Salamanca, núm. 396/2007, de 26 de noviembre (ROJ 599/2007), en la que aplica la penalización prevista en el contrato, si bien moderándola en ejercicio de esta facultad reservada a los tribunales. En el mismo orden, la SAP Madrid, núm. 280/2013, de 24 de abril (ROJ 10134/2013), y SAP Zaragoza, núm. 326/2013, de 25 de junio (ROJ 1473/2013).

¹⁴¹⁶ Solo cuando medie pacto expreso la pena no será sustitutiva de la indemnización por daños y perjuicios sino cumulativa, de tal forma que el acreedor podrá exigir al deudor, además de la pena estipulada, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, los cuales deberán ser probados y cuantificados. Para un análisis de la cláusula penal puede verse la STS núm. 197/2016, de 30 de marzo (ROJ 1326/2016), y las resoluciones que allí se citan.

¹⁴¹⁷ *A sensu contrario*, no cabe hablar de indemnización por daños y perjuicios en los supuestos de extinción regular o normal, que se adecua bien a lo preceptuado en el contrato, bien a las reglas de la buena fe, como sucede cuando se respeta un plazo

Una resolución abusiva o inoportuna de un contrato de suministro faculta a la parte que la sufre a reclamar una compensación por los daños y perjuicios producidos. La parte que resuelve vendrá obligada a indemnizar por la extinción anticipada del contrato a su contraparte por unos daños que pueden producirse cuando la extinción *ad nutum* no se ajusta a lo previsto en el contrato, o cuando va contra los deberes que impone la buena fe en una relación duradera. Así sucede, por ejemplo, cuando no se respetan los plazos de preaviso; cuando no se ha dado margen suficiente para amortizar las inversiones acometidas para poder atender el cumplimiento del contrato; cuando se ha asumido un coste laboral; cuando se dispone de un inventario suficiente para atender los pedidos en un corto espacio tiempo; etc. En suma, la resolución sin causa no significa una resolución sin costes¹⁴¹⁸.

b) La no aplicación de la indemnización por clientela.

En el contrato de suministro la indemnización por clientela no reviste la importancia que sí despierta en otros contratos; destacando, por encima de todos, el contrato de agencia¹⁴¹⁹. Sin embargo, en el tratamiento de las indemnizaciones al término de un contrato de suministro que abordamos ahora, cabe detenerse a examinar si sería procedente una indemnización por la clientela generada durante el tiempo en que se ha extendido la relación contractual y de la que, a su conclusión, podría llegar a beneficiarse el proveedor en su condición de fabricante o mayorista de los productos.

razonable de preaviso, *vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *El contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, pp.139-141.

¹⁴¹⁸ ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución*, *op.cit.*, pp.37-38, citando la STS de 14 de febrero de 1974, reconoce la libre facultad de resolución de un contrato de tiempo indefinido, pero sin recordando las posibles consecuencias, principalmente de tipo económico y, por tanto, indemnizatorias, que pueden derivarse por el ejercicio inoportuno o abusivo de esta facultad.

¹⁴¹⁹ La importancia que tiene esta indemnización en el contrato de agencia es debido a la previsión que hace la LCA de la misma, en su art. 28, dejando en manos de la doctrina y de los tribunales la determinación del método en el que realizar el cálculo de esta indemnización. Al respecto puede verse PALAU RAMÍREZ, F., *El contrato de agencia*, *op.cit.*, pp.58-62.

La clientela generada por el esfuerzo exclusivo de una parte durante la vigencia de un contrato de colaboración es susceptible de ser aprovechada por el empresario principal al término de la relación. Para equilibrar esta situación injusta el legislador incorporó en la LCA una compensación a favor del agente por esta clientela¹⁴²⁰. El interés que genera la cuestión extendió el debate en torno a esta indemnización a otros contratos en los que puede plantearse una problemática idéntica a aquella que viene a resolver la LCA¹⁴²¹. A estos efectos, interesa ahora comprobar su posible aplicación al contrato de suministro.

La indemnización por clientela tiene su fundamento en la consideración de ésta como patrimonio del agente o del distribuidor, generada como resultado de la comercialización continuada de los productos en un mercado determinado¹⁴²². A la llegada de la extinción contractual,

¹⁴²⁰ La compensación o indemnización por clientela se recoge en el artículo 28 LCA y busca compensar un desequilibrio económico producido por un incremento de la clientela de una parte como resultado del trabajo de distribución de la otra. La primera aprovecha la clientela tras la finalización del contrato, lo que le reporta un beneficio patrimonial que el legislador considera que debe ser compensado. En otras palabras, el trabajo del distribuidor le sigue generando rendimientos al proveedor una vez acabada la relación comercial. Se genera una situación que debe ser equilibrada mediante la fórmula de una indemnización, GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., *Distribución-venta y distribución-reparto. Sobre el derecho a la compensación por clientela del concesionario y el stock sobrante, op.cit.*

¹⁴²¹ En particular, los contratos de distribución. La indemnización por clientela se revela como la más relevante de las distintas indemnizaciones por el montante económico que suele suponer; razón de su litigiosidad, *cfr.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales, op.cit.*, p.175.

¹⁴²² La jurisprudencia del TS ha variado entre aquellas resoluciones que conciben la indemnización por clientela como una compensación por el enriquecimiento injusto y aquellas otras que consideran que su base no guarda relación con el enriquecimiento injusto sino en la compensación prevista por la LCA. Entre las primeras, las SSTs 439/2006, de 5 de mayo (ROJ 2871/2006), núm. 305/2007, de 22 de marzo (ROJ 2536/2007). Entre las últimas, la STS núm. 886/2005, de 21 de noviembre (ROJ 7031/2005). Sobre un estudio más exhaustivo de la evolución de la jurisprudencia del TS *vid.* MENDIETA GRANDE, J. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Procedencia de la indemnización por clientela en los contratos de distribución», en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol.2, Dykinson, Madrid, 2009, pp.99-141.

el proveedor, como fabricante de los bienes o de la marca que los contraseña, estará en una posición privilegiada, al apropiarse de esa clientela, como sucesor natural de su contraparte; por cuanto se mantiene en la fabricación, reventa o comercialización de tales productos¹⁴²³. Para compensar esta situación injusta el art. 28 LCA exige la aplicación de una compensación por clientela, que resultará aplicable con independencia de que el comportamiento de la parte no se derive de un acto antijurídico¹⁴²⁴.

La extensión de esta compensación o remuneración por clientela a otros contratos distintos de la agencia resulta conflictiva¹⁴²⁵. Doctrinalmente se admite su aplicación al contrato de distribución en exclusiva, pero no alcanza a los demás contratos de la distribución comercial. Su razón estriba en que no hay identidad de razón con el supuesto contemplado en el art. 28 LCA¹⁴²⁶.

¹⁴²³ El supuesto admite variantes, si bien todas ellas pivotan sobre la consideración de que el fabricante, o sus dependientes, continúan la comercialización de los productos en un determinado mercado, aprovechándose de la clientela generada por el anterior distribuidor, ya asociada a la marca identificadora del origen empresarial de sus productos, *vid.* MORALEJO MENÉNDEZ, I., «La indemnización por clientela en los contratos de distribución», en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales, op.cit.*, p.138.

¹⁴²⁴ Para un detenido estudio sobre la indemnización por la clientela, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, op.cit.*, 2007.

¹⁴²⁵ La doctrina ha sido reticente a la hora de reconocer una indemnización en concepto de clientela a otros contratos distintos a la agencia. Tradicionalmente se ha descartado que pueda ser subsumible en el catálogo de gestiones practicadas por el comisionista con anterioridad a la resolución del contrato de comisión, *ex art.* 279 CCo. Se ha excluido, igualmente, que quepa dentro de la indemnización al mandatario del art. 1736 CC, así como de la regla de la buena fe de los arts. 1258 CC y 57 CCo. En suma, una indemnización de este cuño exige una tutela especial dada específicamente por una norma *ad hoc*, *vid.* IGLESIAS PRADA, J.L., *Notas para el estudio del contrato de concesión, op.cit.*, p.468. También DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor, op.cit.*, p.468.

¹⁴²⁶ Esta identidad de razón entre el supuesto contemplado en el art. 28 LCA, aplicable de forma imperativa al contrato de agencia, es requisito recogido en la doctrina del TS para que la compensación por clientela sea aplicable a los contratos de distribución en exclusiva. En éstos, al igual que en aquél, puede producirse una situación

En sede de suministro no podemos hablar de indemnización o compensación por clientela cuando el contrato termina. No cabe perder de vista que la generación de una clientela es una consecuencia natural en un contrato de suministro en el que se adquiere con el fin de revender los productos. Tampoco podemos ignorar que la función de un contrato de suministro no es la distribución y colocación en el mercado de los bienes contraseñados con las marcas del principal, ni concluir ni promover la contratación por cuenta de éste. Hacer extensiva una indemnización que el legislador solo ha previsto en una ley especial para un contrato determinado implicaría elevarla a categoría general¹⁴²⁷. Cosa bien distinta es que las propias partes la incorporen al contrato, lo que normalmente tampoco sucede¹⁴²⁸.

en la que el distribuidor se integre en la red de distribución de los productos del empresario principal. Con lo que, al término de la relación contractual, al verse expulsado de la red la clientela generada quedaría en beneficio de ésta y, en particular, del cabeza de la red. Más específicamente, la identidad de razón puede observarse en la labor de promoción que contribuye a la creación de una clientela como un activo común entre ambas partes, cuya liquidación es exigible a la finalización del contrato. Ahora bien, como decimos, el TS admite la aplicación analógica allí donde no ha sido excluida por las partes del contrato de distribución en exclusiva y siempre que se aprecie esta identidad de razón. *Vid.* VÁZQUEZ ALBERT, D., *El contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, pp.139-141.

¹⁴²⁷ No puede llegarse a la conclusión de que el legislador ha querido elevar a «principio» la indemnización por la clientela generada al término de una relación contractual. Tanto el art. 28 LCA como el art. 34 LAU constituyen normas de carácter especial de los que no puede extraerse esta conclusión, *vid.* MENDIETA GRANDE, J. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Procedencia de la indemnización por clientela en los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.128. Ahora bien, que sean normas especiales no impide que pueda acudir al juego de la analogía y aplicar la indemnización comentada a supuestos análogos, *cfr.* MARTÍNEZ SANZ, F., «La indemnización por clientela de los distribuidores», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.588.

¹⁴²⁸ En la medida en que nuestro Derecho positivo guarda silencio respecto de su aplicación, los operadores jurídicos carecen de una respuesta legal explícita, debiendo acudir a la regulación dada para el contrato de agencia y su jurisprudencia de desarrollo. Su doctrina podrá servir de guía para su aplicación en una relación de suministro, si bien debe haber identidad de razón para que pueda justificarse su aplicación en un contrato cuya función principal no es la colocación de los productos del distribuidor en el mercado. Trayendo aquí las conclusiones alcanzadas por la STS núm. 920/2007, de 20 de junio (ROJ 5408/2007), que entiende que la norma contenida en

Sin embargo, no conviene perder de vista que el contrato de suministro es un negocio a caballo entre los negocios que sirven para el intercambio de bienes y los de colaboración empresarial. Pudiera suceder, como sucede cuando el contrato se suscribe en régimen de exclusiva, que el suministrado se convierta *de facto* en un distribuidor de los productos del proveedor dentro de un mercado determinado. En estos casos, a la conclusión de la relación es razonable que se plantee la eventual aplicación de la indemnización por la clientela generada por el suministrado¹⁴²⁹. Ahora bien, este escenario contrasta con la función primordial del contrato de suministro¹⁴³⁰; esto es, la satisfacción de la necesidad duradera y recurrente del suministrado. Esta necesidad podrá tener su origen en diversas causas, pero cuando se trata de obtener bienes que

la LCA no puede quedar circunscrita exclusivamente a las relaciones contractuales reguladas por esta legislación, sino que, por el contrario, puede hacerse expansiva a otras relaciones. Ahora bien, no se aplica la misma norma, sino el principio contenido en ella, para lo que debe producirse una situación de «igualdad jurídica sustancial, lo que supone la apreciación de que en el caso concurren los requisitos previstos en el precepto».

¹⁴²⁹ En este supuesto se produce un resultado propio del sector de la distribución: la colaboración entre dos empresarios independientes ha generado un fondo de comercio, que venimos denominando «clientela», que es fruto del trabajo de la parte que adquiere en firme y vende los productos, corriendo el riesgo de la operación. Este valor en cierta medida es compartido por ambas partes, pero que a la terminación del contrato solo una de ellas continuará disfrutando. Por esta razón procede disolver esa suerte de comunidad que se ha generado en torno a un valor común mediante la compensación al perjudicado por la resolución del contrato, por cuanto se le priva del valor económico obtenido con su esfuerzo, cosa que no le ocurre a la contraparte que se ve beneficiada por la resolución al mantener esa clientela, *vid.* ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución, op.cit.*, pp.36-37. Ni la generación de la clientela ni su posterior aprovechamiento se presumen. Deben ser objeto de acreditación por quien reclama la compensación. En todo caso, el aprovechamiento deberá ser objeto de una apreciación potencial, siendo que se trata de un hecho futuro basado tanto en el comportamiento del proveedor como en el de la propia clientela, *vid.* SSTS núm. 892/2006, de 29 de septiembre (ROJ 5731/2006) y núm. 1173/2006, de 27 de noviembre (ROJ 7783/2006).

¹⁴³⁰ En el marco de una relación de distribución comercial, tanto el principal como sus agentes, dependientes o distribuidores actúan movidos bajo un mismo interés, promoviendo las ventas y la colocación de los productos del fabricante, si bien cada uno bajo diferentes instrumentos jurídicos.

destinar a su reventa o comercialización el suministro se revela como cauce para la distribución de los bienes suministrados dentro de un mercado específico. Cuando de este mercado se dispone en régimen de exclusiva, la reventa reiterada de los productos generará una clientela; y es en esta hipótesis donde entra en escena la posible aplicación de una compensación por la clientela generada.

Mas, aún en estos casos, no es correcto asumir que al término del contrato deba indemnizarse por el aprovechamiento de esta clientela por el proveedor. Para la extensión de esta indemnización, que, como decimos, está circunscrita al ámbito del contrato de agencia, deberían atenderse las circunstancias concurrentes en cada caso, valorando la exclusividad de la relación, la integración del suministrado en la red de comercialización del proveedor, la duración del contrato o el beneficio que el proveedor obtiene de la clientela; además de los supuestos y circunstancias necesarios para la aplicación de la indemnización que comentamos¹⁴³¹, como es la propia generación de una clientela, de la que se aprovecha el proveedor a la finalización del contrato de suministro —obteniendo una ventaja por la extinción del contrato—. Ahora bien, llegado el caso, cabría cuestionar si verdaderamente nos encontramos ante

¹⁴³¹ Es discutible si la actividad del suministrado puede generar nueva clientela para el proveedor, aunque tampoco debe rechazarse esta posibilidad, por remota que pueda ser. Por regla será el suministrado quien se aproveche de la imagen, prestigio o reputación de la marca que comercializa, de modo que no suele desplegar una verdadera actividad de captación de clientes. Su actividad se limitará a poner en venta los productos que ha adquirido en firme por virtud de un contrato de suministro, al igual que sucede en el contrato de distribución selectiva, *vid.* CARBAJO CASCÓN, F., «El contrato de distribución selectiva», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p.828. En este sentido se refiere también el ATS rec. 2519/2015, de 20 de diciembre (ROJ 12112/2017). Sea como fuere, para que pueda operar la indemnización que comentamos es preceptivo que concurren los requisitos que la STS núm. 830/2009, de 4 de enero (ROJ 39/2010) enumera en su análisis del art. 28 LCA; a saber: que se haya producido una extinción del contrato por causa no imputable a la parte; que durante la relación contractual se hubiesen aportado nuevos clientes al empresario principal o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; y que el principal pueda continuar utilizando esta clientela tras la resolución del contrato. *Vid.* CASADO ROMÁN, J., «La indemnización por clientela en el contrato de agencia», *Actualidad civil*, núm. 9 (2017), pp.111-112.

una relación de suministro o, en cambio, se trata de un contrato de distribución en exclusiva bajo un contrato que recibe una calificación equivocada¹⁴³².

En suma, no podemos afirmar que la clientela integre el conjunto de partidas indemnizables o compensables al término de un contrato de suministro, sea por resolución unilateral o por expiración de la vigencia. Aun cuando pudiera producirse, tendrá un carácter residual, limitándose a un supuesto excepcional en el que así se haya pactado expresamente. Aunque se tratará de una cuestión circunstanciada, podría darse el caso de que la identidad de razón respecto del art. 28 LCA encierre un contrato de distribución en exclusiva y no un contrato de suministro.

c) Indemnización por inversiones no amortizadas.

Para cerrar este apartado dedicado a las indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados por la terminación de un contrato de suministro, cabe mencionar la indemnización por las inversiones no amortizadas. A diferencia de lo que ocurre con la indemnización por clientela, esta indemnización está llamada a tener mayor protagonismo en el seno de un contrato de colaboración como es el suministro, dado que, precisamente para dar cumplimiento al contrato, cualquiera de las partes, ya sea el proveedor o el suministrado, puede haber asumido una obliga-

¹⁴³² No cabe hacer una interpretación extensiva de la indemnización por la clientela. Salvo el contrato de distribución en exclusiva, y porque existe identidad de razón entre el supuesto contemplado en el art. 28 LCA y el escenario que se genera en este contrato, *cfr.* CARBAJO CASCÓN, F., *El contrato de distribución selectiva, op.cit.*, p.98, que excluye esta compensación para el contrato objeto de comentario. Esta identidad de razón entre el supuesto al que se pretenda aplicar la indemnización por clientela y el recogido en el art. 28 LCA se tuvo en cuenta en la STS núm. 1037/2005, de 29 de diciembre (ROJ 7589/2005). En ella, a colación del análisis de su aplicación a un contrato de distribución, se apreció que cuando el distribuidor ha contribuido a la generación de clientela y esa clientela resulta en provecho para el fabricante o principal, procede compensar al empresario que sufre su pérdida, *cfr.* TAPIAS SÁNCHEZ, M.R., «La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución, op.cit.*, p.602.

ción, expresa o táctica, de acometer inversiones, que, en según qué casos, puede generar un daño económicamente resarcible. Es más, cuando el contrato de suministro tiene carácter indefinido, puede considerarse que la obligación de acometer inversiones es una obligación natural del contrato, dado que solo así se puede conseguir la creación de nuevos productos, su mejora o la reducción de costes¹⁴³³. La necesidad de adaptar la organización y producción de la empresa para poder atender las obligaciones derivadas de un contrato se traducirá en la ejecución de una serie de inversiones de distinta naturaleza que permitan al empresario que las asume el correcto cumplimiento del programa contractual. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, estas inversiones son un elemento económico de especial trascendencia jurídica en el ámbito de las redes empresariales¹⁴³⁴, entendiéndose por inversión toda aplicación de recursos financieros orientado a la creación, renovación, ampliación o mejora de la capacidad operativa de una empresa¹⁴³⁵.

El origen de este concepto indemnizatorio se localiza en la LCA, cuyo art. 29 refiere al derecho del agente a obtener una indemnización por las inversiones que no haya amortizado por la terminación unilateral de

¹⁴³³ En línea con lo que sucede en los contratos de distribución, en los que se afirma que la obligación de realizar inversiones es una consecuencia natural, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*

¹⁴³⁴ Las redes de distribución han sido definidas por el PLCD como relaciones de empresas en las que una de ellas «dirige y coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente», definición de la que se derivan nociones como duración, la estabilidad y la interrelación empresarial. Esta definición fue bien acogida por la doctrina autorizada en la materia, *vid.* RUIZ PERIS, J.I., «Las redes empresariales en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución español de 2011», en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, M. y RUIZ PERIS, J.I., (Dir.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013, p.79.

¹⁴³⁵ MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*, pp.107 y ss., ofrece esta definición al tiempo que apunta su importancia en el seno de las redes de distribución.

un contrato de duración indefinida, excepto cuando el agente haya tenido la oportunidad de amortizar dichos gastos. Ahora bien, no toda inversión no amortizada debe ser indemnizable. El deber de indemnizar nace respecto de aquellas inversiones instruidas u obligadas por el empresario, las llamadas «inversiones de confianza»¹⁴³⁶. Es decir, que solo cuando las inversiones hayan sido impuestas, y su amortización estuviese ligada al normal desenvolvimiento del contrato de duración indefinida, la terminación unilateral facultará a la parte a reclamar un resarcimiento por los daños producidos por esta extinción inoportuna del contrato. A sensu contrario, no procederá la indemnización cuando no haya inversiones que amortizar o éstas debieran estar amortizadas cuando se extinguió el contrato. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que las inversiones amortizables son las relativas al inmovilizado y los gastos que deban distribuirse entre varios ejercicios, por lo que cuando pueda considerarse que el agente estuvo en condiciones, durante la vigencia del contrato, de amortizarlas, no tendrá cabida una pretensión de esta naturaleza.

Estas inversiones se realizan, como se ha dicho, en el seno de un contrato de agencia y, conforme tiene declarado la doctrina, en los contratos de distribución integrada¹⁴³⁷. En ellos, subyace un interés legítimo en el cabeza de la red, que buscará, valga la redundancia, la integración de todos sus miembros. Lo cual exige algo más que la mera colocación de un rótulo o el uso de determinados signos distintivos. La coordinación de los canales de comercialización y la actuación conjunta de los diferentes empresarios que integran la red exige para sus miembros, en mayor o menor medida, en función de las particularidades de la misma, una reorganización de la empresa, lo que irá relacionado con una mayor o menor exigencia de inversión en función del grado de integración. Esto es, en el ámbito de la distribución integrada, las relaciones que permiten una integración plena, como son la franquicia o la concesión,

¹⁴³⁶ ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución*, op.cit., p.47, para quien las inversiones específicas deberían ser aquellas que obedecen a una imposición del empresario principal.

¹⁴³⁷ El recurso a la disciplina del contrato de agencia y las soluciones allí propuestas es frecuente en la práctica, vid. QUINTÁNS EIRAS, R., *Desafíos del regulador en materia de contratos de colaboración mercantil*, op.cit., p.111.

exigen un mayor desembolso económico para que dicha integración se produzca que los contratos de agencia o de distribución selectiva, en los que se puede hablar de una integración parcial¹⁴³⁸.

Fuera del ámbito de la distribución integrada también cabe hablar de la indemnización por las inversiones no amortizadas. En particular, estas inversiones también pueden localizarse en las relaciones derivadas de un contrato de suministro¹⁴³⁹. Siguiendo las consideraciones del TS, el concepto indemnizable estará comprendido por aquellos gastos e inversiones causados para poder poner en marcha o adecuar la empresa, siguiendo las indicaciones o instrucciones del empresario¹⁴⁴⁰, lo que puede tener lugar en contratos distintos de los de distribución integrada, como ahora el suministro¹⁴⁴¹. Como regla, quedarían cubiertas en este

¹⁴³⁸ Vid. MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*, pp.99-100. La integración de un empresario independiente en una red de distribución conlleva, en buena parte de los casos, una obligación de readaptar y reorganizar su empresa en función de sus condiciones y de las particularidades de la red a la que se adhiere. Estas inversiones pueden ser necesarias, por ejemplo, cuando se asume producir un tipo de bien, o dotarlo de determinadas características. Pero en otras ocasiones, y es aquí donde se produce el desajuste o desequilibrio que puede generar problemas en el futuro cuando no se llegan a amortizar, las inversiones son impuestas por la parte contraria. Son inversiones forzadas para mayor lucimiento de la marca del empresario principal o para adaptar la empresa a la operativa que éste ha diseñado. Sobre esta problemática puede verse ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución*, *op.cit.*, p.41.

¹⁴³⁹ De hecho, el legislador italiano incorporó en sede de suministro la obligación de preavisar ajustándose a los términos pactados, o en su defecto en función de los usos del sector, y en ausencia de éstos en función de la naturaleza del contrato. Lo que ha servido para justificar que el plazo debe ser suficiente para permitir a la parte amortizar las inversiones efectuadas como consecuencia del contrato, *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, *op.cit.*, p.461.

¹⁴⁴⁰ Por todas, STS núm. 633/2013, de 29 de octubre (ROJ 5108/2013).

¹⁴⁴¹ La jurisprudencia ha analizado la posibilidad de aplicar la indemnización por estas inversiones no amortizadas en un contrato de subarrendamiento, *vid.* SAP Girona, núm. 13/2020, de 2 de diciembre (ROJ 1778/2020). En el caso enjuiciado, sin embargo, se trataba de interpretar la voluntad querida por las partes en una cláusula que específicamente preveía el derecho a obtener una indemnización por las inversiones

concepto aquellas inversiones específicas, entendidas como tal las que no pueden ser aprovechadas mediante su destino al servicio de otros empresarios o usadas en beneficio propio. Es decir, inversiones que pierden su valor a la terminación del contrato, que se realizan *de modo real y efectivo, total o parcialmente*, y que no pueden destinarse a diferentes usos alternativos a aquel para el que se realizaron, salvo que, al hacerlo, el empresario asuma una grave pérdida¹⁴⁴². Así, comprenderán tanto las *inversiones inducidas* por la parte contraria, como aquellos gastos realizados a iniciativa propia, siempre que sean necesarios

no amortizadas en el caso de terminación del contrato de arrendamiento, pero no por la falta de prórroga del subarrendamiento.

¹⁴⁴² La doctrina ha distinguido entre el concepto de «inversión específica» del de «inversión de mercado», que define como las inversiones que no son necesarias para la correcta ejecución del contrato y que pueden ser aprovechadas para usos alternativos, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*, pp.114-116. Las inversiones específicas se conciben como aquellas que realizan los contratantes y cuyo valor se pierde, total o parcialmente, fuera de la relación contractual en la que se han producido. Estas inversiones pueden tener por objeto activos físicos, humanos, bienes para un uso específico o para ser usados de un modo específico, etc. Respecto a los distintos tipos de inversiones, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.A., *La complejidad económica del incumplimiento contractual en los contratos de distribución*, *op.cit.*, pp.167-196.

para el suministro¹⁴⁴³. Con independencia de que se asuman al principio o durante la relación contractual¹⁴⁴⁴.

El desembolso económico por estas inversiones, por tanto, tiene cabida en el ámbito de un contrato de suministro. En cambio, la particularidad que reside en este contrato es que, mientras los que conforman la distribución integrada suelen ser asumidos por el distribuidor, quien se integra en la red de distribución de un empresario principal o cabeza de la red, en una relación de suministro cualquiera de las dos partes contratantes podría asumir estas inversiones por imposición de su contraria. Así, no sería extraño un contrato de suministro en el que el suministrado obliga al proveedor a la realización de ciertas inversiones para poder ejecutar el contrato. A la inversa, podría ser el proveedor quien obliga al suministrado a asumir dichas inversiones específicas para el correcto desenvolvimiento de las prestaciones. De uno u otro modo, la inversión puede ser realmente importante, en términos económicos,

¹⁴⁴³ De ahí que estas inversiones también se denominen «gastos de confianza», *vid. VÁZQUEZ ALBERT, D., Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales, op.cit.*, p.187. Al respecto también puede verse la STS 633/2013, de 29 de octubre (5108/2013), que refiere a estos gastos como aquellos causados para poner en marcha o adecuar la empresa conforme a las instrucciones del empresario principal y que se asumen con la confianza de poder amortizarlos durante la vigencia de la relación; descartando, en cambio, que puedan englobar aquellas inversiones destinadas al servicio de otros empresarios o que, sin estarlo originalmente, puedan ser usadas en su beneficio, por cuanto exceden el concepto. Estas inversiones inducidas, o inversiones instruidas si tomamos el concepto que nos ofrece el PLCD, artículo 25.3, son aquellas inversiones específicas ordenadas y realizadas en interés del principal «que no pueden ser aprovechadas de modo real y efectivo para usos alternativos, no tengan posibilidad de reventa o que sólo puedan serlo con grave pérdida para el inversor». Excluye el precepto, las ya amortizadas o que pudieran haber sido amortizadas en función es las escalas fiscales vigentes. En términos parecidos se pronuncia el art. 543-22 PCM.

¹⁴⁴⁴ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión, op.cit.*, pp.291-292. El momento en el que se produzcan estos gastos es indiferente, siempre que entren dentro del concepto de *gastos de confianza*. El término comprende tanto las inversiones realizadas por expresa indicación del empresario como todas aquellas desembolsadas para dar debido cumplimiento al contrato. Ahora bien, como indica el autor, no debe comprender todos los gastos en los que incurra el distribuidor, sino solamente aquellos *atípicos*. No hemos de olvidar que nos encontramos ante un empresario independiente y que, por lo tanto, es dueño y responsable de sus decisiones.

para la empresa que la asume, lo que pone de relieve que el empresario que incurre en estos gastos actúa movido con la expectativa o bajo la creencia de poder amortizarlas en un plazo de tiempo determinado; ya sea el tiempo previsto originalmente en los contratos de suministro suscritos por duración determinada, ya sea el tiempo prudente y razonable en aquellos suministros de duración indefinida¹⁴⁴⁵.

Lo anterior pone de relieve dos realidades que hay que tener en consideración: el carácter definido o indefinido de la duración de un contrato de suministro. Esto es así porque, a los efectos que aquí interesan, no tendrá las mismas consecuencias la resolución de un contrato de suministro por tiempo determinado que uno cuya vigencia se ha configurado *sine die*. Al igual que sucede en los contratos de distribución de duración determinada, en el contrato de suministro la parte está en posición de valorar, al momento de suscribir el negocio e, incluso antes, durante los tratos preliminares, su capacidad de amortizar la inversión. De modo que, extinguido el contrato por la expiración del plazo convenido, no cabe plantear una pretensión indemnizatoria de esta naturaleza, dado que, en su momento, el empresario que libremente aceptó la realización de estas inversiones estuvo en condiciones de valorar si iba

¹⁴⁴⁵ Como regla, los contratos de duración indefinida son susceptibles de ser concluidos en cualquier momento. Es un riesgo asumido por cada empresario que su contraparte desista del contrato. Pero no cabe perder de vista que en toda relación contractual subyace un principio de buena fe que obliga a tomar conciencia de que el empresario que desembolsa importantes cantidades de dinero en inversiones, con el fin de dar debido cumplimiento a sus obligaciones contractuales, lo hace bajo la creencia o esperanza de que van a poder ser amortizadas. Atendiendo a las circunstancias de cada caso, creemos que el empresario que aspira a amortizar las inversiones, asumiendo, prudentemente, que el contrato tendrá una vigencia razonable, puede exigir una indemnización por daños y perjuicios por este concepto. Serán casos excepcionales, en los que se generan expectativas, ya sea en torno a la prórroga del contrato, ya sea en cuanto a la duración mínima del negocio. En todo caso, son supuestos en los que se puede estimar una terminación abusiva del contrato que permite exigir una indemnización por la terminación contractual. *Cfr.* VAQUERO PINTO, M.J., «Indemnización por daños y perjuicios derivados de la extinción: falta de preaviso, stock permanente, amortización de inversiones», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual, op.cit.*, pp.578-583.

a poder ser amortizada o no¹⁴⁴⁶. Formará parte de la actividad de un buen empresario prever la amortización de las inversiones dentro de un plazo razonable y no hacerlas extensivas a las prórrogas temporales de la vigencia inicial, a las que no está obligada la parte contraria. Si se asumieron desembolsos sin tener en consideración la posibilidad de no renovación o prórroga contractual no puede repercutirse al otro contratante el daño por esta negligencia empresarial¹⁴⁴⁷.

En cambio, en los contratos de suministro de duración indefinida, debido, precisamente, a la falta de plazo que sirva de referencia a la parte para amortizar las inversiones, la regla anterior no resulta de aplicación¹⁴⁴⁸. Sería contrario a la buena fe que, tras inducir a una parte a la realización de importantes inversiones y desembolsos para la adecua-

¹⁴⁴⁶ Que el empresario esté en condiciones de valorar, en fase de negociación contractual, si las inversiones y gastos que le supone el contrato pueden ser recuperadas durante su vigencia, no hace desaparecer este problema. Formará parte del riesgo empresarial la decisión de asumir estos costes, ya sea por conveniencia o por necesidad, con independencia de que vengan impuestos por la contraparte o se exijan para la buena ejecución del contrato, *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, *op.cit.*, p.444.

¹⁴⁴⁷ La casuística que puede darse en este sentido es muy variada. Puede suceder que, en las proximidades de la fecha de vencimiento originalmente pactada se haga creer a la parte que el contrato será prorrogado y ésta asuma nuevas inversiones, o que se le impongan las inversiones estando cercano dicho vencimiento. También puede suceder que un contrato de duración determinada se convierta en un contrato de duración indefinida, o en contratos que se van renovando o prorrogando sucesivamente en el tiempo. Para un estudio en profundidad sobre todas estas vicisitudes que pueden plantearse, *vid.* MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, *op.cit.*, pp.95-136.

¹⁴⁴⁸ El contrato indefinido no puede vincular a las partes para siempre, de ahí que se reconozca la facultad de ponerles fin. Sin embargo, la necesidad de asegurar que los contratos se formulan por un periodo de tiempo suficiente que permita amortizar las inversiones realizadas para su cumplimiento sus obligaciones, implica que deba respetarse, cuanto menos, un plazo adecuado de vigencia contractual, *cfr.* ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *Formularios logísticos: contrato de suministro/afiliación a central de compra para la distribución multiproducto: claves para su análisis*, *op.cit.*, p.137. GRIMALT SERVERA, P., *Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio*, *op.cit.*, p.133.

ción de su organización, y habiendo obtenido su consentimiento a realizarlas, precisamente, en vistas a un contrato llamado a mantenerse en el tiempo *sine die*, no se le concediera un plazo adecuado que permita su amortización¹⁴⁴⁹. Si bien las inversiones realizadas forman parte del riesgo empresarial que, como empresario independiente, asume la parte que las realiza, una resolución temprana e intempestiva del contrato de duración indefinida le impediría amortizar estas inversiones¹⁴⁵⁰.

Lo anterior no se traduce en una obligación del empresario principal a mantenerse en el contrato, pero sí en una obligación a compensar a la parte a la que se le impuso su desembolso y que, por una terminación inoportuna del contrato, no está en condiciones de amortizarlas. Recuérdese que, en un contrato de duración, cualquiera de las partes tiene reconocida una facultad de terminación *ad nutum*. Esta terminación sin causa no es, sin embargo, una terminación sin coste. Atendiendo a la regla de la imputación de la responsabilidad, las inversiones pueden llegar a presentarse como un daño resarcible por el perjuicio patrimonial causado a la parte¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁹ Ya apuntaba este injusto ECHEBARRÍA SÁENZ, J., *Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución*, op.cit., p.41. Reconoce la autora que no es lógico (ni ajustado a la buena fe, podemos añadir) inducir a una parte a realizar unas inversiones y no conceder un plazo razonable para su amortización. Cuestión distinta es que la empresa no desarrolle adecuadamente su actividad empresarial y sea atribuible a ella la falta de amortización de las inversiones.

¹⁴⁵⁰ «La inoportunidad del ejercicio del derecho de desistimiento se constituye, por tanto, en la causa de la indemnización por inversiones no amortizadas en los contratos de distribución de duración indeterminada», afirma MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, op.cit., p.111.

¹⁴⁵¹ Como tiene señalado la doctrina autorizada, para que estas inversiones puedan ser reputados como daños indemnizables será necesario establecer un criterio de imputación de responsabilidad que se instituya en la causa del perjuicio producido a la parte, vid. MARTÍ MIRAVALLS, J., *Redes de franquicia*, op.cit., p.163.

Para parte de la doctrina, este perjuicio no es subsumible en la regla contenida en el art. 1101 CC¹⁴⁵². La indemnización por inversiones no amortizadas no parte de un ilícito que genera un daño indemnizable. Al contrario, se está ante una terminación regular del contrato, pero inoportuna, por cuanto no ha permitido satisfacer –léase amortizar– unas inversiones realizadas por imposición de la contraparte. Entonces, aun cuando la parte contractual que sufre el daño no puede recurrir a la vía del 1101 CC, pues no concurren sus presupuestos, sí podría, con base a lo dispuesto en el art. 29 LCA, exigir un resarcimiento¹⁴⁵³.

Conviene insistir sobre esta idea, dado que las consecuencias de una resolución serán distintas, en función de que el contrato en cuestión sea de duración determinada o indeterminada. En el primer caso, dado que la duración es una condición del contrato, su incumplimiento determinará una infracción contractual. En este caso, los conceptos indemnizables que podrán ser reclamados, así como probados, por aplicación del 1106 CC, serán, no sólo el daño emergente –que podrá incluir como una partida más las inversiones no amortizadas–, sino también el lucro cesante. Es decir, se ha incumplido la obligación de respetar el plazo convenido, y, dado que de esta infracción se han generado unos daños, éstos son resarcibles por la vía del Derecho común. En cambio, para el caso de los contratos de duración indeterminada, cuando la decisión

¹⁴⁵² Esta es la postura defendida por el profesor MARTÍ MIRAVALLS, J., *Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas*, op.cit., pp.107 y ss., para quien la indemnización por inversiones no amortizadas, a pesar de su naturaleza indemnizatoria, no encuentra su fundamento en el art. 1101 CC. Éste aplicaría en aquellos supuestos de incumplimiento contractual, como sucede en los casos en que se resuelve el contrato sin respetar el plazo de duración. En cambio, la indemnización que comentamos es aplicable en supuestos de cumplimiento contractual, en los que el contrato se denuncia unilateralmente ateniéndose a lo pactado, y, aun así, se genera un daño.

¹⁴⁵³ La aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 29 LCA se viene haciendo extensiva a los contratos de colaboración donde a una de las partes se le impone un importante desembolso económico para adaptar su actividad al contrato. Este resarcimiento de los gastos o las inversiones es también deducible de lo dispuesto en el artículo 278 CCo, y allí donde el contrato obliga a un desembolso inicial debe ser aplicable, cfr. QUINTÁNS EIRAS, M.R., *La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996*, op.cit., p.618.

unilateral está orientada a ponerle fin, esta resolución, aunque puede presentarse como inoportuna para la parte contractual frente a la que se dirige, no conlleva una infracción del contrato. Es aquí donde la doctrina refiere al carácter *sui generis* de la indemnización del art. 29 LCA, apuntando a presupuestos distintos del art. 1101 CC¹⁴⁵⁴, pues habilita a la parte a pedir el resarcimiento de los daños en los que se traduce la falta de amortización de las inversiones ejecutadas¹⁴⁵⁵.

No obstante estos planteamientos, que se apartan del sentir mayoritario en la jurisprudencia¹⁴⁵⁶, y no son compartidos por otra parte de la doctrina¹⁴⁵⁷, esta indemnización continúa rigiéndose por las reglas generales del Derecho de daños. Como consecuencia, debe existir una relación de causalidad, y los daños —en este caso, las inversiones— deberán ser acreditados y cuantificados.

¹⁴⁵⁴ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales*, *op.cit.*, p.187. Del mismo autor, *El contrato de distribución exclusiva*, *op.cit.*, pp.145-146. Es una indemnización específica que opera en un supuesto especial: en caso de resolución unilateral del contrato de duración indefinida, se compensa por los daños producidos en concepto de daños no amortizados. El resto de daños que se ocasionen podrán ser reconducidos al lucro cesante o al daño emergente del art. 1106 CC.

¹⁴⁵⁵ En estos casos, la parte que asume los gastos no está en condiciones de valorar el riesgo que asume al realizar las inversiones para la correcta ejecución del contrato. La gestión de dicho riesgo está en manos de la otra parte, quien puede hacer uso de su facultad de resolver el contrato, si bien respetando el preaviso, lo que no impedirá que se produzca un daño. En este sentido, MARTÍ MIRAVALLS, J., *Gastos de confianza o inversiones específicas, ¿qué debería ser objeto de indemnización en la Ley de Contratos de Distribución?*, *op.cit.*, pp.503-504.

¹⁴⁵⁶ Puede verse, en este sentido, la STS núm. 57/2009, de 13 de febrero (ROJ 450/2009), que declara que la indemnización prevista en el art. 29 LCS es compatible con la regulada en el art. 1101 CC.

¹⁴⁵⁷ En este sentido, MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp.633-634, quien señala que el art. 29 LCA no concede al agente nada que no tuviese ya reconocido por el Derecho común, al amparo de los arts. 1101 y 1106 CC. En el mismo orden, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «*La indemnización por inversiones no amortizadas a la terminación de un contrato de distribución*», disponible en <<https://derechomercantiles-pana.blogspot.com/2013/02/la-indemnizacion-por-inversiones-no.html>> (consulta: 11 marzo 2022).

CONCLUSIONES

1. El contrato de suministro es aquel contrato por el cual el suministrador o proveedor se obliga, a cambio de un precio, a entregar al suministrado, mediante prestaciones periódicas o continuadas, cosas genéricas con el fin de satisfacer una necesidad duradera. Determinante en el suministro es la presencia de la necesidad constante y duradera, al menos, en el suministrado, que se mantiene en el tiempo a pesar de las prestaciones de dar del proveedor, en el sentido de que se repite o de que es continuada. Esta necesidad no desaparece, por lo tanto, tras cada acto de entrega, de modo que volverá a manifestarse y a exigir una nueva prestación de suministro que la satisfaga. En contraposición, la prestación única satisfaría la necesidad en un solo momento, pero, en cuanto vuelve a manifestarse, exigirá nuevas prestaciones. Es por ello por lo que el acreedor está interesado en un compromiso duradero que satisfaga la necesidad siempre que se exteriorice.

2. El contrato de suministro es un contrato que se caracteriza por su carácter duradero, prolongándose en el tiempo y configurándose como el contrato de *tracto sucesivo* por antonomasia. El elemento temporal es su rasgo más característico, siendo necesario para la consecución de sus fines que se desenvuelva en un periodo de tiempo más o menos prolongado. A través de su vigencia, van materializándose las distintas prestaciones que se reúnen en este contrato, caracterizado, asimismo, por la pluralidad de prestaciones que engloba. Cada una de ellas se despliega de forma autónoma e independiente de las demás. Cada una permite la satisfacción momentánea de la necesidad. Las distintas prestaciones no forman parte o son fracciones de un todo, no se complementan o son accesorias entre sí. Todas ellas son principales y son el resultado de la repetición de la prestación. El conjunto prestacional, no obstante, es resultado de una única obligación de suministro y una única obligación de pago. Se trata de un solo contrato, perfeccionado conforme a las reglas de los negocios consensuales, oneroso, conmutativo, atípico y sinalagmático, cuya conclusión obliga a las partes durante el tiempo en que se mantenga su vigencia.

3. El contrato de suministro encuentra en el tiempo su rasgo más característico. El tiempo incide en diversos elementos del contrato, dotándolo de una estructura peculiar. El tiempo se halla presente en la necesidad del suministrado, cuya existencia causaliza el contrato; incide en el consentimiento de los contratantes, que asienten en obligarse de forma duradera para poder darle satisfacción a dicha necesidad; determina el esquema del programa contractual, en el que la multiplicidad de prestaciones independientes de entrega, o la puesta a disposición de la cosa de forma continuada y sin solución de continuidad, se extiende en el tiempo; impacta en la causa del contrato, entendida como el propósito práctico-empírico querido por las partes, consistente en la aspiración de estar abastecido para obtener la satisfacción de una necesidad que es duradera; configura las obligaciones, generándose una relación de *tracto sucesivo*, en la que, junto a las obligaciones de suministro de cosa genérica y pago del precio, se suman otros compromisos, cuyo carácter accesorio o principal dependerá del contrato, como el pacto de exclusiva, la operatividad de la prórroga o la obligación de respetar periodos de preaviso; así como también influye en las causas de terminación del contrato.

4. El contrato de suministro es un contrato autónomo e independiente. Es un contrato generador de dos obligaciones sinalagmáticas e interrelacionadas, como son la entrega de cosa genérica a cambio de un precio. Tomando estas prestaciones principales se ha considerado tradicional y equivocadamente por la doctrina y la jurisprudencia que se está ante un contrato de compraventa, siendo el suministro una submodalidad de la misma, como consecuencia del efecto centrífugo de la compraventa respecto de cualquier negocio en el que exista una obligación principal de dar cosa a cambio de un precio.

El contrato de suministro adquiere relevancia en el tráfico a medida que el comercio y la industria se desarrollan y surgen empresas y entidades, ajenas a la esfera del Derecho público, que presentan necesidades duraderas que deben ser satisfechas. La compraventa resulta insuficiente para atender la finalidad perseguida por las partes. Se adaptan sus planteamientos incorporando la duración al tipo y estructurando sus obligaciones en torno a este nuevo elemento, que es extraño para la compraventa, con lo que se genera un nuevo contrato atípico. El contrato de

suministro, a pesar de su innegable afinidad con la compraventa, como tiene declarado en repetidas ocasiones la jurisprudencia, no encaja en su disciplina, dado que el *tracto sucesivo* impregna el contrato e incide en sus elementos característicos, conformando un contrato propio. La propia denominación que recibe el contrato; sus antecedentes y evolución histórica; la voluntad de las partes de obligarse de forma duradera; la confrontación de ciertas reglas de la regulación de la compraventa con la naturaleza duradera del suministro; el impacto de la duración en la causa del contrato; la finalidad económica perseguida por las partes a través de un contrato de suministro, en donde no se busca obtener la propiedad de la cosa sino estar abastecido; la pluralidad de prestaciones de entrega; o la conservación de la riqueza del contrato tras cada prestación de suministro, son razones sobre las que cabe fundamentar el carácter independiente y autónomo del contrato de suministro respecto del contrato de compraventa, contrato paradigmático de tracto único, que se consume con la entrega de la cosa, y en donde el elemento duradero es extraño.

Como excepción a la regla de la instantaneidad que rige el negocio de compraventa se presenta el contrato de compraventa con entregas fraccionadas. Esta modalidad de la venta sí comparte con el contrato de suministro el elemento duradero que lo caracteriza. Ambos negocios se asemejan por la obligación del vendedor y del proveedor, respectivamente, en la realización de una pluralidad de prestaciones que se ejecutan en momentos distintos y sucesivos. La desaparición del carácter instantáneo típico de la compraventa dificulta la distinción. Esto, sin embargo, no es obstáculo para poder señalar elementos que permiten separar, al menos en abstracto, ambos contratos. Por una parte, en la compra con entregas repartidas subyace una expresa voluntad en fraccionar o dividir el objeto del contrato. En el suministro, en cambio, la multiplicidad de la prestación no se debe a un acto voluntario de las partes, sino a la peculiaridad de la necesidad. No puede alcanzarse la satisfacción del suministrado obteniendo la totalidad de la prestación en un único momento, como sí sucede en la compraventa, sin perjuicio de que, por razones de producción u organización, no pueda entregarse en unidad de acto. En segundo lugar, y tal vez más importante, en la compra con entregas repartidas el objeto del contrato se divide o fracciona, repartiéndose cada fracción a lo largo de los distintos momentos

en los que se entrega. La cosa no pierde su virtualidad ni su capacidad para satisfacer la necesidad del comprador por esta división. Como fracciones que son, solo la obtención de todas ellas permite reunir la totalidad del objeto. En el suministro, por el contrario, cada prestación comprende la totalidad del objeto. Dado que cada prestación actúa de manera autónoma, en cada una de ellas se entrega el objeto en su totalidad, sin perjuicio de que, como consecuencia de la repetición de la prestación, deba repetirse la entrega del objeto. Cada prestación es completa en sí misma y produce efectos extintivos, sin perjuicio de que vuelva a repetirse. De este modo, mientras que la falta de entrega de una de las fracciones en la compraventa fraccionada equivale a un incumplimiento del contrato, la falta de una prestación de suministro, en línea de principio, no equivaldrá a un incumplimiento contractual.

5. El contrato de suministro es un contrato eminentemente mercantil. Dada la afinidad del contrato de suministro con la compraventa, así como su atipicidad, son aplicables, de modo supletorio al convenio de las partes, la disciplina de la compraventa, tanto aquella contenida en el Código civil como en el Código de comercio. Lo que conlleva que el carácter mercantil del suministro pueda ser determinado sujetándonos a estas reglas. Fuera de los contratos de suministro celebrados con los consumidores y usuarios, que conforman buena parte de los contratos de esta naturaleza celebrados en nuestro país por recaer sobre bienes de primera necesidad, fuertemente regulados, precisamente, por su objeto, el contrato de suministro es un contrato de empresa suscrito entre empresarios en el ejercicio de su actividad económica o profesional. Permite la satisfacción de necesidades duraderas, para lo que el proveedor deberá estar en condiciones de poder atender una obligación de estas características, que se traduce en una sucesión de actos de entrega. En este planteamiento subyace una empresa, sin la que no será posible atender a las prestaciones comprometidas. Asimismo, la necesidad de un flujo constante y repetido de bienes, así como el afán de disponerlos en el futuro, revela que la empresa se halla también tras la posición del suministrado. Por todo ello, cabe afirmar que el contrato de suministro es un contrato eminentemente de empresa en el que se reúnen elementos que determinan su mercantilidad, los cuales se enumeran en sede de compraventa en el Código de comercio.

6. El contrato de suministro es un contrato de intercambio de bienes, de acuerdo con la clasificación tradicional construida en torno a la naturaleza de la prestación característica del contrato. El suministro, como contrato que sirve de título para la entrega de la cosa, es un negocio de cambio. Sin embargo, atendiendo a la finalidad ontológica del contrato para las partes, el suministro se integra entre los contratos de colaboración. El proveedor acude al suministro movido por el afán de organizar y colocar sus productos en el mercado, mientras que el suministrado no busca, al menos no solamente, la adquisición de la propiedad de la cosa, como disponer de una satisfacción rápida, segura y económica de sus necesidades. La interrelación de las obligaciones de cada parte, la dependencia hacia la prestación contraria, la confianza que genera una relación contractual duradera y el carácter *intuitu personae* del suministro llevan a que sea incardinable en ese grupo de negocios jurídicos calificados como contratos de colaboración empresarial. En ellos despliega una especial importancia el principio de buena fe, del que se desprenden un conjunto de deberes que informan y complementan la relación contractual, debido a la especial vinculación y dependencia de las partes. En determinados casos, puede llegarse a un especial grado de integración de la parte, ya sea el suministrado o el proveedor, en el ciclo producto o en la actividad económica de su contraparte, bien porque descentraliza parte de su actividad, bien porque teje una red empresarial en la que el contrato de suministro es una más de las relaciones jurídicas con la que se interrelacionan empresarios independientes.

7. El contrato de suministro es un contrato que permite el intercambio de cosas genéricas por un precio, adquiriendo el suministrado su propiedad, sin perjuicio de que las cosas estén indeterminadas al momento de celebrar el negocio. Deben quedar excluidos los servicios de este contrato, así como la entrega de la cosa cediendo exclusivamente su uso y disfrute, pero sin el consiguiente traspaso dominical. La atipicidad del suministro sirve de abono para planteamientos doctrinales en estos términos. Sin embargo, el tipo contractual queda desvirtuado si se relaciona el acto de suministro con cualquier fenómeno en el que se entregan de modo sucesivo cosas, tanto traspasando su propiedad como cediéndose su uso, o se prestan servicios. La cesión del uso y disfrute de cosas, reteniendo la propiedad el cedente, recae en el ámbito del

contrato de arrendamiento de cosas; igual que la prestación de servicios, los cuales pueden moverse, en función de su finalidad, entre el arrendamiento de obra y el de servicios. Así las cosas, debe quedar excluida una y otra opción del contrato de suministro, cuyo objeto recaerá siempre sobre las cosas genéricas determinadas en el contrato. Ahora bien, es difícil para la parte que busca alcanzar la satisfacción de sus necesidades conocer de modo certero su alcance, cuando éstas están proyectadas hacia el futuro. Por ello, en el suministro, el objeto se enfrenta a un grado de indeterminación superior al que se admite en los negocios de tracto único. En estos casos, en los que la indeterminación está próxima a contravenir la regla de los artículos 1256 y 1273 del Código civil, como sucede en el suministro a placer, la posible confrontación queda salvada mediante la previsión de plazos de preaviso, los cuales permiten a la parte proveedora atender con su obligación de entrega. Con cada entrega, será cumplido el contrato de suministro en su integridad, dado que la entrega es completa en sí misma. Con cada acto de entrega se da íntegro cumplimiento al contrato, sin perjuicio de que, debido a la vinculación del contrato a la necesidad del suministrado y a la extensión de su vigencia en el tiempo, el surgimiento de nuevas necesidades obligue al proveedor a realizar nuevas entregas.

8. El contrato de suministro se enfrenta a problemas propios de otros negocios de tracto sucesivo, demostrándose la insuficiencia de la disciplina del contrato de compraventa. La obligación de efectuar pedidos mínimos, los límites en cuanto a las recomendaciones de precio impuestos que derivan de la aplicación de las normas del Derecho de la competencia o la obligación de respetar plazos de preaviso en la realización de los pedidos son ejemplos de que algunas de las cuestiones que pueden generarse en el seno de una relación contractual derivada de un suministro beben de las soluciones que la doctrina y la jurisprudencia han proporcionado en sede de los contratos de distribución. Son de aplicación al contrato de suministro las reglas relativas a la prórroga del contrato, a la transformación de un contrato de duración determinada en un contrato de duración indeterminada y la facultad de extinguir unilateralmente un contrato de suministro de duración indefinida sin necesidad de alegar una causa. El ejercicio de esta facultad se contrarresta con la obligación de respetar un plazo de preaviso, incluso en ausencia de previsión al respecto en el contrato, como consecuencia de

los deberes derivados del principio de buena fe. Se impone un deber de comportamiento que se traduce en la materialización de una denuncia unilateral sujeta a unos requisitos formales, como son la comunicación escrita, en la que se contenga expresamente la voluntad extintiva de la relación y, finalmente, y más importante, la necesidad de cursar esta comunicación respetando un plazo de preaviso que permita a la parte frente a la que se ejercita la facultad de terminación *ad nutum* del contrato reducir los perjuicios que esta terminación le ocasionan.

9. En el contrato de suministro, el incumplimiento del contrato admite una variada casuística. La infracción que puede producirse de la obligación puede afectar a una, varias o a todas las prestaciones que son debidas. La repetición de las prestaciones que se produce en el contrato de suministro incrementa el riesgo de un cumplimiento inexacto de la obligación. Esta infracción, aisladamente considerada, no autoriza a la parte acreedora que sufre la lesión en su derecho de crédito a instar una resolución del pacto, sin perjuicio de su derecho a reclamar el resarcimiento por los daños y perjuicios que la mora en el cumplimiento de la prestación, automática en las obligaciones mercantiles sujetas a plazo, le ocasione. De lo contrario, se acogerían pretensiones de resolución ante incumplimientos más aparentes que reales, lo que casa mal con la excepcionalidad que la doctrina y la jurisprudencia reconocen a la figura de la resolución contractual. La resolución del contrato que encierra el supuesto del incumplimiento prestacional gravita, por una parte, en torno a supuestos tradicionalmente encuadrados en la infracción del plazo configurado como esencial. Igualmente, tendrá cabida una pretensión resolutoria del vínculo contractual ante la persistencia o reiteración del cumplimiento inexacto de la obligación, que, si bien, en línea de principio, no tendrá la entidad suficiente cuando afecte a una o varias prestaciones aisladamente consideradas, alcanzará gravedad y autorizará al acreedor a desvincularse del contrato cuando se constate una persistente conducta del deudor en mantenerse en el cumplimiento inexacto del contrato de suministro. Finalmente, podrá instarse la resolución del contrato cuando la prolongada falta de cumplimiento de una prestación o la repetición en la falta de ejecución hagan disminuir la confianza en el exacto cumplimiento de las sucesivas.

10. El contrato de suministro forma parte de aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso de acreedores, resultándole de aplicación las especialidades previstas en la Ley concursal para estos negocios. De hecho, las particularidades que la norma prevé para los contratos cuyas obligaciones están pendientes de cumplimiento por ambas partes al momento de la apertura del procedimiento concursal parecen encaminadas a dar respuesta a los problemas planteados en torno al contrato de suministro. Debido a su tracto sucesivo, a la conservación del sinalagma funcional durante la vigencia del contrato, a la función económica perseguida mediante el contrato de suministro, así como al interés del concurso en mantener aquellos contratos necesarios para la continuidad del negocio, hacen que en torno a este negocio hayan recaído numerosos pronunciamientos judiciales. La particularidad que presenta el suministro es que puede haber sido incumplido con anterioridad a la declaración de concurso y, aun así, seguir en vigor. Como regla general, la declaración de concurso no afecta la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento, resultando irrelevante que se haya producido antes o después de la apertura del concurso. Ahora bien, la extinción del vínculo o su conservación es una decisión del juez conecedor del concurso. Ante la pretensión de resolución contractual por un incumplimiento anterior puede optar por avalarla, calificándose el crédito del contratante *in bonis* como un crédito concursal, o rechazarla, en cuyo caso las prestaciones debidas, nacidas tanto con anterioridad como con posterioridad al concurso, habrán de ser con cargo a la masa. De modo que un crédito concursal, nacido con anterioridad al concurso, cristalizaría a raíz de la conservación del contrato, erigiéndose como un crédito contra la masa, al igual que sucede con los créditos nacidos con posterioridad a la declaración. En todo caso, siendo que la facultad de resolución puede ser instada por ambas partes, cabe que la administración concursal inste la extinción del contrato por ser contraria al interés del concurso. La norma concursal habilita a resolver aquellos contratos, aunque se estén cumpliendo con normalidad, siempre que con ello se consiga salvaguardar el interés del concurso.

11. En el contrato de suministro, la resolución del contrato extingue el vínculo obligacional, con efectos *ex nunc*. Dado el carácter duradero que caracteriza este contrato, los efectos de la resolución contractual

no se extienden sobre todas las prestaciones ejecutadas por virtud del contrato resuelto, sino que sus efectos se extienden sobre las prestaciones incumplidas y sobre las futuras, no vencidas y no exigibles. Por el contrario, las prestaciones ya ejecutadas habrán quedado consolidadas, como consecuencia de la autonomía e independencia de las distintas prestaciones del contrato y de su eficacia extintiva, que impide al acreedor reclamar su restitución cuando fueron ejecutadas en los términos pactados por ambas partes. Toda vez que una solución en sentido contrario sería antieconómica y podría suponer un perjuicio mayor que el propio incumplimiento, razón del ejercicio de la facultad resolutoria, para la parte acreedora.

12. La terminación de un contrato de suministro puede presentar otras consecuencias no patrimoniales, que derivan de los pactos expresamente recogidos en el contrato como consecuencia de su duración y de la relación de colaboración interempresarial que es susceptible de generarse. En este orden, pueden localizarse pactos que proscriben la competencia dentro de un determinado mercado a la terminación del contrato, con lo que se persigue evitar un aprovechamiento de los conocimientos adquiridos o la presencia de ciertos productos en un mercado determinado. Asimismo, también son de destacar los pactos que obligan a la adquisición de los *stocks* remanentes a la finalización de un contrato de suministro. Aunque este pacto no es intrínseco a este negocio, dado que, a su terminación, tanto el proveedor como el proveído estarían en condiciones de continuar comercializando los productos con normalidad, como lo habrían venido haciendo durante la vigencia del contrato, pueden darse situaciones, sobre todo en aquellos contratos en los que los productos han de reunir unas determinadas condiciones o características, en los que se impone una obligación de recompra de *stock*. En estos casos, cabría defender que existe una obligación de compra de los productos sobrantes, integrante en la indemnización por daño emergente, en aquellos casos en los que se resuelve el contrato de forma intempestiva y sin respetar un plazo de preaviso que permita a la parte una adecuada liquidación del *stock* y una reorganización de su actividad.

13. La terminación del contrato de suministro puede generar, asimismo, y finalmente, consecuencias patrimoniales, esto es, el derecho a obtener

una indemnización por la extinción de una relación contractual duradera, como acontece en otros contratos de colaboración. Salvando aquellos contratos de duración determinada, en los que la terminación por la expiración del plazo convenido difícilmente facultará a la parte a reclamar una indemnización por los daños causados, en los contratos de duración indeterminada, la terminación podrá tener consecuencias patrimoniales. Al margen de los daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, común a toda relación contractual por aplicación del Derecho de contratos, en el contrato de suministro sería de aplicación la indemnización por las inversiones no amortizadas, en términos similares a lo que ocurre en los contratos de agencia y distribución. No sucede así, en cambio, con la compensación por clientela, puesto que, en una relación de suministro, a diferencia de estos otros contratos de colaboración empresarial, no concurren los requisitos para que sea de aplicación esta partida compensatoria.

BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Á., *Derecho de contratos: cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2017.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, pp.412 y ss.

–, *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M., «La cesión del contrato de compraventa no consentida por el comprador», *Actualidad civil*, núm.10 (2014).

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Los contratos de suministro de materiales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

–, «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 8172 (2013).

–, «Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el código civil», en ORTÍ VALLEJO, A.; JIMÉNEZ HORWITZ, M.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.; *et al.*, (Coords.), «Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán», Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ALCALÁ DÍAZ, M.A., «Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)», *Revista de Derecho Social*, núm.23 (2003), pp.61-99.

–, «Los contratos de distribución como instrumentos de descentralización empresarial», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 5 (2009), pp.65-106.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia», *InDret*, núm. 4 (2004).

–, «Contra la promulgación del Anteproyecto del Código Mercantil», en CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. (coord.), *Codificaciones del derecho privado del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp.19-26.

ALONSO ESPINOSA, F.J., SÁNCHEZ RUIZ, M. y VERDÚ CAÑETE, M.J., *Derecho mercantil de contratos. Derecho concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil, II*, Civitas, Madrid, 2006.

–, «Contratos de distribución comercial y de defensa de la competencia», *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado al Contrato de agencia, distribución y franquicia*, núm. 21, CGPJ, Madrid, 2006.

–, «Tipología de los contratos de distribución comercial», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C., *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

–, «El Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.) *Los contratos de distribución comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

–, «La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil», AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, 2015.

–, «Las claves de la regulación de los contratos de distribución en la propuesta de Código Mercantil», en RUIZ PERIZ, J.I. (Dir.),

Claves del derecho de redes empresariales, Universitat de València, Valencia, 2017.

ALONSO SOTO, R. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

ÁLVAREZ DEL MANZANO, F., BONILLA Y SAN MARTÍN, A. y MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero, t. II*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.

ÁLVAREZ MORENO, M.T. y ORÓN MORATAL, G., «El contrato de permuta», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

AMAT, O., «Del concurso de acreedores al éxito empresarial: el caso de Juncà Gelatines», *Revista contable*, núm. 54 (2017), pp.98-107.

ANTÓN SANCHO, M., «Concurso y contrato de suministro», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Jurisprudencia y concurso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ARIAS DÍAZ, M.A., «Las obligaciones», en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Conceptos básicos de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

–, «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores: la reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32 (2014), pp.285-325.

ARPIO SANTACRUZ, J., «El contrato de compraventa internacional de mercaderías», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ARROYO APARICIO, A., «Aplicación de la normativa protectora de la libre competencia: la STS (Sala 1ª) de 2 de junio de 2000», *Aranzadi Civil*, núm. 3 (2001), pp.2201-2253.

ARROYO AMAYUELAS, E., «¿Qué es “forma” en el derecho comunitario de consumo?», *Anuario de Derecho Civil*, vol.61, núm.2 (2008), pp.229-249.

ARRUÑADA, B. y HENRIQUE VÁZQUEZ X.V., «La fabricación subcontratada y el futuro del sector del automóvil», *Economía industrial*, núm.358 (2005), pp.79-86.

AVELLA CAMARERO, L. y FERNÁNDEZ BARCALA, M., «Implantación de los sistemas de producción *just in time* en occidente: la experiencia Suzuki Motor España», *Revista Asturiana de Economía*, núm. 10 (1997), pp.197-220.

AVILÉS GARCÍA, J., «Contratos con finalidad traslativa de dominio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, vol.2, Tirant lo Blanch, 2013.

–, «Por el momento, la cláusula *rebus sic stantibus* en manos del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm.9687 (2020).

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t.I, Bosch, Barcelona, 1995.

BADOSA COLL, F., «Las obligaciones periódicas en el Código civil», en LLAMAS POMBO, E. (Coord.), *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Wolters Kluwer, 2006.

BACARDÍ DE JANER, A., *Tratado de Derecho Mercantil de España*, t.I, Imprenta de Benito Espona, Barcelona, 1840.

BAÑEGIL PALACIOS, T.M., «Just in time y marketing», *Revista de economía y empresa*, vol. 10, núm. 27-28 (1990), pp.223-230.

BASOREDO OTZERINJAUREGI, I., «Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», en JIMÉNEZ BLANCO, P. y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. (Dirs.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

BELLIDO, J., «Artículo 16. Discriminación y dependencia económica», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BELSO MARTÍNEZ, J.A. y ESCOLANO ASENSI, C.V., «La externalización de actividades como estrategia competitiva en el sector juguetero español: consideraciones desde la perspectiva», *Economía industrial*, núm.372 (2009), pp.115-127.

BELUCHE RINCÓN, I., «El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (2015), pp.69-126.

BENÍTEZ RODRÍGUEZ, D., «"Rebus sic stantibus": Fundamento y efecto», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9 (2020).

BENITO Y ENDARA, L., *Manual de Derecho Mercantil*, Establecimiento Tipográfico Doménech, València, 1908.

–, *Derecho Mercantil*, Madrid, Reus, 1922.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Contratos sobre bienes inmateriales», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, J., «El contrato de suministro», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

–, «El contrato de agencia», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

–, «El contrato estimatorio», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La revisión de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 310 (2018).

–, «Hacia un nuevo Derecho mercantil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885 (2014).

–, *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

–, «Capítulo I. Ámbito de aplicación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

–, *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las obligaciones divisibles e indivisibles», *Anuario de Derecho civil*, vol.26, núm.2 (1973), pp. 507-584.

–, «Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil. Sentencia de 20 de noviembre de 1984», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 7 (1985), p.2175-2176.

–, «Compraventa. Distinción entre la civil y la mercantil. Sentencia de 3 de mayo de 1985», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 8 (1985), pp. 2595-2608.

–, «De las obligaciones divisibles e indivisibles», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. *Comentarios al Código civil y*

compilaciones forales, t.XV, vol.2º, Edersa, Madrid, 1983, p.400-412.

BERROCAL LANZAROT, A.I., «El incumplimiento esencial como categoría y su régimen diferenciado del incumplimiento obligacional resolutorio», *Actualidad civil*, núm. 9 (2014).

BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de derecho mercantil: según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España*, Hijos de Reus, Madrid, 1910-1911.

BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BOLAFFIO, L., *Derecho Mercantil (Curso general); prólogo, notas y traducción sobre la quinta edición italiana*, trad. Benito, J.L., Reus, Madrid, 1935.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2017.

–, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2017.

BUSCH, C., «La influencia del derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el 651 BGB», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65 (2012), núm. 2, pp.717-739.

BUSTO LAGO, J.M, ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

–, «Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla “rebus sic stantibus”», *CCJC*, núm. 94 (2014), pp.99-120.

CABELLO LÓPEZ, M.L., «Las irregularidades en la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica», *Diario La Ley*, núm.7320 (2010).

CAFAGGI, F., «Redes contractuales y teoría contractual», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, *Redes contractuales y small business act. ¿Hacia unos principios europeos?*, en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, 2009.

CALATAYUD SIERRA, A. «El derecho a la forma y documentación de los contratos», en PARRA LUCÁN, M.A. (Coord.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2014.

CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., «Actualidad del contrato estimatorio: su problemática», en AAVV, *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 2, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.

CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 62 del TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (TRL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011.

–, «Comentario al artículo 63 del TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (TRL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, S., «La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales», en ORTÍ VALLEJO, A.; JIMÉNEZ HORWITZ,

M.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *et al.* (Coords.), *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, UTET, Milano, 1997.

CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUAN MUÑOZ, E., *Mercado y Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CANALES GIL, Á., «Artículo 9. El contrato de suministro», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Madrid, 2009.

CANO RICO, J.R. y SERRA MALLOL, A., *Manual práctico de contratación mercantil*, t.I, Tecnos, Madrid, 1993.

CAÑABETE POZO, R., «La extinción de los contratos de distribución y la compensación por clientela», *La Ley Mercantil*, núm. 26 (2016).

CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol.2, núm.3 (2015), pp.67-105.

CARBAJO CASCÓN, F., «La distribución comercial (I-2). Aspectos contractuales», *Iustitia*, núm. 9 (2011), p.309-348.

–, «El contrato de distribución selectiva», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dirs.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

–, «Suministro de productos objeto del contrato: cláusulas de exclusiva y suministros cruzados; obligación de suministro adecuado por el proveedor e información sobre reducción de la capacidad de suministro», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del*

derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

–, «Mercado, sistema y contratos de distribución comercial», en CARBAJO CASCIÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

–, «El contrato de distribución selectiva», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018.

CARINGELLA, F. y DE MARZO, G., *Manuale di Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milán, 2007.

CARRANCHO HERRERO, M.T., «Resolución de contrato de arrendamiento, sujeto a prórroga forzosa, en interés del concurso. Comentario STS de 20 de noviembre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 111 (2019), pp.65-82.

CARRASCO PERERA, Á., «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», *CESCO, Publicaciones jurídicas*, (abril 2020).

–, «Artículo 6», en en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CARRASCO PERERA, Á. y FONTES MIGALLÓN, I., *Construyendo contratos. Estrategias para la praxis negocial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019

CARRERAS Y GONZÁLEZ, L., *Elementos del Derecho Mercantil de España. Legislación mercantil comparada y sistemas aduaneros*, Librería de la Viuda de Hernando y Cia., Madrid, 1893.

CASADO ROMÁN, J., «La indemnización por clientela en el contrato de agencia», *Actualidad civil*, núm. 9 (2017), pp.108-115.

CASINOS MORA, F.J., *Derecho privado romano*, Dykinson, Madrid, 2016.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, t. III, Derecho de obligaciones. La obligación y el Contrato en general*, Reus, Madrid, 2008.

—, *Derecho Civil Español, Común y Foral, t. IV, Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, Reus, Madrid, 1993.

CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2000.

—, «Las consecuencias jurídicas de la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor: cumplimiento por equivalente pecuniario e indemnización por daños y perjuicios materiales y morales», *CCJC*, núm. 82 (2010), pp.227-250.

—, «La unificación de los diversos regímenes de saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad de los bienes vendidos: ¿una cuestión pendiente en materia de compraventa?», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C. (coord.), *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, Dykinson, Madrid, 2012.

—, «La denuncia de la falta de conformidad como presupuesto del ejercicio de los derechos del adquirente en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 115 (2021), pp.127-148.

CASTILLO PARRILLA, J.A., *El contrato marco de suministro (un contrato flexiseguro)* [tesis doctoral], Universidad de Granada, 2019.

CERDÁ TENA, E. y KHALINOVA, A., «Economía circular», *Economía industrial*, núm. 401 (2016), pp.11-20.

CHOPRA, S. y MEINDL, P., *Administración de la cadena de suministro. Estrategia, planeación y operación*, Pearson Educación de México, Naucalpan de Juárez, 2013.

CHULIÁ VICENT, E. y BELTRÁN ALANDETE, T., *Los contratos mercantiles*, Bosch, Barcelona, 2001.

–, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, vol.1*, Bosch, Barcelona, 2005.

CLAVERÍA GONZÁLEZ, L.H., «Causa del contrato y motivo determinante incorporado. Influencia de la causa en la vida del contrato. Resolución. Interpretación y calificación del contrato», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 16 (1988), pp.3387-3394.

CLEMENTE MEORO, M.E., *La resolución por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009.

–, «Concepto y fuentes de las obligaciones», en VERDÁ Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Derecho civil II. Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

–, «Artículo 1124. Facultad de resolver las obligaciones», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado, Vol. 3: Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*, Civitas, Madrid, 2011.

–, «Artículo 1125. Vencimiento de las obligaciones a plazo», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado, Vol. 3: Libro IV.*

De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444), Civitas, Madrid, 2011.

–, «Artículo 1127. Término designado en las obligaciones», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado, Vol. 3: Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*, Civitas, Madrid, 2011.

COBACHO GÓMEZ, J.A. «Artículo 1565. Fin del arrendamiento por tiempo determinado», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado, vol.4, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*, Civitas, Madrid, 2011.

–, «Artículo 1566. Tácita reconducción del contrato al término del arrendamiento», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado, vol.4, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444)*, Civitas, Madrid, 2011.

COLLADO RODRÍGUEZ, N., «La calificación de créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concursado. Comentario a la STS 431/2019, de 17 de julio», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114 (2020), pp.27-42.

CORBERÁ MARTÍNEZ, J., «Contrato de suministro “just in time”. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada tras la resolución del contrato», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 104 (2017), pp.163-183.

CORDERO LOBATO, E., «¿Protección sectorial y protección consumista general? De minimis y de maximis. Sobre la reforma del art. 59.2 TRLCU», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm.9, 2014, pp.1-8.

CORSTEN, D. y GRUEN, T., «Stock-Outs Cause Walkouts», en *Harvard Business Review*, 2004, disponible en <<https://hbr.org/2004/05/stock-outs-cause-walkouts>>.

COSTAS RODAL, L., «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», *Aranazdi Civil*, núm. 1 (2004), pp.2045-2080.

COTTINO, G., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova, 1991.

CRUZ RIVERO, D., «La tipificación de los contratos de distribución. Un comentario a las últimas propuestas de regulación», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm.15 (2014), pp.83-106.

CRUZ ROCHE, I., «Las transacciones económicas en la cadena de valor alimentaria», en GONZÁLEZ CASTILLA, F. y RUIZ PERIS, J.I., *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución alimentaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

CURTO POLO, M., «Prohibición de conductas colusorias (III): Restricciones verticales», en GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

–, «Prohibición de las conductas colusorias (I): prácticas prohibidas y régimen de exenciones», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Manual de Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

–, «Prohibición de conductas colusorias (II): Restricciones horizontales y verticales», en CARBAJO CASCÓN, F. (Coord.), *Manual práctico de Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

DE BENITO Y MAMPEL, J., *Derecho mercantil*, Reus, Madrid, 1922.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

–, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35 (1982), pp.987-1086.

DE LA VEGA GARCÍA, F., «El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2. del PCM)», en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp.1289-1306.

DE MARINO Y BORREGÓ, R., *El suministro (teoría general)*, Acta Salmanticensia, Salamanca, 1959.

–, «Análisis del concepto de suministro», *Revista de Derecho Mercantil* (1962), pp.27-75.

DE NADAL ARCE, S., «Los contratos de distribución y las restricciones a la libre competencia», en VÁZQUEZ ÁLBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE NOVA, G., *Il tipo contrattuale*, CEDAM, Padova, 1974.

DELGADO GARCÍA, A.M., «La regulación del Suministro Inmediato de Información», *Quincenal Fiscal*, núm. 20 (2017), pp.101-124.

DI MARZIO, F. (Dir.), *Codice civile. Comentato e aggiornato in de jure*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., «Los contratos atípicos», *Actualidad civil*, núm. 2 (1998), pp.345-362.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., «El caso fortuito», *Actualidad civil*, núm. 12 (2020).

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., «El contrato de distribución exclusiva o de concesión», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

DÍEZ GARCÍA, H., «El deber de examinar la mercancía», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

DÍAZ GÓMEZ, M.J., *El contrato aleatorio*, Comares, Granada, 2004.

DÍEZ ESTELLA, F. y GUERRA FERNÁNDEZ, A., «Artículo 1. Conductas colusorias», en MASSAGUER FUENTES, J.; SALA ARQUER J.M., FOLGUERA CRESPO, J., et al. (Dir.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, Madrid, 2015.

DÍEZ-PICAZO, L., «La cláusula rebus sic stantibus», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. *Cuaderno de Derecho Judicial: Extinción de las obligaciones*, CGPJ, Madrid, 1996.

–, «En torno al concepto de incumplimiento», en SOTO COAGUILA, C.A. (Coord.), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*, La Ley, Buenos Aires, 2010.

–, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 2012.

–, *Fundamentos de derecho civil patrimonial, vol. II, Las relaciones obligatorias*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

–, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Vol. II*, Tecnos, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.

–, «El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)», *Anuario Derecho Civil*, vol.51, núm.2 (1998), pp.873-886.

–, «Artículo 1182», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.3, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177 (1985), pp.419-488.

–, «El contrato de franquicia», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.A (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

–, «Distribución autorizada y distribución selectiva. Especialidades», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

–, «Compra y venta exclusiva. Marca única (especialidades)», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., «La compraventa como modelo de los contratos traslativos», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

DOMÍNGUEZ MACHUCA, J.A. y LUNA HUERTAS, P. «La filosofía “just in time”», *Alta Dirección*, año 26, núm. 155 (1991), pp.65-72.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., «Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, núm. 690 (2005), pp.1478-1486.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. y GARCÍA MARÍN, I., «Descuentos, bonificaciones y rappels en el marco de los contratos de distribución», en CARBAJO CASCÓN, F., *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DUTILH CARVAJAL, J.M., «El contrato de franquicia y el concurso de acreedores», en ORTEGA BURGOS, E., y TERRAZAS TERRAZAS, C., *La franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Motivos, problemas y sistema de la unificación del Derecho privado en el *Codice civile* de 1942», IGLESIAS PRADA, J.L. (Coord.) en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.1., Civitas, Madrid, 1996.

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., «Formularios logísticos: contrato de suministro/afiliación a central de compra para la distribución multiproducto: claves para su análisis», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 2 (2008), pp.133-143.

–, «La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

–, «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10 (2012), pp.15-54.

–, «El contrato de suministro», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018.

ECHEVARRÍA DE RADA, T., «El formalismo como característica del Derecho de Consumo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 54, núm.1893 (2000), pp.617-637.

EMBED IRUJO, J.M., «El lugar de la fundación en el Código Mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Duración de los contratos de distribución comercial», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C., *et al.* (Dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

ESPEJO DE HINOJOSA, R., *Tratado teórico y práctico de derecho mercantil*, Renovación Tipográfica, Valencia, 1922.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., *El contrato de distribución comercial internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ESPINO RODRÍGUEZ, T.F., «El outsourcing y su influencia en los objetivos de la estrategia de operaciones. Una aplicación empírica», *Revista de Cuadernos de Gestión*, vol. 3, núms. 1 y 2 (2003), pp.83-100.

ESTEVAN DE QUESADA, C., «Franquicia y abuso de dependencia económica», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t.26 (2005-2006), pp.145-170.

–, «La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica», *Revista de derecho mercantil*, núm.257 (2005), pp.1079-1130.

–, «Abuso de dependencia económica en las redes de distribución», en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

–, «La explotación de la dependencia económica debida al poder relativo de la demanda en la cadena alimentaria», en GONZÁLEZ CASTILLA, F. y RUIZ PERIS, J.I., *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución alimentaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

ESTRUCH ESTRUCH, J., «Artículo 1588. Convenios sobre la contratación de ejecución de obra», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

–, «La aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 96, núm.780 (2020), pp.2037-2095.

FERNÁNDEZ BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., «La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida», *Anales de Derecho*, núm. 20 (2002), pp.35-54.

FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L., «Marco y fin de la legislación concursal», en FERNÁNDEZ DE GÁNDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2004

FERNÁNDEZ DEL MORAL, L., *El contrato de suministro: el incumplimiento*, Montecorvo, Madrid, 1992.

FERNÁNDEZ CUESTA, C. y DÍAZ FERNÁNDEZ, A., «Los entornos “just in time”», *Partida doble*, núm.47 (1994), pp.43-49.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y NEBOT LOZANO, J.M., «La libre circulación de la energía eléctrica en la Unión Europea», *La Ley: Revista jurídica de doctrina, legislación y bibliografía*, núm.5 (1998), p. 1661-1671.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., «La conclusión del concurso. La conclusión por ausencia de bienes», en CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUÁN Y

MUÑOZ, E. (Dir.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

–, «Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 9607 (2020).

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, vol.73, núm.639, (1997), pp.403-462.

–, «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi Civil*, núm.1 (1997), pp.51-96.

FERRI, G., *Manuale di Diritto commerciale*, UTET, Milano, 2001.

FORD, A.L.; WILLIAMS, J.A.; SPENCER, M., *et al.*, «Reducing Door-to-Needle times using Toyota's lean manufacturing principles and value stream analysis», *Strocke*, vol.43, núm. 12 (2012), pp.3395-3398.

FRANCESCHELLI, «Natura giuridica della compravendita con esclusiva», *Rivista diritto commerciale*, núm. I (1939), pp.236 – 265.

FUENTES DEvesa, R., «Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», en AAVV, *Ley Concursal Comentada*, Lefebvre, Madrid, 2014.

GABRIELLI, E. (Dir.), *Commentario del Codice civile. Dei singoli contratti*, Utet Giuridica, Milano, 2011.

GALÁN CORONA, E., «Los contratos de distribución», en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.

–, «Prohibición de las conductas colusorias (I): modelo y estructura de la prohibición», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ,

J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GALÁN LORDA, M., «Ordenanzas del Cabildo de México sobre abastos en el siglo XVIII», *Anuario de historia del derecho español*, núm. 67 (1997), pp.1315-1338.

GALGANO, F., *Tratatto di Diritto Civile, vol.II*, CEDAM, Padova, 2015.

GALLEGRO SÁNCHEZ, E., *Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

–, «La compraventa mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 287 (2013), pp.9-26.

GALLEGRO SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2018.

GARCÍA BALLESTEROS, J.J., *La ruptura contractual desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo, I*, Civitas, Madrid, 2011.

GARCÍA EGIDO, J.F., «Derechos de los consumidores en la nueva ley del sector eléctrico 24/2013, de 26 de diciembre: análisis crítico de la nueva regulación», *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, núm.18 (2016), pp.436-438.

GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Casos, Acciones, Instituciones*, Ediciones Académicas, Madrid, 2003.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852.

GARCÍA HERRERA, A., *La duración del contrato de distribución exclusiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA PÉREZ, C.L., «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC)», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 70 (2017), pp.1073-1137.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA VÁZQUEZ, J.M. «Just in Time: El enfoque japonés en gestión de la producción: Una revisión», *Esic market*, núm. 75 (1992), pp.97-129.

GARCÍA VIDAL, Á., «Los contratos de distribución de vehículos», *Actualidad civil*, núm. 20 (2011).

–, «Prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro agrícola y alimentario: impacto de la Directiva (UE) 2019/633 en el derecho español», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 88 (2019), pp.27-37.

GARCÍA VICENTE, J.R., «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13 (2008), pp.349-362.

–, «Artículo 1278», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA VICENTE, J.R. y LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 59. Ámbito de aplicación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario al texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

–, «Artículo 60. Información previa al contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario al texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

–, «Artículo 63. Confirmación documental de la contratación realizada», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario al texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963.

–, *Dictámenes de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1976.

GASCA, C.L., *La compraventa civil y comercial*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

GETE-ALONSO CALERA, M.C., «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, Núm.4, (2014), pp.27-65.

GIANNATASSIO, C., «La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione», en CICU, A. y MESSINEO, F., *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. XXIV, t. I, Giuffrè Editore, Milán, 1974.

GIRÓN TENA, J., «Concepto del Derecho Mercantil en derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, vol.7, núm.4 (1954), pp.971-1030.

GÓMEZ ANSÓN, S. y SACRISTÁN, M., «Los acuerdos de *outsourcing* en el mercado de valores español: valoración y factores determinantes»,

Cuadernos de economía y dirección de empresa, núm. 16 (2003), pp.27-55.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R., *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad La Ley, 1995.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, Dykinson, Madrid, 2012.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.I., «Remedios del comprador ante la falta de conformidad. La propuesta del Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos», *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del projecte de llei*, Instituto de Dret Privat Europeu i Comparat (2015), pp.121-154.

GÓMEZ MENDOZA, M., «Suministro y concurso: algunas cuestiones polémicas», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8 (2008), pp.369-381.

GÓMEZ POMAR F. y GILI SALDAÑA, M.À., «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *InDret*, núm. 1 (2010).

–, «La complejidad del incumplimiento contractual en los contratos de distribución», en VIERA GONZÁLEZ, A.J y ECHEVARRÍA SÁENZ, J.A., (Dir.), *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2011.

GÓMEZ SEGADE, J.A., «Algunos problemas actuales del Derecho mercantil», en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.

GÓMEZ TABOADA, J., «Los contratos atípicos o innominados», *Revista Jurídica del Notariado*, núm.61, 2007, pp.161-202.

GONZÁLEZ CASTILLA, F., «La represión de las prácticas comerciales desleales en la cadena agroalimentaria europea», en GONZÁLEZ CASTILLA, F. y RUIZ PERIS, J.I., *Estudios sobre el régimen jurídico de la cadena de distribución alimentaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

–, «El contrato estimatorio», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., «Eficacia del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Tratado de Contratos*, t.I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, P., «Los efectos de la declaración de concurso sobre los créditos», en CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Derecho concursal y propiedad industrial: el contrato de licencia», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 19 (2013), pp.243-253.

GONZÁLEZ NIETO, E., «La mercantilidad de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp.219-232.

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M., «Distribución-venta y distribución-reparto. Sobre el derecho a la compensación por clientela del concesionario y el stock sobrante», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.17 (2015), pp.8 y ss.

–, «Declaración de concurso y contratos: resolución en interés del concurso y resolución por incumplimiento», *Ars Iuris Salamanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 5, núm. 1 (2017), pp.109-128.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Capítulo II. Cláusulas abusivas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario al texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GONZÁLEZ PONS, E., «Actos concretos de competencias desleal (III): prácticas agresivas; discriminación y dependencia económica; la venta a pérdidas», en BENEYTO PALLÁS, K. (Dir.), *Actos de competencia desleal y su tratamiento procesal: un estudio práctico de la Ley de competencia desleal (LCD)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GONDRA ROMERO, J.M., «La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.290 (2013).

GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Distribución comercial y derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm.6 (2010), pp.37-76.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B., *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*, BOE, Madrid, 2015.

—, «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, vol.73, núm.2 (2020), pp.455-490.

GRIMALT SERVERA, P., «Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «La falta de conformidad en la venta de productos de consumo: su concepto y prueba ante los Tribunales», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M., «La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo», *Revista de Derecho privado*, núm.89, vol.3 (2005), pp.27-50.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., «El contrato de compraventa: la compraventa mercantil», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.M., «Artículo 1101», en SALAS CARCELLER, A., *Código civil. Comentarios y jurisprudencia*, t. II, Sepín, Madrid, 2009.

–, «Artículo 1124», en SALAS CARCELLER, A. (Coord.), *Código civil. Comentarios y jurisprudencia*, Sepín, Madrid, 2009.

HERRADA BAZÁN, V., «Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias)», *Revista de Derecho Civil*, vol.4, núm.1 (2017), pp.31-75.

HERRERO SUÁREZ, C., «La fijación de precios de reventa, ¿nuevos vientos?», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 4 (2008), pp.53-88.

–, HERRERO SUÁREZ, C., «Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público», en VIERA GONZÁLEZ, A.J y ECHEVARRÍA SÁENZ, A.J. (Dirs.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, La Ley, Las Rozas, 2013.

HERRERO URTUETA, E., «La imprevisibilidad en la *rebus sic stantibus* a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 178/2020 de 22 de mayo», *Diario La Ley*, núm.9781 (2021).

IGLESIAS PRADA, J.L., «Notas para el estudio del contrato de concesión», en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.

ILLESCAS ORTIZ, R., y PERALES VISCASILLAS, M.P., «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», *Derecho de los negocios*, año 23, núm.265-266 (2012), pp.9-19.

INFANTE RUIZ, F.J., «Artículo 1469. Imposibilidad de adquirir por compra», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

JARNE MUÑOZ, P., *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, Reus Madrid, 2016.

–, «El intuitu personae en los contratos de distribución integrada», *Actualidad civil*, núm.6 (2016), pp.64-71.

–, «El contrato de comisión-afiliación», en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.), *Claves del derecho de redes empresariales*, Universitat de València, Valencia, 2017.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2014.

JORDÁ CAPITÁN, E., «La venta con pacto de retroventa del Código Civil español en el marco unificador contractual europeo», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, Dykinson, Madrid, 2012.

JORDANO BAREA, J.B., «Contratos mixtos y unión de contratos», *Anuario de Derecho Civil*, t. IV (1951), pp.321-339.

–, «Los contratos atípicos», *RGLJ*, 1953, pp.299 y ss.

JUAN Y MATEU, F., «Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29 (2013), pp.507-518.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; parte general*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2011.

–, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones; contratos y cuasicontratos*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2013.

LACRUZ MANTECÓN, M.L., «La dación en pago», en ALONSO PÉREZ, M.T. (Coord.) *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

LASARTE, C., *Principios de Derecho civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

–, *Principios de Derecho civil, II. Derecho de obligaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

LASHERAS ROMERO, C., «La falta de conformidad de los productos con el contrato: un nuevo tipo de incumplimiento», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 2, núm. 11 (2015), pp.65-112.

LAUROBA LACASA, M.E., «Comentario a la Sentencia del 18 de noviembre de 2013. El incumplimiento esencial como categoría y régimen diferenciado en la dinámica del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96 (2014), pp.15-106.

LEÓN ARCE, A., «Capítulo I. Regulación general de los contratos celebrados con consumidores y usuarios: 1. Disposiciones generales», en

LEÓN ARCE, A. (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «Pactos de desistimiento y resolución en contratos de distribución», en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.

LOBATO, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, Madrid, 2002.

LÓPEZ BENÍTEZ, M., «El contrato de suministros tras las recientes reformas de la legislación de contratos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198 (2001), pp.21-32.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «El Contrato», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R. y VERDERA SERVER, R., *Derecho civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, València, 2001.

LÓPEZ MASA, M.J., *La doctrina de los actos propios*, Euros Editores, Buenos Aires, 2013.

LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., «*Rebus sic stantibus*. ¿Un paso hacia atrás?», *InDret*, núm.2 (2015).

MACÍAS CASTILLO, A., «Carácter personalísimo de la obligación contraída y facultad de una de las partes para resolver el contrato ante el fallecimiento del otro contratante: análisis de la STS de 14 de diciembre de 2011», *Actualidad Civil*, núm. 11 (2012).

MALO VALENZUELA, M.Á., *Remedios frente al incumplimiento contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MARAÑÓN ASTOLFI, M., «Evolución doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Comentario a la

Sentencia del TS de 6 de marzo de 2020», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 52 (2020).

MARÍN CASTÁN, F., «Los contratos de distribución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C., *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

–, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los contratos de distribución», en VÁZQUEZ ÁLBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., «Compraventa y permuta», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Derecho Civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARÍN LÓPEZ, M.J., *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.

–, «La formación del contrato con los consumidores», en PARRA LUCÁN, M.A. (Coord.), *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

–, «Requisitos esenciales y accidentales del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, t.1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «Artículo 1125», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «Artículo 1127», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «Artículo 1166», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «Artículo 1167», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «Artículo 116. Conformidad de los productos con el contrato», en BERCOVITZ RODRÍ-GUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

MAROÑO GARGALLO, M.M., y GARCÍA VIDAL, Á., «El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil», en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, op.cit., pp.1373-1387.

MARTÍ MIRAVALLS, J., *El contrato de máster franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

–, «El contrato de franquicia», en VÁZQUEZ ÁLBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

–, «Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 279 (2011), pp.299-316.

–, «Redes de distribución: régimen jurídico de las inversiones», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

–, «Desistimiento unilateral e indemnización por daños en los contratos de distribución: estudio de la naturaleza jurídica de la indemnización por inversiones no amortizadas», *Revista de Derecho Mercantil*, núm.285 (2012), pp.95-136.

–, «Gastos de confianza o inversiones específicas, ¿qué debería ser objeto de indemnización en la Ley de Contratos de Distribución?», en VIERA GONZÁLEZ, A.J., ECHEBARRÍA SÁENZ, M. y RUIZ PERIS, J.I., (Dirs.), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, La Ley, Las Rozas, 2013.

–, *Redes de franquicia*, Juruá Editorial, Porto, 2018.

–, «En defensa de la nulidad parcial de un acuerdo vertical que infringe el Derecho de la competencia por fijación de precios de reventa», *La Ley Mercantil*, núm. 62 (2019).

–, «La nulidad por infracción del Derecho de la Competencia: Sobre la necesaria revisión de la práctica jurisprudencial española», *Revista de Derecho UNED*, núm.25 (2019), pp.17-59.

–, «La política de precios en el marco de las redes empresariales verticales», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C. (Dirs.), *Cooperación empresarial y derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

–, «Artículo 156. Principio general de vigencia de los contratos», en VEIGA COPO, A.B. (Dir.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2021.

–, *Nulidad y Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

MARTÍN PÉREZ, J.A., «Formación del consentimiento y forma del contrato de distribución», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Consideraciones en torno a la resolución de los contratos incumplidos en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 13 (2008), pp.57-114.

MARTÍNEZ ROSADO, J., «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *Revista de Derecho de la competencia y la Distribución*, núm.5 (2009), pp.153-188.

MARTÍNEZ SANZ, F., «En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución», *Curso de Derecho y comercio*, núm.12 (1993), pp.217-234.

–, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

–, «La indemnización por clientela de los distribuidores», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.*, *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Á., «Just in time y contabilidad de costes», *Técnica contable*, vol. 40, núm. 469 (1998), pp.431-440.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Á., URBINA PÉREZ, O., PÉREZ PÉREZ, M., *et al.*, «Flexibilidad y experiencias de implantación de *Just-in-Time*», *ESIC Market*, núm. 113 (2002), pp.235-250.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Riesgo negocial versus cláusula “rebus sic stantibus”», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.1 (2011).

MASSAGUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MELÓN PARDO, C., «El contrato de suministro», en GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MENDIETA GRANDE, J. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Procedencia de la indemnización por clientela en los contratos de distribución», en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol.2, Dykinson, Madrid, 2009, pp.99-141.

MENDOZA LOSANA, A.I., «Contratos de suministro de gas y electricidad», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

–, «Nuevo sistema de facturación eléctrica», *Revista CESCO*, núm. 5 (2013), pp.214-219.

MERCADAL VIDAL, F., *El contrato de agencia mercantil*, Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

–, «Sentencia de 2 de junio de 2000: Nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 55, 2001, pp.87-120.

MELICH ORSINI, J., «La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones», *Anuario de Derecho Civil*, vol.37, núm.1 (1984), pp.3-62.

MESTRE DELGADO, J.F., «El contrato público de suministro: su delimitación en derecho comunitario europeo», *Noticias de la Unión Europea*, núm.59 (1989), pp.35-42.

MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de internet*, Civitas, Madrid, 2015.

MILÀ RABEL, R., «Cláusula “rebus sic stantibus” y contrato de arrendamiento: el riesgo de disminución de la rentabilidad del negocio debe ser considerado propio de la arrendataria. Comentario a la STS de 15 de enero de 2019», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 112 (2020), pp.181-206.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J., «Consideraciones sobre el contrato de suministro: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 5 de enero de 2001», *Anuario de justicia alternativa*, núm. 2 (2001), pp.181-189.

MIRANDA SERRANO, L.M, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.2 (2018).

MIRANDA SERRANO, L.M., y PANIAGUA ZURERA, M., «La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial», en MIRANDA SERRANO, L.M., y PAGADOR LÓPEZ, J., (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MOLINS SANCHO, F., «El contrato de mantenimiento de ascensores», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), núm. 1, pp.173-213.

–, «Alternativas a la doctrina *rebus sic stantibus*», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 (2021), pp.103-122.

MONDÉJAR PEÑA, M.I., «La formación, interpretación e integración del contrato», en ARANDA RODRÍGUEZ, R.; MONDÉJAR PEÑA, M.I.; DÍAZ ROMERO, M.R.; *et al.*, *Guía de Derecho civil. Teoría y práctica*, t. 3, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MONDEN, Y., *El just in time hoy en Toyota*, Deusto, Bilbao, 1996.

MONSERRAT VALERO, A., «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14 (2008), pp.73-120.

MONTOYA MELGAR, A., *Diccionario jurídico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

MONZÓN CAMPOS, J.L., CHAVES ÁVILA, R. y FAJARDO GARCÍA, G. (Dirs.) *Manual de economía social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MORALEJO IMBERNÓN, N., «Artículo 1452», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «Artículo 1476», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., *El contrato mercantil de concesión*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

–, «El contrato estimatorio», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, vol.2, Tirant lo Blanch, 2013.

–, «La indemnización por clientela en los contratos de distribución», en HERRERO GARCÍA, M.J. (Dir.), *Contratos de distribución comercial. Garantías personales*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.

–, «Concesión mercantil y franquicia. Especialidades», CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MORALES MORENO, A.M., «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La Compraventa», *Anuario de Derecho civil*, vol. 56, núm. 4 (2003), pp.1609-1652.

MOSSA, L., *La somministrazione*, Athenaeum, Roma, 1915.

MOXICA ROMÁN, J. y MOXICA PRUNEDA, G.A., *La compraventa mercantil e Instituciones Afines*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

MUÑOZ DEL CAZ, E., «El contrato de suministro en la distribución alimentaria», en MUÑOZ DEL CAZ, E. y ORTEGA BURGOS, E. (Dirs.), *Distribución comercial. Todas las claves de la distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

MUÑOZ PLANAS, J.M., *La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1979.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Í.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Civitas, Madrid, 2013.

NAVARRO PÉREZ J.L., *La compraventa en el Código civil*, Ibarra de Arce, Córdoba, 1997.

NEBREDA PÉREZ, J.M., «Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa», *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 63 (2008), pp.5-33.

NOCERA, R., *Il contratto di somministrazione*, Giuffrè Editore, Milan, 2010.

NOVOA, E., «Contrato de compraventa por suministro (Notas para un Estudio)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, 1947, pp.609-622.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Artículo 1167. Entrega de cosa indeterminada o genérica», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.3, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

OLIVENCIA RUIZ, M., «Delimitación de la materia mercantil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

OPPO, G., «I contratti di durata», *Rivista di Diritto Commerciale*, fasc. 5-6 (1943), pp.143 y ss.

ORDAS ALONSO, M., «La compraventa para uso o consumo empresarial», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ORDUÑA MORENO, F.J., «Cláusula rebus y sistema codificado. Hacia la necesaria cultura de la renegociación en tiempos de crisis», en SÁNCHEZ GARCÍA, J. y PÉREZ DAUDÍ, V., *Cláusula rebus sic stantibus*, VLex, Barcelona, 2021.

ORDUÑA MORENO, F.J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, M.L., *La moderna configuración de la cláusula Rebus Sic Stantibus: Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 2017.

ORELLANA, L., «El deber de renegociación del contrato en caso de excesiva onerosidad sobrevenida», en HORNEDO MÉNDEZ, C.; OLIVA BLÁZQUEZ, F.; MURGA FERNÁNDEZ, J.P., *et al.*, *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas perspectivas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Comares, Granada, 2002.

PABLO CONTRERAS, P., «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Teoría general de la obligación y el contrato, vol. I*, Edisofer, Madrid, 2016.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., «La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el PCM», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.

–, «Contratos de intercambio de bienes», en DE LA CUESTA RUTE, J.M., (Dir.), *Contratos mercantiles*, I, Bosch, Barcelona, 2001.

PALAU RAMÍREZ, F., «El contrato de agencia», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018.

PALOMAR OLMEDA, A., «Las conductas contrarias a la Defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia», en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.; PALOMAR OLMEDA, A. y CALDERÓN PATIER, C., *El Derecho de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PALOMAR OLMEDA, A., y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público. Adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp.1019-1091.

–, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, vol.46, núm.4 (1993), pp.1719-1746.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo de suministro en el Derecho español*, Sevilla, 1963.

PARRA GUERRERO, I., «Gestión de compras ante los descuentos por volumen de pedidos», *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 13 (1984), pp.109-129.

PARRA LUCÁN, M.A., «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm.4 (2015).

PASTOR VITA F.J., «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5 (2005), p.1217-1226.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., «La mercantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial (A propósito de la sentencia del Tribunal

Supremo del 20-XI-1984)», *Revista de Derecho mercantil*, núms.175-176 (1985), p.245-264.

–, «La terminación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho mercantil*, núm.223 (1997), pp.7-58.

PEÑA LÓPEZ, F., «Derecho de desistimiento», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

–, «Sentencia de 30 de julio de 2009: nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83 (2010), pp.1045-1072.

PERALES VISCASILLAS, P., «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Actualidad civil*, núm. 47-48 (2003), pp.1199-1224.

–, «La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho mercantil», *REDUR*, núm. 5, 2007.

–, «Modificación de la Ley 3/2004, sobre morosidad», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13 (2010), pp.531-534.

–, «¡Larga vida al Derecho mercantil de obligaciones y contratos! (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en la parte general de obligaciones y contratos)», *La Ley mercantil*, núm.13 (2015), pp.4-10.

–, «Los contratos de distribución internacional a la luz de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional

de mercaderías», CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J., ALONSO ESPINOSA, F.J. (Dir.), *et al.*, *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

–, «La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020», *La ley mercantil*, núm. 86 (diciembre) (2021).

PÉREZ DE EULATE GONZÁLEZ, B., «El contrato de suministros y el arrendamiento financiero», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 7 (1996).

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C., «Imposibilidad temporal de cumplimiento de la prestación no imputable al deudor y resolución del contrato bilateral», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3 (1998), pp.97-118.

PÉREZ GURREA, R., «El incumplimiento esencial del contrato como categoría independiente del incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, núm.752 (2015), pp.3680-3693.

PÉREZ LÓPEZ, E., «Negocios fiduciarios en Derecho mercantil. Contrato de factoring, contrato de renting, contrato de suministro, contrato estimatorio», en VILLAGÓMEZ RODIL, A. (Dir.) *Cuadernos de derecho judicial. Contratos mercantiles especiales*, CGPJ, Madrid, 1997.

PETIT, C., *Historia del Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

PETIT LAVALL, M.V., «Una aproximación al régimen de las centrales de compra», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 24 (2019).

PICATOSTE BOBILLO, J., «El derecho de información en la contratación con consumidores», *Actualidad civil*, núm.4 (2011).

PILOÑETA ALONSO, L.M., «Contratos mercantiles», Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

POLO DÍEZ, A., «La calificación mercantil de la reventa (en torno a la S. de 27 de enero de 1945)», *Revista de Derecho Privado* (1945), pp.285 y ss.

POLO MARTÍN, R., «Ordenanzas de un lugar de señorío: Cepeda», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm.82 (2012), pp.763-781.

PRENDES CARRIL, P., «Novedades del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Aranzadi Digital*, núm. 1 (2020).

PUNTE MUÑOZ, T. «El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 103, 1967, pp.75-132.

–, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1976.

PUGA VIDAL, J.E., *El acto de comercio. Crítica a la teoría tradicional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, Derecho General de las Obligaciones*, II, Bosch, Barcelona, 1988.

QUINTÁNS EIRAS, M.R., «La resolución unilateral de los contratos de concesión mercantil de duración indefinida y sus consecuencias jurídicas (a propósito de la sentencia de la AP de Madrid de 4 de noviembre de 1996)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1 (1997), pp.595-625.

–, «Naturaleza jurídica de los contratos de distribución de carburantes y derecho de la competencia: una ecuación que es necesario resolver», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, t.31 (2010-2011), pp.613-639.

–, «El contrato de comisión en el Anteproyecto del Código Mercantil», en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp.1613-1632.

–, «Desafíos del regulador en materia de contratos de colaboración mercantil», en MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

REBOLLERO VARELA, Á.L., «Artículo 1478», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código civil*, t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

REGLERO CAMPO L.F., y MEDINA ALCOZ, L., «El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Vol. 1, Civitas, Cizur Menor, 2014.

REJÓN LÓPEZ, M. y LÓPEZ VILLÉN, P., «La auditoría de las empresas en liquidación y aquellas que están abocadas a la misma. Reflexiones sobre la situación previa a la liquidación», *Revista contable*, núm. 25 (2014), pp.37-41.

REVILLA GIMÉNEZ, I., «Normalización de la cláusula rebus sic stantibus: estudio jurisprudencial», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 41 (2017), pp.161-219.

RIBERA SABATÉS, V., «Compraventa con integración *in natura* versus permuta con compensación pecuniaria», en GÓMEZ LAPLAZA, M.C., *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft*, Dykinson, Madrid, 2012.

RÍOS-MERCADO, R.Z. y RÍOS-SOLÍS, Y.A. (Eds.), *Just-in-Time Systems*, Springer, Nueva York, 2012.

RODILLA MARTÍ, C., «La negativa a suministrar SIPS. Mercados eléctrico y derecho de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm.23 (2018).

RODRÍGUEZ CACHÓN, T., «Condiciones de eficiencia contractual bajo la economía de los costes de transacción», *InDret*, núm.4 (2019).

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «Artículo 1445. Contrato de compraventa», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

–, «Artículo 1452. Daño o provecho de la cosa vendida», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dirs.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

RODRÍGUEZ MORATA, F., «La evicción inversa en la compraventa», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.J., «El derecho mercantil y el proceso de unificación del derecho privado», *RDM*, núm.291, 2014, pp.127-142.

RUBIO TORRANO, E., «Las deudas pecuniarias y la imposibilidad sobrevinida de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 2, vol. 9 (2015), pp.23-25.

RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Deusto, Madrid, 1996.

RUIZ PERIS, J.I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991.

–, *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

–, «Comentario a la Sentencia del TS de 23 de diciembre de 2002; Contrato de Agencia. Indemnización por clientela. Recompra de stocks de piezas de recambio», *CCJC*, núm. 63 (2003), pp.925-938.

–, «Nulidad, anulabilidad y resolución por incumplimiento en el contrato de franquicia», en RUIZ PERIZ (Dir.), *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, CGPJ, Madrid, 2004.

–, *Intromisión en la clientela ajena y redes de distribución (Encroachment)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

–, «Del contrato bilateral a la relación de red», en RUIZ PERIS, J.I., *Hacia un derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

–, «Un derecho específico para las redes empresariales», en RUIZ PERIS, J.I., *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

–, «Business network as a legal explanatory framework», en RUIZ PERIS, J.I. (Dir.) *Claves del Derecho de redes empresariales*, UV, Valencia, 2017.

–, «El contrato de franquicia», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dirs.) *Contratos de distribución: agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018.

–, «Cooperación empresarial y derecho de la competencia», en RUIZ PERIS, J.I. y ESTEVAN DE QUESADA, C., *Cooperación empresarial y Derecho de la competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SALINAS ADELANTADO, C., «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24 (2011), pp.99-135.

SAN MIGUEL PRADERA, L.P., «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, vol.64, núm.4 (2011), p.1685-1724.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Clares, Valladolid, 1977.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., «El contrato de suministro de energía eléctrica», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 10-11 (1996), pp.163-190.

SÁNCHEZ MARTÍN, C., «"Incumplimiento esencial" versus "incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria". Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica», *Diario La Ley*, núm. 8318, año 35 (2014).

SÁNCHEZ PAREDES, M.L., «Los contratos bilaterales pendientes en el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18 (2009), pp.423-312.

–, «Las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos en el Anteproyecto de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 294 (2014), pp.59-114.

SÁNCHEZ PAREDES, M.L. y FLORES SEGURA, M., «Los efectos de la declaración de concurso», en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol.II, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

SANCHO GARGALLO, I., «Aplicación privada de las normas antitrust», en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SANÍN BERNAL, I., «El suministro: Un contrato, y también una realidad comercial», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm.93 (1993).

SANKAR SANA, S., «An imperfect quality economic order quantity with advanced receiving», vol.58, núm.5-6 (2013), pp.535-551.

SANTOS BRIZ, J., «Los contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm.20 (1976), pp.292-301.

–, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t. IV, Edersa, Madrid, 1975.

–, «Artículo 1124», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Comentario del Código civil*, t.VI, Bosch, Barcelona, 2006.

–, «Artículo 1182», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., *Comentario del Código civil*, t.VI, Bosch, Barcelona, 2006.

SANTOS BRIZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil*, vol. IV, Bosch, Barcelona, 2003.

SANTOS MORÓN, M.J., «Forma contractual y “desarmonización” comunitaria», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.2, núm.2, 2010, pp.202-220.

SECO CARO, E., *El contrato mercantil de compraventa*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

SENENT MARTÍNEZ, S., «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor», en CAMPUZANO LAGUILLO, B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.), *El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SERRA RODRÍGUEZ, A. y CLEMENTE MEORO, M, «Los efectos del incumplimiento», en DE VERDÁ Y BEAMONTE, J.R., *Derecho civil II: obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, 2019.

SERRANO SANTAMARÍA, A., «La indemnización por falta de preaviso en la resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: en especial, el lucro cesante», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 33 (2014), pp.387-396.

SIMÓN MORENO, H., «El suministro de bienes o servicios no solicitados en el Derecho europeo de contratos», en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Atelier, Barcelona, 2015.

SUGIMORI, Y., KUSUNOKI, K., CHO, F., *et al.*, «Toyota production system and Kanban system. Materialization of just-in-time and respect-for-human system», *International journal of production research*, vol.15, núm.6 (1977), pp.553-564.

TAICHI OHNO, en *Kanban y just in time en Toyota*, TGP Hoshin, Madrid, 1998.

TAPIA HERMIDA, A.J., «La reforma en 2021 de la normativa de consumo por los Reales Decretos Ley 7 y 24. Transparencia, ejercicio de sus derechos por el consumidor y responsabilidad civil y administrativa», *La ley mercantil*, núm. 87 (enero-2022).

TAPIAS SÁNCHEZ, M.R., «La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dir.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

TIRADO MARTÍ, I. 2009: «Reflexiones sobre el concepto de interés concursal», *Anuario de Derecho Civil*, vol.62, núm.3 (2009), pp.1055-1108.

TORAL LARA, E., «Comentario a la sentencia de 7 de marzo de 2012. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos recíprocos con obligaciones pendientes a cargo de las dos partes contratantes», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91 (2013), pp.103-130.

TORRUBIA CHALMETA, B., «El contrato de distribución selectiva», *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, núm. 8 (2011), pp.93-122.

URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXII, núm. 62, 1956, pp.221-241.

—, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «El contrato mercantil», en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2006.

—, URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2006.

UUÁREZ NÚÑEZ, H., «Los sistemas just-in-time/Kanban, un paradigma productivo», *Política y cultura*, núm. 18 (2002), pp.39-60.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «El contrato de suministro en la Ley 9/2017», *Gabilex: revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra. 2 (2019), pp.729-752.

VALIÑO, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Pentagraf, València, 1980.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Artículo 1278. Obligatoriedad de los contratos», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.3, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de derecho civil español*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1909-1916.

VAQUERO PINTO, M.J., *El arrendamiento de servicios: propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005

–, «Contratos de prestación de servicios y realización de obras», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, vol.2, Tirant lo Blanch, 2013.

–, «Indemnización por daños y perjuicios derivados de la extinción: falta de preaviso, stock permanente, amortización de inversiones», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

–, «Duración del contrato. Extinción del contrato por tiempo determinado y por tiempo indefinido», en CARBAJO CASCÓN, F. (Dir.) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y en la práctica contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VATTIER FUENZALIDA, C., «Interpretación de contrato y nulidad. Contrato mixto de arrendamiento y compraventa. Falta de objeto y causa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 22 (1990), pp.271-278.

VÁZQUEZ ALBERT, D., «El contrato de distribución exclusiva», en RUIZ PERIS, J.I. y MARTÍ MIRAVALLS, J. (Dir.) *Contratos de distribución:*

agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio, Atelier, Barcelona, 2018.

–, «Terminación de los contratos de distribución: causas y efectos patrimoniales», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (Dir.), *Los contratos de distribución comercial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VÁZQUEZ BARROS, S., *El negocio jurídico de compraventa y permuta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Artículo 1474. Responsabilidad en virtud del saneamiento», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

–, «Artículo 1478. Derechos del comprador a exigir al vendedor por saneamiento de la evicción», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P. y ORDUÑA MORENO, F.J. (Dir.), *Código civil comentado*, vol.4, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

–, «Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro eléctrico ante las entidades comercializadoras. El criterio de protección del contratante débil en la sentencia de 24 de octubre de 2016», *Diario la Ley*, núm. 8881 (2016).

VÁZQUEZ PENA, M.J., «Contribución al estudio del contrato mercantil de suministro de energía eléctrica», *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 31 (2000), pp.59-126.

VEGA VEGA, J.A., «La regulación de la permuta comercial (barter) en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en AAVV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp.1613-1632.

VEIGA COPO, A.B., «El contrato de suministro», en YZQUIERDO TOL-SADA, M.; ALMUDÍ CID, J.M. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

VERDÁ Y BEAMONTE, J.R., «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770 (2018), pp.2929-3002.

VERDERA SERVER, R. «Aplicación de la cláusula 'rebus sic stantibus' en un contrato de suministro», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm.56 (2001), pp.491-510.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «La regulación de las Obligaciones y de los Contratos Mercantiles en general en la nueva “Propuesta de Código Mercantil”», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292 (2014), pp.11-22.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, José María Bosch, Barcelona, 1990.

–, «La unificación del derecho de obligaciones», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm.2, 1999, pp.21-52.

–, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VICENTE GELLA, A., *Introducción al derecho mercantil comparado*, Labor, Barcelona, 1930.

VISO Y AÑÓ, S., *Lecciones elementales del Derecho Mercantil de España*, Ramón Ortega, Valencia, 1886.

VOCI, P., *Instituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

YU LIN, T. y LUNG HOU, K., «An imperfect quality economic order quantity with advanced receiving», *Top*, vol.23, núm.2 (2015), pp.535-551.

ZURILLA CARIÑANA, M.A., «La reforma de los artículos 60 y 97 en la Ley de modificación del TRLGDCU. ¿Hay algo nuevo que merezca la pena?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm.9, 2014.

ZURIMENDI ISLA, A., «Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia», en ALONSO UREBA, A.; VELASCO SAN PEDRO, L.A.; ALONSO LEDESMA, C.; *et al.* (Dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010.

ZURITA HERRERA, P., «Duración y extinción del contrato de distribución en el proyecto de ley del contrato de distribución», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29 (2012), 363-403.