

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho civil



TESIS DOCTORAL

EL CONTRATO MARCO DE SUMINISTRO
(UN CONTRATO FLEXISEGURO)

JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRILLA

Director: Dr. Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Granada, 2018

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: José Antonio Castillo Parrilla
ISBN: 978-84-1306-091-0
URI: <http://hdl.handle.net/10481/54754>

*A todas aquellas personas (familia y amigos) que,
con su cariño, su disponibilidad y su apoyo
son responsables de que este trabajo
haya encontrado su primer punto y seguido.*

Für meinem Doktorvater.

*A M^a Luisa Palazón, por su ejemplo
de generosidad universitaria.*

*Y a Nazaret,
por todas las horas, los minutos y los silencios.*

¡Inteligencia!, dame

el nombre exacto de las cosas!

Juan Ramón Jiménez, Eternidades

*Otro recurso del que se valen los narradores
para dotar a sus historias de poder de persuasión
es el que podríamos llamar la caja china
o la muñeca rusa (la matriuska).*

¿En qué consiste?

*En construir una historia como aquellos objetos folclóricos
en los que se hallan contenidos objetos similares de menor tamaño,
en una sucesión que se prolonga a veces hasta lo infinitesimal.*

Mario Vargas Llosa, Cartas a un joven novelista

Agradecimientos

*Los dedos perdieron fuerza
y el libro que sostenía se deslizó despacio...*

John Williams, Stoner

Una Tesis doctoral no es un trabajo individual. Sencillamente, es imposible que lo sea.

No lo es desde el punto de vista pura y exclusivamente académico, pues la mente más brillante sólo podría aspirar a dar un pequeño paso, a arrojar unas pocas partículas de luz en la apasionante oscuridad de las fronteras del conocimiento. Y eso sólo está al alcance de los grandes. Todos, los grandes y los que admiramos a los grandes, nos apoyamos en los hombros gigantescos del conocimiento que otros han construido antes con esfuerzo, y dialogamos con los vivos y los muertos a través de sus escritos. Quizás por el respeto y agradecimiento a ese diálogo silencioso sea tan importante citar correctamente las fuentes.

Pero, sobre todo, no es ni debería ser un trabajo individual (solitario) desde el punto de vista personal. El trabajo de un doctorando es precioso si se piensa que está estudiando lo que le gusta, que no tiene horarios rígidos, y que está constantemente descubriendo cosas nuevas. Sin embargo, está al mismo tiempo plagado de etapas de incertidumbre, frustración y soledad (sin que hayamos dejado de hablar de lo puramente académico). Y ninguno de nosotros está exento de pasarlo mal por motivos ajenos a la Universidad durante los cuatro años de intenso trabajo que dura un doctorado. Por eso una Tesis doctoral no debería ser nunca un trabajo solitario. Y por eso, quiero dar las gracias a todas las personas que han hecho posible en mi caso que no lo haya sido.

Quiero dar las gracias, en primer lugar, a la persona que nos transmitió ya en clase el entusiasmo y la curiosidad por ir más allá en el estudio del Derecho, a mi *Doktorvater*, el Profesor Albiez Dohrmann (los términos alemanes permiten a veces, como podrá verse en esta Tesis, una precisión en el significado mucho mayor que otros idiomas). Por su ejemplo, su implicación y su apoyo.

Gracias a Maria Luisa Palazón, por su disponibilidad y por su ejemplo de generosidad universitaria, y que sólo puedo agradecer realmente prometiéndolo. Gracias a Francisco Pertíñez, a Daniel Casas, a José Antonio Navarro, a Rosa García Pérez y a Antonio Martín León por su apoyo, sus conversaciones y su cercanía, que tanto ayudan. Gracias a Paula Castaños, y a todos mis compañeros del “grupo” de Derecho digital, por la entrega y la cercanía en el trabajo conjunto. Y gracias a todos por la amistad de la que puedo disfrutar.

Gracias a mis amigos, a Elena, a Diego, a Javi, a Antonio, a Rafa, Rocío, a Nurdín, a Carmen, Alicia, a Laura, a Macarena, a Luís, a Fran, a Dani, a Jose David, a Alberto, a Pedro y a Edelmira. Gracias por hacer honor a esa frase que dice que los amigos son la familia elegida.

Gracias a mi familia, por serlo.

Y gracias a Nazaret, por el apoyo, los ánimos, la ayuda, la paciencia y el cariño (a veces con palabras, a veces sin ellas) constantes; especialmente durante los últimos meses de esta etapa. Gracias por estar, y por haber estado siempre ahí.

ÍNDICE

Agradecimientos	9
Abreviaturas	15
CAPÍTULO 0 - Aproximación metodológica y justificación del tema	17
0.1. El interés actual de una nueva visión del contrato de suministro	17
0.2. Criterios de metodología de investigación seguidos	20
0.3. Delimitación del campo de estudio	23
0.4. Objetivos de la investigación	23
CAPÍTULO 1 - El contrato de suministro de bienes (visto como contrato marco) como instrumento para la flexiseguridad en el mercado de intercambio de bienes	25
1. Reflexiones iniciales sobre el contrato de suministro y su aptitud dinamizadora de circulación de bienes	25
2. La flexiseguridad. Origen, características y utilidad para la contratación privada.....	34
3. De la flexiseguridad laboral a la flexiseguridad en la contratación privada. Propuesta de adaptación a partir de un nuevo “triángulo dorado”.....	40
CAPÍTULO II - El contrato marco	49
1. Descripción inicial del contrato marco a través de la normativa que lo menciona	49
2. El contrato marco visto como modalidad contractual	52
3. Características del contrato marco	63
2.1 Delimitación del objeto del contrato como paso previo a la descripción de la estructura del contrato marco	64
2.2 Estructura reticular del contrato marco	74
2.3 Contrato base y contratos de aplicación como elementos constitutivos de la red “contrato marco”	86
2.4 La posible obligación de las partes de celebrar contratos de aplicación del contrato marco	91
2.5 El contrato base como regulación fundamentalmente supletoria y criterio de referencia de los contratos de aplicación.....	99
2.6 La estructura dual del contrato marco y su influencia en los elementos constitutivos del contrato.....	101
2.6.1 La dualidad de objetos en el contrato marco	103
2.6.2 La influencia de la dualidad estructural del contrato marco en el consentimiento	109
2.6.3 La influencia de la dualidad estructural del contrato marco en la causa	114
3 Las relaciones internas entre los elementos (contratos) que componen el contrato marco	118

4	La utilidad del contrato marco en las relaciones contractuales duraderas.....	121
4.1	La incidencia jurídica del tiempo en los contratos: la franja y la espera.....	121
4.2	La incidencia jurídica del tiempo y los tipos de relaciones contractuales: de tracto único, de tracto sucesivo, periódicas, continuadas e indefinidas	124
4.3	Circulación de bienes contables a través de contratos de ejecución instantánea vs circulación de bienes fluidos a través de contratos (duraderos) de ejecución continuada	126
4.4	La circulación de bienes contables a través de contratos duraderos	129
4.5	Las relaciones contractuales de duración indefinida.....	131
5	Distinción de figuras afines.....	136
5.1	Contrato marco vs precontrato	137
5.2	Contrato marco vs contrato de opción.....	140
5.3	Contrato marco vs contrato tipo y condiciones generales de la contratación.....	142
5.4	Contrato marco vs contrato normado	144
5.5	Contrato marco vs contrato normativo.....	145
5.5.1	El convenio colectivo de trabajo como ejemplo representativo de una concepción restrictiva del concepto de “contrato normativo”.....	148

CAPÍTULO III - El contrato de suministro de bienes en el Derecho privado..... 155

1.	Descripción inicial del contrato de suministro a través de la normativa que lo menciona	155
2.	El tipo contractual “contrato de suministro” en el Derecho privado.....	159
3.	Prestaciones, servicios y bienes. Distinción entre bienes fluidos y contables y delimitación del objeto de estudio.....	162
4.	La “mercantilidad” del contrato de suministro.....	171
5.	Las obligaciones de las partes en el contrato de suministro de bienes corporales	176
5.1	Obligación de suministrar	176
5.1.1.	La facultad de suspensión del suministro.....	181
5.2	Pago del precio y las cláusulas de estabilización de precios.....	184
5.3	Obligación recíproca de mantenimiento y cuidado de la confianza contractual flexisegura en una relación duradera.....	187
5.4	(Posibles) pactos de preferencia o exclusividad.....	192
6	La extinción del contrato de suministro	194
7	El contrato de suministro de bienes y su tradicional asimilación al contrato de compraventa	198
7.1	El contrato de suministro vs contrato de compraventa con pago aplazado, con pago fraccionado y con entrega fraccionada.....	207
8	Contrato de suministro y otras figuras afines	214
8.1	Contrato de suministro vs contratos de distribución	215

8.2	Contrato de suministro vs contratos con suministro y para el suministro. Los artículos 1588 CC, 3 CISG y 114 TRLGDCU.....	224
8.2.1	Contrato de suministro vs contrato para el suministro de contenidos digitales.....	228

CAPÍTULO IV - El contrato de suministro de bienes entendido como contrato marco y sus repercusiones en la dinámica contractual 239

1.	Subsunción del contrato de suministro en el esquema estructural del contrato marco	239
2.	La distribución de riesgos en el contrato (marco) de suministro.....	249
3.	Los criterios de determinación del cumplimiento y del incumplimiento	257
3.1	Del paradigma de los vicios al principio del cumplimiento conforme.....	257
3.2	La cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	263
3.3	Adaptación de los criterios de determinación del cumplimiento y del incumplimiento a los contratos-red	265
4.	El incumplimiento dual del contrato (marco) de suministro	268
4.1	Incumplimientos “singulares” de los contratos de aplicación.....	269
4.1.1	Los principios de conservación del negocio jurídico (aplicado al contrato marco de suministro) y de conformidad (en los contratos de aplicación de suministro).....	269
4.2	Incumplimiento del contrato “marco” de suministro por no celebración de contratos de aplicación.....	276
4.3	Incumplimiento “marco” de suministro por quiebra de la confianza flexisegura	279

Conclusiones..... 281

Fuentes..... 293

Normativa española.....	293
Normativa nacional de otros países.....	294
Normativa europea.....	294
Normativa internacional.....	295
Fuentes doctrinales.....	295
Informes y documentos institucionales	319
Jurisprudencia	320
Enlaces a páginas web.....	322

Abreviaturas

Anteproyecto de Código Mercantil	APCM
Asociación de Profesores de Derecho civil	APDC
Audiencia Provincial	AP
<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	BGB
<i>Code civil</i>	CC-FR
Código civil	CC
Código de comercio	CCom
<i>Codice civile</i>	CC-IT
Condiciones Generales de la Contratación	cgc
<i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías)	CISG
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	CNUDMI
<i>Draft Common Frame of Reference</i> (Marco Común de Referencia)	DCFR
Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española	DLRAE
Estrategia para el Mercado Único Digital de la Unión Europea	EMUDE
Estatuto de los Trabajadores	ET
Ley del Contrato de Agencia	LCA
Ley de Condiciones Generales de la Contratación	LCGC
Ley de Contratos del Sector Público	LCSP
Ley de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo	LGVBC
Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico	LMCE

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico	LSSICE
Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles	LVPBM
Mercado Único Digital de la Unión Europea	MUDE
Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil	PCC
Propuesta de Nuevo Código Mercantil	PNCM
Proyecto de Ley de los Contratos de Distribución	PLCD
Real Decreto-ley	RD-L
Real Decreto legislativo	RD leg
Sentencia de la Audiencia Provincial	SAP
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios	TRLGDCU
Tribunal Supremo	TS

CAPÍTULO 0 - Aproximación metodológica y justificación del tema

0.1. El interés actual de una nueva visión del contrato de suministro

Conviene comenzar estas palabras recordando algo en lo que gran parte de los autores que se han ocupado de estudiar en profundidad el contrato de suministro coinciden: podría decirse que este contrato existe desde siempre. Hay quien incluso llega a vincular su existencia con el nacimiento de una sociedad (Mossa, 1915). De hecho, los orígenes remotos de este contrato pueden encontrarse en el abastecimiento en el Imperio Romano. Mucho se ha escrito desde entonces acerca de esta figura especialmente desde el ámbito del Derecho Público. Cuestión distinta ha sido el Derecho Privado, donde el contrato de suministro no ha gozado de una tipificación normativa hasta época bastante reciente. España es una buena muestra de esta paradoja, pues el contrato de suministro ha sido regulado desde el Derecho Público desde hace más de un siglo (*vid.* Sosa Wagner para un repaso histórico) mientras que por lo que respecta al Derecho Privado el término “suministro” (ni siquiera se habla de “contrato de suministro”) se menciona de forma esporádica y fragmentaria en algunos textos normativos; pero no llega a definirse en ninguna parte ni, menos aún, goza de una regulación completa y sistemática en un cuerpo legal de referencia equivalente, por dejarlo sólo en España, a la LCSP. La jurisprudencia ha tenido que acudir a normas generales y a la regulación del contrato de compraventa, interpretándolas desde la óptica del *Codice civile* de 1942, que sí define y regula el contrato de suministro (arts. 1559 y ss). La doctrina iusprivatista, por su parte, se ha venido ocupando de este contrato, dedicándole incluso loables estudios monográficos (*ad ex.*, Fernández del Moral Domínguez, 1992).

Teniendo en cuenta el panorama que acabamos de exponer, ¿qué interés podría tener en la actualidad una revisión del contrato de suministro? Las razones que justifican, a nuestro modo de ver, un estudio de este contrato y, sobre todo, una (propuesta de) actualización de la manera en que se lo concibe son tanto de orden económico como de orden, podríamos llamarlo así, “prenormativo”.

Por comenzar por las primeras, pueden agruparse en tres ideas principales:

- (1) Se está produciendo un incremento de las relaciones contractuales de carácter duradero. Este incremento se debe en parte, aunque no sólo, a los cambios que la Revolución Digital está provocando en las relaciones patrimoniales: se prefiere el uso y el acceso antes que la tenencia o la propiedad (economía de la velocidad y de experiencias frente a economía de escala y circulación de bienes). Igualmente, se prefieren los beneficios de una relación duradera, aunque no tengan rédito instantáneo, al mero intercambio puntual de prestaciones.
- (2) En un contexto como el que acabamos de describir (aumento de las relaciones duraderas en detrimento de las puntuales o de ejecución instantánea) los grupos de contratos representan una gran oportunidad de canalización contractual de las relaciones duraderas. Ello se debe a que permiten una suerte de “dosificación del cumplimiento solutorio” (que no es lo mismo que sucesión de cumplimientos parciales) a lo largo de la vigencia de la relación contractual. Dicho de otro modo: si cada vez vamos a tener más relaciones contractuales duraderas (y durante más tiempo), parece razonable que intentemos que sean cuanto más flexibles mejor, sin que ello signifique incertidumbre respecto de la estabilidad y continuidad de la propia relación contractual (“flexiseguridad”). El contrato marco es un contrato grupal que responde razonablemente bien a estos objetivos; y es, además, la estructura (o “modalidad contractual”) a través de la que se canaliza el contrato de suministro.
- (3) Debido, ahora sí, principalmente a la Revolución Digital y al estupor jurídico que genera (tanto es así que hay quienes abogan por repensar y redefinir el Derecho desde cero en cuanto a temas tecnológicos), empieza a utilizarse la palabra “suministro” como término fetiche para hacer referencia a aquellos contratos que no se sabe exactamente lo que son, pero que necesitan con urgencia una regulación debido a su alto impacto económico en “pocos años de vida”. Esto provoca una vulgarización del término, ya que, a pesar de ser utilizado en un contexto jurídico (nada menos que una norma), se ve desprovisto de los caracteres jurídicos que le son propios y que lo diferencian de otros contratos. Dicho en pocas palabras: si todo es suministro, entonces nada es suministro.

Las razones “prenormativas” que justifican el interés de nuestra Tesis en el momento actual son tres:

- (1) Desde el año 2011 (a raíz de la Directiva 2011/83/UE y de la fallida Propuesta CESL) ha hecho fortuna la expresión “contrato de suministro de contenidos digitales” hasta el punto de que existe una Propuesta de Directiva cuya tramitación se encuentra ya bastante avanzada que se ocupa exclusivamente de estos contratos. La óptica desde la que se abordan los llamados “contratos de suministro de contenidos digitales” participa de la idea que acabamos de expresar más arriba: se utiliza el término “suministro” de un modo impreciso y omnicomprendivo, desdibujando sus contornos hasta el punto de que es del todo irrelevante que se utilice este término o cualquier otro.
- (2) En 2014 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (APCM), que recoge por primera vez (en sus arts. 513-1 a 513-9) una definición y una regulación completa y sistemática del contrato de suministro. Se trata, a nuestro modo de ver, de una buena regulación. Sin embargo, aunque no lo fuera merecería alabanza, pues se trata de un intento serio por parte de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación de ofrecer una regulación completa y sistemática de un contrato hasta ahora atípico recogiendo los criterios de la jurisprudencia y la doctrina, así como la práctica habitual de este contrato (los usos y costumbres).
- (3) Finalmente, entre 2015 y 2018 la ADPC ha elaborado una propuesta completa de Código civil para España (PCC). En esta Propuesta se incluye por primera vez una definición del “contrato marco”, inspirada en el artículo 1111 del *Code civil*, recientemente reformado. Tiene importancia desde el punto de vista meramente terminológico porque supone una toma de partido (en España ha tenido mejor fortuna la expresión “contrato normativo”, sin demasiada claridad en cuanto a su significado). Y tiene importancia, sobre todo, en la medida en que da entrada (aunque se trata, como el APCM, de un intento normativo que, además en el caso de la PCC, no pasa de ser una mera propuesta académica) a una modalidad contractual que permitiría canalizar razonablemente bien las necesidades de flexiseguridad de la economía actual.

0.2. Criterios de metodología de investigación seguidos¹

Es conocida la incapacidad de los propios juristas para definir el Derecho y para ponerse de acuerdo sobre si el Derecho es o no es una ciencia. Afortunadamente esta investigación no intenta dar respuesta a estas preguntas. Sí podemos estar de acuerdo en que la investigación jurídica parte de un objeto dado (la norma) que se introduce en un conjunto o sistema, entendiendo esto último desde un doble punto de vista: el ordenamiento jurídico en que se inserta y el contexto social en que debe ser aplicada (*cfr.* Latorre Latorre, 2012: 20-22).

Por otra parte, en la medida en que el Derecho se sirve del lenguaje, fundamentalmente el lenguaje verbal (*cfr.* Nino, 2003: 245-247), en tanto que instrumento necesario para la descripción y sobre todo comunicación de las normas, parece importante que la investigación jurídica se rija por un uso lo más cuidado posible de los términos y los conceptos. Esta necesidad puede observarse en toda investigación jurídica, aunque quizás en la que pretendemos llevar a cabo se manifieste de una forma más evidente, ya que la descripción y delimitación de los conceptos “contrato marco” y “contrato de suministro” tiene una importancia fundamental en el conjunto de la Tesis. Hay que advertir por ello desde este momento que la literalidad de algunas normas y extractos de jurisprudencia (y, probablemente, ciertos lapsus no detectados por parte de quien escribe a pesar de las revisiones) pueda no respetar en algún momento la coherencia terminológica que intentamos mantener.

Que el Derecho esté compuesto fundamentalmente de normas (y no cualquier tipo de normas: normas jurídicas) y que las normas sólo puedan expresarse a través del lenguaje (que, como elemento vivo, se encuentra en constante evolución) condiciona la adaptación del método científico en la investigación jurídica. No se trata de entender el Derecho como ciencia en el sentido de conjunto de conocimientos estructurados sistemáticamente y enunciados a través de leyes que permiten describir el mundo; sino como conjunto de conocimientos estructurados sistemáticamente y enunciados a través de normas jurídicas (no sólo leyes) que ofrecen argumentos u órdenes sobre cómo

¹ Los criterios acerca de la investigación jurídica de los que nos hacemos eco en este apartado tienen como referencia principal la obra titulada *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, del profesor Latorre Latorre (2012).

actuar en el mundo². En otras palabras, el Derecho, admitiendo que se lo califique como “ciencia”, no busca la verdad, sino “el mejor argumento como sustrato de la justicia” (Latorre Latorre, 2012: 23).

Siguiendo a Latorre Latorre (2012: 119-148), pueden distinguirse tres grupos de investigaciones en Derecho: sistematizadora, de *lege data* y de *lege ferenda*. Una investigación sistematizadora será toda aquella investigación de carácter fundamentalmente descriptivo, orientada a crear un cuerpo doctrinal, lo que resultará de gran utilidad en aquellos campos del Derecho con normas dispersas y fragmentarias. A través de una investigación sistematizadora se busca, por tanto, una clasificación conceptual y dogmática compatible con el sistema de Derecho vigente, ofreciendo una reconstrucción completa y ordenada de un determinado campo del Derecho. Tiene una función pedagógica en la medida en que facilita a los operadores jurídicos la comprensión de un sector del ordenamiento, y divulgativa de las novedades y modificaciones legislativas. Una investigación de *lege data* intenta dar un paso más allá de la mera sistematización: describe un sistema dado que no se cuestiona, pero propone (a través de argumentos jurídicos) una interpretación distinta de la hasta ese momento vigente. Finalmente, una investigación de *lege ferenda* parte de un sistema dado (como hemos dicho, esto es común a toda investigación jurídica), que no se acepta en todo o en parte, y para el que se propone una modificación. Hay que añadir una investigación que podríamos calificar de horizontal, y que se hace necesaria en la práctica totalidad de la investigación jurídica: el estudio de la jurisprudencia (*cfr.* art. 1.6 CC).

Huelga decir que las categorías que acabamos de enumerar no son compartimentos estancos, y que muy probablemente la mayor parte de las investigaciones jurídicas tengan un poco de cada una. Sin embargo, conviene tener presente cuál es el carácter preponderante de la investigación jurídica que se lleva a cabo si se desean lograr los resultados más satisfactorios posibles, y conviene también advertirlo al inicio de la misma en aras de evitar equívocos o frustración de expectativas.

Como hemos dicho, el interés de nuestra investigación parte de un contexto de propuestas de cambio normativo de gran importancia, por mucho que el contexto político no permita aventurar que puedan salir adelante en el corto plazo, y desde luego

² *Cfr.* Kant (2008: 44): “La filosofía formal se llama lógica, mientras que la filosofía material, que se refiere a objetos determinados y sus leyes, se divide en dos. Porque estas leyes son o bien leyes de la naturaleza, o bien leyes de la libertad”.

no sin modificaciones. Igualmente, el cambio en el contexto económico derivado de la Revolución Digital merece ser atendido por el Derecho.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, podemos afirmar que esta investigación podría clasificarse como de *lege data*; teniendo en cuenta, sin embargo, algunas observaciones. No tratamos de interpretar un sistema normativo (en este caso, la regulación normativa de dos figuras contractuales) en vigor, sino dos propuestas normativas: las que se contienen en el APCM (respecto del contrato de suministro) y en la PCC (respecto del contrato marco). Tales normas las tomamos como objeto de estudio en calidad de *opinio iuris* consolidada y cristalizada en un texto articulado, pues no pasa de tratarse de un Anteproyecto de Ley y de una propuesta académica. Utilizamos las respectivas normas sobre el contrato de suministro y el contrato marco contenidas en estos textos con un doble objetivo: (1) demostrar el encaje del contrato de suministro – como tipo contractual – en el contrato marco – como modalidad contractual; y (2) examinar la viabilidad de una y otra norma en el contexto normativo actual.

Si se tiene en cuenta que ni uno ni otro texto tienen visos de ser impulsados en el corto plazo ni, por tanto, entrar en vigor próximamente podría clasificarse esta investigación como de *lege ferenda*. No obstante, el aporte de esta Tesis no busca situarse en la propuesta de una definición o una regulación; sino en la constatación de la proximidad de ambas figuras partiendo de la interpretación de una normativa cuyo contenido se acepta como opinión consolidada y cuya formulación, en líneas generales, no se cuestiona. En cualquier caso, debemos advertir que no se pretende una sistematización completa y exhaustiva. Nos servimos de muchas de las que ya han sido desarrolladas en muchas de las cuestiones que tratamos (flexiseguridad, contrato marco, contrato de suministro, dinámica de cumplimiento...) para proponer un paso más en la interpretación de lo que ya existe. En algunas de las cuestiones que aquí se tratan, por tanto, haremos una descripción del “estado de la cuestión”, pero sin aspirar a reeditar una sistematización de tales cuestiones.

0.3. Delimitación del campo de estudio

La investigación que pretendemos llevar a cabo necesita, para alcanzar resultados mínimamente satisfactorios, ser humilde en sus pretensiones. Pretendemos realizar un estudio y una revisión de la concepción del contrato de suministro desde las circunstancias y la metodología que hemos descrito en los dos apartados anteriores. En este punto damos cuenta de las fronteras de este trabajo.

La primera frontera es geográfica. La investigación se centra en el ordenamiento jurídico español. Es de todos conocida la influencia del Derecho de la Unión Europea, del Derecho internacional y de los Derechos nacionales de otros Estados en nuestro país. Por esta razón hemos tenido en cuenta y estudiado con detenimiento algunas de estas normas; pero en ningún caso se pretende ofrecer en esta Tesis un estudio de Derecho comparado acerca de las materias que nos proponemos analizar.

La segunda frontera tiene que ver con los concretos objetos de estudio. Nos centraremos en el contrato de suministro de bienes muebles corporales (preferimos hablar de bienes en lugar de mercaderías o productos). Por tanto, quedan fuera de nuestro estudio (sin perjuicio de puntuales alusiones o descripciones de los mismos) los contratos de suministros básicos (agua, luz y gas), el contrato de suministro en el Derecho público, el contrato de suministro de servicios, el contrato de suministro de contenidos digitales y el suministro en el Derecho internacional privado (aunque se analizan determinados artículos de la CISG, no se tratan cuestiones de derecho aplicable, foro o ejecución). Tampoco se tratan cuestiones relativas al concurso, ni la incidencia que tendría la posible consideración del contrato de suministro como contrato marco (y, por tanto, contrato grupal) en el mismo.

0.4. Objetivos de la investigación

Toda investigación parte de una hipótesis, que habrá de ser validada o refutada. Esto plantea problemas en Derecho, pues, como hemos visto, las leyes jurídicas no son leyes descriptivas de la realidad, sino leyes que buscan la mejor forma de administrar la libertad en una comunidad política concreta y en un contexto histórico y económico determinado. La idea de hipótesis debe reformularse para hacer referencia no tanto a

una intuición acerca de la realidad, sino a la detección de un problema jurídico que debe resolverse.

En esta Tesis hemos partido de las siguientes hipótesis, que pretendemos argumentar a lo largo de las siguientes páginas:

- (1) en el contexto económico actual (de cambio) podemos observar una tendencia hacia el aumento de relaciones contractuales duraderas, lo que aconseja una adaptación de la figura de la flexiseguridad (propia del Derecho del trabajo) al Derecho patrimonial privado;
- (2) el contrato marco es una modalidad contractual que permite canalizar las necesidades de flexibilidad y estabilidad que se demandan en el contexto económico actual;
- (3) el contrato de suministro no es un contrato unitario, sino plural o de grupo, y responde a la estructura que ofrece el contrato marco como modalidad contractual; y
- (4) aceptar esta estructura y funcionamiento del contrato de suministro permite responder mejor a las necesidades de las partes que optan por este contrato y no por otros como la compraventa.

CAPÍTULO 1 - El contrato de suministro de bienes (visto como contrato marco) como instrumento para la flexiseguridad en el mercado de intercambio de bienes

1. Reflexiones iniciales sobre el contrato de suministro y su aptitud dinamizadora de circulación de bienes

El contrato de suministro es una figura plenamente consolidada en la práctica como cauce contractual a través del cual canalizar el intercambio de bienes. Pese a que ha sido regulado desde antiguo por el Derecho público, ni el Código civil ni el de Comercio acogen actualmente una regulación unitaria del contrato de suministro, que habitualmente ha tratado de verse como una modalidad de compraventa (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 11; Sosa Wagner, 2003: 27; Veiga Copo, 2014, 707; Bercovitz Álvarez, 2017: 522)³. Pese a todo, se trata de una figura consolidada cuya existencia se ha vinculado incluso con el nacimiento de una sociedad (Mossa, 1915: 22). Debemos anticipar que consideramos que la visión del contrato de suministro de bienes como una mera modalidad de compraventa es equivocada, al menos parcialmente, en la medida en que no se observa el fenómeno contractual en su conjunto.

Tomaremos como punto de partida la definición de contrato de suministro que recogen los artículos 1559 del *Codice civile* (en adelante, CCIT) y 513 Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, APCM), que se inspira en el primero. Según estos preceptos, puede entenderse por contrato de suministro aquél mediante el cual una parte (suministrador) se obliga a realizar en favor de otra (suministrado) determinado tipo de prestaciones⁴ periódicas o continuadas a cambio de un precio y durante un período de

³ La llamada de atención que realizan tanto Fernández del Moral Domínguez en 1992 como Sosa Wagner en 2003 sigue a día de hoy siendo cierta. Como veremos en su momento, el APCM define por primera vez el contrato de suministro en el Derecho español, inspirándose en el italiano. No obstante, esta propuesta normativa se encuentra varada en el Ministerio de Justicia y no parece que en el corto o medio plazo pueda ver la luz (amén de otras consideraciones, que trataremos más adelante).

⁴ Conviene poner de relieve desde el inicio una precisión respecto de nuestro objeto de estudio que ya se apunta en el propio título así como en este mismo capítulo: pretendemos ocuparnos del contrato de suministro de bienes en el Derecho privado. Por tanto, la expresión “prestaciones” traída en este caso del Derecho italiano debe entenderse como sinónimo de “bienes”. Trataremos esta cuestión con el detalle que merece en el capítulo dedicado al contrato de suministro.

tiempo no necesariamente determinado o determinable, en función de las necesidades del suministrado⁵.

¿Qué utilidad económica convierte al contrato de suministro en el canal contractual de referencia en el intercambio de bienes? Dicho de otro modo, ¿qué función económica y jurídica permite desarrollar que lo diferencia de otras figuras contractuales? La respuesta a esta pregunta es capital para nuestro trabajo, pues si efectivamente el contrato de suministro permite desarrollar funciones económicas diferenciadas del (o añadidas al) contrato de compraventa, será igualmente posible afirmar su autonomía respecto de éste. El contrato de suministro sirve a las partes que lo celebran no sólo como cauce contractual de cara al intercambio patrimonial de bienes (necesidad económica a la que responde también el contrato de compraventa), sino como fuente de estabilidad contractual (en la medida en que el contrato de suministro da lugar a una relación duradera entre las partes) con el necesario margen de flexibilidad ante un futuro tráfico jurídico previsiblemente imprevisible⁶. En resumen, no sólo canaliza el intercambio patrimonial de bienes (utilidad que comparte con el contrato de compraventa), sino que genera una relación contractual duradera y flexisegura.

Señala Fernández del Moral Domínguez (1992: 54) que “en el tráfico mercantil son precisos límites a las facultades exclusivas de uno de los contratantes que garanticen la seguridad, pero, a la vez, es necesaria cierta flexibilidad”. La aptitud para proporcionar

⁵ Una definición similar aporta Fernández del Moral Domínguez (1992: 12). Por su parte, el artículo 16.3.a de la LCSP califica como contratos 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 un contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.

⁶ *Cfr.* Bercovitz Álvarez (2017: 529): “el contrato de suministro introduce un elemento especulativo en el tráfico económico, pues permite que la empresa suministradora no cuente con las mercancías encargadas en el momento de la conclusión del contrato (...), simplemente se compromete a obtenerlas, fabricándolas o adquiriéndolas, para entregarlas al suministrado en el momento en que éste las requiera, dentro, eso sí, de las previsiones establecidas en el contrato” (base).

Por su parte, Gatsi (1996: 3 y 8) señala como ventajas del contrato marco que garantiza una estabilidad en las relaciones contractuales (lo cual proporciona seguridad), al tiempo que permite que cada contrato futuro se adapte a la situación económica de cada momento en aras de concretar mejor los objetivos comunes definidos al inicio (contribuyendo a salvaguardar mejor de esta manera la propia estabilidad). Particularmente claro resulta el autor en relación con el contrato de cuenta corriente (que entiende como ejemplo de contrato marco en el sector bancario): “Dans la mesure où il est impossible de prévoir à l’origine du compte courant le nombre et le montant des créances réciproques à naître entre les contractants, deux manifestations de volontés sont nécessaires pour le fonctionnement du compte courant: d’abord lors de l’ouverture du compte, ensuite à l’occasion de chaque contrat de services” (Gatsi, 1996: 19). *Vid.* para un estudio sobre el contrato de cuenta corriente en España, Ibáñez Jiménez (2015: 1421-1440).

niveles aceptables de seguridad y flexibilidad en la contratación ha sido destacada tanto en relación con el contrato de suministro (Fernández del Moral Domínguez, 1992) como respecto del contrato marco (Soro Russell, 2014: 322). Destacamos de este último las siguientes palabras en relación con el que llama “contrato normativo”:

“Lo que definía a los contratos normativos estudiados y al mismo tiempo incrementaba su valor en la práctica jurídica era, por un lado, la seguridad que puede ofrecer a los participantes en la relación gracias a la estabilidad que proporciona y a su carácter jurídicamente vinculante y, por el otro, su flexibilidad o fácil adaptabilidad a las cambiantes necesidades de las partes; cualidades que no se presentan conjuntamente ni en los contratos de ejecución instantánea ni en los contratos de ejecución duradera, por el contrario, caracterizados, respectivamente, por la gran precariedad y rigidez que su conclusión genera”.

La necesidad de indeterminación se refiere a la cantidad concreta que será objeto de suministro en cada entrega puntual (a las que llamaremos “contratos de aplicación de suministro”) producida tras celebrar las partes el contrato inicial (al que llamaremos “contrato marco de suministro”) o, incluso, al momento en que se solicitará dicha entrega o el precio⁷. En cambio, la necesidad de estabilidad y seguridad se proyecta sobre la posibilidad misma de obtener dichos bienes de un proveedor conocido, de forma sencilla y en unas condiciones ya pactadas y conocidas por ambos de manera que no haya necesidad de repetirlas constantemente⁸. Dicho de otro modo, las partes que celebran un contrato de suministro previsiblemente necesitan tener seguridad respecto de la estabilidad de la relación jurídica en cuanto tal, al tiempo que indeterminación respecto de la cantidad concreta de bienes objeto de cada una de las entregas en los respectivos contratos de aplicación de suministro (las entregas o suministros concretos, si se quieren llamar así), ya que esto último probablemente no lo sepan, no lo puedan

⁷ Aunque será explicado con posterioridad, debemos poner de relieve en este momento en aras de una mayor claridad que en el contrato de suministro (o, mejor dicho, en sus sucesivas entregas o contratos de aplicación de suministro) pueden identificarse tres horquillas: la cantidad de bienes que el suministrado pide (ej, entre 10 y 20 cajas, entre 1 y 3 kilogramos...), el tiempo del pedido (ej, entre el lunes y el miércoles de cada semana, los primeros cinco días de cada mes...) y el precio (no más o menos de x € por caja/kg...). Obviamente, en cada contrato podrán darse todas, ninguna o varias. En cualquier caso, la posibilidad de introducir horquillas en concretos elementos esenciales del contrato es un elemento que contribuye a la flexiseguridad del contrato de suministro entendido como contrato marco, pues permite cierto margen de maniobra dentro de los límites inicialmente pactados por las partes (en el contrato marco de suministro).

⁸ *Cfr.*, las ventajas que señala Gatsi (1996: 2) respecto de los llamados “groupes de contrats”: rapidez de los intercambios futuros, simplificación y ausencia de negociaciones repetitivas.

saber, o suponga un elevado coste tanto económico como de esfuerzo y tiempo saberlo (ej, encargando un estudio económico concienzudo que, para una pequeña o mediana empresa puede suponer un coste desmesurado y difícilmente amortizable).

Por tanto, puede afirmarse que el contrato de suministro garantiza la flexiseguridad de la relación contractual en la medida en que el suministrado tendrá la tranquilidad de que conoce los bienes que va a obtener, la fiabilidad de su proveedor, que éste tiene existencias, etc.; mientras que el suministrador tendrá la tranquilidad de que podrá colocar los bienes de que se ocupa⁹ en el mercado (incluso la frecuencia y cantidad aproximadas de los sucesivos pedidos), o que el suministrado es solvente. En cambio, ni uno ni otro se verán encorsetados por un contrato que les obliga a cumplir determinados extremos que pueden resultarles poco eficientes como la recepción obligada de cantidades excesivas de mercaderías (ej, se pacta en un contrato de suministro una cantidad global de leche para una cafetería previendo que se consumirán todas las semanas 200 litros, pero sin tener en cuenta que durante los meses de julio y agosto descienden considerablemente las ventas).

Las partes que celebran un contrato de suministro tampoco están expuestas a la incertidumbre propia de verse obligados a celebrar solamente contratos puntuales de compraventa. Estas situaciones son poco eficientes desde un punto de vista económico teniendo en cuenta que el contrato de suministro responde a una necesidad que se prolonga en el tiempo, sin perjuicio de que las sucesivas respuestas que a ésta se den deberán concretarse con cierta flexibilidad a lo largo de la duración del contrato y en función de las necesidades del suministrado (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 141)¹⁰.

⁹ Las figuras de suministrador y productor no deben confundirse (*vid.* gráfico sobre la cadena de producción más adelante). El suministrador puede ser productor de aquellos bienes que coloca en el mercado (en cuyo caso podemos hablar, en puridad, de productos), o un mero intermediario. En este último caso sólo sería correcto utilizar el término producto en el sentido del artículo 6 TRLGDCU. Si bien dicho artículo acaba remitiéndose al 335 CC (lo que convertiría los términos “bienes” y “productos” en sinónimos) parece razonable que se reserve la expresión producto para un contexto propio del Derecho de consumidores o para bienes que han sido fabricados (producidos) por quien los pone en circulación en el mercado (productor-suministrador; o productor-vendedor, por ejemplo).

¹⁰ Nótese la considerable similitud de estas palabras con el artículo 16.3.a LCSP, que define como contratos 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 estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.

Como hemos intentado poner de manifiesto en estas líneas iniciales, el contrato de suministro se presenta como una “tercera vía”, que permite conjurar las dificultades tanto de optar por una sucesión de compraventas puntuales *sine die* como de decantarse por un contrato de compraventa global cuya ejecución tuviera lugar de manera aplazada a lo largo de un cierto espacio de tiempo. Dados los riesgos que comportan uno y otro extremo, puede afirmarse que se trata de opciones poco eficientes desde un punto de vista económico para aquellas partes contratantes que deseen o necesiten establecer una relación jurídica duradera de intercambio de bienes.

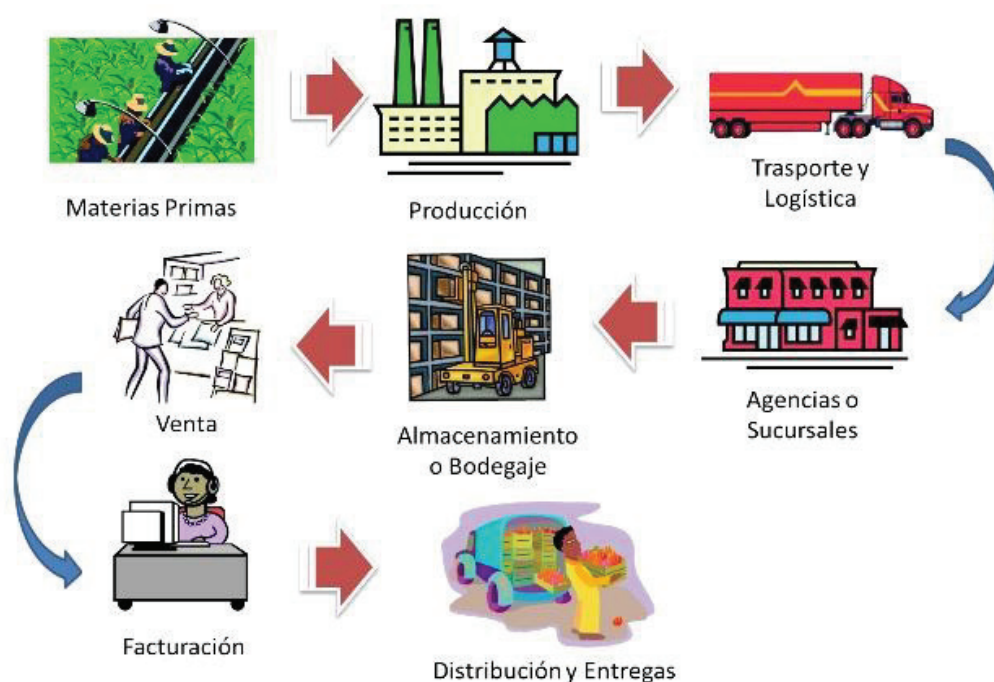
Esto puede provocar que el suministrador se retraiga a la hora de producir (o importar) bienes debido a los riesgos a que se verá expuesto tanto si opta por la vía “flexi-insegura” (compraventas puntuales) como si opta por la vía “inflexi-segura”¹¹ (compraventa global troceada, mal llamada “suministro” en ocasiones). Por su parte, el suministrado se verá igualmente expuesto a riesgos excesivos derivados tanto de la “flexi-inseguridad” como de la “inflexi-seguridad”: si opta por la vía “flexi-insegura” deberá realizar una previsión muy precisa de sus necesidades en el medio plazo como mínimo. Esta previsión exige estudios de mercado rigurosos que por una parte resultan costosos y difícilmente amortizables en una pequeña o mediana empresa, y por otra, pueden errar con facilidad debido a cambios de circunstancias económicas no previstos. En caso de que dicha previsión fallara, se verá expuesto a responsabilidad por incumplimiento frente al suministrador¹². Si opta por una opción “flexi-insegura” se verá expuesto, en primer lugar, al desgaste que supone iniciar constantemente relaciones contractuales con uno o varios proveedores de sus mercaderías, no podrá beneficiarse de posibles bajadas de precios que los proveedores se atreverían a hacerle de tener asegurada una mínima colocación de sus bienes (la incertidumbre, o la certidumbre, también se pagan), puede que en ocasiones no encuentre aquello que necesita o que deba pagar un precio muy alto por adquirirlo, etc. Todos estos riesgos tienen su traducción en términos monetarios en relación con los suministrados (inversión en tiempo y esfuerzo por tener que buscar proveedores constantemente, precios más altos por adquirir los mismos bienes, riesgo de no encontrarlos...). Por otra parte, puede desincentivar la iniciativa económica, pues quienes se plantean emprender una actividad económica sólo lo harán si no se ven expuestos a elegir cualquiera de los dos extremos

¹¹ Las expresiones entrecomilladas están tomadas de Valdés Dal-ré (2010: 39).

¹² Por ejemplo, si no pide la cantidad que se pactó que pediría, si no puede pagar la cantidad que se le entrega y recibe obligado porque no ha podido colocarla en el mercado...

antedichos (inflexi-seguridad vs flexi-inseguridad), dada la alta (e innecesaria) exposición al fracaso y la consiguiente responsabilidad en caso de que éste se produzca.

El panorama que acabamos de esbozar presenta una situación de economía estancada por la desconfianza, el recelo y, en definitiva, el miedo de quienes están llamados a dinamizarla. La introducción y salida de bienes en el mercado no tiene lugar de manera puntual, sino que forma parte de un ciclo en el que cada bien pasa por diversas manos hasta que llega al consumidor final.



A lo largo de esta cadena, una misma persona puede ser al mismo tiempo suministrador y suministrado¹³. La explicación gráfica de este proceso podría decirse que es muy similar a una carrera de relevos. Si los actores llamados a tomar parte en esta carrera de relevos están atemorizados por el alto riesgo que implica, no querrán participar; y si lo hacen, irán andando con cuidado en lugar de correr. Dicho de otro modo, el tráfico económico y jurídico de bienes será lento y poco eficiente debido a la poca entrada de agentes en el ciclo del mercado y al recelo de los pocos valientes que se atreven a participar.

¹³ Gráfico recuperado de: <https://pablosaraviatasayco.files.wordpress.com/2016/07/sesion5-industrias-culturales-18-638.jpg>.

¿Cómo podríamos solucionar este panorama? Neutralicemos los riesgos a que estos agentes (actuales o potenciales) se ven expuestos.

Al celebrar un contrato de suministro (aceptando que el funcionamiento de dicho contrato puede entenderse adecuadamente a través del esquema del contrato marco en lugar de como tipo contractual afín al contrato de compraventa) el suministrador neutraliza el riesgo de una cristalización excesiva de la relación jurídica a través de un contrato duradero con altas posibilidades de verse incumplido por el suministrado en caso de que éste último no hubiera realizado un correcto estudio de mercado o que tuvieran lugar circunstancias económicas sobrevenidas. Por otra parte, el suministrador tendrá más tranquilidad respecto de su producción (o importación) de bienes al tener asegurado un cierto número de relaciones contractuales duraderas por mucho que éstas, en su ejecución (a través de los contratos de aplicación de suministro), gocen de cierto grado de indeterminación.

El suministrado, por su parte, realizará una sola vez el esfuerzo de buscar proveedor para los distintos bienes que necesite. De esta manera, reducirá la incertidumbre y el desgaste que provocarían una sucesión de compraventas puntuales para huir de la excesiva rigidez de una compraventa global aplazada. Igualmente, podrá aprovecharse de ciertos beneficios económicos con los que el suministrador compense la tranquilidad de poder colocar los bienes en el mercado, conocerá de antemano la calidad de los que le van a llegar, la puntualidad del proveedor y otros tantos detalles importantes para el desarrollo de su negocio. En definitiva, podrá beneficiarse de la fluidez de una relación jurídica continuada en el tiempo. Todo ello le permitirá ser más atrevido a la hora de realizar su actividad económica al tiempo que invitará a otros a incorporarse al mercado.

Un mercado cuyas barreras de entrada y salida son reducidas o tendencialmente inexistentes (lo cual no deja de ser una ficción, económica en este caso) se acerca mucho más al paradigma del mercado de competencia perfecta, del cual merece la pena poner de relieve su aptitud dinamizadora del flujo económico frente a las características de otro tipo de mercados salpicados de “imperfecciones” que dificultan u obstaculizan dicho flujo. Pensemos en una librería que desea abastecerse de determinados títulos de novelas. Puede plantearse varias opciones: (1) realizar una compra global de X ejemplares de cada uno de los títulos que prevé vender y realizar pagos sucesivos de las entregas de eses pedido global conforme se vayan produciendo, o (2) llamar cada mes o conforme se vayan agotando existencias a uno o varios proveedores para adquirir de

manera puntual pequeñas cantidades en función de las necesidades presentes en cada momento.

Ambas opciones son costosas. La primera (compraventa global u opción “inflexi-segura”) enfrenta al suministrado a tres tipos de barreras: económica, de confianza y de planificación. Lo enfrenta a una barrera económica porque necesitará realizar un considerable esfuerzo de capitalización o de endeudamiento sin que sea estrictamente necesario dado el anticipo con que se ve obligado a hacerlo. Se enfrentará a una barrera de confianza en la medida en que el suministrador deberá asegurarse de que puede asumir el riesgo; esto es, deberá fiscalizar la buena conducta del suministrado, particularmente si ha tenido lugar el mencionado esfuerzo de capitalización o endeudamiento y, en este último caso, si podrá responder de sus obligaciones (en otras palabras, el suministrado deberá enfrentarse a las reticencias, a la desconfianza, del suministrador). Finalmente, el suministrado se enfrenta a una barrera relacionada con la planificación, ya que realizar una estimación de los bienes que se van a necesitar en un período largo de tiempo es mucho más complicado (y estará sujeto a más contingencias, más o menos previsibles) que constatar que van a necesitarse determinado tipo de bienes en una cantidad indeterminada *ab initio*, pero determinable en sucesivos momentos posteriores conforme éstos vayan acercándose en el tiempo.

El contrato de suministro, visto como un ejemplo de contrato marco, permite eliminar o, al menos, reducir las barreras de mercado mencionadas. Al eliminar la necesidad de realizar un esfuerzo inicial de endeudamiento o capitalización excesivos se reduce la barrera económica. Se reduce la desconfianza en la medida en que se reducen aquellos aspectos sobre los que el proveedor podría desconfiar (pues no tiene ya que vigilar la efectiva capitalización o endeudamiento así como su viabilidad económica). Por último, se reduce la barrera de planificación dado que ya no será necesario realizar un complejo, arriesgado y costoso estudio para prever con una antelación excesiva los bienes que se van a necesitar. Lo que se contrata al inicio es simplemente el establecimiento de una relación contractual de carácter duradero. En otras palabras, el pacto inicial del contrato de suministro entendido como contrato marco podría resumirse en que se solicitará la entrega de determinado tipo de bienes cuando se necesiten y en la cantidad necesaria en cada momento, dentro de ciertos márgenes tanto de tiempo como de cantidad (*vid.* art. 16.3 LCSP).

Si todo el razonamiento que acabamos de hacer lo aplicamos a una situación de compraventa global de novelas (opción “inflexi-segura”) es fácil imaginar un acuerdo posterior entre comprador y vendedor de cara a la devolución de ejemplares no vendidos ya que se trata de bienes no perecederos. La cosa se complica si se trata, por ejemplo, de los suministros que recibe semanalmente un restaurante. La mera mención de este último ejemplo permitirá adivinar que no nos proponemos la modificación de práctica contractual alguna. Al contrario, lo que pretendemos con este trabajo es, precisamente, facilitar la cristalización (jurídico-normativa) de una práctica contractual consolidada y cada vez más extendida en cuanto a tipos de bienes y de partes contratantes se refiere. El primer paso para ello, sin embargo, es llamar a las cosas por su nombre. O, como ocurre en este caso, poner de relieve que el nombre que reciben no es el adecuado para, seguidamente, proponer un esquema jurídico, un paradigma, que permita visibilizar aquello que ya ocurre.

Resumiendo, poniendo de relieve que el contrato de suministro funciona como una modalidad de contrato marco pretendemos facilitar la trabazón de relaciones jurídicas que aúnen flexibilidad (derivada de la necesidad de indeterminación de las partes respecto de cuándo y cuánto de X será objeto de cada entrega) y seguridad, tanto para el suministrador (en relación con la posibilidad de la entrega misma cuando surja la necesidad conforme a lo pactado) como para el suministrado (que tendrá la tranquilidad de la colocación de bienes en el mercado dentro de ciertos márgenes). De este modo se reducirán las barreras de entrada en el mercado y se favorecerá la fluidez en el intercambio de bienes. Se conjuga, pues, un aparente antagonismo a través de una modalidad de relaciones contractuales caracterizadas por lo que podríamos llamar “flexiseguridad”.

2. La flexiseguridad. Origen, características y utilidad para la contratación privada

El concepto de flexiseguridad nació en el ámbito del Derecho del trabajo en Holanda, en la década de los noventa, y alcanzó un notable éxito en Dinamarca. En 1995 el Gobierno holandés elaboró un memorando sobre flexibilidad y seguridad donde defendió un modelo de relaciones laborales más equilibradas, regulares y flexibles mediante la relajación de la protección del puesto de trabajo estable, la mejora de la protección de los trabajadores temporales, y el impulso de la formación profesional con el objeto de facilitar la versatilidad de los trabajadores. Todo ello se llevaría a cabo con medidas de Seguridad Social orientadas a proteger las situaciones de “transición” entre puestos de trabajo. Estos ejes se verán reflejados tanto en los documentos europeos que reciben el concepto y lo impulsan¹⁴, como en el llamado “triángulo dorado danés” de la flexiseguridad. El llamado triángulo dorado danés se apoya en tres pilares: (1 – flexibilidad) un mercado laboral flexible, caracterizado por una elevada movilidad de los trabajadores del empleo al desempleo y viceversa; (2 – Seguridad Social) apoyo económico a los desempleados; y (3 – políticas de empleo) políticas activas de empleo dirigidas a los desempleados con menos movilidad. Se atribuye, sin embargo, al sociólogo holandés Hans Adriaansens haber acuñado el término “flexicurity”, con la intención de promover una transición desde la seguridad en el puesto de trabajo hacia la seguridad en el empleo. Se busca, pues, una flexibilización de la hasta entonces rígida protección de los trabajadores defendida por los sindicatos a cambio de una mejora en las oportunidades laborales y la seguridad social. Desde el principio, lo expresivo y seductor del término así como su significado facilitaron su acogimiento a nivel tanto político como académico (Tangian, 2008: 100; Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2010: 115).

En España se ha dado a conocer a un público más mayoritario a raíz de la reforma laboral iniciada en España a partir del año 2010 y del eco que de ésta y los principios que la inspiran se han hecho tanto sindicatos y patronal como partidos políticos. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tiene como objetivo principal el fomento de la flexiseguridad laboral, como expresamente se

¹⁴ Comisión Europea, Libro Verde – *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI* [COM (2006) 708 final];

Comisión Europea, Comunicación – *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad* [COM (2007) 359 final].

reconoce en el Preámbulo (apdo. II) con las siguientes palabras que, como puede verse,, desarrollan el paradigma del triángulo dorado danés de la flexiseguridad:

“La reforma laboral apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el mercado de trabajo, etc. El objetivo es la flexiseguridad. Con esta finalidad, la presente Ley recoge un conjunto coherente de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional (capítulo I); fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes (capítulo II); incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III); y, finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV).”

Una de las críticas recibidas por el modelo danés de flexiseguridad se refiere a su posibilidad de adaptación a otros ordenamientos distintos del danés. No en vano, se trata de una de las muchas formas de flexiseguridad que pueden darse (Laulom, 2007: 142). Tanto más difícil podría parecer extrapolar el modelo de flexiseguridad no sólo a un contexto jurídico distinto, sino a una rama diferente del Derecho: del Derecho del trabajo al Derecho privado de contratos, en este caso. Entendemos, sin embargo, que esto no sólo es posible sino incluso altamente recomendable. Debemos ser conscientes, no obstante, de que el concepto de flexiseguridad debe operar como criterio orientativo, como brújula. En este sentido, probablemente no resultaría extrapolable el esquema completo de la flexiseguridad tal como se ha desarrollado en el ámbito del Derecho del trabajo; pero sí su concepto “nuclear”, desprovisto de las concretas medidas en que éste se manifiesta en un concreto sector del Derecho (por ejemplo, tendría poco sentido hablar de políticas activas de empleo en la contratación privada).

La adaptación de un concepto nuclear de flexiseguridad al Derecho contractual privado podría gozar, incluso, de una mejor acogida de la que ya ha tenido el concepto de flexiseguridad tal como se ha desarrollado en el Derecho del trabajo. Esta rama del Derecho nació como respuesta frente a la inseguridad económica y jurídica que

provocaba la celebración de contratos de trabajo en el marco de la contratación entre particulares (contratos de servicios de jornaleros, por ejemplo). Se respondió, pues, con normas rígidas a una situación que, por abierta, generaba desprotección y abusos. La contratación privada, por su parte, siguió rigiéndose por los mismos patrones de autonomía de la voluntad y ficción de igualdad de las partes en el contrato (art. 1255 CC *ad. ex.*), sin perjuicio del desarrollo normativo tuitivo que ha tenido lugar en algunos de sus sectores como puede ser la contratación en masa (principalmente el Derecho de las condiciones generales) y el Derecho de consumo. Una flexibilización de las relaciones jurídicas que no incurriera en arbitrariedad ni en inseguridad jurídica no debería interpretarse como desprotección de la parte débil ya que, formalmente al menos, no existe dicha parte débil. La introducción de medidas o modalidades contractuales de flexisegurización de la contratación privada puede dar buenos resultados en la medida en que se configurase como una posibilidad más de que disponen las partes dentro de las opciones de contratación y no como una imposición normativa.

Pasemos a la definición del concepto de flexiseguridad de que disponemos hasta el momento. El Derecho del trabajo la ha definido como “el mecanismo dirigido a incrementar, al mismo tiempo, tanto la flexibilidad como la seguridad de los trabajadores”, combinando ambos extremos a priori antagónicos “para obtener un resultado diferente del que podría alcanzarse individualmente con cada uno de los componentes”. Se trata, sin embargo, no de una modalidad contractual, sino de una “política que intenta conjugar la flexibilidad del trabajo con la seguridad del ingreso salarial” (Gorelli Hernández, 2012: 53). Entendemos, sin embargo, que este concepto, en sus trazos esenciales, puede ser muy útil en la contratación privada común no ya como mera política normativa, sino como horizonte perseguible a través del desarrollo de nuevas modalidades contractuales que permitan conjugar flexibilidad y seguridad en los contratos, de tal manera que puedan conjugarse ambos extremos y alcanzarse un resultado distinto del que podría darse con cada uno de ellos por separado.

Flexibilidad y seguridad no son nociones contradictorias, antes bien, pueden ayudarse y potenciarse mutuamente si se las conjuga adecuadamente, neutralizando los efectos más nocivos de uno y otro extremo sin sacrificar sus ventajas. Se ha señalado igualmente por la doctrina laboralista que la flexibilidad pretende lograr mercados de trabajo más reactivos y dinámicos, con capacidad de adaptarse a los posibles cambios externos y a las nuevas necesidades económicas, lo que pasa por incrementar la

capacidad de adaptabilidad (tanto interna como externa) de las empresas (organización del proceso productivo, movilidad laboral, extinción del contrato de trabajo...); mientras que la seguridad, en este contexto, sustituye la protección del puesto de trabajo por la protección de la “empleabilidad” de los trabajadores (volveremos sobre este último aspecto más adelante). En lo que atañe a la potenciación de la capacidad de adaptación de las empresas a nuevos contextos y necesidades económicas, entendemos que resulta no sólo posible, sino recomendable instrumentar una adaptación de la noción de flexiseguridad a la contratación privada, que el contrato marco puede ser una modalidad contractual muy adecuada a través de la cual canalizar dicha adaptación (aunque no, obviamente, la única), y que el contrato de suministro entendido como contrato marco puede ser el principal exponente de esta adaptación de los paradigmas contractuales clásicos a las nuevas necesidades económicas. Si flexibilidad y seguridad han podido conjugarse para alcanzar mejores resultados en el ámbito del Derecho del trabajo, ¿por qué no aplicar estas nociones al Derecho común de contratos y utilizarlas como guía o norte para alcanzar determinados objetivos que hoy día exige el tráfico económico de bienes y servicios?

Se ha destacado de la flexiseguridad su aptitud para lograr mercados de trabajo más dinámicos y mayor capacidad de adaptación de éstos a las nuevas necesidades económicas. Recordemos las reflexiones acerca de los riesgos a que se enfrentan las partes de un contrato (y, por extensión, los agentes económicos encargados de favorecer el flujo de bienes en los mercados) derivados de la necesidad de elegir entre rigidez segura (inflexi-seguridad) y flexibilidad incierta (flexi-inseguridad). ¿Podría adaptarse el concepto de flexiseguridad a la contratación privada en aras de paliar tales riesgos? Entendemos que sí, y que la concepción del contrato de suministro como contrato marco (que es una modalidad contractual flexisegura como tendremos ocasión de ver) puede ser una buena primera piedra en este sentido.

Para una adaptación del concepto de flexiseguridad a la contratación privada conviene recordar sus ejes vertebradores: se trata de una política que pretende combinar la flexibilidad del contrato de trabajo con la seguridad de la empleabilidad del trabajador. El primer punto sobre el que conviene detenerse es la consideración de la flexiseguridad como política. La contratación privada se apoya fundamentalmente en normas de carácter supletorio. Sin olvidar la estrecha y estudiada relación de la política y el Derecho (ni, por tanto, su concreción en lo que a nuestro objeto de estudio interesa)

la adaptación de la flexiseguridad a la contratación privada no necesitaría apoyarse sobre “políticas”, sino sobre instrumentos o modalidades de contratación que permitieran combinar flexibilidad y seguridad en la circulación de bienes entre particulares en el mercado, y su eventual cristalización a través de normas contractuales de carácter supletorio.

Entre estas modalidades de contratación figura el contrato marco y, como principal exponente, el contrato de suministro en la medida en que se lo entienda como contrato marco. A través de esta forma de entender el contrato de suministro se visibiliza (y potencia) la flexibilidad en el pedido y recepción de bienes en función de las eventuales necesidades del mercado (no siempre previsibles) y la seguridad respecto de su colocación en el mercado por parte del suministrador, y de la estabilidad de la relación contractual por parte tanto de suministrador como de suministrado. Ello a su vez redundaría en una reducción de las barreras de entrada en el mercado. Pese a que el contrato de suministro se conoce desde antiguo, hasta época reciente no ha sido codificado por algunos ordenamientos¹⁵, y paradójicamente el Derecho privado ha sido el último en hacerlo (hasta el punto de que en España aún no disponemos de normas en vigor que regulen dicha figura con carácter general)¹⁶. Si nos encontramos aún en este punto, parece comprensible que no se haya reflexionado sobre determinadas características de este contrato como puede ser la flexiseguridad, más aún si tenemos en cuenta tanto la juventud del concepto como la especificidad del campo jurídico donde ha nacido y se ha desarrollado. Sin embargo, dar nombre a una determinada práctica contribuye a perfilar sus límites, desarrollarla y favorecerla. Si hasta ahora hemos caminado “hacia el norte” de forma rudimentaria, un concepto como el de flexiseguridad (convenientemente adaptado) puede servir de brújula para hacernos llegar más fácil y rápidamente a un horizonte que, en este caso, se traduce en mercados más dinámicos y eficientes. Por otra parte, en la actualidad es evidente la necesidad de adaptar los mercados y el tráfico de bienes y servicios a un contexto económico que exige un mayor grado de estabilidad respecto de las relaciones contractuales y, al mismo

¹⁵ *Ad. ex.*, arts. 1559 y ss del *Codice civile* de 1942 o art. 1176 del Código civil y comercial de la Nación argentina, de 2014.

¹⁶ El contrato de suministro público en España fue recogido por primera vez en el Decreto de Bravo Murillo, de 1852. Sin embargo, en 2018 aún no disponemos de una tipificación completa de dicho contrato en el ámbito de la contratación privada.

tiempo, cierto grado de indeterminación respecto del desarrollo concreto o ejecución de las mismas.

El concepto de flexiseguridad desmonta un falso antagonismo. Flexibilidad y seguridad en la contratación no son extremos opuestos en la medida en que cada uno de éstos se proyecta sobre aspectos distintos del contrato. De esta manera, lejos de tratarse de una suerte de punto intermedio, se consigue una retroalimentación de una y otra pulsión contractual en beneficio del propio contrato y, por extensión, de las partes, consiguiendo modelos de gestión del mercado que lo hagan más dinámico y eficiente¹⁷. Aquellas modalidades de contratación que por su ductilidad puedan responder de manera más adecuada a las necesidades económicas actuales contribuirán a dinamizar el tráfico jurídico, y aumentarán la capacidad de adaptación de las empresas en la medida en que éstas podrán celebrar contratos que respondan más adecuadamente a sus intereses y, sobre todo, necesidades. Fernández del Moral Domínguez (1992: 52-54) ya puso de relieve estas necesidades respecto del contrato de suministro, y así lo considera también Llamas Pombo (2014: 139) cuando afirma que “la realidad económica encadena a lo largo del tiempo los diferentes sujetos que participan en el tráfico económico, estableciendo entre ellos la necesidad de mantenerse vinculados en una red de distribución, que garantice el flujo constante de mercancías para asegurar la producción o la atención a los propios clientes. Como respuesta a tal necesidad, aparecen contratos que prevén el mantenimiento de sus relaciones futuras, y que trazan el régimen que habrá de regular sus relaciones, con una perspectiva de duración de éstas. En este contexto se explica el contrato de suministro (...)”. La evolución reciente y previsible de las prácticas contractuales demuestra que lo que antes era aconsejable ahora es simplemente necesario.

¹⁷ Gorelli Hernández (2013: 55) en esta línea en relación con la flexiseguridad en el Derecho del trabajo.

3. De la flexiseguridad laboral a la flexiseguridad en la contratación privada. Propuesta de adaptación a partir de un nuevo “triángulo dorado”

Ya hemos visto la utilidad que se predica (no exenta de crítica) de la flexiseguridad en el Derecho del trabajo, y la utilidad que podría reportar este concepto (convenientemente adaptado) en la contratación privada. Tomando palabras que recoge Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer de algunos de los teóricos iniciales de la flexiseguridad, ésta es un “concepto político y estratégico utilizable para introducir innovaciones jurídicas y políticas”. Si adaptamos adecuadamente el concepto, éste puede servir también para introducir innovaciones jurídicas y políticas en la contratación entre particulares (o como cauce para visibilizar y, de este modo, facilitar prácticas consolidadas).

Para realizar dicha adaptación debemos tener presentes fundamentalmente dos aspectos: (1) que se trata de adaptar un concepto nacido desarrollado en un sector específico del Derecho de contratos, y (2) sobre qué aspectos incide la flexiseguridad en el Derecho del trabajo. Por lo que se refiere a la primera cuestión, adaptar un concepto jurídico aplicado a un sector específico de contratos de tal manera que sea útil con carácter general en la contratación privada exige un esfuerzo de “depuración” de las características esenciales del mismo (hemos hablado antes de “concepto nuclear” de flexiseguridad).

Por otro lado, el concepto de flexiseguridad en el Derecho del trabajo se ha proyectado sobre aspectos que no forman parte del núcleo de los contratos o que ni siquiera tienen que ver directamente con su contenido sino que podrían considerarse “satélites” (*ad. ex.*, políticas activas de empleo). Sin perjuicio de que todo ello se verá con mayor profundidad a lo largo de este trabajo, conviene destacar en este punto tres aspectos en relación con la flexiseguridad en la contratación privada (tomando siempre como supuesto base el contrato de suministro entendido como contrato marco) que la diferencian de la flexiseguridad en la contratación laboral. La flexiseguridad en la contratación privada atañe a:

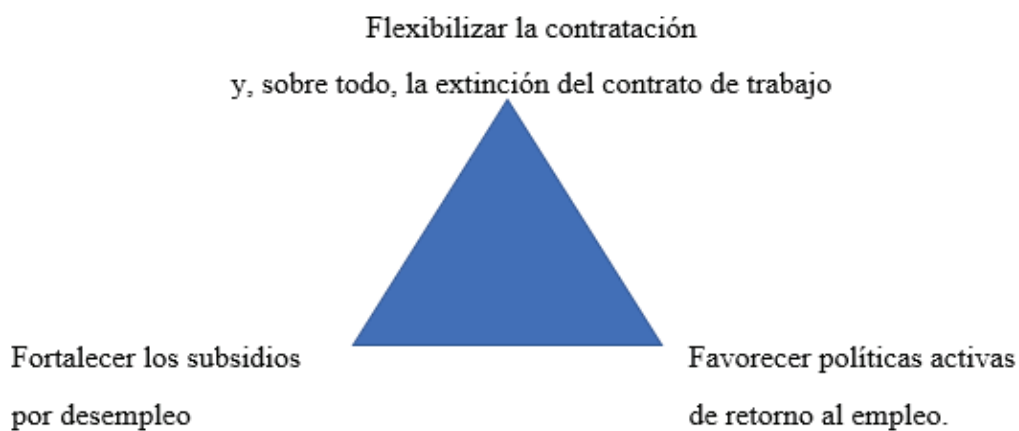
- (1) al objeto del contrato, en la medida en que lo “dualiza” o fragmenta, al existir un contrato marco cuyo objeto es constituir una relación jurídica duradera (contrato de tipo asociativo) y sucesivos contratos de aplicación que manan del primero cuyo objeto es una contraprestación económica cercana a la compraventa,

hasta el punto de que podrían llamarse contratos de compraventa de no estar encuadrados en el contrato marco inicial;

(2) al consentimiento, pues el consentimiento también se dualiza o fragmenta como consecuencia de la dualización de objetos; y

(3), finalmente, a la causa concreta del contrato, ya que las partes no buscan solamente la obtención de unos bienes que satisfagan una determinada necesidad económica, sino que dicha necesidad se contempla de un modo más amplio y se busca, a través de este contrato, no sólo obtener unos concretos bienes, sino también estabilidad de la relación, tranquilidad respecto del cumplimiento e indeterminación respecto del momento y cantidad concretos de las entregas¹⁸.

En este sentido, proponemos adaptar el mencionado triángulo dorado danés de la flexiseguridad a la contratación privada en general; es decir, diseñar una suerte de “triángulo dorado de la flexiseguridad en la contratación privada”. Para ello, debemos comenzar recordando los tres pilares sobre los que se construye este triángulo:



Se puede observar que sólo el vértice superior del triángulo danés atañe a aspectos relacionados directamente con el contenido del contrato (reducción de la indemnización por resolución del contrato de trabajo, objetivación del despido...), si bien no son sus elementos más esenciales. El fortalecimiento de los programas de

¹⁸ En este sentido, Fernández del Moral Domínguez (1992: 74): “...quizás, el suministrado lo que pretendía, a cambio de un precio, era asegurarse la certeza de que tendría cubiertas sus necesidades en caso de que surgieran”. Considera esta autora que en la configuración de la causa en el contrato de suministro tiene una incidencia determinante el elemento temporal, la duración (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 84).

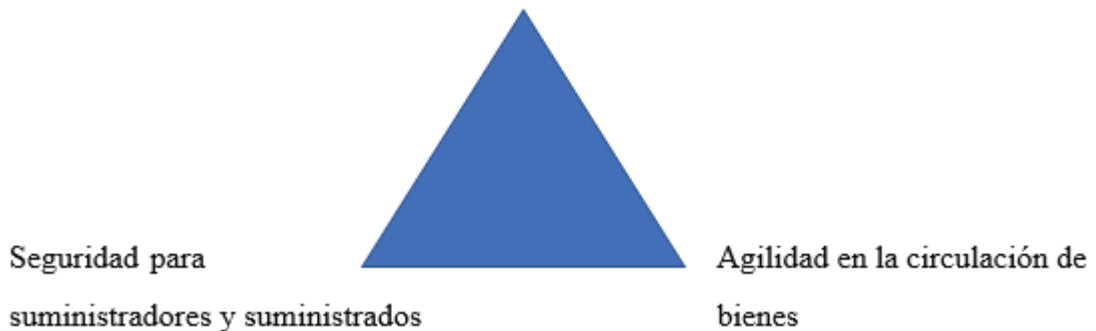
desempleo y las políticas activas de empleo son elementos que de manera difusa pueden contribuir a incentivar la contratación, aunque hay quien duda de su eficacia real. Más allá de su capacidad para incentivar la contratación, podemos convenir en que no pueden siquiera asociarse a un contrato o grupo de contratos: su incidencia se proyecta, como mucho, sobre sectores de población o tipos de trabajo concretos. Se trata, por tanto, de políticas públicas que pueden incentivar la contratación (sea con carácter general o en un sector específico), pero no de normas que incidan en la configuración de los contratos de trabajo.

Un aspecto particularmente llamativo de la flexiseguridad tiene que ver con los aspectos sobre los que se proyecta tanto la flexibilidad como la seguridad: la flexibilidad sí se proyecta sobre el propio contrato de trabajo, mientras que la seguridad se proyecta sobre aspectos cuya incidencia en el mejor de los casos es indirecta y difusa respecto del volumen de contratación, sea general o sectorial. Con razón ha criticado la doctrina laboralista que se ha utilizado la noción de flexiseguridad para adelgazar la protección (rígida por necesidad) del puesto de trabajo a cambio de una etérea protección del empleo. Los aspectos sobre los que se proyecta la seguridad no son “incumplibles”, ni puede, por tanto, reclamarse su cumplimiento ante los Tribunales en la medida en que no están conectados a contrato alguno (Laulom, 2007: 146). La seguridad, en cambio, se proyecta sobre aspectos jurídicos concretos que atañen al contrato de trabajo¹⁹. Con razón se pregunta Laulom (2007: 140) si la novedad del término no oculta un debate tan antiguo como el propio Derecho del trabajo.

No es objeto de este estudio indagar en las ventajas e inconvenientes del concepto de flexiseguridad en el Derecho del trabajo, que sólo podemos apuntar. Sí se busca, como ya hemos dicho, adaptar este concepto de tal manera que sea útil en la contratación privada. Partiendo, pues, del desarrollo doctrinal que hemos procurado sintetizar en estas páginas nos atrevemos a plantear el siguiente “triángulo dorado de la flexiseguridad en la contratación privada” (tomando como ejemplo paradigmático el contrato de suministro de bienes entendido como contrato marco):

¹⁹ La Comisión describe la seguridad como remuneración decente, acceso razonable a la formación permanente, condiciones de trabajo satisfactorias, protección conveniente contra la discriminación y el despido abusivo, medidas de apoyo en caso de pérdida del empleo y derecho a transferir los derechos sociales adquiridos en caso de movilidad del empleo. En definitiva, una concepción muy amplia que engloba gran parte de los componentes de calidad del empleo (Laulom, 2007: 147).

Flexibilidad en la cantidad y frecuencia de los pedidos



1 – Flexibilidad en la cantidad y frecuencia de los pedidos: flexibilizar la contratación por parte de los suministrados de los bienes necesarios para su actividad comercial o su consumo permitirá dar una respuesta adecuada a la necesidad de indeterminación respecto de la ejecución concreta del contrato inicial (contrato marco de suministro).

La necesidad de indeterminación ha sido puesta de relieve respecto del contrato de suministro por Fernández del Moral Domínguez (1992: 52-53):

“Ante todo, consideramos que no se puede perder de vista la naturaleza y la función económica y jurídica del suministro. El sentido y fundamento de este contrato reside en la existencia de una necesidad, que el sujeto prevé que se prolongará en el tiempo. La entidad de esta necesidad, la cantidad de la prestación precisa para su satisfacción, muchas veces será susceptible de ser cuantificada anticipadamente. Pero es tal la rapidez y fluidez en que están inmersas las relaciones sociales y comerciales que, realmente, es muy difícil, arriesgado, inseguro y hasta, nos atreveríamos a decir, en muchas ocasiones, contrario a los intereses de las partes contratantes, determinar con antelación las necesidades que pueden presentarse transcurrido un período de tiempo, que, en algunos supuestos, puede ser breve, pero en otros, puede tratarse de años. Consideramos, por tanto, que una obligatoria determinación directa anticipada puede ser contraria a la esencia misma del suministro”.

2 – Seguridad para suministradores y suministrados. Ambas partes necesitan seguridad respecto de la estabilidad de la relación contractual: los suministradores

necesitan seguridad respecto de la colocación de sus bienes en el mercado y la consecuente percepción de ingresos por su actividad; mientras que la estabilidad de la relación contractual permite a los suministrados gozar de mayor tranquilidad y menor desgaste en su labor de búsqueda. Si la flexiseguridad en el Derecho del trabajo busca sustituir la seguridad del puesto de trabajo por la seguridad respecto de la potencial empleabilidad, podría decirse que la flexiseguridad en la contratación privada pretende sustituir la seguridad en la recepción de bienes por la seguridad en respecto de la posibilidad de recibirlos cuando se necesite (*cf.* art. 16 LCSP o STS de 30 de noviembre de 2010, TOL 2034054).

La inseguridad del trabajador se refiere a los “períodos de transición” de un empleo a otro. Estos períodos de transición en el caso del contrato de suministro son aquellos que transcurren entre cada uno de los contratos de aplicación de suministro, es decir, entre cada uno de los pedidos/entregas que tienen lugar en el marco de la relación contractual entre ambas partes. El contrato de suministro entendido como contrato marco garantiza no sólo flexibilidad al suministrado, sino seguridad a ambos precisamente respecto de dichos períodos ya que permanece vigente la relación contractual que actúa de “paraguas”, esto es, el contrato marco de suministro continúa desplegando efectos por mucho que no se materialice en entregas: proporciona seguridad, estabilidad y tranquilidad a ambas partes.

En cuanto a la formación continua de los trabajadores, parece evidente que no es posible trasladar este eje de actuación a la flexiseguridad en el ámbito de la contratación privada. Sin embargo, no es menos cierto que la mayor tranquilidad y menor desgaste en la búsqueda de proveedores para las empresas suministradas les permitiría invertir el tiempo y esfuerzo sobrante en tareas más productivas como, entre otras, formación para una mejor gestión de su negocio.

3 – Agilidad en la circulación de bienes. La tranquilidad que un sistema de contratación flexiseguro proporciona a los distintos agentes del mercado encargados de favorecer (arriesgando en muchas ocasiones) la circulación de bienes reducirá las barreras de entrada en el mercado y permitirá a los que ya están contratar más y más tranquilos; todo lo cual redundará en una mayor agilidad en la circulación de bienes. En este sentido, merece la pena destacar las indicaciones de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa en su Guía de implementación de la facilitación del

comercio²⁰ en relación con los contratos marco (a los que, por otra parte, identifica casi de forma plena con distintos contratos de suministro de mercancías²¹) y su “relevancia para la facilitación del comercio”:

“Los contratos marco ahorran tiempo y costos en los procesos de suministro de bienes, ya que evitan la necesidad de volver a negociar los términos y condiciones estándar. Para el caso de las compras que se realizan a lo largo de un extenso período de tiempo, tales contratos contribuyen a mejorar las relaciones entre los compradores y los vendedores y a través de ellos, trabajan juntos para proveer soluciones a la medida que cubran las necesidades de ambas partes. Apoyan las relaciones de largo plazo con proveedores, lo que crea un entorno comercial que propicia en mayor medida un nivel de empleo y de inversión sostenida, y recorta el gasto en procesos y recursos físicos. El trabajo inicial que se requiere para establecer ese marco es mayor al que se requiere para licitar y adjudicar un solo contrato de gran tamaño, pero los beneficios mediatos que se obtienen superan esto con creces. Las compañías que establecen tales contratos marco han logrado mejoras interanuales en tiempos y costos de entrega de hasta un 10%. Este es el caso, sobre todo, cuando el uso de tales contratos se combina con los sistemas de compras electrónicas.

...

Los contratos marco deben establecerse cuando el comprador requiere desarrollar una relación estratégica con la cadena de suministro por un largo período de tiempo, en donde los proveedores hacen ajustes a fin de cumplir con los requisitos del comprador.”

Se ha destacado como ventaja de la flexiseguridad laboral, la reducción de la segmentación contractual, si bien tal ventaja no está exenta de críticas por parte de la

²⁰ Disponible en: <http://tfig.itcilo.org/SP/contents/framework-agreements.htm>. Última consulta, 4 de junio de 2016.

²¹ Menciona esta guía como ejemplos de contratos marco los siguientes: “(1) Una empresa elaboradora de alimentos establece un contrato marco con tres proveedores para adquirir latas de metal para alimentos; (2) Varias compañías que forman parte de una misma zona industrial establecen un contrato marco con un proveedor para el suministro y mantenimiento de su equipo de TI; (3) Un comprador que actúa como una central de compras a nombre de otros 10 compradores que forman parte del mismo grupo de envíos y servicios de mensajería, firma un contrato marco con 4 proveedores de vehículos”. Disponible en: <http://tfig.itcilo.org/SP/contents/framework-agreements.htm>. Última consulta, 4 de junio de 2016.

doctrina laboralista²². En lo que a la contratación privada se refiere, el empleo de modalidades contractuales flexiseguras como puede ser el contrato marco (y, consecuentemente, entender el contrato de suministro como un ejemplo de contrato marco y no de compraventa) reduce la necesidad de celebrar precontratos, contratos de préstamo en apoyo de una imposible capitalización (recordemos el ejemplo del suministro en la librería), utilización de tipos contractuales que suplan unas necesidades pero no otras, etcétera.

Finalmente, se ha señalado por parte de los defensores de la flexiseguridad laboral que la rigidez de la protección del puesto de trabajo desincentiva la contratación indefinida. De nuevo, más allá de la veracidad o no de estas afirmaciones²³, podemos afirmar, desde la perspectiva civil, que la concepción del contrato de suministro como contrato marco y no como compraventa (y, por tanto, su “flexisegurización”), puede incentivar una suerte de “contratación indefinida” privada en la provisión de bienes, invitando a las partes a celebrar contratos duraderos en lugar de compraventas puntuales sin que dichos contratos duraderos puedan transformarse en determinados momentos en un corsé que llegue a ahogarles.

Con todo lo dicho, puede aceptarse que entender el contrato de suministro como una modalidad de contrato marco contribuiría a la dinamización del tráfico económico. Puede haber, tomando prestadas palabras de la Comisión (2007: 359), más y mejores contratos mediante la combinación de flexibilidad y seguridad.

Sirvan de apoyo a todo lo dicho las palabras de Bercovitz Álvarez (2017: 529) en relación con lo que hemos denominado “flexiseguridad” en el contrato de suministro, así como la capacidad de esta figura de dinamizar el tráfico económico:

“El contrato de suministro está diseñado para evitar dos riesgos para el suministrado: la falta de existencias del proveedor, que pudiera impedirle en un

²² Parece poco prudente opinar a este respecto en una tesis que únicamente toma prestado un concepto nacido en el ámbito del Derecho laboral por la utilidad que entiende que puede reportar en la contratación privada. Por ello, nos limitamos simplemente a apuntar las discrepancias acerca de las bondades de la reducción de la segmentación contractual y del contrato único, figura estrechamente unida a la flexiseguridad.

²³ La OCDE, en un estudio realizado en 1999, llega a la conclusión de que el desempleo es prácticamente independiente de la rigurosidad de la legislación de protección al empleo, aportando casos en los que, incluso, los mismos cambios normativos ocasionaron efectos diferentes (Tangian, 2008: 100).

momento determinado adquirir la mercancía que necesita, y la oscilación de precios de un género que ya tiene previsto adquirir.

Por lo demás, el contrato de suministro resulta útil en la medida en que elimina el inconveniente de la celebración sucesiva de contratos de compraventa aislados, lo cual, aparte de engorroso, supone un gasto innecesario de tiempo, y recursos.

El suministrado adquiere de este modo la seguridad de que puede obtener la cantidad de mercancía necesaria para satisfacer sus necesidades periódicas básicas, a un precio previamente determinado o determinable (...), y durante un período de tiempo durante el cual no tendrá que preocuparse de la fuente de abastecimiento. De este modo, el suministrado evita la incertidumbre de que el proveedor tenga en un momento determinado un stock suficiente para servir sus pedidos, así como la incertidumbre de posibles oscilaciones en el precio de las mercaderías que encarga. Podría entonces el empresario programar sus actividades sin incertidumbre, gracias a la racionalización en el abastecimiento de materias primas.

Del mismo modo, el contrato de suministro también ofrece ventajas para el suministrador, que podrá planificar su producción – si es fabricante – o sus existencias – si es distribuidor -, según las cantidades y plazos a los que se haya comprometido para la entrega de las mercancías objeto del contrato. Esto le permite desarrollar una actividad económica planificada, pudiendo prever los ingresos y gastos futuros de su empresa y consiguiendo con ello una cierta estabilidad en su negocio.

...

El contrato de suministro, en suma, constituye un claro factor de desarrollo económico y una forma moderna de organización de los recursos empresariales, y permite dar un paso más en las economías de escala.”

CAPÍTULO II - El contrato marco

1. Descripción inicial del contrato marco a través de la normativa que lo menciona

No disponemos en la actualidad de una definición general del contrato marco, a lo que debe añadirse cierta confusión terminológica²⁴. Esta confusión así como la inseguridad jurídica que genera han dificultado su consolidación (Soro Russell, 2014: 28), pese a que la expresión “contrato marco” ha tenido eco en distintos ordenamientos jurídicos²⁵. Nos parece acertada, por ello, su inclusión en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PCC), que en su artículo 522-2 aporta la siguiente definición general del contrato marco:

“En el contrato marco las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras.

Las reglas establecidas en un contrato marco se aplicarán en los contratos posteriores que las partes celebraren en desarrollo de aquél.”²⁶

La definición española es muy similar a la recientemente introducida en el artículo 1111 del *Code civil* en 2016:

“Le contrat cadre est un accord pas lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d’application en précisent les modalités d’exécution”²⁷.

²⁴ Tanto en Italia como en España se usan indistintamente las expresiones “contrato marco” y “contrato normativo” (*contratto quadro / contratto normativo*), sin que exista una distinción clara entre cada uno de los términos. *Cfr.* en relación con Italia Gatsi (1996: 6). En el caso de España, pueden compararse las definiciones de Díez-Picazo (2007: 433) y de Castán (2008: 586) de lo que llaman “contratos normativos” con la definición de contrato marco que contiene la PCC y que transcribimos aquí; y especialmente la monografía de Soro Russell (2014), que hemos utilizado como uno de los principales textos de referencia en este capítulo.

²⁵ Esta expresión fue utilizada por primera vez en Holanda en 1960 en el contexto de unos trabajos de modernización de un puerto (Leroy, 1978: 253), aunque realmente hizo fortuna en Francia a partir de los años 60 en la jurisprudencia, y posteriormente en la doctrina (Sayag, 1994; Gatsi, 1996), para finalmente verse cristalizada en el actual artículo 1111 del *Code civil*.

²⁶ El texto transcrito corresponde a la versión de julio de 2015. En las sucesivas versiones (septiembre de 2015, mayo de 2016) se ha suprimido el primer párrafo, quedando sólo el segundo. Hemos optado por transcribir la primera versión por su, a nuestro modo de ver, mayor valor didáctico.

²⁷ Modificación introducida por la Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2 – NOR: JUSC 1522466R. Texto disponible en: <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf> (*cfr.* Gatsi, 1996: 3-4, donde

Encontramos la primera definición de contrato marco a nivel europeo en la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, de 13 de noviembre de 2007, que en su artículo 4.12 define el contrato marco como “un contrato de servicio de pago que rige la ejecución futura de operaciones de pago individuales y sucesivas y que puede estipular la obligación de abrir una cuenta de pago y las correspondientes condiciones” (*cf.* art. 2.12 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que copia esta definición).

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa en su Guía de implementación de la facilitación del comercio²⁸, que define los contratos marco del siguiente modo respecto de una modalidad específica de contratos marco como es la que se refiere al intercambio de mercaderías (es decir, el contrato de suministro):

“Los contratos marco son acuerdos entre uno o varios compradores y uno o varios proveedores que establecen los términos que regirán los contratos por un cierto período de tiempo, de manera particular con respecto al precio y cuando sea necesario, a la cantidad prevista. Pueden incluir otras condiciones repetitivas que se conozcan de antemano, como el lugar de entrega. También se les llama contratos de compra general y contratos marco de solicitud de pedidos. Se establecieron, fundamentalmente, para suministrar pedidos rápidos de mercancías de uso general en existencia adquiridos con base al precio más bajo. Ejemplos de tales mercancías son: consumibles, papelería, computadoras y software, y suministros farmacéuticos”.

Vistas estas definiciones, podemos afirmar que el contrato marco es una modalidad contractual a través de la cual las partes diseñan un entramado de contratos con una estructura singular que permite afirmar que nos encontramos ante un fenómeno que va más allá de la mera conexión contractual y que, sobre todo, les permite canalizar toda una serie de relaciones contractuales a lo largo de un período de tiempo de duración no necesariamente determinada o determinable y de manera lo suficientemente flexible en

define el “contrat-cadre” en términos muy similares a los de la definición del artículo 1111 del *Code civil* y reconoce que la expresión “contrat-cadre” es de reciente utilización en el Derecho francés).

²⁸ Disponible en: <http://tfig.itcilo.org/SP/contents/framework-agreements.htm>. Última consulta, 4 de junio de 2017.

aras de poder adaptarse en cada momento a las concretas necesidades. Intentaremos explicar cada una de estas características a lo largo de este capítulo.

Antes de entrar de lleno en el análisis del contrato marco como figura contractual, conviene hacer unas precisiones terminológicas a efectos de evitar posibles confusiones. La expresión “contrato marco” se utiliza indistintamente (y así lo podemos observar en la normativa) para hacer referencia tanto al “contrato base” (*Grundvertrag*) como a la relación grupal estructurada en dos niveles (contrato base y contratos de aplicación) y a la que sí es correcto denominar “contrato marco” (*Rahmenvertrag*). Conviene tener presente esta diferencia, que no sólo es terminológica, sino de significado, pues cuando hablamos de “contrato marco” hacemos referencia a la estructura contractual de grupo estructurada en dos niveles y compuesta por un contrato base y “n” contratos de aplicación, mientras que cuando hablamos del “contrato base” nos estamos refiriendo a un concreto nivel de los dos que genera la estructura grupal que acabamos de denominar “contrato marco”. Hablaremos, pues, de “contrato marco” tanto para referirnos a la relación contractual de grupo como para referirnos a la modalidad contractual; y de “contrato base” o de “contrato marco base” para hacer referencia al acuerdo general y previo con el que se inicia el contrato marco²⁹. Habrá que tener en cuenta, además, que si la terminología (sea normativa, jurisprudencial o doctrinal) es confusa en cuanto a la propia categoría del contrato marco (*cf.* pro todos, Soro Russell, 2014), tanto más lo será respecto de la precisión que acabamos de hacer. Sirva, pues, esta advertencia inicial como llamada de atención en aras de detectar en cada caso el nivel (general – contrato marco – o específico – contrato base -) en que nos encontramos en cada caso (*vid. infra*, esquema del apdo. 2.3 para una mayor claridad).

²⁹ También es posible hablar de un contrato base en el caso de los contratos normativos, ya que, como veremos en este Capítulo, el contrato marco y el contrato normativo son contratos grupales que comparten la misma disposición estructural.

2. El contrato marco visto como modalidad contractual

El contrato marco no es un tipo contractual, sino un modo de contratar, una modalidad contractual. El contrato marco es, como se ha dicho, una suerte de “contrato de contratos” (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009: 133), es decir, fija las reglas generales que gobernarán una relación contractual duradera a lo largo de un período de tiempo. Esto se produce al inicio de la relación contractual, y contribuye a darle una mayor agilidad, seguridad y confianza. Por último, el contrato base (al que la normativa denomina “contrato marco”) del contrato marco se proyecta sobre una realidad jurídica, que es la propia relación contractual que pretende regularse. Todo ello implica que el contrato marco no anticipa una relación contractual concreta³⁰, sino solamente (y no es poco) el modo en que ésta va a desarrollarse.

¿Por qué decimos que el contrato marco es una modalidad contractual, pero no exactamente un tipo contractual? ¿Existe acaso alguna diferencia entre uno y otro concepto? Interesa en este punto realizar algunas consideraciones acerca de la tipicidad contractual que nos permitan explicar, por un lado, qué se entiende por “tipo contractual” y, por otro, por qué creemos necesario hablar de “modalidades contractuales”. Debemos advertir del carácter novedoso de la expresión “modalidad contractual” y, por extensión, de la dicotomía que pretendemos construir. Consideramos, no obstante, que ésta puede resultar útil tanto para la caracterización del contrato marco como de cara a su distinción respecto del contrato de suministro.

La tipicidad contractual ha estado asociada normalmente a la regulación (no necesariamente imperativa)³¹ en una norma de Derecho positivo de determinadas figuras contractuales. Así, se entiende por contratos típicos aquellos que cuentan con una regulación sustancial en las leyes, no siendo suficiente a estos efectos su mera mención por una norma (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2013: 118)³². Si una norma

³⁰ En el caso de la Directiva 2007/64/CE sí se anticipa una relación contractual concreta, pero no por el propio contrato marco, sino porque este concepto forma parte de una Directiva que se refiere específicamente a la regulación de servicios de pago, aunque habría sido más correcto, sin embargo, que en lugar de hablar de “contrato marco” hablase de “contrato marco de servicios de pago”. En cualquier caso, puede observarse que el artículo 522-2 de la PCC recoge una definición sustancialmente similar a la de la Directiva 2007/64/CE desprovista, sin embargo, de toda restricción por razón del tipo de contrato.

³¹ Gete-Alonso (1979: 18).

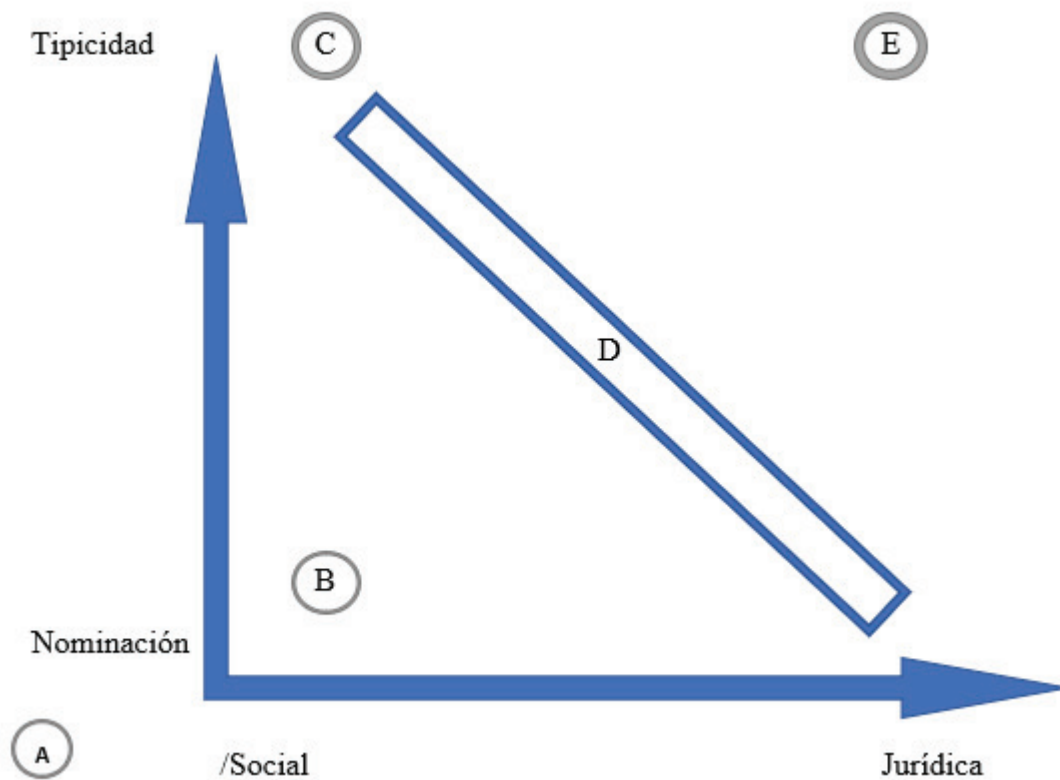
³² Según este autor, “sólo son típicos los contratos cuyas características esenciales, nacimiento y efectos, se encuentran regulados por la ley, aunque se trate de una regulación sucinta, que haya de ser completada

menciona, pero no regula, un contrato hablaremos de contratos nominados pero atípicos (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009: 119). En el Derecho de contratos actual, el *nomen iuris* de los contratos ha perdido la relevancia esencial que tuviera en el Derecho romano, en la medida en que “el sistema contractual actual actúa con un concepto de contrato cuya base radica en el consentimiento y con tipos contractuales que no necesariamente nombra ni regula” (Gete-Alonso Calera, 1979: 32); ni tampoco, por tanto, necesita. Así pues, se distingue actualmente entre contratos nominados e innominados sólo en la medida en que dispongan o no de una denominación social y jurídicamente aceptada, entendida ésta sólo desde un punto de vista meramente adjetivo o gramatical (Gete-Alonso Calera, 1979: 33; Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009: 119; STS de 9 de marzo de 2009³³). Finalmente, debe tenerse en cuenta una última perspectiva (más amplia) respecto de la tipicidad y la nominación contractual: su vertiente jurídica o normativa, y su vertiente social.

Distinguiremos entre contratos típicos y atípicos desde un punto de vista jurídico y desde un punto de vista social (e igualmente, contratos nominados e innominados desde un punto de vista jurídico y desde un punto de vista social) según si su regulación o su denominación puedan hallarse en una norma o en la práctica habitual. Podría decirse que estos dos criterios (denominación – tipicidad; proyección social – proyección jurídica) actúan a modo de ejes cartesianos a través de los que podemos situar cualquier figura contractual:

en gran medida con las normas generales sobre los contratos”. En igual sentido, De Castro (1982, 1060) y Díez-Picazo (2007: 487), que distingue entre contratos típicos y atípicos en función de que dispongan o carezcan de reconocimiento legal y disciplina normativa.

³³ Esta sentencia considera que el contrato de franquicia “es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero sigue siendo atípico, porque no goza de regulación legal”, y ello a pesar de los artículos 62 y ss LOCM.



El punto de arranque habitual de una figura contractual suele ser una práctica contractual (social) amparada por el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC) que no goza de una denominación específica o consolidada: contratos innominados y atípicos desde un punto de vista social en ambos casos (A). Posteriormente, esta práctica se consolida y recibe una denominación social. Hablamos entonces de contratos nominados socialmente, y atípicos (B). Cuando esta práctica contractual se consolida, ya asociada a un nombre, podemos hablar de contratos típicos desde un punto de vista social (C)³⁴. Seguidamente, la ley puede hacerse eco de dicho contrato, adquiriendo éste una denominación normativa y siendo, por el momento, típico desde el punto de vista social y atípico desde el punto de vista normativo (D). Finalmente, acaba dotándose a dicho contrato de una regulación esencial (en el sentido antes visto) en una norma de Derecho positivo, pudiendo hablarse entonces de un contrato típico desde el punto de vista jurídico (E). Finalmente, la tipicidad jurídica

³⁴ Vid. Díez-Picazo (2007: 489), quien considera que son “socialmente típicos aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la ley, poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un *nomen iuris* por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial”.

puede ser completa o incompleta, en función de si abarca el tipo contractual en su conjunto sin necesidad de acudir a una regulación supletoria (tipicidad completa), o si sólo regula aspectos específicos, remitiéndose, por lo demás, a un tipo contractual afín (tipicidad incompleta).

Una segunda forma de configuración de tipos contractuales (que no responde a la función de cristalización normativa de una práctica contractual, a la que se refiere el desarrollo que acabamos de explicar) es aquella en la que se crea *ex novo* desde la norma un tipo contractual inexistente en la práctica social. Aunque sería legalmente posible no es, desde luego, lo habitual³⁵. En cualquier caso, puede observarse que el primer paso en la construcción de un tipo contractual es, precisamente, su denominación. En otras palabras, no es posible la existencia de contratos típicos e innominados ni desde un punto de vista social, ni desde un punto de vista jurídico; pero sí lo es a la inversa (contratos nominados pero atípicos).

Gete-Alonso (1979: 19) distingue dos grados de tipicidad contractual: la tipicidad de primer orden se ocupa de acoger la figura de “el contrato” *in genere*; mientras que la tipicidad de segundo orden se ocupa de distinguir las distintas figuras contractuales en especial. Así, el “tipo-contrato” es un acuerdo consensual tendente a la producción de obligaciones (art. 1254 CC) compuesto fundamentalmente por los siguientes elementos: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), a los que pueden añadirse en ocasiones la necesidad de forma o de entrega de la cosa. Cuando se habla de tipicidad contractual, suele ser en referencia a la tipicidad “de segundo orden”, esto es, a los contratos en especial.

Podemos, pues, definir la tipicidad contractual como la descripción de un supuesto de hecho correspondiente a una conducta humana (referida a una relación contractual) a través de una serie de elementos y de requisitos concretos, que se erige en criterio necesario para su valoración, así como para la aplicación de una determinada normativa, y que permite hablar de “contratos” (en especial) frente al “Contrato” (en general)³⁶.

³⁵ *Cfr.* Gete-Alonso Calera (1979: 23 y 36), quien considera que “el tipo contractual *in specie* (o sea la tipicidad de segundo orden) no es algo que se cree o invente cada Ordenamiento jurídico, sino algo que recoge y eleva a la categoría de jurídico, previamente comprobada su correspondencia con la conducta básica que es presupuesto de la tipicidad contractual (tipicidad de primer orden): el contrato”, y que “el tipo es siempre social y sólo deviene jurídico en el momento en que es acogido y regulado por un determinado Ordenamiento jurídico”.

³⁶ Definición extraída de Gete-Alonso Calera (1979: 20 y 708).

El tipo contractual (o los tipos contractuales) permite distinguir contratos en especial a través de la descripción de una concreta “conducta humana”. La referida conducta humana (“conducta contractual”) estará integrada por una serie de elementos, a los que llamaremos “índices del tipo”³⁷. Los índices del tipo se dividen en generales y especiales. Son índices generales aquellos datos constantes para cada contrato que permiten diferenciar unos de otros de manera general (consentimiento, objeto, causa – art. 1261 CC – y forma³⁸), mientras que los índices especiales son aquellos datos sociales o económicos que permiten la total identificación de un tipo contractual frente a otro (Gete-Alonso Calera, 1979: 43). Ambos tipos de índices (generales y especiales) condicionan el tratamiento jurídico de cada contrato en especial. La diferencia está en que los índices generales lo hacen por categorías de contratos clasificadas en función de un concreto criterio (*ad. ex.*, contratos de dar *vs* a contratos de hacer); mientras que los índices especiales permiten “afinar” la regulación de un concreto contrato en especial (*ad. ex.*, contrato de suministro *vs* a contrato de compraventa). Ningún índice del tipo (general o especial) condiciona *per se* la denominación o la regulación de un tipo contractual, pues la conducta que describe el tipo contractual hace referencia al conjunto de todos ellos (Gete-Alonso Calera, 1979: 39 y 708), y no a su suma o mera consideración individual.

Hemos dicho que los índices generales se corresponden, fundamentalmente, con aquellos que señala el artículo 1261 CC como requisitos del contrato: consentimiento, objeto y causa.

Por lo que se refiere al consentimiento, éste no es sólo un requisito legal (en la medida en que lo exige el artículo 1261 CC) del contrato, sino que es el elemento fundamental de su existencia. Ya hemos dicho que el sistema actual de Derecho de contratos quedó desprovisto de la rigidez formalista del Derecho romano. En lo que al consentimiento atañe, esto ha tenido como consecuencia la actual identificación entre “pacto” y “contrato” (Gete-Alonso Calera, 1979: 232), pues el contrato existe desde que dos o más personas consienten en obligarse (art. 1254 CC). El consentimiento es

³⁷ Gete-Alonso Calera (1979: 40), siguiendo a Engisch y Larenz, define los “índices del tipo” como todos aquellos datos que, acompañando a la declaración de voluntad patrimonial, permiten concretar la abstracción primaria que supone el tipo jurídico”. Debe tenerse presente que el “tipo contractual” no es sino una especificación de la categoría general de “tipo jurídico”.

³⁸ Gete-Alonso (1979: 234) añade a estos cuatro elementos un quinto: la necesidad de entrega de la cosa, en contratos como el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda.

elemento de perfección del contrato (art. 1258 CC) y cumple, además, una función estructural en cuanto a la formación del contrato en la medida en que actúa como medio técnico de incorporación del objeto³⁹ y la causa del contrato. Las personas que consienten en obligarse, consienten en obligarse a “hacer algo” (objeto del contrato), sea esto dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 CC)⁴⁰. Pese a todo, en la medida en que todo contrato necesita de consentimiento, y que éste debe ser el mismo en todos los casos (consentimiento en obligarse a “hacer algo” *ex art.* 1254 CC) no permite siquiera una clasificación siquiera general entre categorías de contratos por lo que no podría considerarse, en puridad, un índice del tipo.

El estudio de la causa, por su parte, ha dado lugar a una amplísima (y no por ello clara) literatura jurídica (*vid.* por todos, Clavería Gosálbez, 1998). No es esta ocasión para dilucidar un aspecto tan complejo y cuya discusión se ha dilatado tanto en el tiempo. Nos limitaremos, por tanto, a realizar algunas precisiones acerca del sentido en el que utilizaremos esta expresión, así como respecto de su relevancia en la configuración de los tipos contractuales. Está fuera de toda discusión que la causa es un requisito legal del contrato (art. 1261 CC), que su existencia y licitud se presumen (art. 1277 CC) y que su inexistencia o ilicitud lo priva de efectos (art. 1275 CC). La causa actúa, en este último sentido, como límite negativo a la eficacia del contrato: todo contrato con causa ilícita o sin causa no producirá efectos⁴¹. De lo anterior se deriva una consecuencia importante en relación con nuestro estudio: la causa no es un elemento endógeno (o requisito ontológico de existencia) del contrato, sino exógeno: es un

³⁹ El contrato existe desde que dos o más personas consienten en obligarse “a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

⁴⁰ Conviene tener presente esta última precisión respecto del consentimiento contractual, pues marca no sólo la relación del consentimiento con el objeto y la causa del contrato, sino sobre todo el peso específico de cada uno de estos elementos en la formación del contrato. La relación entre consentimiento y objeto del contrato podría calificarse de “interdependencia ontológica”, en la medida en que no puede existir el uno sin el otro (Gete-Alonso Calera, 1979: 265 - 267). La causa, en cambio, actúa como un límite jurídico a la eficacia nuda del consentimiento y es, en este sentido, “un elemento añadido, legalmente, a la pura descripción sociológica del tipo contrato” (Gete-Alonso Calera, 1979: 45 y 270). Este argumento jurídico puede explicarse desde un punto de vista sintáctico, entendiendo que un tipo contractual concreto (es decir, de segundo orden) se expresa a través de una oración: el objeto del contrato se corresponde con el complemento directo, mientras que la causa es un mero complemento circunstancial.

⁴¹ *Cfr.* De Castro (1971: 191-192), quien señala como función de la causa el servir como “el metro o metros con los que se mide el resultado buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada, y conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que corresponde”, y destaca cómo el artículo 1274 permite pasar de un sistema *numerus clausus* de tipos contractuales a otro de *numerus apertus* (De Castro, 1971: 201).

requisito legal añadido. El acuerdo existe, pero el Ordenamiento jurídico no le reconoce los efectos propios de un contrato.

Puede hablarse de causa del contrato, fundamentalmente, en un sentido subjetivo (también llamada “móvil causalizado”; es decir, por qué o para qué celebran las partes un contrato), y en un sentido objetivo (“causa objetiva”). La causa objetiva del contrato se ha relacionado por parte de la doctrina (a la que nos adherimos) con la realización de una serie de intereses económicos amparados por el ordenamiento jurídico que el contrato canaliza (Gete-Alonso Calera, 1979: 695). En otras palabras, se ha entendido que la causa objetiva del contrato se corresponde con su función económica; eso sí, valorada por la propia norma de una manera objetiva y *ex ante* (desprovista, pues, de toda motivación subjetiva de las partes). La causa objetiva, entendida como función económica del contrato, permite distinguir categorías generales de tipos contractuales de segundo orden⁴². En este sentido, puede operar y de hecho así ocurre como un índice general del tipo.

El objeto del contrato es un elemento fundamental para la existencia del contrato, pues si dos partes consienten, tienen que consentir en “algo” (objeto del contrato). Este “algo” es, según el artículo 1254 CC, dar alguna cosa o prestar algún servicio, lo cual se corresponde con el artículo 1088 CC, que clasifica las obligaciones en obligaciones de dar (alguna cosa), y de hacer o no hacer (alguna actividad).

En este punto debemos realizar una precisión importante no sólo en lo que se refiere al tratamiento de la tipicidad contractual, que es lo que aquí interesa, sino también en relación con la terminología que emplearemos a lo largo de este trabajo. Hablamos de dos expresiones cuyo uso, en muchas ocasiones indistinto, puede dar lugar a confusión: “objeto del contrato” vs “objeto sobre el que recae el contrato”. Entendemos por objeto del contrato la representación común de las partes contratantes (referida a la conducta humana contractual que define el tipo) sobre la cual consienten; siendo, por tanto, algo distinto de la cosa o servicio que será objeto de intercambio patrimonial a través del

⁴² Puede entenderse que el artículo 1274 CC ofrece una primera clasificación general de los contratos en función de su causa objetiva, si bien de forma mediata: los contratos serán onerosos, gratuitos o remuneratorios en función de la causa de su obligación principal. No obstante, los intereses económicos que permiten canalizar los contratos no acaban aquí, y es por ello que no conviene identificar el artículo 1274 CC con la causa de los contratos, entendida ésta como función económica.

contrato *ex art. 1254 CC* (“objeto sobre el que recae el contrato”)⁴³. En este sentido, la expresión “objeto del contrato” se encontraría muy próxima al “tipo contractual”. La diferencia entre uno y otro está en su ubicación: el tipo contractual es la descripción en una norma de una conducta humana (contractual) que da nombre y, en su caso, regulación precisa a un concreto contrato; mientras que el objeto del contrato es la representación común de las partes acerca de dicha conducta y sobre la cual consienten. El objeto sobre el que recae el contrato es, en cambio, aquella realidad sobre la que se proyecta la común representación de las partes acerca de la conducta humana contractual, es decir, sobre la que se proyecta el consentimiento. Esta diferencia teórica puede observarse fácilmente, por ejemplo, a través del contrato de compraventa: es objeto del contrato de compraventa, tal como recoge el artículo 1445 CC, el intercambio de cosa por precio. Los elementos patrimoniales que sufren la existencia del contrato son, en cambio, la cosa y el precio (no el intercambio de éstos). Cosa y precio son, pues, los objetos sobre los que recae el contrato.

Tendremos ocasión de regresar sobre este punto más adelante, tanto para explicar la estructura de funcionamiento del contrato marco como para explicar la del contrato de suministro (y distinguirlo, por tanto, del contrato de compraventa). Por lo pronto, esta primera precisión nos permite aclarar a qué nos referimos en cada caso y evitar confusiones en lo sucesivo.

En lo que a la tipicidad contractual se refiere, cabe destacar que mientras que el objeto sobre el que recae el contrato funciona como índice general del tipo (*ad ex.*, permite distinguir entre contratos de dar – bienes – y contratos de hacer – actividades, servicios -); el objeto del contrato, en la medida en que se refiere a conjunto de elementos que describen la conducta humana precisa a la que se refiere el tipo contractual, aúna todos aquellos datos que actúan como índices especiales del tipo y

⁴³ Gete-Alonso Calera (1979:274-275). Existe una abundante literatura jurídica en la que no podemos entrar en este punto, pues excede de nuestro objeto de estudio, que da cuenta de la indefinición con que se usan los términos “bien”, “cosa” y “objeto”. En lo que a este estudio respecta y en apoyo de la distinción que acabamos de trazar, podemos extraer las palabras de Santos Briz (1980: 2) en relación con la expresión “objeto del derecho”: “el objeto es también algo contrapuesto al sujeto, y además algo sobre lo que la persona puede disponer de algún modo y someter a su voluntad. Dentro de este ámbito de objeto de derecho, puede distinguirse, en un primer aspecto, el objeto en sentido propio o estricto, basado en una relación de dominio o de disfrute a favor del sujeto, y un segundo aspecto que contempla en el objeto *la disposición sobre el mismo* a través de negocios jurídicos. Así, la cosa que pertenece en propiedad a una persona corresponde al primero de dichos aspectos; el acto dispositivo sobre esa cosa, al segundo” (la cursiva es nuestra).

que, conjuntamente considerados, permiten distinguir unos tipos contractuales de otros. Tómese como ejemplo, a efectos meramente explicativos en este momento, la descripción del contrato de suministro que se realiza en el artículo 513-1 del APCM y la del contrato de compraventa del artículo 1445 CC.

- (contrato de suministro, art. 513-1 APCM): “Por el contrato de suministro, 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”.
- (contrato de compraventa, art. 1445 CC): “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”.

En ambos casos los elementos patrimoniales sobre los que se proyecta el “consentimiento en obligarse” de las partes son la cosa y el precio. Es decir, cosa y precio son los objetos sobre los que recaen tanto el contrato de suministro como el contrato de compraventa, si bien de manera distinta en uno y otro caso⁴⁴. De cualquier manera, en tanto que índices generales del tipo permiten clasificar tanto al contrato de compraventa como al contrato de suministro en la categoría de los “contratos de intercambio patrimonial o de circulación de bienes”. Sin embargo, debe destacarse que la conducta descrita en uno y otro caso es diferente. Si el “tipo compraventa” describe una conducta contractual consistente en el mero intercambio (puntual) de cosa por precio, el “tipo suministro de bienes” describe una conducta contractual consistente en el intercambio *periódico o continuado* de cosa por precio. La periodicidad o continuidad del intercambio actúa en este caso como índice especial del tipo, pues permite distinguir uno y otro tipo contractual.

Visto ya de forma resumida en qué consiste y cómo funciona la tipicidad contractual, debemos explicar por qué el contrato marco es una “modalidad contractual” y no simplemente un “tipo contractual (siguiendo la terminología de Gete-Alonso) de segundo orden”.

⁴⁴ Debemos adelantar que, en el caso del contrato de suministro, admitido el contrato marco como paradigma de funcionamiento, cosa y precio son objetos mediatos sobre los que recae el contrato; y no objetos directos como ocurre en el caso del contrato de compraventa. Esta cuestión será explicada con el detalle que merece en el apartado correspondiente.

La diferencia fundamental entre modalidad contractual y tipo contractual radica en la gran versatilidad de la primera frente a la especificidad del segundo. Esta versatilidad tiene que ver con el objeto inmediato sobre el que recae (las relaciones contractuales futuras de las partes) y, consecuentemente, con la no definición, en cambio, del objeto mediato. El contrato marco es un modo de conducir las relaciones contractuales futuras (sean cuales fueren) de las partes que no anticipa cuál será el intercambio patrimonial concreto (*ad. ex.*, cosa por precio, actividad por precio...) y que, por tanto, puede proyectarse sobre cualquier tipo de relación contractual, con tal de que sea duradera, pues si fuera puntual no existiría la necesidad de establecer una serie de condicionamientos iniciales en la medida en que la relación contractual se agota en su propia ejecución.

La tipicidad contractual describe, como hemos dicho, una conducta humana (contractual) a través de una serie de elementos (índices generales y especiales del tipo) que permiten darle un nombre, así como, eventualmente, una regulación específica. El contrato marco puede considerarse un “tipo contractual” si se tiene en cuenta que describe una conducta humana contractual (las partes acuerdan, contratan, consienten en obligarse a seguir las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras), y que recibe un nombre propio que lo diferencia de otros (“contrato marco”). Sin embargo, esta perspectiva sería engañosa, pues la propia definición de contrato marco es íntegramente estructural y, por tanto, de “contenido blanco”.

Aunque veremos a lo largo de este capítulo la complejidad estructural del contrato marco, interesa explicar en este momento por qué el contenido del “tipo contractual contrato marco” es de contenido “blanco”. El consentimiento del contrato marco no se proyecta, en última instancia, sobre nada en concreto⁴⁵. Recordemos que el artículo 1254 CC considera que existe un contrato desde que las partes consienten en obligarse “a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. Decir, por tanto, que a través del contrato

⁴⁵ *Cfr.* Gatsi (1996: 8): “...le contrat de base ne porte pas sur une chose définie avec précision comme le serait par exemple un contrat de vente...”; y Esteban de la Rosa (1998: 152), quien considera que el acuerdo base de *joint venture*, por sí mismo, no constituye una auténtica unidad económica.

En otras palabras, el contrato marco base no constituye, aisladamente considerado, un contrato propiamente dicho, pues no representa una utilidad económica identificable. Esto no es óbice, sin embargo, para que, unido a una intencionalidad económica precisa, aporte ventajas económicas. Podrá observarse que dichas ventajas económicas son similares cuando vienen de la mano de un contrato marco, pero del mismo modo que éste por sí mismo no representa económicamente nada definible. Ello implica que puede acoger, como estructura grupal de contratos, tanto contratos de dar como contratos de hacer (*cf.* Gatsi, 1996: 153).

marco las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras, sin especificar de qué tipo serán éstas (*ad. ex.*, dar alguna cosa o prestar algún servicio) es tanto como no decir nada. Sin objeto patrimonial concreto sobre el que proyectarse, el consentimiento de las partes está vacío. Si el objeto no está concretado y el consentimiento está, consecuentemente, vacío (y éstos dos elementos, objeto y consentimiento, son los elementos ontológicamente necesarios para la existencia del contrato), no tiene sentido plantearse siquiera buscar la causa. Si se nos permite la comparación, que dos partes tengan la disposición de “sentarse a hablar” y acuerden la hora, el sitio y cuantos detalles quieran, no significa que efectivamente puedan hacerlo, pues no basta su mera “disposición a hablar”, sino que es necesario, fundamentalmente, que sepan “de qué” van a hablar y con “qué finalidad”. Merece la pena en este punto retomar las palabras de De Castro (1982: 1060) acerca del tipo contractual. Según este autor, “el tipo de cada contrato reconocido por la Ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido”. Como acabamos de ver, no puede afirmarse que el contrato marco, como tal, configure “un conjunto organizado de derechos y obligaciones”.

Que el contrato marco, como tal, no se proyecte sobre nada en concreto (*cf.* Sayag, 1994: 5) no significa que no sirva para nada; al contrario: sirve, potencialmente, para todo. Es un “modo de hacer” contractual, un instrumento que puede utilizarse en cualquier tipo de relación contractual (eso sí, duradera). Lo que no hace es describir una conducta contractual que se distinga por sí misma de cualquier otra de tal manera que pueda recibir social o normativamente una denominación y regulación propia. Es un instrumento que permite configurar una estructura específica (de la que nos ocuparemos seguidamente) a través del cual conducir “n” tipos contractuales. En este sentido hablamos de contrato marco como “modalidad contractual” y no como “tipo contractual”.

3. Características del contrato marco

Lo primero que debe destacarse del contrato marco es que da lugar a una estructura contractual compleja dividida en dos niveles (“estructura dual”)⁴⁶: contrato marco base y contratos de aplicación⁴⁷. Es posible, igualmente, que se añadan otro tipo de contratos (a los que llamaremos “contratos satélites”) cuya celebración no es necesaria, pero es posible, bien estando prevista en el contrato marco base o incluso sin estarlo⁴⁸.

La dualidad estructural que presenta el contrato marco lo irradia por completo. Cabe preguntarse si nos encontramos ante un único contrato de carácter complejo o compuesto, ante una pluralidad de contratos entre los cuales existe algún tipo de conexión, o ante una situación *sui generis*. A su vez, deberá determinarse cómo (y, sobre todo, respecto de qué) han emitido las partes su consentimiento, cuál es el objeto del contrato (si es un objeto único, si es múltiple, si puede clasificarse igualmente de manera dual), y cuál es la finalidad económica que persiguen las partes (causa del contrato). Todo este análisis se complica cuando nos percatamos de que no nos encontramos frente a un tipo contractual al uso, sino que se trata de una estructura, de un modo de hacer (“modalidad contractual”) que puede servir a muy distintas relaciones de intercambio patrimonial. Sin embargo, no por ello debe dejar de afrontarse dicho análisis. Antes bien, precisamente por esta circunstancia es más importante si cabe que se acometa.

⁴⁶ Cfr. Soro Russell (2014: 26).

⁴⁷ Seguimos en esto la terminología empleada por Sayag (1994) y Gatsi (1996) en Francia, seguida por Soro Russell (2014) en España, y recogida desde 2016 por el artículo 1111 del *Code civil*.

En este sentido, conviene transcribir, por su claridad, la definición de Gatsi (1996: 3) sobre los contratos de aplicación: “Le contrat-cadre (...) laisse à d’autres contrats le soin de réaliser enfin l’objectif des contractants. Ces contrats futurs sont appelés contrats d’application dans la mesure où ils témoignent du courant d’affaires établi par l’accord de volonté initial”.

⁴⁸ Esteban de la Rosa (1993, 155-157) habla en todo caso de contratos satélites. Éstos quedan divididos en función del grado de vinculación que tengan con el contrato marco base en (a) contratos satélites de cumplimiento o ejecución del acuerdo base, (b) contratos satélites previstos en el acuerdo base sólo con carácter facultativo o potestativo y (c) contratos satélites no previstos en el acuerdo base. Si bien esta clasificación del autor, así como las consecuencias que de la misma se derivan, se refieren al contrato de *joint venture*, entendemos que resultan extrapolables al estudio, en abstracto, del contrato marco salvo por lo que respecta a ciertas diferencias que tendremos ocasión de destacar en su momento. Hablaremos, sin embargo, de “contratos de aplicación” simplemente, para referirnos a la primera categoría por una cuestión de economía del lenguaje (dado que por otra parte son los más frecuentes); aceptando que éstos forman parte, junto con los otros dos tipos, de una, podríamos decir, categoría general llamada “contratos satélites” del contrato base.

El contrato marco podría resumirse en las palabras de Rivero⁴⁹: es un “contrato de contratos”. Se trata, pues, de un contrato que proporciona a las partes una regulación común aplicable a la materia de la que se ocupará el contrato marco a lo largo del tiempo que siga vigente (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009: 133)⁵⁰. Esto da lugar, como hemos dicho, a una estructura contractual compleja compuesta por un “contrato marco base” y por un número indeterminado de “contratos de aplicación”. El contrato marco, entendido como “conjunto de contratos” está compuesto tanto por el primero como por los segundos. Se trata de una estructura contractual singular, de un *tertium genus*, en el que el “contrato marco base” juega el papel de “constitución contractual” a la que los sucesivos contratos de aplicación se someten o recurren como regulación supletoria.

2.1 Delimitación del objeto del contrato como paso previo a la descripción de la estructura del contrato marco

De todos es sabido que el artículo 1261 CC instituye tres requisitos esenciales del contrato: consentimiento, objeto y causa. Desaparecido el formalismo propio del Derecho romano en los contratos, el consentimiento de las partes se erige en elemento fundamental para la existencia del contrato y razón de ser de su obligatoriedad, equiparándose desde entonces las expresiones “acuerdo” y “contrato”. Ello ha dado lugar a un intenso estudio acerca de la figura del consentimiento (y sus anomalías) en la doctrina. Por otra parte, ésta ha fijado igualmente su atención en la figura de la causa, llegando en la mayoría de ocasiones a tacharla de una institución oscura y con límites difusos. Si bien el objeto del contrato, en tanto que requisito necesario para la existencia del contrato ha sido, de los tres, el que menos atención ha recibido⁵¹, pese a su indiscutible importancia⁵².

⁴⁹ Citado por Bercovitz Rodríguez-Cano (2009: 133).

⁵⁰ *Cfr.* art. 522-2 PCC (versión de julio de 2015). Díez-Picazo define el contrato normativo como “un contrato que tiene por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro”, fijando el contenido de dichos contratos aunque sin obligación de llegar a celebrarlos (Díez-Picazo, 2007: 433). Esta definición muestra no sólo la cercanía entre una y otra categoría (cuyos límites no están claros), sino también la confusión terminológica existente en España al respecto de ambas figuras.

⁵¹ *Vid.* en este sentido, San Julián Puig (1996: 28), y la doctrina que cita en nota 1.

⁵² No se trata sólo de una “exigencia legal” (Díez-Picazo, 2007: 229) del artículo 1261 CC, sino de un elemento esencial del contrato, pues no se puede concebir un contrato sin una referencia material sobre la

La razón de tratar el objeto del contrato en este momento es doble: por una parte, se trata de un elemento esencial de todo contrato que ocupa una posición central, uno de los dos elementos intrínsecos de formación de cualquier contrato junto con el consentimiento⁵³; por otra, su estudio resulta esencial a la hora de describir la estructura que forman determinadas modalidades contractuales como los contratos marco y los contratos normativos⁵⁴, en la medida en que éstos tienen por objetivo establecer una reglamentación supletoria o vinculante para futuros contratos celebrados bajo su paraguas⁵⁵.

El primer problema con el que nos encontramos a la hora de tratar el objeto del contrato es su definición: en otras palabras, qué se entiende por objeto del contrato. Desde luego, el articulado del Código civil no ayuda en absoluto a esclarecer tal aspecto, pues ni se lo define, ni se utiliza una terminología uniforme (Díez-Picazo, 2008: 269). A esta dificultad se añade la de la diversidad de posiciones que ha adoptado la doctrina en torno a este tema⁵⁶. En síntesis, cuando se habla de objeto del contrato se hace referencia (a veces de manera indistinta) a: (1) las cosas y los servicios (y, consecuentemente, el precio) que son objeto de intercambio⁵⁷, (2) la prestación debida o comportamiento que las partes se comprometen a llevar a cabo⁵⁸; (3) o las obligaciones nacidas del contrato⁵⁹.

que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes (Puig Peña, F., 1972: 439. Cit. Por San Julián Puig, 1996: 28).

⁵³ La causa, entendida como finalidad económica perseguida por las partes valorada de forma objetiva y ex ante por el ordenamiento jurídico y que actúa como límite negativo respecto de la tutela que ofrece dicho ordenamiento respecto de los acuerdos alcanzados, es, de los tres elementos que establece el artículo 1261 CC como requisitos del contrato, el único extrínseco. Es decir, su presencia no es necesaria para la existencia del contrato hasta el punto de que en caso de que la causa no se exprese, se presume que existe y que es lícita (art. 1277 CC), si bien es un elemento de cuya valoración depende que el ordenamiento jurídico otorgue o no tutela al acuerdo de las partes (de ahí que hablemos de “límite negativo”).

⁵⁴ Si bien la doctrina suele emplear indistintamente uno y otro término, veremos cómo pueden y deben diferenciarse ambas figuras.

⁵⁵ *Cfr.* Díez-Picazo (2007: 231).

⁵⁶ *Vid.* Díez-Picazo (2007: 229 – 234).

⁵⁷ Art. 1271 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras (...) Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”; art. 1272 CC: “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.”; art. 1273 CC: “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie”.

⁵⁸ Díez-Picazo (2007: 232) es crítico con la doctrina que sigue esta postura, pues en su opinión “se confunde el objeto del contrato con el objeto de la relación obligatoria”. Si bien es cierta la confusión, entendemos que en cuanto a la terminología con que se diferencie uno y otro fenómeno debe tenerse en

De las tres posturas destacadas, parece que la tercera es la que goza de menor predicamento entre la doctrina española⁶⁰: las obligaciones son efecto, y no objeto, del contrato (*ex art. 1089 CC*). Un aspecto cercano a esto y que merece alguna atención es el “contenido del contrato”, que estaría compuesto por todas aquellas obligaciones nacidas del contrato (independientemente de que quedaran o no recogidas expresamente)⁶¹. El contenido del contrato, por tanto, se puede identificar con lo expresamente pactado en el mismo, pero no por ello con el objeto del contrato, entendido como “programa prestacional” como veremos; en la medida en que, en este caso, es más amplia la expresión “contenido del contrato”. Podemos verlo con un sencillo ejemplo, como puede ser una cláusula de sumisión a fuero. Esta cláusula puede formar parte del contenido de un contrato, pero no por ello de su objeto; pues no lo define como tipo contractual ni permite diferenciarlo de otros.

En cuanto a las dos primeras opciones, se hace necesaria una breve revisión de cada una de las posturas así como una observación de carácter terminológico que podría resultar, así lo entendemos, esclarecedora.

Se entiende por objeto del contrato, siguiendo el articulado del Código civil, las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271 CC), siempre que sean determinadas o determinables (art. 1273 CC). En otras palabras, y siguiendo aquí a Díez-Picazo (2007: 233), se trata de “unidades pasivas de referencia”, de realidades sobre las cuales el contrato, en cuanto negocio, incide. Son, por tanto, “realidades exteriores” (Díez-Picazo, 2007: 229) o, como preferimos llamarlas, “entidades metajurídicas”. Entendemos por entidad metajurídica toda aquella “unidad” que existe al margen del Derecho (meta-jurídica) a la que en ocasiones una norma jurídica le

cuenta que las obligaciones no sólo nacen de los contratos (art. 1089 CC), y que es en este punto donde debe centrarse la diferencia entre objeto del contrato y objeto de la relación obligatoria.

⁵⁹ Una parte de la doctrina ha criticado esta opción al entender que las obligaciones son un efecto del contrato, y no su efecto (*vid. Díez-Picazo, 2007: 233*).

⁶⁰ Díez-Picazo, 2007: 233.

⁶¹ *Cfr.* art. 525-1 PCC (v. 2016), que entiende por “contenido del contrato” tanto las obligaciones expresamente pactadas como aquellas que se derivan de la naturaleza, la buena fe, los usos y la ley (*cfr.* a su vez con el art. 1258 CC).

reconoce existencia y relevancia, normalmente atendiendo a razones de carácter patrimonial⁶² en sentido amplio⁶³.

Debemos realizar una precisión referida al término “servicios”. Según el artículo 1088 CC, toda obligación⁶⁴ consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. El término “cosa” se usa en este caso de un modo considerablemente amplio (Díez-Picazo, 2007: 229), pudiendo hacer referencia tanto a bienes (que se “dan”) como a actividades (que se hacen o se “no-hacen”). Los bienes son entidades metajurídicas con relevancia jurídica, del mismo modo que lo son las actividades. No ocurre así con los “servicios”, que son una categoría genérica que engloba a determinado tipo de contratos cuya prestación característica principal normalmente tiene que ver con obligaciones de hacer (actividades). Entendemos, pues, que el artículo 1271 CC incurre en una confusión de planos (jurídico *vs* metajurídico con relevancia jurídica) y que donde dice “servicios” debería decir “actividades” del mismo modo que habla de “cosas” (es decir, bienes) y no de “intercambios”.

En cualquier caso, si estas entidades son, como hemos dicho, “unidades pasivas de referencia” sobre las que el contrato incide, sería más ajustado a la realidad hablar de “objetos sobre los que recae el contrato”, de tal manera que quedase claro su carácter recepticio, pasivo.

Se ha entendido también por objeto del contrato el programa “nuclear” sobre el que versa el consentimiento de las partes, esto es, el intercambio de prestaciones. Debemos dejar claro a este respecto, que la identificación del objeto del contrato con el programa prestacional no supone entender como divisible lo indivisible, pues el centro de atención se está proyectando sobre el programa entendido como conjunto, y no sobre cada una de los individuales compromisos que adquieren las partes en virtud del contrato⁶⁵. Se trata

⁶² El Derecho, en tanto que instrumento de prevención y encauzamiento de posibles conflictos sociales, puede y de hecho reconoce relevancia jurídica a entidades metajurídicas por motivos distintos de los estrictamente patrimoniales (cfr. en este sentido, respecto del carácter patrimonial o no de la prestación, Fernández Martínez, 2012: 552).

⁶³ El ejemplo más claro son, precisamente, los bienes. El CC entiende éstos como “todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación” (art. 333). Más claro es el *Codice civile* de 1942, según el cual “sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti” (art. 810).

⁶⁴ Hablaremos más adelante en este mismo apartado sobre la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación. No obstante, en este punto la referencia al artículo 1088 es apropiada pese a que estamos tratando el objeto del contrato y no el objeto de la obligación.

⁶⁵ Entenderlo de esta manera llevaría a una de las formas de entender el objeto del contrato que hemos descartado en primer lugar: la que lo identifica con las obligaciones que nacen de este contrato.

de identificar (y, por tanto, dar nombre) el núcleo del programa prestacional al que se refiere el consentimiento de las partes y que, en último término, puede consistir en dar, hacer, no hacer (art. 1088 CC), o hacer para dar⁶⁶.

Según quienes identifican el objeto del contrato con el programa prestacional, “el objeto del negocio jurídico no es propiamente – aunque descriptivamente se puede identificar con estos elementos – la cosa ni la prestación, sino los derechos y obligaciones que por el negocio se constituyen. Propiamente considerado en la estructura constitutiva del negocio jurídico, puede consistir en una cosa, o en uno o varios actos o conductas de las personas concernidas, que es lo que se denomina “prestación”, en alusión a la conducta que deviene jurídicamente obligada por razón de la vinculación jurídica derivada del negocio” (Fernández Martínez, 2012: 491), que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1088 CC) y que debe ser lícita, posible, determinada o determinable, y de carácter patrimonial (Fernández Martínez, 2012: 552). Quienes se muestran críticos con esta postura alegan que se confunde el objeto del contrato con el objeto de la relación obligatoria, entendiendo por este último, el comportamiento debido por las partes a raíz de la vinculación jurídica derivada del contrato (Díez-Picazo, 2007: 232)⁶⁷.

Conviene aclarar en este punto la diferencia existente entre “objeto del contrato” y “objeto de la obligación”. Ésta no debe buscarse en el binomio “cosa/actividad vs comportamiento debido”, sino en la fuente del contrato y la fuente de la obligación. Según el artículo 1254 CC, “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. La fuente, por tanto, del contrato es el consentimiento de las partes que afectará a alguna cosa (que se da) o a algún servicio (que se presta; en otras palabras, una actividad que se realiza, que se hace). Por su parte, el artículo 1089 CC establece que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. He aquí las fuentes de las obligaciones: (1) ley, (2) contratos, (3) cuasicontratos, y (4) actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Los contratos son, pues, fuente de las obligaciones; si bien, no son la única fuente.

⁶⁶ Este último caso es el de los contratos de obra.

⁶⁷ Fernández Martínez (2012: 552) identifica la prestación, además de lo dicho, con el objeto de la obligación, entendiendo por tal “el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor, y que tiene derecho a exigir el acreedor”.

El binomio “cosa/actividad vs comportamiento debido” no debe, por tanto, identificarse con el binomio “objeto del contrato vs objeto de la relación obligatoria”. Supongamos un determinado “comportamiento debido” (en otras palabras, una “prestación”): el pago de 5000 euros. Si el origen de esta prestación (la “fuente”) es un acto en que ha intervenido culpa o negligencia⁶⁸, no podremos encontrar “objeto del contrato” alguno, pero sí, en cambio, “objeto de la obligación”: el pago de 5000 euros. Igualmente, podremos identificar una cosa o actividad que “de una manera indirecta constituyen el objeto de la obligación” (*cf.* Díez-Picazo, 2008: 269) o, dicho de otro modo, el objeto sobre el que recae la relación obligatoria, la unidad pasiva de referencia que sufrirá los efectos de la existencia de dicha relación obligatoria, la entidad metajurídica con relevancia jurídica a la que afectará el comportamiento debido de las partes..., en definitiva, los 5000 euros. Si este pago de 5000 euros tiene por origen un contrato (*ad. ex.*, es el precio que debe pagar el comprador en un contrato de compraventa), no sólo podremos identificar un objeto de la relación obligatoria y un objeto sobre el que la relación obligatoria recae, sino un objeto del contrato y un objeto sobre el que el contrato recae. Ciertamente es que en la medida en que tanto el objeto del contrato como el objeto de la relación obligatoria se refieren al comportamiento debido, a la prestación (si se comparte esta postura), serían el mismo: pagar 5000 euros. Por otra parte, el objeto sobre el que recae el contrato y el objeto sobre el que recae la relación obligatoria igualmente coincidirían, pues en ambos casos se estaría haciendo referencia a la unidad pasiva de referencia que sufre la existencia del comportamiento debido: los 5000 euros. La diferencia, pues, entre objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato está en que éste último tiene una mayor diversidad de fuentes (*cf.* art. 1088 CC), entre los que por otra parte figura el contrato.

La misma relación dual que acabamos de explicar referida tanto al binomio “objeto del contrato vs objeto sobre el que recae el contrato” como al binomio “objeto de la relación obligatoria vs objeto sobre el que recae la relación obligatoria” puede expresarse respecto del objeto del derecho, existiendo, por tanto, un binomio análogo: “objeto del derecho vs objeto sobre el que recae el derecho”. Lo expresa con gran claridad Santos Briz (1980: 3): “puede distinguirse, en un primer aspecto, el objeto en sentido propio o estricto, basado en una relación de dominio o de disfrute a favor del

⁶⁸ *Ad. ex.*, el empresario responsable de un local de copas, por no minimizar suficientemente el riesgo de que sus clientes pisen cristales rotos (STS 1161/2016, de 18 de marzo).

sujeto, y un segundo aspecto que contempla en el objeto la disposición sobre el mismo a través de negocios jurídicos. Así, la cosa que pertenece en propiedad a una persona corresponde al primero de los aspectos; el acto dispositivo sobre esa cosa, al segundo”. Existe, sin embargo, una diferencia no menor: en el caso del objeto del derecho hablamos de un haz de facultades (cuyo ejercicio es, por tanto, potestativo) a favor del titular; mientras que en el caso tanto del objeto del contrato como del objeto de la obligación hablamos de un “comportamiento debido”.

La estrecha relación entre el objeto del contrato (entendiendo por tal el programa prestacional o comportamiento debido por las partes) y objeto sobre el que recae el contrato (esto es, unidades pasivas de referencia) provoca una comunicación de efectos del segundo al primero que ha llevado a la doctrina en ocasiones a afirmar que se trata de una distinción con más trascendencia teórica que práctica (Bercovitz Álvarez, 2013: 1279⁶⁹). Pensemos, por ejemplo, en un caso de *aliud pro alio*, esto es, casos en los que se entrega una cosa diversa de la comprometida, que resulta inhábil, no satisface al comprador o es inapropiada para el fin a que se la destina. Esta situación afecta tanto al objeto sobre el que recae el contrato como al objeto del contrato. La “cosa” es, como dijimos, la unidad pasiva de referencia que sufre los efectos de la existencia del contrato, es decir, aquella sobre la cual tienen lugar los cambios jurídico-patrimoniales objeto del contrato; en otras palabras, el objeto sobre el que recae el contrato. La argumentación acerca del incumplimiento del contrato puede apoyarse en la anomalía del objeto sobre el que recae el contrato, en la medida en que la cosa es distinta. Sin embargo, la entrega de una cosa distinta de la comprometida es también un incumplimiento del comportamiento debido en virtud del contrato y, consecuentemente, la argumentación acerca del incumplimiento puede apoyarse igualmente en el objeto del contrato (entrega de “esa” cosa y no de cualquier otra). La situación extrema del *aliud pro alio* puede aplicarse igualmente en caso de falta de conformidad de la cosa con el contrato, y es que cualquier defecto en el objeto sobre el que recae el contrato (esto es, la cosa o la actividad comprometida) supone por extensión un incumplimiento de la conducta programada. Sin embargo, no por ello debe pensarse que la distinción entre objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato es de poca importancia o utilidad.

⁶⁹ Este autor habla de objeto del contrato vs objeto de la obligación.

En primer lugar, debemos tener presente que mientras que el objeto sobre el que recae el contrato es un elemento de la realidad material (es decir, una entidad metajurídica) con relevancia jurídica, el objeto del contrato es un elemento eminentemente jurídico. Tal condición de uno y otro se extiende a sus respectivas cualidades, lo que tiene consecuencias, como acabamos de ver, por ejemplo, en el caso del incumplimiento. No puede compartirse la postura acerca de la poca importancia práctica de distinguir entre objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato⁷⁰ si cada uno de estos elementos debe ubicarse en un plano diferente (jurídico y metajurídico).

Por otra parte, la distinción entre objeto del contrato (entendido como programa prestacional o comportamiento debido por las partes en virtud del contrato) y objeto sobre el que recae el contrato (es decir, unidades pasivas de referencia) permite explicar con mayor claridad la estructura del contrato marco, de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente.

Puede alegarse en contra del binomio con el que nos proponemos operar en este trabajo que la expresión “objeto del contrato” se utiliza por la doctrina y, lo que es más importante, por el Código civil (arts. 1271 a 1273) como sinónimo de las cosas y servicios que actúan como unidades pasivas de referencia y que, por tanto, sería poco claro llamar a las cosas y servicios “objeto sobre el que recae el contrato”, y entender por “objeto del contrato” el programa prestacional. A estas objeciones podría oponerse el hecho de que también se entiende por objeto del contrato el programa prestacional y que la terminología del Código no es en absoluto clara ni uniforme, ni en este ni en otros términos jurídicos, pese a los artículos 1271 a 1273; y que el binomio pretendidamente sustitutorio (objeto del contrato vs objeto de la obligación) no resuelve el problema, como creemos haber demostrado. Más allá de estos argumentos, que nutrirían un interesante debate terminológico sin duda necesario, entendemos que la expresión objeto del contrato como sinónimo del programa prestacional y objeto sobre el que recae el contrato como sinónimo de la unidad pasiva de referencia son mucho más claras (más intuitivas podría decirse) a la hora de designar las respectivas realidades a que se refieren. Por tanto, serán estas expresiones, y con los significados que acabamos de decir, las que utilizaremos a lo largo de nuestro trabajo.

⁷⁰ O, como una parte de la doctrina prefiere llamar, entre objeto del contrato y objeto de la obligación (ya hemos explicado en este mismo apartado por qué este último binomio no nos parece correcto).

Finalmente, el binomio “objeto del contrato vs objeto sobre el que recae el contrato” puede explicarse mejor si entendemos el contrato como una oración, de tal manera que realizando un sencillo análisis sintáctico podamos distinguir uno y otro elemento. De esta manera observaremos que la dualidad es igualmente aplicable a las obligaciones (objeto de la obligación vs objeto sobre el que recae la obligación). Tomemos como ejemplo el contrato de compraventa. Según el artículo 1445 CC: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”. Si suprimimos la expresión “por el contrato de compraventa”, nos encontramos con dos oraciones unidas a través de una conjunción copulativa (“y”). Estas dos oraciones yuxtapuestas pueden simplificarse, de tal manera que, sin variar su significado, el análisis sintáctico de las mismas no complique en exceso la propuesta que pretendemos trasladar. Así, podría decirse que (por el contrato de compraventa) “uno de los contratantes entregará una cosa determinada y el otro pagará un precio”. Analicemos, pues, estas “oraciones-contrato” que recogen el tipo “contrato de compraventa”:

Uno de los contratantes	entregará	una cosa determinada
Sujeto 1	Predicado 1	
	Núcleo 1	Complemento Directo 1

Y

el otro	pagará	un precio.
Sujeto 2	Predicado 2	
	Núcleo 2	Complemento Directo 2

Una cualidad común a todos los contratos entendidos como oraciones es que utilizan verbos transitivos, esto es, verbos que dan lugar a oraciones cuyo predicado necesariamente debe ir acompañado de un complemento directo. Esta cualidad es compartida por el enunciado de cualquier obligación. Tomemos como ejemplo el ya

mencionado artículo 1088 CC: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”. En este caso debemos realizar un apunte previo: la oración es compleja, pues se compone de una oración principal y tres oraciones subordinadas yuxtapuestas (“dar alguna cosa”, “hacer alguna cosa” o “no hacer alguna cosa”) con un complemento directo común. Veámoslo:

Toda obligación	consiste en	dar, hacer o no hacer	alguna cosa
Sujeto	Predicado		
	Núcleo	Complemento Directo (Tres oraciones subordinadas compuestas sólo de predicado)	
		Núcleos 1, 2 y 3	Complemento Directo común

¿Qué relevancia jurídica tiene todo esto? En otras palabras, ¿cómo los análisis sintácticos que acabamos de realizar pueden ayudarnos a diferenciar entre objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato? Cualquier contrato comporta una serie de obligaciones para las partes (“contenido del contrato”), y toda obligación consiste, en resumen, en “hacer” “algo” (entendiendo cada una de las expresiones entrecomilladas en el más amplio sentido posible). Las partes no son sólo sujetos de la oración; son, en lo que a nosotros interesa, sujetos de derecho. Todo lo que no es sujeto es objeto (Santos Briz, 1980: 2); pero aquí la expresión objeto comienza a no ser unívoca, y se desdobra: “objeto de X”, y “objeto sobre el que recae X”. La acción (“hacer”) que es núcleo del contrato, de la oración o del derecho, se resume en un verbo transitivo; esto es, un verbo que necesita apoyarse en un complemento directo. Se dice que los complementos de la oración “sufren la acción del verbo”. Podríamos decirlo de otro modo: son las “unidades pasivas de referencia”.

Comenzamos a ver ya la relación entre el análisis sintáctico y el, llamémoslo así, “análisis jurídico” del contrato o de la obligación. Donde vemos “predicado” podemos decir desde un punto de vista jurídico “comportamiento debido”, “programa prestacional” u “objeto del contrato”. Donde vemos “complemento directo”, podemos decir desde un punto de vista jurídico “unidad pasiva de referencia” o, en definitiva, “objeto sobre el que recae el contrato”.

Retomando el ejemplo del contrato de compraventa, el objeto del contrato en el contrato de compraventa se correspondería con el intercambio de cosa por precio; mientras que serían objetos sobre los que el contrato recae tanto la cosa como el precio. Compartimos plenamente en este sentido las palabras del Profesor Joaquín Garrigues (1946), que compartimos aquí por su claridad, así como por la autoridad que este jurista representa:

“En general, objeto de un contrato, en sentido técnico, son las obligaciones que el contrato engendra. Pero en nuestro Código civil se confunde el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones nacidas del contrato⁷¹, aunque, en rigor, sean cosas distintas (v. artículos 1271, 1272 y 1273). En un contrato de compraventa, por ejemplo, objeto del contrato son las obligaciones de entregar la cosa y el dinero. Se utiliza una metátesis cuando se dice que el objeto de la compraventa es la cosa vendida.”

2.2 Estructura reticular del contrato marco

Lo primero que debemos destacar del contrato marco es que da lugar a una “estructura grupal de contratos”⁷², lo cual pudiera parecer poco habitual si nos atenemos a la letra de nuestro ya vetusto Código civil e incluso a gran parte de la normativa tocante a contratos; pero que, sin embargo, encuentra abundantes ejemplos en la práctica contractual contemporánea que, además, van en aumento tanto en cantidad como en variedad.

Las cada vez más complejas relaciones contractuales en la actualidad recurren frecuentemente al paradigma de “sistema” (o grupo), en lugar de al tradicional esquema lineal de contratos. Ni uno ni otro paradigma contractual (a saber, “contratos-red” o “contratos-línea”) parecen tener preferencia en el Código civil si acudimos a los artículos dedicados a la teoría general de los contratos (*cf.* por todos, la descripción del contrato que hace el artículo 1254 CC). Sin embargo, los principales tipos contractuales recogidos por el Código son de carácter lineal; es decir, pueden ser descritos como

⁷¹ *Vid. supra* en este apartado, sobre la relación entre las expresiones “objeto del contrato” y “objeto de la relación obligatoria”.

⁷² *Cfr.* Díez-Picazo (2007: 433), que considera el contrato normativo como un “contrato de grupo”.

“contratos-línea”, sea unilaterales (donación), o bilaterales (compraventa, obra o servicios, por citar sólo algunos)⁷³. La evolución de la práctica contractual en nuestros días aconseja recurrir a imágenes más elaboradas que una línea, y que podrían responder de un modo u otro a la idea de “red”⁷⁴. Un ejemplo de todo ello son tanto el contrato normativo como el contrato marco.

La creciente “reticularización” de las relaciones contractuales no es una consecuencia directa de la Revolución Digital, ni desde luego puede situarse ésta como punto de arranque de aquélla. No obstante, y como puede observarse de la mera enumeración de algunos contratos relacionados con la Revolución Digital, podemos convenir en que sí ha potenciado tanto la complejidad de las relaciones contractuales como su configuración a través de sistemas grupales o reticulares⁷⁵. No es menos la creciente importancia de las relaciones contractuales duraderas, en detrimento de aquellas otras que podríamos calificar, por oposición, como puntuales (*ad ex.*, suministro *vs* compraventa). Éstas últimas son más proclives a una configuración de tipo reticular que aquellas de ejecución puntual.

Si se tienen en cuenta los efectos de las dos tendencias contractuales señaladas (aumento de contratos con estructura grupal o reticular – contratos-red – en detrimento de contratos de estructura sencilla – contratos-línea -, y aumento de relaciones contractuales duraderas en detrimento de aquellas otras de carácter puntual) se comprenderá la necesidad de elucidar los fundamentos contractuales de dichas estructuras: cómo serán las interrelaciones entre los distintos contratos que formarán parte del grupo (horizontales o verticales; en caso de relación vertical, jerárquicas o supletorias); si existirá comunicación de deficiencias entre contratos y, en caso de que así sea, cómo se producirá, ante qué tipo de redes nos encontramos en cada caso...

⁷³ *Cfr.* López Frías (1994: 31), para quien “es evidente que la imbricación contractual no estaba en la mente del legislador de 1899”, quien opta de forma “tácita por ignorar desde el punto de vista jurídico la posible vinculación funcional entre unos contratos y otros” y “se limita a contemplar el contrato en general y cada contrato en particular”, regulando sólo en contadas ocasiones las consecuencias jurídicas de la vinculación entre dos o más contratos (López Frías, 1994: 255).

⁷⁴ Esta circunstancia ya fue advertida por Sayag (1994: 2). Si entonces era un reciente cambio de tendencia, ahora es ya una evidencia palmaria. *Cfr.* en igual sentido, Gatsi (1996: 1-2)

⁷⁵ No podemos olvidar la célebre expresión de Castells (2000), con la que describe la sociedad actual: “Sociedad Red” pese a que, como ha quedado dicho, el paradigma de los “contratos-red” existía antes de la Revolución Digital, y a que no todos los contratos que responden a este esquema están relacionados con las “Nuevas Tecnologías”. Quizás el ejemplo más significativo de ello podemos encontrarlo, precisamente, en el contrato de suministro, cuya existencia ha llegado a vincularse con el nacimiento de toda sociedad que merezca llamarse tal (Mossa, 1915: 22).

No todas las estructuras contractuales son idénticas. De hecho, puede observarse una gran variedad de estructuras contractuales diferentes (triangulares, “T invertida”...⁷⁶), que no son sino intentos de explicar gráficamente las relaciones internas del grupo de contratos. Las diferencias entre redes contractuales no tienen que ver solamente con la topografía de la red, sino con otras características como por ejemplo el tipo de contratos que quedan conectados (contratos que tendrán lugar en un mismo momento o sucesión de diversos contratos a lo largo de un determinado espacio de tiempo; contratos con identidad o diversidad de partes...⁷⁷). En cualquier caso, todos los ejemplos reseñados participan de un modo u otro de la idea de conexión contractual.

Debemos advertir, sin embargo, que la aparente unidad en torno a la “conexión contractual” no es tal (López Frías, 1994: 272; Castaglia, 1979: 400). Por lo pronto, y en lo que a este trabajo interesa, podríamos distinguir dos tipos de conexiones contractuales: instrumental en sentido amplio, y reticular. Existe conexión instrumental entre dos contratos, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de “préstamo *para* financiar la adquisición” de un bien a través de un contrato de compraventa, de tal manera que “se adquiere el bien o servicio *porque* existen facilidades de pago a través del préstamo”, o en el caso de un contrato de *leasing*, en la medida en que “la sociedad de *leasing* compra el bien para ceder su uso y, a su vez, esta cesión tiene como presupuesto indispensable la adquisición del objeto por parte del concedente o arrendador financiero”⁷⁸ (López Frías, 1994: 22). La conexión contractual de tipo reticular tiene lugar, en cambio, cuando se celebran una serie de contratos *a priori* independientes⁷⁹ que, sin embargo, participan de una finalidad económica global común; por ejemplo, la colocación y circulación de bienes en el mercado⁸⁰. En este

⁷⁶ Pueden consultarse las publicaciones de Rodríguez de las Heras Ballell (2006, 2014, 2015). Actualmente esta autora participa en un proyecto para redactar un texto articulado sobre economía de plataformas, donde se discute precisamente la anatomía de estos grupos de contratos.

⁷⁷ *Cfr.* la advertencia a este respecto de Castaglia (1979: 402), quien considera, además, que esta diversidad cuestiona la posibilidad de un tratamiento unitario de la “conexión contractual”. Pese a todo, puede afirmarse que la categoría de los contratos conexos se encuentra desde hace tiempo plenamente consolidada en la doctrina italiana (López Frías, 1994: 29).

⁷⁸ Si en el caso anterior la vinculación de tipo instrumental está clara (se celebra un contrato de préstamo *para* financiar la adquisición), en este último podríamos hablar de interdependencia de los contratos o, en otras palabras, de instrumentalidad recíproca. La diferencia es de matiz, aunque no menor: en el primer caso podemos identificar un contrato principal y uno accesorio, mientras que en el segundo no.

⁷⁹ Permítasenos esta imprecisión inicial, que nos ocuparemos de desgranar adecuadamente a lo largo de las páginas de esta Tesis.

⁸⁰ Castaglia (1979) se ha referido a este fenómeno como “conexión contractual con función de intercambio”.

último tipo de situaciones, no es fácil distinguir si nos encontramos ante un contrato complejo o mixto, ante contratos conexos o coligados, o ante un complejo de contratos (o “contrato-red”). Por esta razón es importante adentrarnos, siquiera brevemente, en la doctrina sobre la conexión contractual.

Existe conexión contractual “cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que les informa, vinculación que es o puede ser relevante” (López Frías, 1994: 273)⁸¹.

Por tanto, debe darse, en primer lugar, una pluralidad de contratos. Este aspecto es clave para diferenciar el fenómeno de la conexión contractual de otro tipo de contratos (jurídicamente unitarios) que combinan prestaciones pertenecientes a uno o varios tipos contractuales diversos: contratos complejos y contratos mixtos⁸². No es sencillo decidir cuándo nos encontramos ante un solo contrato y cuándo ante una pluralidad de contratos. Existe consenso a la hora de acudir a criterios objetivos a la hora de distinguir uno y otro caso, descartando otros subjetivos⁸³ o meramente formales⁸⁴. Sin embargo, no está claro qué criterio objetivo deba ser determinante. La doctrina que se ha ocupado de este tema se inclina por atender a la causa (entendida como función económico-social) del contrato con carácter preferente, si bien no exclusivo, de tal manera que puedan valorarse otros elementos como la unidad del objeto, cualesquiera otros elementos fácticos o jurídicos que puedan ser relevantes, o incluso la voluntad de las partes, entendida ésta como un dato más a tener en cuenta (López Frías, 1994: 277-281; Evangelio Llorca, 2006: 50-51).

⁸¹ *Cfr.* Díez-Picazo (2007: 490), quien define los contratos coligados como “aquellos en que las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único, para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que persiguen o pretenden”.

⁸² *Vid.* López Frías (1994: 286): “el criterio delimitador entre el contrato mixto y los contratos conexos es, simplemente, la existencia de un único contrato en el primer caso y de dos o más convenios en el segundo” (...) Ello quiere decir, también, que en el contrato mixto hay una sola causa (mixta) y en los contratos conexos dos o más causas distintas, en correlación al número de contratos que se hayan concluido”. En igual sentido, Evangelio Llorca (2006: 50).

⁸³ *Ad. ex.*, la intención declarada de las partes en el contrato de celebrar uno o varios.

⁸⁴ Son criterios formales aquellos que atienden a la forma en que quedan recogidos los contratos. Por ejemplo, atendiendo a este tipo de criterios podría sostenerse que mientras los contratos queden recogidos en un solo documento forman uno solo y no varios contratos.

Sin ánimo de restar importancia a la causa del contrato, hemos de recordar la afirmación que hemos hecho más arriba⁸⁵ acerca de que la causa es un elemento exógeno al contrato en la medida en que actúa como límite negativo a la eficacia del mismo (art. 1275 CC⁸⁶). Son, por el contrario, elementos endógenos del contrato tanto el consentimiento como el objeto (art. 1254 CC), en la medida en que no puede haber contrato alguno (tutelado o no por el ordenamiento jurídico) sin que una o varias personas *consientan en obligarse a algo*. Por ello nos parece acertado el criterio de la STS de 12 de junio de 1975 (RA 2446)⁸⁷, que atiende a la unidad del objeto para decidir si existe o no pluralidad de contratos.

Según Díez-Picazo (2007: 490-491), son contratos mixtos aquellos contratos (jurídicamente unitarios) que combinan tipos contractuales diferentes en uno solo; mientras que puede hablarse de contratos complejos cuando lo que se produce es una combinación de prestaciones que, aisladamente consideradas, pertenecen a uno o varios tipos contractuales diversos. Por tanto, contratos mixtos y contratos complejos serán, en cualquier caso, contratos únicos; si bien en el caso de los primeros se produciría una fusión de tipos contractuales y en el de los segundos, una fusión de algunas prestaciones contractuales asociadas a varios tipos contractuales diferentes. La mayor parte de la doctrina considera, en cambio, que se trata de una distinción superflua y que “contratos mixtos” y “contratos complejos” son dos denominaciones de un mismo negocio jurídico (*cf.* por todos, López Frías, 1994: 284; Evangelio Llorca, 2006: 49).

La unidad en el caso de los contratos conexos o coligados no es, en cambio, jurídica, sino material o económica: varios contratos *a priori* independientes presentan algún tipo de dependencia estructural al estar informados por un propósito global común (López Frías, 1994: 276; Díez-Picazo, 2007: 490). El nexo entre los contratos coligados puede proceder bien de un contrato en concreto, que necesita de otros para alcanzar su objetivo, o del propósito global de las partes. En el primero de los casos es posible identificar como principal aquel contrato que necesita de otros y como accesorios esos otros contratos que dependen del primero. En el segundo de los supuestos no es tan fácil establecer esta distinción y es más probable que nos encontremos ante una estructura reticular. En ninguno de estos casos es necesario que

⁸⁵ *Vid. supra*, apdo. 1 del Capítulo II, sobre la descripción inicial del contrato marco, visto como modalidad contractual.

⁸⁶ Este criterio se mantiene en la PCC.

⁸⁷ *Cit.* por López Frías (1994: 279).

exista identidad de partes (López Frías, 1994: 283), si bien la identidad o diversidad de partes puede ser un criterio importante a la hora de distinguir entre estructuras grupales de contratos (*cf.* Gatsi, 1996: 17).

Los contratos conexos no tienen por qué participar de la idea de grupo o red, pese a que mantengan un vínculo material derivado de un propósito global de las partes que los suscriben. Por el contrario, sí puede afirmarse que los nexos que mantienen unidos los grupos o redes de contratos pueden explicarse a partir del fenómeno de la conexión contractual. Dicho de otra manera: si bien todos los contratos-red pueden explicarse a partir de la idea de conexión contractual, no todos los contratos conexos conforman necesariamente un grupo o red de contratos. Esto no debe llevar a confusión: un grupo de contratos no es un contrato complejo, pues cada uno de los contratos que lo conforman mantiene su autonomía, a pesar de haber perdido su independencia.

La dicotomía autonomía / independencia nos permite explicar en este punto las relaciones internas existentes entre los contratos que forman parte de un grupo o red. Normalmente se utilizan estos términos en relación con la organización política de territorios; por tanto, en el ámbito del Derecho público. Aplicados, sin embargo, a los grupos de contratos, permiten explicar con precisión aquello que pretendemos⁸⁸. Se denomina “autonomía” a la “capacidad de la que gozan ciertos entes dentro del Estado”⁸⁹; mientras que “independiente” es aquél (ente) “que no tiene dependencia, que no depende de otro”⁹⁰. Los entes “autónomos”, lo son, precisamente, “porque” forman parte del Estado. Es tanto como decir que son (es decir, que existen) porque existe el Estado; de tal manera que si el Estado no existiese o éstos existieran fuera del Estado, serían otra cosa, pero no “entes autónomos”. En la configuración del contrato marco entendido como conjunto (es decir, como contrato-red) hemos distinguido entre “contrato base” y “contratos de aplicación”, y comparado el primero con una suerte de “constitución contractual”. Siguiendo esta comparación, podemos afirmar que los contratos de aplicación existen “dentro del”, y “porque existe el” contrato base. Hasta tal punto es así que la pertenencia a un grupo justificaría un cambio de nombre en

⁸⁸ No deja de ser coherente, por otra parte, con la propia trayectoria de la expresión “contrato marco”, cuyo origen se encuentra en la de “loi-cadre” (ley marco) francesa, equivalente a lo que podríamos entender en España como “ley de bases” (Gatsi, 1996: 5).

⁸⁹ Fernández Martínez (2012: 107). *Cfr.* en igual sentido 1ª acepción del Diccionario de la RAE de la voz “autonomía” (Recuperado de: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=4TsdBo>).

⁹⁰ 1ª acepción de la voz “independiente” del Diccionario de la RAE (Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=LN04rLs>).

aquellos contratos que desempeñan el papel de “contratos de aplicación”⁹¹. En otras palabras, existe una relación de autonomía contractual en el caso de los contratos que conforman un grupo o red, distinta de la relación de independencia (contractual) que se da entre contratos conexos; si bien en uno y otro caso existe un vínculo material entre ellos justifica un tratamiento unitario a ciertos efectos.

Podemos demostrar esta afirmación acudiendo a algunos ejemplos de conexión contractual:

- (1) se celebra un contrato de préstamo para financiar la adquisición de un bien a través de un contrato de compraventa;
- (2) la parte contratista encargada de la creación de una página web encarga el diseño gráfico a una empresa – subcontrato -;
- (3) la parte contratista encargada de la construcción de un bloque de viviendas celebra “n” contratos de compraventa con diversas empresas para la adquisición de materiales de construcción;
- (4) se celebran dos contratos, uno por el cual una sociedad adquiere la propiedad de un bien, y otro por el cual dicha sociedad cede su uso a un tercero – leasing-...⁹².

Todos estos ejemplos (los cuales encierran una gran variedad de supuestos cada uno) participan de una cualidad común: es posible explicar su conexión de forma gráfica a través de una línea. En los ejemplos primero y tercero, podemos observar que existe una conexión lineal de carácter teleológico: se celebra un contrato de préstamo para que pueda tener lugar el de compraventa, o se celebran “n” contratos de compraventa para poder cumplir el contrato de obra con suministro de materiales celebrado previamente. En el segundo, la conexión lineal podría calificarse de instrumental, pudiendo determinarse la existencia de un contrato principal y un contrato

⁹¹ Aunque adelantemos algunas conclusiones, vale la pena traer a colación el ejemplo del contrato de suministro. Los contratos que llamaremos “de aplicación de suministro” son, aisladamente considerados, compraventas. Sin embargo, su pérdida de independencia (se celebran en el “marco” del contrato de suministro y como consecuencia de las previsiones realizadas por éste en el momento inicial) justifica que no podamos hablar de compraventas, sino que debemos hacerlo de “contratos de aplicación de suministro”.

⁹² Los ejemplos destacados son analizados con detalle por López Frías (1994). Hemos obviado deliberadamente el caso de las ventas sucesivas relacionadas con la distribución de bienes muebles, que trataremos en detalle en el capítulo dedicado al contrato de suministro de bienes muebles. *Cfr.* Gatsi (1996: 1), que sitúa todos los ejemplos señalados en la categoría genérica de “ensembles contractuels” (conjuntos contractuales o... grupos de contratos).

accesorio. En el cuarto, finalmente, podemos observar que existe una conexión lineal de interdependencia recíproca.

Retomemos ahora la definición de contrato marco que nos sirve de punto de referencia. Entendemos por contrato marco aquél por el cual las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras, de tal manera que las reglas establecidas en dicho contrato se aplicarán a los posteriores que las partes celebren en desarrollo de aquél (art. 522-2 de la PCC, versión de julio de 2015). Un primer rasgo que diferencia esta situación de las anteriores, es que una parte de los contratos no existe desde el principio, ni tiene por qué llegar a existir en un futuro (salvo que así quedara establecido en las reglas del contrato base⁹³). Pero lo más importante es que no podemos hablar aquí de una conexión lineal. El contrato marco sólo establece las “reglas de juego” de los futuros contratos, en caso de que éstos lleguen a celebrarse: ése y no otro es el elemento de conexión. Se trata, pues, de un elemento de conexión de carácter jurídico; y no “material” o económico como en los anteriores casos. Ciertamente que entre el contrato marco base y cada uno de los contratos de aplicación existe una conexión lineal (como en cualquier situación en la que quedan conectados dos extremos), pero cada una de estas líneas existen en tanto que componentes de la red que conforma el contrato base. Por ello hablamos de contratos-red o de conexión de tipo reticular.

Podría llevar a confusión la situación de las compraventas celebradas para cumplir con el contrato de obra con suministro de materiales, en caso de que se celebrara efectivamente más de un contrato de compraventa. En absoluto deben confundirse, pues la razón de ser de cada uno de los contratos de compraventa celebrados es permitir el adecuado cumplimiento del contrato de obra. Existe, por tanto, una conexión instrumental entre el contrato principal de obra y cada uno de los respectivos contratos accesorios de compraventa, por numerosos que éstos últimos fueran. Entre el contrato base y los contratos de aplicación no hay un vínculo de instrumentalidad: los contratos de aplicación no son accesorios del contrato base sino su materialización, y no dependen de éste, aunque le deben su existencia en cuanto tales contratos de aplicación – son

⁹³ En este caso, los contratos de aplicación tendrían que existir en un futuro porque lo dice el contrato base, y sólo por este motivo. En este sentido, resulta interesante la clasificación de los contratos marco de Gatsi (1996: 10), distinguiendo contratos marco con obligación de contratar y sin obligación de contratar en función de lo que establezcan las partes en el contrato base. Igualmente, para una visión breve acerca de la obligatoriedad o no de celebrar contratos de aplicación, véase Gatsi (1996: 6-7).

autónomos, pero no independientes -; y el contrato base no es un contrato principal, sino básico. Ya dijimos anteriormente que el contrato base es “de contenido blanco”, lo que nos llevaba a afirmar que el contrato marco es una modalidad y no un tipo contractual. Esto último no podría afirmarse de ninguno de los ejemplos de contratos conexos que hemos destacado.

Por otra parte, los contratos accesorios y los subcontratos no pierden su autonomía conceptual (*ad ex.*, el contrato de préstamo para financiar una compraventa sigue siendo un contrato de préstamo y funcionando como tal), aunque su supervivencia dependa en mayor o menor medida de los contratos principales a los que están conectados. Igualmente, aquellos otros contratos entre los cuales existe conexión material o económica pueden sobrevivir jurídicamente incluso roto este vínculo sin dejar de ser, tras la ruptura, lo que eran mientras existía conexión. Pensemos en el caso de los contratos de compraventa para poder cumplir con el contrato de obra con suministro de materiales. Es posible que éstos sobrevivan a todos los efectos incluso si se frustra el contrato de obra para el que estaban pensados (*ad ex.*, sirviendo como materiales de construcción para otro contrato de obra distinto). No pierden autonomía conceptual en ningún momento (pues no dejan de ser, llamarse, y funcionar como contratos de compraventa), e incluso pueden sobrevivir jurídicamente perdida la conexión material⁹⁴.

Un ejemplo que por su sencillez y por estar orientado a la circulación de bienes muebles (fundamentalmente libros) nos puede servir en este momento son las llamadas “Condiciones del club” del Círculo de Lectores⁹⁵ que, como intentaremos demostrar, se trata de una de las expresiones más sucintas de contrato marco:

“Círculo de Lectores es un club que ofrece servicios en exclusiva para sus socios. Dependiendo del área geográfica en la que residas, serás atendido por un agente de nuestra red, o bien por Correos o mensajería.

Los gastos de entrega dependen del canal de atención y lugar de residencia, y serán los vigentes en cada momento. Pueden consultarse en las condiciones de compra.

⁹⁴ La casuística en estas situaciones es inabarcable, y daría, como de hecho ocurre, para extensos estudios jurisprudenciales. En este punto pretendemos simplemente subrayar que no existe regla jurídica que imponga necesariamente la transformación y/o destrucción de alguno de los contratos conexos en este caso merced a las vicisitudes de dicha conexión.

⁹⁵ Pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://www.circulo.es/condiciones-circulo>.

Ser socio de Círculo de Lectores implica adquirir un único compromiso que consiste en realizar, de cada revista que recibas, una compra de libros, música o cualquier otro producto durante un periodo inicial de un año. Recibirás las revistas cada dos meses y la especial de Navidad.

Los gastos de inscripción en el club suponen un pago único de 3 euros, que se formalizará al recibir el primer pedido de la oferta de bienvenida.

Únicamente podrá haber una suscripción de socio mayor de 18 años por domicilio.”

El contrato está redactado, como puede observarse, en un lenguaje sencillo y cercano; aunque no es menos contrato por ello. En primer lugar, ofrece una denominación de las “partes contratantes”: de un lado, “el club”, y de otro “los socios”, y define la relación contractual como cerrada, en la medida en que tendrá lugar exclusivamente entre el club y los socios (“Círculo de Lectores es un club que ofrece servicios en exclusiva para sus socios”).

A continuación, desglosa una serie de obligaciones básicas correspondientes a cada parte contratante que regirán durante los mal llamados “servicios” (a los que posteriormente el mismo contrato llama “compras”). El “club” se compromete a que un agente de la empresa, Correos o un servicio de mensajería atienda al “socio”, en función del lugar de residencia de éste (“Dependiendo del área geográfica en la que residas serás atendido por un agente de nuestra red, o bien por Correos o por mensajería”).

El “socio” se compromete a correr con los gastos de entrega, que variarán tanto en función de su domicilio como a lo largo del tiempo y que podrán consultarse en las “condiciones de compra” en cada momento (“Los gastos de entrega dependen del canal de atención y lugar de residencia, y serán los vigentes en cada momento. Pueden consultarse en las condiciones de compra”). Igualmente, deberá realizar un pago inicial de 3 euros en concepto de inscripción, pagadero al recibir la primera entrega (“Los gastos de inscripción en el club suponen un pago único de 3 euros, que se formalizará al recibir el primer pedido de la oferta de bienvenida”). Finalmente, existe una obligación de carácter negativo que no está dirigida exclusivamente al “socio”, relativa a la imposibilidad de que existan varios socios en un mismo domicilio.

Salvo el anuncio inicial de que “el club” ofrece “servicios en exclusiva” para “sus socios”, todas las condiciones que hemos visto podrían formar parte de cualquier

relación de carácter duradero o de un precontrato de venta, por ejemplo. Sin embargo, existe una previsión de realización de futuros contratos que quedarán referenciados a estas condiciones iniciales (conexión jurídico-contractual, no material o económica). Lo vemos muy claramente con la obligación fundamental de todo “socio”: realizar un pedido cada dos meses durante un período inicial de un año (“Ser socio de Círculo de Lectores implica adquirir un único compromiso que consiste en realizar, de cada revista que recibas, una compra (...) durante un período inicial de un año. Recibirás las revistas cada dos meses y la especial de Navidad”). Dicho de otro modo, y recuperando la terminología que venimos empleando a lo largo de estas páginas, las partes se obligan (en este caso “el socio”), a través de la celebración del contrato marco base, a celebrar en el futuro “n” contratos de aplicación referenciados al mismo; es decir, sujetos a las condiciones inicialmente previstas y que suponen la materialización de tales previsiones iniciales.

Entre cada uno de los contratos de aplicación celebrados existe una casi total independencia (las vicisitudes o patologías de uno no afectan en absoluto al siguiente, ni tampoco a los anteriores), salvo porque todos forman parte de un grupo o red de contratos, cuyo núcleo es el contrato base. En este sentido, podemos decir que existe un fuerte nivel de autonomía horizontal (entre contratos de aplicación) en el contrato marco entendido como conjunto. Por otra parte, la relación existente entre cada uno de los contratos de aplicación y el contrato base es “menos que de dependencia”, pues no sería acertado afirmar que los contratos de aplicación son accesorios del contrato base: están referenciados contractualmente a éste (en la medida en que les proporciona las condiciones contractuales comunes) y suponen la materialización de sus previsiones (“Ser socio de Círculo de lectores implica adquirir un único compromiso que consiste en realizar, de cada revista que recibas, una compra...”). Ciertamente es que, a efectos prácticos, el funcionamiento de la relación vertical sí guarda un parecido considerable (que no identidad) con el vínculo de accesoriedad, en la medida en que roto el contrato base queda rota también la obligación de celebrar contratos de aplicación. Pese a todo, preferimos verlo como una proyección más de la autonomía entre contratos pertenecientes a una red, cuya proyección no es sólo horizontal (entre contratos de aplicación), sino también vertical (entre contrato base y contratos de aplicación).

La red que nace del contrato marco participa de las siguientes características:

- (1) existe un contrato marco base cuya celebración es anterior (cronológica y, sobre todo, ontológicamente) a todos los demás (a los que llamaremos contratos de aplicación);
- (2) la red está orientada a satisfacer las necesidades de una relación contractual duradera;
- (3) cada “categoría contractual” (contrato base y contratos de aplicación) desempeña una función distinta respecto de las necesidades de la mentada relación contractual duradera:
 - o mientras que el contrato base establece las condiciones iniciales en que la relación contractual se desarrollará (cumpliendo, por tanto, funciones tanto de previsión inicial como de referencia o consulta en el futuro),
 - o los contratos de aplicación serán la materialización de la previsión inicial establecida en el contrato base y, consecuentemente, representarán la consecución de la finalidad económica principal de la red contractual como conjunto;
- (4) la topografía de la red puede explicarse a partir de una T invertida, ocupando el extremo superior del tronco el contrato base, y situándose los contratos de aplicación en la línea horizontal inferior;
- (5) la relación entre contrato base y contratos de aplicación será vertical, pero de carácter eminentemente supletorio debido a que
- (6) entre uno y otros contratos existirá identidad de partes;
- (7) la relación (horizontal) entre contratos de aplicación gozará de una fuerte autonomía en lo que se refiere a la ejecución puntual de cada contrato más allá de que todos quedan referenciados al contrato base y de que su finalidad última es la buena marcha de la red contractual en su conjunto.

Debemos adelantar, por último, que el contrato de suministro de bienes participa de todas estas características, y de dos más:

- (1) la red contractual (a la que ya podemos calificar como “contrato marco”) desempeña en este caso funciones de intercambio patrimonial referidas a bienes muebles contables; y

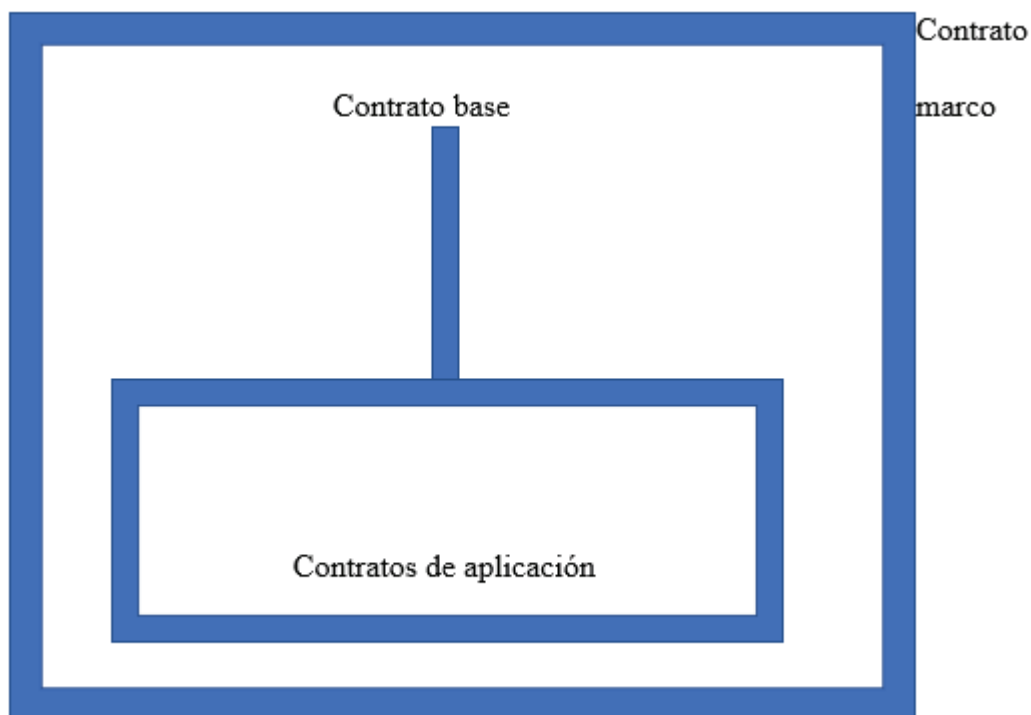
- (2) los contratos de aplicación se sucederán en el tiempo de manera periódica (según las condiciones establecidas por las partes en el contrato base)⁹⁶.

2.3 Contrato base y contratos de aplicación como elementos constitutivos de la red “contrato marco”

Acabamos de ver en el apartado anterior que el contrato marco entendido como conjunto conforma una estructura contractual o “contrato-red” (al que denominamos contrato marco o *Rahmenvertrag*) cuyo funcionamiento es considerablemente cercano al de la conexión contractual, si bien no puede explicarse exclusivamente a partir de ésta. La razón de dicha insuficiencia se debe, precisamente, a que no todos los fenómenos de conexión contractual conforman una red o grupo de contratos, y a que no todas las redes de contratos tienen la misma disposición. En cualquier caso, debe quedar claro, como hemos intentado poner de manifiesto a lo largo de estas páginas, que el contrato marco debe ser entendido como un conjunto, independientemente de las relaciones internas de autonomía (verticales y horizontales) que existen entre los distintos contratos que lo componen: contrato marco base y contratos de aplicación.

Como hemos dicho, la red que conforma el contrato marco puede explicarse gráficamente (anatomía del contrato) a partir de una T invertida. A lo largo de estas páginas iremos desarrollando la estructura o anatomía que aquí exponemos en sus trazos esenciales. Se trata, no obstante, de una sutileza cuya utilidad se circunscribe a los efectos meramente explicativos de uno y otro fenómeno. En este apartado, podemos servirnos de la estructura de T invertida para explicar los componentes básicos del contrato marco: (1) un contrato base y (2) “n” contratos de aplicación:

⁹⁶ Obsérvese que el contrato de suscripción a Círculo de Lectores participa de todas las características destacadas, incluidas las referidas al contrato de suministro.



El contrato marco, por tanto, es un ejemplo de “contrato-red” compuesto por dos categorías de contratos que cumplen funciones diferenciadas dentro de la estructura. No obstante, debemos tener presente que, pese a que se trata de dos categorías de contratos distintas, forman parte de un todo que es el contrato marco. La calificación del contrato marco como grupo o contrato-red no es baladí, pues implica la imposibilidad de tratarlo como un contrato único o sencillo (“contrato-línea”); si bien, por otro lado, tampoco sería acertado afirmar la total independencia jurídica de sus “componentes contractuales”, asimilándolo a una mera situación de conexión contractual. Es uno y son varios contratos al mismo tiempo, pues los intereses perseguidos por las partes no pueden ser alcanzados a través de cada uno de los elementos (es decir, los contratos) que componen el contrato marco, sino a través del conjunto de todos ellos.⁹⁷

El contrato base cumple una doble función: (1) preparar la celebración de ulteriores contratos (Gatsi, 1996: 4) y contener las reglas básicas a las que se atenderán las partes

⁹⁷ Cfr. Gatsi (1996: 4 y 8). Destaca este autor que el contrato marco da lugar a una segunda serie de contratos que aparecerán a lo largo del tiempo que dure la relación contractual, y que no es posible entender el contrato marco como un contrato sencillo. Sobre la necesidad práctica para las partes del contrato marco como conjunto, diferenciado de modalidades contractuales tradicionales de tipo lineal, Soro Russell (2014: 36).

en la celebración de futuros contratos⁹⁸, amén de una posible previsión (tácita o explícita) de que éstos tendrán lugar, en función del tipo de contrato marco ante el que nos encontremos, y siempre dentro de un cierto margen de flexibilidad que permitirá a las partes adaptarse a las circunstancias en el futuro.

Actuará, igualmente, como criterio informador en caso de imprecisiones o lagunas en los contratos de aplicación, y como elemento racionalizador, en la medida en que contribuye a evitar reiteraciones innecesarias de cláusulas en los contratos de aplicación (Gatsi, 1996: 2). Cabe esperar, por ello, que se trate de un contrato razonablemente extenso⁹⁹, parecido a una suerte de condicionado general (de hecho, probablemente muchas de sus cláusulas sean condiciones generales), y que actuará como criterio de referencia preferente en caso de que ocurra cualquier tipo de conflicto a lo largo de la relación contractual¹⁰⁰.

El contrato base es un contrato de duradero¹⁰¹ (Soro Russell, 2014: 137), a diferencia de los contratos de aplicación, que no tienen por qué serlo. Cabe destacar otra serie de diferencias entre el contrato base y los contratos de aplicación:

- (1) Como hemos visto, el contrato marco en cuanto tal no puede ser calificado como un tipo contractual *stricto sensu*. Esta cualidad se aprecia claramente cuando prestamos atención al contrato base; pues su función, como acabamos de ver, es la de preparar y regular las relaciones contractuales futuras entre las partes, cualesquiera que éstas fuesen. En otras palabras, es precisamente el contrato base el que transmite al conjunto contractual (“contrato marco”) su condición de modalidad contractual en la medida en que no podemos descubrir en éste naturaleza típica alguna (“contenido blanco”). Los contratos de aplicación sí serán, normalmente, de naturaleza típica. Esta naturaleza típica de los contratos de aplicación quedará parcialmente desplazada por su condición de

⁹⁸ Gatsi (1996: 21) señala esta doble función del contrato marco (básico) en relación con el contrato marco de servicios bancarios. Posteriormente este autor señala como contenido del contrato marco básico en los contratos de distribución la previsión sobre la cantidad, frecuencia y calidad de las mercancías a entregar (Gatsi, 1996: 32).

⁹⁹ Desde luego, no necesariamente, como hemos podido observar en el caso de las condiciones del Círculo de Lectores. Es posible, incluso, aunque poco frecuente, que existan contratos básicos verbales *ex art.* 1278 CC (*cfr.* STS de 5 de octubre de 2016).

¹⁰⁰ *Vid.* Gatsi (1996: 8): “Le contrat-cadre organise ainsi à l’avance les éventualités susceptibles de se produire dans le futur contractuel”.

¹⁰¹ Puede tener una duración determinada al inicio (en el contrato base) o ser de duración indefinida (*vid. infra*, apdo 4.5 de este Capítulo).

elementos integrantes de un contrato-red como es el contrato marco: estarán regidos tanto por las normas asociadas al contrato típico “desplazado”¹⁰² como por las del contrato marco al que pertenecen (Soro Russell, 2014: 102).

- (2) A raíz de todo lo dicho hasta ahora, podemos convenir en que, pese a tratarse de una modalidad y no de un tipo contractual, el contrato marco puede presentar ciertas similitudes con el contrato de sociedad¹⁰³. Desde luego, no pretendemos afirmar que el contrato de sociedad genere una estructura grupal o reticular como ocurre en el caso del contrato marco. Ahora bien, si tenemos presente que por el contrato de sociedad “varias personas se agrupan para promover conjuntamente el logro de un fin común a todas ellas” (Fernández Martínez, 2012: 691)¹⁰⁴ podemos observar que el contrato de sociedad y el contrato marco base comparten una cualidad no menor: en ambos casos los intereses de las partes son concurrentes en la medida en que, en este punto, están orientados a la consecución de una serie de fines que ambas comparten¹⁰⁵. No ocurre así necesariamente en el caso de los contratos de aplicación, donde los intereses de las partes serán normalmente de carácter sinalagmático.

Los contratos de aplicación serán previsiblemente más breves (sucintos incluso), debiendo incluir apenas los elementos mínimos del contrato (art. 1261 CC) y, en su caso, cualquier cláusula que pueda contradecir (cuando esto sea posible), matizar o precisar las recogidas con carácter general en el contrato base. Estos contratos cumplen una triple función:

- (1) son la materialización de las previsiones establecidas en el contrato base;

¹⁰² *Cfr.* respecto del contrato de suministro Garrigues (1961): “cada prestación considerada en sí misma es un acto de venta”. La reflexión que acabamos de hacer se mantendría, aunque con matices, en el caso de que los contratos de aplicación fueran también atípicos: éstos se atenderían tanto a las reglas del contrato marco base (preferentes) como, en su caso, a aquellas propias de los tipos contractuales que pudieran encontrar reflejo total o parcial en su clausulado (Díez-Picazo, 2007: 488-489).

¹⁰³ Así lo considera Sayag (1994: 2-3).

¹⁰⁴ *Cfr.* arts. 1665 CC y 116 CCom, así como el artículo 5111-1 de la PCC (v. 2016), según el cual “Hay sociedad desde que varias personas se obligan entre sí a contribuir conjuntamente a la consecución de un fin común”.

¹⁰⁵ En relación con el caso de los contratos de distribución, merece la pena destacar las reflexiones de Soro Russell (2014: 141, nota 307): “en tales contratos existe no una contraprestación sino una convergencia de intereses entre unos sujetos contratantes que buscan la satisfacción de un objetivo común: el desarrollo o éxito comercial de los productos y servicios que de un modo conjunto o coordinado ofrecen al mercado. Esta característica en nuestra opinión los diferencia netamente de los llamados contratos de cambio...”. *Vid. supra* apdo. 1.3, sobre la flexiseguridad contractual.

- (2) dan a dicho contrato y, por extensión al contrato marco en su conjunto, una concreta función económica¹⁰⁶; y
- (3) permiten la consecución de los objetivos últimos de las partes al iniciar una relación contractual duradera a través del contrato marco como cauce.

Hay que tener presente, no obstante, que tanto el contrato base como los contratos de aplicación son auténticos contratos y que, por tanto, cada uno de ellos deberá estar constituido por todos los elementos que se exige que tenga un contrato (art. 1261 CC)¹⁰⁷ independientemente de cómo se manifiesten en cada caso. Es importante retener esta consideración por lo que se refiere a los contratos de aplicación, dado que por su concisión y por apoyarse en el contrato marco base, pueden provocar que no queden suficientemente visibles cada uno de los elementos que los componen¹⁰⁸.

Si retomamos el ejemplo de las condiciones del Círculo de Lectores (siendo éstas el contrato base), un contrato de aplicación consistiría en una mera llamada del comercial de zona identificándose como representante del Círculo de Lectores y la respuesta del socio con el nombre del libro que desea recibir en esa ocasión¹⁰⁹. Como de todos es sabido, en nuestro Derecho impera el principio de libertad de forma en los contratos con carácter general (art. 1278 CC), si bien son muy pocos los contratos que no quedan recogidos por escrito. En situaciones como esta tenemos un ejemplo. En este caso podemos observar cómo se cumplen las tres funciones que acabamos de señalar respecto de los contratos de aplicación:

- (1) las previsiones iniciales del contrato base del Círculo de Lectores son la distribución (o suministro) de una serie de bienes muebles inicialmente desconocida (lo que sí se conoce es que dicho suministro tendrá lugar);
- (2) la función económica de este concreto contrato marco es la circulación (hacia el consumidor final en este caso) de una serie de bienes muebles, cosa que sólo sabemos desde que el contrato marco base anuncia que esos y no otros serán los contratos de aplicación; y

¹⁰⁶ Recordemos que el contrato marco, en cuanto tal, es de “contenido blanco” o neutro; razón por la cual hemos preferido considerarlo como modalidad contractual y no como tipo contractual (*vid.* en igual sentido Gatsi, 1996: 8).

¹⁰⁷ *Cfr.* Gatsi (1966: 152).

¹⁰⁸ *Vid. infra*, apdo. 2.6, sobre la estructura dual del contrato marco y su influencia en los elementos constitutivos del contrato.

¹⁰⁹ *Cfr.* Gatsi (1996: 22) en un sentido similar, en relación con los contratos de aplicación del contrato marco de servicios bancarios.

- (3) en cada pedido y posterior entrega se materializarán las previsiones iniciales establecidas en el contrato marco base.

Igualmente, podemos observar que los contratos de aplicación son, en este caso, compraventas; es decir, contratos típicos en los que los intereses de las partes son de carácter sinalagmático. Obsérvese también que en tanto que contrato perteneciente a un grupo, su tipicidad queda desplazada por esta circunstancia (*ad ex.*, contratos de venta que, pertenecientes a un contrato marco relacionado con la distribución de bienes como podría ser un contrato de suministro, se denominan contratos de aplicación¹¹⁰).

2.4 La posible obligación de las partes de celebrar contratos de aplicación del contrato marco

Existe un aspecto importante que debe tratarse y que atañe a la relación existente entre el contrato base y los contratos de aplicación, y que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿la firma del contrato marco base comporta necesariamente la obligación (para ambas partes) de celebrar contratos de aplicación en desarrollo de éste? Esta cuestión no está clara si acudimos al Derecho comparado¹¹¹. Parece evidente que, en primer lugar, habremos de acudir al propio contenido del contrato base, así como a la naturaleza subyacente del contrato marco en su conjunto. Ésta dependerá, como puede adivinarse, de la función que esté orientado a desempeñar el contrato marco, y que tendrá que ver con el tipo de contratos de aplicación que esté orientado a regular. Por ejemplo, mientras que los contratos marco orientados a la circulación de bienes comportan en su mayoría obligación de celebrar ulteriores contratos de aplicación, no ocurre así en el caso de los contratos marco relacionados con el sector bancario¹¹² (Gatsi, 1996: 24-31). Dada la gran variedad de contratos marco que pueden existir este criterio sirve de poco para formular una respuesta que, en líneas generales, pueda servir para todos. No obstante, no proponer unos mínimos criterios que permitan en cada caso dar respuesta a esta pregunta sería tan desacertado como dar una respuesta tajante.

¹¹⁰ Vid. Gatsi (1996: 154-155). Considera este autor que el contrato marco se compone de “un accord global et préparatoire, puis une succession de contrats classiques”.

¹¹¹ *Cfr.* Gatsi (1996: 10-11), para un breve repaso de Derecho comparado en torno a esta cuestión.

¹¹² Un ejemplo podría ser el contrato marco de operaciones financieras.

Una cualidad (entre otras muchas)¹¹³ que distingue el contrato marco básico del contrato preparatorio es que éste último comporta necesariamente la obligación de concluir en un momento posterior el contrato definitivo (Torres Lana, 1984: Diez-Picazo, 2007: 395 y 433). El contrato marco pretende regular las relaciones contractuales futuras de las partes que se desarrollen dentro de los límites inicialmente trazados ante un futuro tanto contractual como económico previsiblemente imprevisible (*cfr.* Gatsi, 1996: 19). Su utilidad en tanto que figura contractual radica, precisamente, en este aspecto: las partes quedan vinculadas contractualmente, con todos los beneficios que ello comporta (estabilidad, seguridad y tranquilidad derivadas del establecimiento de una relación contractual duradera); pero sin que dicho vínculo contractual sea tan rígido que suponga un encorsetamiento poco aconsejable tanto para éstas como, por extensión, para el conjunto de la economía. En otras palabras, se combina la seguridad que proporciona una relación contractual duradera con la flexibilidad que se deriva de la deliberada indeterminación inicial del contrato base (*vid.* Capítulo I)¹¹⁴.

Podría deducirse de lo dicho, que la celebración de un contrato marco no comporta, para ninguna de las partes, la obligación de celebrar en el futuro los contratos de aplicación a cuya regulación está orientado el contrato marco básico, pues su efectiva celebración dependerá de la necesidad y conveniencia de las partes en cada momento¹¹⁵, salvo que en el contrato marco básico quedara expresamente recogida la obligación de celebrarlos, naturalmente¹¹⁶. Sin embargo, ello no es del todo cierto. En primer lugar, porque los elementos diferenciadores entre el contrato base y el contrato preparatorio o precontrato son más importantes que la obligación o no de celebrar posteriormente un contrato, que no es más que un mero síntoma de todo aquello que los diferencia. Por otro lado, no por no celebrarse contratos de aplicación el contrato marco dejaría de producir efectos. En primer lugar, ahí está el contrato base para cuando las partes

¹¹³ *Vid.* apdo sobre distinción de figuras afines.

¹¹⁴ Aprovechamos para recordar las fuertes conexiones que tuvo esta figura en origen con el Derecho público, y en concreto con la “adaptación contractual” en Francia de la denominada “loi-cadre” (ley marco o ley de bases). Baste recordar nuestro propio proceso de elaboración del Código civil para entender a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de una deliberada indeterminación inicial del contrato marco básico.

¹¹⁵ De esta opinión es Gatsi (1996: 32). Soro Russell (2014: 86), que califica el contrato marco como *pactum de contrahendo*; esto es, que obliga a las partes a contratar de un cierto modo en caso de que quieran contratar, pero sin estar obligados a contratar.

¹¹⁶ Es el caso del contrato base del Círculo de Lectores que hemos puesto como ejemplo: “Ser socio de Círculo de Lectores implica adquirir un único compromiso que consiste en realizar, de cada revista que recibas, una compra...”.

quieran, según sus necesidades, celebrar contratos de aplicación. Pero más allá de esto, el contrato marco es un verdadero contrato, y como tal implica una serie de obligaciones para ambas partes independientemente de que estén o no recogidas en el mismo, y que normalmente tienen que ver con la propia supervivencia y buena marcha del contrato (*cf.* art. 1258 CC); pues de ello depende la estabilidad que las partes buscan al optar por esta opción y no por otras (la flexiseguridad se compone no sólo de “flexi”, sino también de “seguridad”).

¿Podría entenderse que existe una obligación tácita de celebrar contratos de aplicación que incumbe a ambas partes en cumplimiento del contrato marco derivado del principio de buena fe contractual del artículo 1258 CC? Entendemos que sí, que efectivamente existe en ciertos contratos marco (normalmente relacionados con la circulación de bienes) y en situaciones concretas una obligación tácita de celebrar contratos de aplicación en cumplimiento del contrato pese a que no quede reflejado expresamente en el clausulado del contrato base. Así lo entiende la STS de 5 de octubre de 2016, aplicando precisamente el artículo 1258 CC a un contrato de suministro *just in time*¹¹⁷.

Los hechos del caso son los siguientes: Accesorios Industriales Loar SA y Maquinaria Geka SA iniciaron en 1990 una relación contractual de suministro con carácter indefinido mediante acuerdo verbal¹¹⁸, por la cual la primera se convertía en proveedora de la segunda, y ésta en única suministrada (aunque no existía acuerdo de exclusividad para ninguna de las partes). Pese a no quedar recogido por escrito, el contrato quedó establecido en los siguientes términos que podríamos entender como contenido esencial del contrato marco base: se realizarían “pedidos previamente planificados y entregas en períodos muy breves, inclusive de un día para otro, (como corresponde a un contrato de suministro continuado¹¹⁹ de mecanizado bajo la modalidad *just in time* (justo a tiempo)”¹²⁰.

La relación contractual fue resuelta unilateralmente por la empresa suministrada (Maquinaria Geke SA) en 2010, quedándose la empresa suministradora (Loar SA) con

¹¹⁷ Comenta esta sentencia Corberá Martínez (2017).

¹¹⁸ He aquí un ejemplo de contrato marco básico no recogido por escrito y donde, consecuentemente, no queda recogida obligación alguna de celebrar ulteriores contratos de aplicación.

¹¹⁹ Se trataría, en realidad, de un suministro periódico debido a que los bienes objeto de entrega son contables. Trataremos estas cuestiones en el Capítulo III, dedicado al contrato de suministro.

¹²⁰ STS de 5 de octubre de 2016, FJ 2.

un stock (derivado de las necesidades propias del tipo de suministro contratado¹²¹) que sólo servía para la empresa suministrada. Por esta razón Loar SA (suministradora) interpone demanda contra Geke SA (suministrada), solicitando que ésta última se quedase con el stock almacenado (valorado en 438622,28 €), más el abono de gastos de almacenamiento (42000 €) y mantenimiento (6000 €), amén de los intereses devengados por cada una de estas cantidades.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, y condena a Geke SA al pago del stock en cumplimiento del contrato (marco)¹²² de suministro con base en el artículo 1258 CC pese a que la relación contractual ya estaba resuelta y, por tanto, no era posible celebrar ya contrato de aplicación alguno, apoyándose en el hecho de que por las características del contrato, la parte suministradora estaba obligada a guardar un stock con el que hacer frente a las obligaciones del contrato marco, que en su caso eran poder entregar los bienes que la suministrada (Loar SA) le solicitase en un breve período de tiempo tras la realización del pedido. Dicho de otra manera, el contrato marco de suministro preveía una eventual celebración de contratos de aplicación cuyo cumplimiento por parte de la suministradora (en este caso Geke SA) debía ser rápido o incluso inmediato. El TS, en su FJ-3, confirma este razonamiento, expresándolo en los siguientes términos:

“... el contrato de suministro *just in time* (...) se caracteriza por ser una modalidad del contrato de suministro funcionalmente vinculada al sistema de fabricación y comercialización del producto, de forma que el suministrador 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 suministrador debe mantener un stock de productos terminados y materias primas suficientes para hacer frente a una solicitud razonable de productos por parte del suministrado. En el presente caso, el informe pericial de la demandante indicaba que el stock existente correspondería a un período máximo de un mes y medio, o como mucho de tres

¹²¹ Señala Fernández del Moral Domínguez (1992: 34) que es frecuente observar en contratos de suministro cláusulas que obligan a cubrir una determinada cuota mínima de prestaciones, así como otras que obligan a mantener un determinado stock o reserva de mercancías de uno de los contratantes.

¹²² La sentencia no utiliza en ningún momento esta expresión, que añadimos nosotros.

meses, con entregas muy breves, inclusive de un día para otro. Desde esta perspectiva funcional, por tanto, debe señalarse que un acuerdo *just in time* implica necesariamente que el suministrador tenga asegurada la disponibilidad de dicho stock y soporte los costes derivados del mismo, lo que constituye una obligación natural de este contrato atípico.

...

En el presente caso, la integración del contrato, con arreglo al principio de buena fe, conduce a concluir, de acuerdo con el criterio de ambas instancias, que la empresa suministrada vino legitimada para exigir el cumplimiento de la obligación de retirada y pago del stock almacenado conexo a la ejecución que venía efectuándose del contrato (...). Así, en primer término, hay que destacar la larga duración del contrato de suministro que bajo esta modalidad vinculaba a las partes (25 años), fundada en la confianza mutua de las mismas. De forma que la suministradora, proveedora única de la suministrada, adaptó su organización empresarial al cumplimiento de esta obligación que representaba su principal fuente de ingresos. En segundo término (...), la situación de dependencia en la que estaba incurso la empresa suministradora, sin que la suministrada, dada la duración indefinida de la relación comercial, efectuase un preaviso razonable acerca de la próxima extinción del contrato (...). Por último, (...) que dicho suministro sólo podría ser utilizado por la suministrada; sin posibilidad de venta a otras empresas”¹²³.

Esta situación es un caso extremo por varios motivos: (1) responde a un hecho excepcional como es la ruptura unilateral de una relación contractual duradera prolongada durante 25 años; (2) la parte suministradora tiene por único cliente a la parte suministrada; y (3) por la rapidez con que se produce la ruptura unilateral y al tipo de contrato de suministro que unía a ambas partes la parte suministradora se queda con un stock que no puede colocar en ninguna parte, debido precisamente a que su único cliente la ha abandonado de manera abrupta¹²⁴. El caso es, como vemos, límite; pero no

¹²³ STS de 5 de octubre de 2016, FJ 3.

¹²⁴ Recordamos que una de las principales finalidades económicas que proporciona el contrato de suministro a ambas partes es la seguridad: al suministrador, de que va a poder colocar sus productos en el mercado; y al suministrado, de que va a poder encontrarlos y obtenerlos con facilidad (*vid. supra* Capítulo I).

por ello la aplicación del artículo 1258 CC es menos apropiada, como tampoco lo es su tratamiento en este punto.

Según el artículo 1258 CC, los contratos “obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Si intentamos abstraernos de todos los motivos que convierten el caso de la STS de 5 de octubre de 2016 en una situación excepcional, veremos que aplica el artículo 1258 CC a un contrato marco (en este caso de suministro *just in time*), entendiendo que las partes están obligadas a celebrar un contrato de aplicación (otro más, pues la relación contractual duraba ya 25 años) en cumplimiento del contrato marco básico por mucho que (1) éste fuese verbal y (2) no hubiese pacto expreso en relación con la obligación de celebrar contratos de aplicación. La razón no puede ser otra¹²⁵ que entender que la naturaleza de determinado tipo de contratos marco (en este caso relacionados con la circulación de bienes), la buena fe contractual (que debemos relacionar necesariamente con la flexiseguridad), los usos (no sólo del sector, sino también de las partes, pues la relación contractual duraba ya 25 años) y / o las leyes obligan a la celebración de los contratos de aplicación previstos en el contrato marco base. Naturalmente, este criterio, que no puede ser sino general, deberá contrastarse en cada caso con cada contrato marco concreto para decidir si se cumplen o no los requisitos que acabamos de apuntar.

Otro argumento que avalaría la respuesta afirmativa acerca de la obligación de las partes de celebrar contratos de aplicación del contrato marco es el deber de colaboración, es decir, la obligación de deudor y acreedor de cooperar mutuamente y dentro de lo razonable en el buen cumplimiento del contrato (*cf.* art. III.-1: 104 DCFR¹²⁶). El deber de colaboración, como tantos otros aspectos del Derecho de contratos, está pensado para situaciones contractuales lineales (*cf.* Sayag, 1994: 3¹²⁷). Sin embargo, entendemos que en el caso de estructuras contractuales la que nos ocupa, el deber de colaboración de las partes de cara al cumplimiento del contrato (y, en definitiva, a su buena marcha) podría traducirse en una obligación abstracta de celebrar

¹²⁵ Aunque no se formula expresamente en la sentencia, sí se deduce tanto de su fallo como, sobre todo, de sus fundamentos jurídicos, cuyos principales razonamientos han quedado aquí transcritos.

¹²⁶ El deber de colaboración entre las partes puede considerarse exigible en España, precisamente, a través del artículo 1258 CC.

¹²⁷ Sobre el deber de colaboración aplicado a una situación contractual lineal como es el contrato de desarrollo de software, Soler Matutes (2003: 218).

contratos de aplicación que se concretaría en cada caso de la manera más conveniente. Esta obligación de celebrar contratos de aplicación no es ni mucho menos automática (recordemos que Soro Russell, que ha estudiado estas figuras, entiende que no existe obligación de contratar), sino que dependería de que la parte perjudicada pudiera alegar (y se admitiese) frustración de sus expectativas económicas que lo llevaron a celebrar el contrato marco dadas las concretas circunstancias en que se firmó.

Debemos tratar dos argumentos que abundan en la idea de la necesidad de celebrar contratos de aplicación una vez iniciada la relación contractual duradera a través del contrato marco con la celebración del contrato base. De no celebrarse contratos de aplicación, el contrato marco quedaría, en primer lugar, desprovisto de objeto¹²⁸ y, en segundo lugar, podría ver frustrada su causa; lo que dejaría al contrato sin dos de sus requisitos necesarios (art. 1261 CC).

El contrato marco es, como ya hemos tenido ocasión de afirmar, un “contrato de contratos”. Forma una estructura contractual similar a la de una caja china, en la que un primer nivel compuesto por el contrato base traza las reglas comunes (vinculantes o supletorias) aplicables al segundo nivel (contratos de aplicación)¹²⁹. El objeto del contrato marco base es, pues, regular la celebración de los ulteriores contratos de aplicación; y el objeto sobre el que recae el contrato marco base, cada uno de los contratos de aplicación que va a regular. Si no hay ningún contrato de aplicación celebrado en desarrollo del contrato marco base, éste queda desprovisto de objeto, pues no puede regular nada. Siguiendo con el símil de la caja china, de no celebrarse contratos de aplicación, ésta se quedaría vacía.

Por otra parte, recordemos que un contrato marco es, como tal, una modalidad contractual, no un tipo contractual. Esto se traduce, en lo que ahora nos interesa, en que se puede decir que es un contrato de “contenido blanco”: no sirve para nada en concreto (hecho que le permite servir potencialmente para todo). Si no sirve para nada en concreto o, dicho de otro modo, no está orientado a la canalización de ninguna función económica concreta, podría afirmarse que su causa se ha visto frustrada, y ello por varios motivos. En primer lugar, al no celebrarse contratos de aplicación el contrato

¹²⁸ Utilizamos aquí la expresión “objeto” haciendo referencia tanto al objeto del contrato como al objeto sobre el que recae el contrato, como se verá en el párrafo siguiente.

¹²⁹ *Cfr.* art. 522-2 PCC (v. 2015): “En el contrato marco las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras. Las reglas establecidas en un contrato marco se aplicarán en los contratos posteriores que las partes celebren en desarrollo de aquél”.

marco queda completamente “decolorado”, pues acaba no sirviendo para nada, no permite canalizar función económica alguna (aunque ésta quedara prevista, teóricamente, en el contrato base). Por otro lado, quedarían igualmente frustradas las expectativas de flexiseguridad de las partes. Recordemos que el contrato marco es un todo, un contrato-red o contrato de grupo compuesto por distintos elementos contractuales. Precisamente, para que pueda ser un todo, un grupo, es necesario que su presencia no quede reducida al contrato base.

Pensemos en un caso como el que trata la STS de 5 de octubre de 2016, adaptado a la cuestión que nos ocupa: dos partes mantienen una relación contractual denominada “suministro *just in time*” que dura ya 25 años, pero la parte suministrada no ha pedido durante todo ese tiempo mercancía alguna. ¿Tendrían derecho las partes a exigirse el pedido de alguna mercancía en cumplimiento del contrato?

Los argumentos desarrollados hasta ahora nos permiten responder lo siguiente:

- (1) habrá que estar a lo expresamente pactado en el contrato marco base; pero
- (2) en caso de que nada se hubiera pactado al respecto, habrá que tener en cuenta lo siguiente:
 - a. que el contrato marco es una estructura contractual (“contrato-red”) compuesta de dos niveles,
 - b. que el primero de estos niveles (contrato base) encuentra su razón de ser en servir de regulación al segundo nivel (contratos de aplicación); por lo que, si este segundo nivel no existe, pierde su razón de ser,
 - c. que el contrato marco como tal (o, en el caso planteado, la sola celebración del contrato base), no sirve para nada, no cumple una función económica concreta,
 - d. que todo ello nos permite afirmar que el deber de colaboración entre las partes, la naturaleza del contrato (puntos b y c), así como la buena fe, los usos y la propia ley (art. 522-2 PCC, si en un futuro fuese aprobado) obligan a entender *ex art. 1258 CC* que el cumplimiento del contrato marco exige a las partes una mínima actividad contractual posterior a la celebración del contrato marco base,
 - e. si bien es cierto que el grado de dicha actividad contractual (*ad ex.*, cantidad y frecuencia de los pedidos) dependerán de multitud de circunstancias que obligan a estar en cada momento al caso concreto.

Finalmente, ¿para quién existiría dicha obligación de celebrar contratos de aplicación? La respuesta parece obvia: la obligación de celebrar ulteriores contratos de aplicación pesa sobre ambas partes. Esto es cierto; sin embargo, es razonable suponer que, en la práctica, sólo una de las partes acabará echando mano de estos argumentos para exigir el cumplimiento del contrato marco: la parte oferente (*ad ex.*, el banco o el proveedor de mercancías). La razón es sencilla: si la parte pasiva del contrato (en adelante y siguiendo con el ejemplo de la STS de 5 de octubre de 2016, la parte suministrada) celebra un contrato de aplicación (realiza un pedido) y la contraparte no cumple, lo que hará será exigir el cumplimiento de ese contrato de aplicación. Como hemos podido ver en los ejemplos trabajados, estos contratos conceden normalmente la iniciativa de la celebración de los contratos de aplicación a la parte pasiva. Dicho de otro modo, normalmente será el cliente quien realice el pedido concreto cuando lo estime oportuno (flexibilidad). El criterio que acabamos de explicar servirá normalmente, pues, para que la empresa pueda exigir a su cliente “que le pida algo de vez en cuando”, si el cuánto de ese algo y la frecuencia no quedaron establecidos en el contrato base¹³⁰.

2.5 El contrato base como regulación fundamentalmente supletoria y criterio de referencia de los contratos de aplicación

Las reglas del contrato base son eminentemente supletorias, de tal manera que las partes podrán modificarlas expresando su voluntad contraria a través de cada contrato de aplicación. Esta posibilidad de modificación particular de cada contrato de aplicación en el momento en que se celebre es una muestra más de la flexibilidad y seguridad que proporciona el contrato marco como figura: las partes establecen una serie de reglas generales que regirán con carácter supletorio el grupo de contratos, salvo que en cada momento concreto decidan adaptar algunas de esas reglas para que cada contrato de aplicación responda mejor a la realidad concreta del momento en que se celebra, sin que por ello se altere el conjunto de la relación contractual. Precisamente, la adaptación

¹³⁰ Si aceptamos que la obligación de celebrar ulteriores contratos de aplicación puede ser entendida como una adaptación a “contratos-red” como el contrato marco del deber de colaboración entre las partes, pensado para “contratos-línea” podemos apoyar nuestro razonamiento en jurisprudencia que aplica el deber de colaboración a contratos, por ejemplo, de desarrollo de software y aplicaciones informáticas (SSAP Madrid de 12 de junio de 2012 y de 21 de diciembre de 2011).

(“flexibilidad”) del grupo de contratos a las circunstancias de cada momento (a través de la modificación particular de las reglas comunes recogidas en el contrato base) garantiza una mayor durabilidad de la relación contractual en su conjunto (“seguridad”). Puede afirmarse, por tanto, que la aparente contravención de una regla supletoria del contrato base a través de un acuerdo singular en contra en uno o varios contratos de aplicación es una expresión más del cumplimiento de dicho contrato base.

Hemos afirmado, sin embargo, que las reglas del contrato base son “eminentemente” supletorias. Es decir, es posible que en el contrato base de un contrato marco queden recogidas reglas vinculantes para las partes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en ningún caso las partes quedarían vinculadas más allá del efecto obligatorio de todo contrato (*ex art. 1091 CC*)¹³¹. Ello no significa, sin embargo, que las partes del contrato marco no puedan modificar las reglas “vinculantes” del contrato base; pero deberán hacerlo a través de una modificación o novación del contrato base, cosa que no ocurriría en el caso de una regla supletoria (ya que ésta última, por definición, rige en defecto de pacto en contra).

Es posible también que las partes decidan cambiar una regla supletoria del contrato base a través de una modificación o novación contractual. Ello no contradice las afirmaciones anteriores. Si la modificación del contrato base opera sobre una regla supletoria, a futuro la regla supletoria para las partes será la nueva, si bien podrán (como antes) desmarcarse de la regla supletoria a través de cada uno de los contratos de aplicación sin que ello suponga incumplimiento del contrato, sino todo lo contrario. Lo que ocurre es que si lo que pretende modificarse es una regla que las partes establecieron como vinculante (se diga expresamente o se deduzca de su contenido), sólo podrán hacerlo modificando o novando el contrato base. Igualmente, si las partes deciden que una determinada cláusula sea a futuro vinculante cuando era supletoria o viceversa, sólo podrán hacerlo a través de modificación o novación del contrato base.

Un ejemplo concreto que podría ilustrar todo lo dicho en este apartado son las cláusulas de estabilización de precios o las “horquillas” donde se fijan donde se fijan cantidades mínimas, máximas (o ambas) de bienes que una parte podrá pedir o la otra estará obligada a suministrar. Estas reglas son vinculantes en tanto que no permiten

¹³¹ Esta limitación de los efectos vinculantes de las reglas del contrato marco a lo meramente obligatorio, lo distingue de la concepción restrictiva que defendemos del contrato normativo (*vid. infra*, apdo. 5.5 de este Capítulo).

traspasar determinados límites, dentro de los cuales pueden las partes moverse con total libertad. Las partes sólo podrán modificar los límites de estas horquillas modificando el contrato base. Sin embargo, si en el contrato base se recoge una cláusula según la cual “las entregas se producirán, salvo pacto en contra, a las nueve de la mañana de los viernes”, no tendrán las partes necesidad de modificar el contrato base para poder hacer las entregas en cualquier otro momento, siempre que así lo acuerden (incluso verbalmente en el momento de producirse la entrega) las partes.

Una última cuestión que, por obvia, no debería pasarse por alto, es que pueden producirse varias de las operaciones contractuales que hemos descrito y quedar recogidas en el mismo documento, sin que por ello debamos confundir qué es cada cosa. Por ejemplo, puede un mismo documento recoger un contrato de aplicación donde las partes acuerdan en contra de una regla supletoria del contrato base, y una modificación del contrato base donde se diga que dicha regla supletoria: (1) cambia de contenido, o (2) pasa a ser vinculante.

2.6 La estructura dual del contrato marco y su influencia en los elementos constitutivos del contrato

A lo largo de estas páginas hemos ido sobrevolando en torno al concepto de contrato marco a partir de su definición recientemente recogida en el *Code civil* (art. 1111), así como en la Propuesta de Código Civil de la APDC (art. 522-2) en términos muy similares al *Code civil*; para aterrizar en la descripción de la estructura contractual como un “contrato de grupo” (Díez Picazo) o “contrato-red” y, finalmente, en la explicación del funcionamiento de los componentes de dicha estructura: contrato base y contratos de aplicación.

Toca ahora introducimos en la “disección” del contrato marco desde el punto de vista de la teoría general del contrato; es decir, analizar los elementos que componen el contrato marco a partir de aquellos que requiere todo contrato para merecer llamarse tal a ojos del Derecho.

Un contrato marco es, como hemos visto, aquél a través del cual las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras (arts. 1111 *Code civil* y art. 522-2 PCC). Como podemos observar de esta definición el contrato marco es

un conjunto, una red; compuesta por dos elementos fundamentales que quedan ya anunciados en la propia definición: contrato base o “contrato marco *stricto sensu*”, y contratos de aplicación (“relaciones contractuales futuras”). Si observamos el contrato como conjunto, podemos darnos cuenta de que funciona al modo de una “caja china” o “muñeca rusa”¹³². Parece claro, por tanto, que podemos calificar la estructura del contrato marco de dual; pero, ¿qué consecuencias tiene la existencia de una estructura dual de cara a los elementos que componen el contrato?

El orden en la disposición de los apartados que a continuación tratamos no es en absoluto casual. Ya hemos tenido ocasión a lo largo de este capítulo de pronunciarnos acerca del, llamémoslo, “peso específico” de cada uno de los elementos del contrato¹³³. Baste en este momento un mero recordatorio a efectos de explicar el orden de nuestra exposición. Son requisitos legales del contrato el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 CC). De estos tres requisitos legales, dos merecen ser destacados como elementos endógenos u ontológicos del contrato, pues sin la concurrencia de uno y otro no tenemos nada en absoluto: consentimiento y objeto (*cfr.* art. 1254 CC). Un contrato es, fundamentalmente, un acuerdo entre partes que recibe la protección del ordenamiento jurídico. Dejemos por un lado la protección jurídica y centrémonos en el acuerdo: cualquier contrato o acuerdo puede ser explicado a través de una oración cuyo núcleo habrá de ser un verbo transitivo (es decir, necesitado de complemento directo). La correspondencia jurídica del complemento directo en la “oración-contrato” es el objeto; mientras que el consentimiento encuentra su correspondiente sintáctico en el verbo transitivo de la oración. Según el artículo 1254 CC, el contrato existe desde que:

¹³² Permítasenos acudir a una fuente no jurídica dada la clarísima explicación que proporciona de este recurso: (Vargas Llosa, 1997: 117) “... la caja china o la muñeca rusa (la *matriuska*). ¿En qué consiste? En construir una historia como aquellos objetos folclóricos en los que se hallan contenidos objetos similares de menor tamaño, en una sucesión que se prolonga a veces hasta lo infinitesimal”. En nuestro caso, la sucesión termina en el segundo nivel (contratos de aplicación).

¹³³ *Vid.* apdo. 1 de este Capítulo.

Varias partes	consienten	hacer algo
Sujetos	Predicado	
	Núcleo	Complemento directo

Por su parte, la causa, actúa como un límite negativo, exógeno, por tanto, al contrato: el contrato, en tanto que acuerdo, existe; pero el ordenamiento no le reconoce los efectos propios de un contrato en aquellos casos en que no exista una causa o la causa sea ilícita (art. 1275 CC). Retomando nuevamente la concepción del contrato como oración y, consecuentemente, su análisis sintáctico, la causa se correspondería con un complemento circunstancial¹³⁴ y, por tanto, opcional; frente al complemento directo, que tiene carácter necesario. Todo ello sin perjuicio, obviamente, de que los tres requisitos (consentimiento, objeto y causa) son necesarios para que el contrato reciba protección del ordenamiento jurídico ex art. 1261 CC.

Por esta razón analizaremos las consecuencias de la estructura dual del contrato marco (contrato base / contratos de aplicación) en (1) el objeto, (2) el consentimiento y (3) la causa; teniendo presente siempre que a efectos jurídicos cada uno de los tres requisitos tiene carácter necesario, si bien el último de ellos es un añadido legal y no un componente estructural.

2.6.1 La dualidad de objetos en el contrato marco

No podemos entrar a realizar una argumentación profunda en torno al objeto del contrato como figura, en la medida en que ello desviaría el objeto principal de atención de esta tesis y de este apartado en concreto; y debido a que este aspecto ya fue tratado con cierta profundidad en el primer apartado de este capítulo, al hilo de la consideración del contrato marco como una “modalidad contractual” y no como un “tipo contractual”. Por ello debemos remitirnos a las conclusiones allí alcanzadas, tomándolas como punto de partida.

¹³⁴ Precisamente, un tipo de complemento circunstancial es el de causa.

El artículo 1261 y los artículos 1271 a 1273 del Código civil mantienen una cierta confusión en torno al significado de la expresión “objeto del contrato” (*vid.* Garrigues, 1946). Esta ambigüedad se ha trasladado a la doctrina (*cf.* Díez Picazo, 2007: 229-234; Díez Picazo, 2008: 269-273) y la jurisprudencia. Debemos recordar, como mínimo a efectos de aclarar el significado de las expresiones que a continuación utilizaremos¹³⁵, que existe una primera “dualidad” relativa al propio concepto de “objeto del contrato”. Esta dualidad se refiere a los dos significados que dicha expresión encierra. Por un lado, hace referencia al programa prestacional¹³⁶ que encierra el contrato y que, en su caso, lo identifica con un tipo contractual concreto; y, por otro, con el o los elementos de la realidad metajurídica (“cosas o servicios” *ex art.* 1272 CC) que sufrirán los efectos de la existencia del contrato mismo (*cf.* art. 1271 CC). Al primero nos referiremos con la expresión “objeto del contrato” u “objeto del contrato en sentido estricto”; mientras que al segundo lo llamaremos “objeto sobre el que recae el contrato”.

La estrecha relación entre estos dos significados a los que hace referencia la expresión “objeto del contrato” puede llevar, como en ocasiones ha ocurrido (*cf.* Bercovitz Álvarez, 2013: 1279), a entender que se trata de una distinción teórica con poca trascendencia práctica. No es para menos si tenemos en cuenta que cualquier entrega de una cosa (“objeto sobre el que recae el contrato”) distinta a la comprometida (*aliud pro alio*) o defectuosa (falta de conformidad), es también un incumplimiento de la conducta debida o del programa prestacional del contrato (“objeto del contrato”). No obstante, la distinción entre objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato tiene una importancia tanto práctica (pese a la estrecha relación que acabamos de evidenciar)¹³⁷ como teórica o conceptual, en la medida en que nos permite explicar con mucha más precisión la composición interna y funcionamiento de algunas figuras contractuales como, por ejemplo, el contrato marco.

¹³⁵ Ello sin perjuicio de nuestra convicción al respecto en torno a la conveniencia de su uso. No obstante, dado que el propósito de nuestro estudio es otro, nos ceñimos en este momento a precisar el sentido en que utilizaremos ciertas expresiones.

¹³⁶ Al programa prestacional se lo ha denominado también “objeto de la relación obligatoria” (Díez Picazo, 2008: 269-272), denominación que, como ya argumentamos en el apartado 2.1, no compartimos.

¹³⁷ Aunque toda entrega de cosa distinta o defectuosa sea no sólo cambio de “objeto sobre el que recae el contrato” sino también incumplimiento de la conducta debida u “objeto del contrato”, no todo incumplimiento del “objeto del contrato” estará necesariamente relacionado con el objeto sobre el que el contrato recae ya que el núcleo del programa prestacional no se refiere sólo a los elementos de la realidad metajurídica que sufren la existencia del contrato sino a otros muchos aspectos relacionados con el comportamiento contractual de las partes.

Un contrato marco es, como hemos visto, una modalidad contractual a través de la cual las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras (por tanto, anticipándolas y preparando su posible realización de una manera flexisegura), de tal manera que dichas reglas se aplicarán a los contratos ulteriores (“contratos de aplicación”) celebrados al amparo del primero, al que denominamos contrato marco base (*cf.* art. 522-2 PCC v. 2015 y art. 1111 *Code civil*).

¿Cuál es, pues, el objeto del contrato marco? O, mejor dicho, ¿cuál es el “objeto del contrato” y cuál el “objeto sobre el que recae el contrato” en el contrato marco? Aunque pueda parecer que desdoblarse el objeto del contrato complica excesivamente la cuestión que pretendemos abordar (influencia de la dualidad estructural del contrato marco en el objeto del contrato), precisamente contribuye a explicarla de manera más sencilla en la medida en que trata cada aspecto del contrato en sus justos términos. Intentaremos determinar tanto el objeto del contrato como el objeto sobre el que recae el contrato en el contrato marco desde su propia estructura dual; es decir, asumiendo que está compuesto por un contrato base y “n” contratos de aplicación en desarrollo de aquél.

Comencemos por el objeto del contrato marco básico. Este es un contrato cuyo objeto podría considerarse bastante cercano al contrato de sociedad¹³⁸. El objeto del contrato de sociedad, entendido como programa prestacional u “obligaciones que el contrato engendra” (Garrigues, 1946) es la puesta en común de dinero, bienes o industria para repartir posteriormente las ganancias (*cf.* art. 1665 CC). El objeto sobre el que recae el contrato de sociedad es el conjunto de dinero, bienes y / o industria que las partes aportan. A diferencia de los contratos sinalagmáticos, en el contrato de sociedad las partes no tienen intereses contrapuestos, sino convergentes. Algo parecido ocurre, en cuanto al objeto del contrato en sentido estricto, con el contrato marco base. En este, los intereses de las partes son también convergentes: ambas buscan lograr el establecimiento de una relación contractual duradera y flexisegura (“contrato marco”), y para ello sientan las bases de su funcionamiento futuro en el contrato base. Parafraseando la descripción del objeto del contrato de sociedad, podríamos decir que el objeto del contrato marco es la puesta en común de reglas básicas de funcionamiento de una relación contractual duradera y flexisegura que preparen y faciliten la celebración de ulteriores contratos de aplicación. Siguiendo con el hilo argumental, el objeto (o los objetos) sobre el que recae el contrato marco base son, precisamente, los contratos de

¹³⁸ *Cfr.* Sayag (1994: 2-3) y Soro Russell (2014: 141, nota 307).

aplicación que regula, pues son éstos los que sufren la existencia del contrato base, de la misma manera que el conjunto de dinero, bienes e industria sufre la existencia del contrato de sociedad o la cosa y el precio intercambiados la existencia del contrato de compraventa¹³⁹.

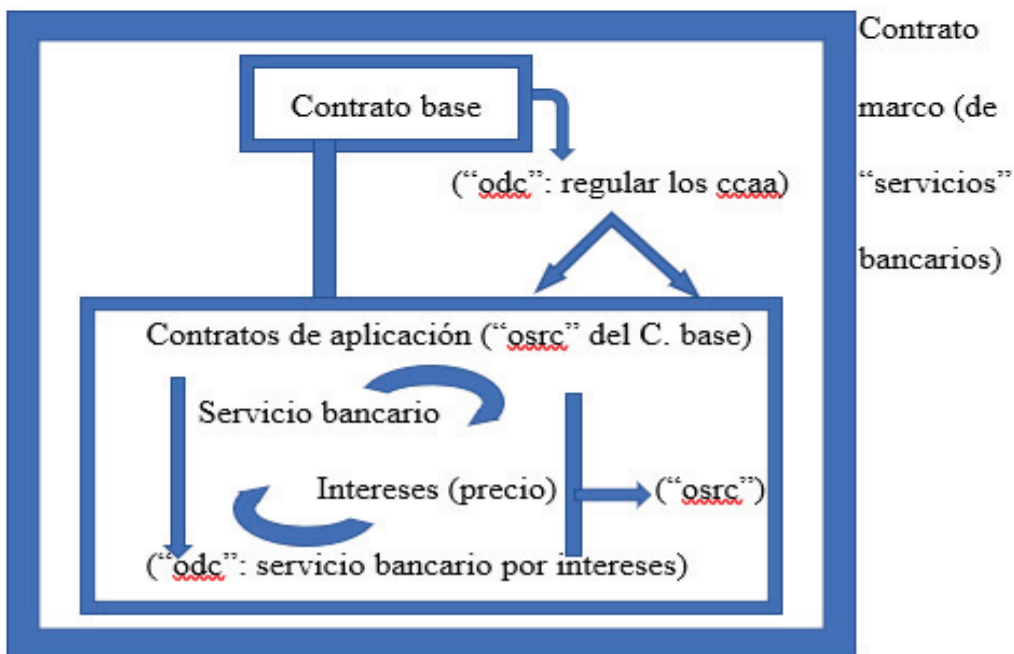
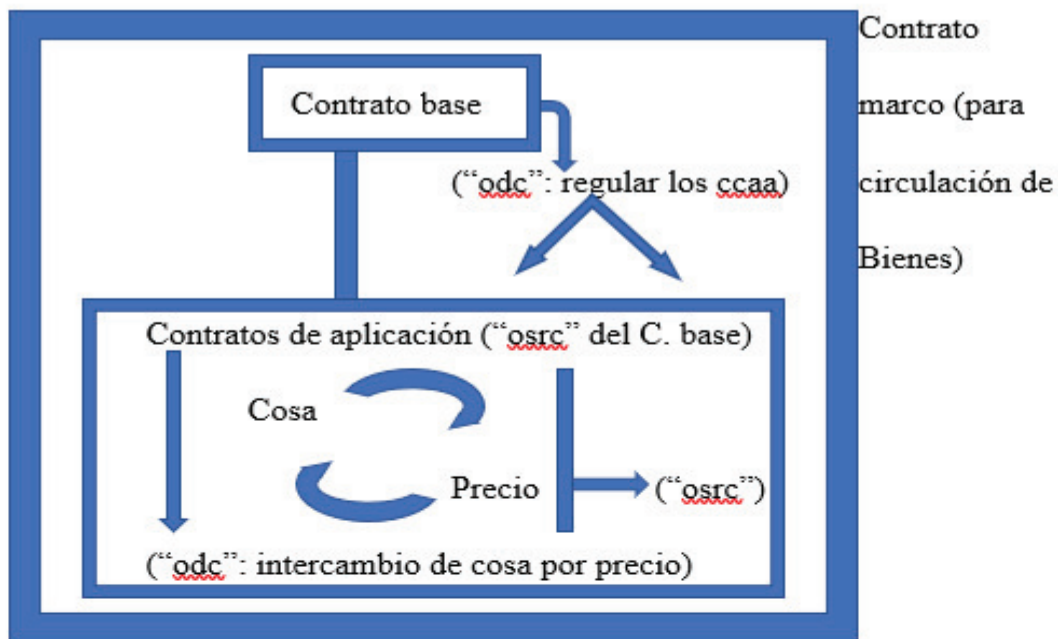
Por lo que respecta a los contratos de aplicación, a diferencia del contrato base, son contratos normalmente típicos cuya tipicidad se ve desplazada por su pertenencia a un conjunto o red contractual como es el contrato marco¹⁴⁰. No obstante, dicho desplazamiento, su estructura y composición responde al tipo desplazado. Si tomamos nuevamente como ejemplo el contrato marco del Círculo de Lectores veremos que los contratos de aplicación (los diferentes pedidos con frecuencia de dos meses) podrían verse como compraventas que, al pertenecer a un “contrato de grupo”, pasan a convertirse en contratos de aplicación. ¿Cuál es, por tanto, el objeto de los contratos de aplicación? El que corresponda al tipo contractual desplazado o al tipo o tipos contractuales más cercanos en contratos atípicos (en este caso, el intercambio de cosa por precio). El objeto sobre el que recae el contrato, es decir, las realidades metajurídicas que sufre su existencia, serían, en este caso, la cosa y el precio intercambiados, o lo que es lo mismo: el objeto sobre el que recae el contrato correspondiente al tipo contractual desplazado.

Debemos tratar una última cuestión, por obvia que pueda resultar: el contrato base es uno, mientras que los contratos de aplicación son varios y de número desconocido *ab initio*. ¿Por qué hablamos entonces de “dualidad” de objetos? Lo hacemos siguiendo un criterio cualitativo. Como ya hemos dicho, el contrato marco como contrato-red genera una estructura de dos niveles (contrato base y contratos de aplicación). Desde este punto de vista, existen dos objetos contractuales cualitativamente distintos.

Veamos de forma gráfica a través de un esquema ya conocido lo que hemos intentado explicar en este apartado. Tomaremos como ejemplos un contrato marco que permita la circulación de bienes muebles, y otro relacionado con servicios bancarios.

¹³⁹ En la medida en que el contrato base como tal no anticipa ninguna clase de contratos de aplicación concreta decimos que se trata de un contrato de contenido blanco, o que el contrato marco es una modalidad contractual.

¹⁴⁰ Esta es una diferencia fundamental entre el contrato marco base y el contrato de sociedad: mientras que el primero da lugar a una estructura grupal de contratos en la que actúa como eje o contrato de referencia, el contrato de sociedad da lugar a la creación de una persona jurídica.



Como vemos, la dualidad estructural del contrato marco irradia los elementos que lo componen, desdoblándolos. Por lo que respecta al objeto del contrato hemos intentado resolver esta cuestión desde la propia dualidad de significados que esta expresión encierra. Hemos tenido ocasión de expresar nuestro parecer acerca de la importancia del objeto del contrato como elemento constitutivo de éste no sólo desde una perspectiva legal (art. 1261 CC) sino ontológica (art. 1254 CC), así como su importancia de cara a determinar si nos encontramos ante uno o varios contratos o,

como es el caso, ante un contrato-red con una estructura similar a la de una caja china. Los razonamientos desarrollados en este apartado, así como la explicación gráfica que acabamos de ofrecer confirman, entendemos, esta postura. La dualidad estructural del contrato marco se construye a través de la dualidad estructural de sus propios objetos contractuales, y ésta, a su vez, irradia el resto de elementos constitutivos del contrato (consentimiento y causa), como intentaremos demostrar en los apartados siguientes.

Una importante aplicación práctica de la dualidad de objetos podemos observarla en una situación muy común, como es la determinación del precio en algunos de estos contratos. El precio, en tanto que elemento del contrato, suele corresponderse con la denominada “contraprestación genérica”; es decir, es uno de los objetos sobre los que recae el contrato (*ad ex.*, en el caso de un contrato de compraventa, hablamos de cosa y precio como objetos sobre los que recae el contrato). Ya hemos dicho en distintas partes de esta Tesis que una de las funciones principales del contrato base es preparar y facilitar los futuros contratos que se celebrarán en desarrollo del contrato marco, y que tanto contrato base como contratos de aplicación son contratos distintos pese a pertenecer a una estructura grupal común. Parece lógico, entonces, que ni el precio ni tampoco la cosa de cada uno de los contratos de aplicación estén determinados en el contrato base, pues en ese caso estaríamos hablando de un solo contrato, por mucho que su ejecución pudiera estar fragmentada y dilatada en el tiempo¹⁴¹.

Es frecuente que en el contrato base figure una horquilla de precios o cláusulas generales de determinación del precio, con idea de que éste se concrete en cada caso a través de los sucesivos contratos de aplicación. Esta situación debe diferenciarse de aquellos contratos en los que la fijación del precio queda postergada al momento de su ejecución conforme a criterios previamente fijados en el propio contrato. Esto se debe igualmente a que el contrato marco genera una estructura grupal de contratos, mientras que en el segundo caso estamos ante un contrato-línea. El contrato marco base puede fijar los criterios conforme a los cuales las partes decidirán el precio en cada contrato de aplicación, pero una cosa es la celebración de cada contrato de aplicación (donde nuevamente pueden recogerse criterios de determinación del precio aplicables durante su ejecución) y otra distinta la ejecución de éste. En la práctica puede darse el caso de que el contrato de aplicación no diga nada al respecto, debiendo entenderse en este caso que los criterios fijados en el contrato base son aplicables al contrato de aplicación que

¹⁴¹ *Cfr.* en este sentido Gatsi (1996: 154-155).

calla (*vid. infra*, apdo. siguiente sobre la dualidad estructural del contrato marco y el consentimiento).

2.6.2 La influencia de la dualidad estructural del contrato marco en el consentimiento

El consentimiento no es sólo un requisito legal del contrato (art. 1261.1 CC), sino estructural, en la medida en que sin la presencia de consentimiento y objeto (art. 1254 CC) no es posible la existencia de acuerdo alguno, independientemente de que éste sea o no considerado jurídicamente como contrato y, por tanto, protegido por el ordenamiento jurídico, lo cual dependerá de que disponga de causa y de que ésta sea lícita (art. 1275 CC). A través del consentimiento las partes expresan su coincidencia de voluntades en relación con el objeto del contrato, produciéndose desde ese momento la perfección de éste (art. 1258 CC). Trataremos en este apartado de dilucidar cómo se manifiesta el consentimiento en un contrato no lineal sino grupal como es el contrato marco.

Para ello debemos comenzar por tener en cuenta que el consentimiento es la expresión de la común voluntad¹⁴² de dos o más personas, a través de la cual dan aquiescencia o aprueban “algo” (*cf.* Díez Picazo, 2007: 173). Cuando hablamos de consentimiento contractual, éste lo emiten las partes para obligarse a “algo” (objeto del contrato), siendo este algo, dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1254 CC). Dicho de otra manera, el consentimiento contractual es la expresión de la común voluntad de las partes proyectada sobre un objeto contractual, de cuya conjunción (consentimiento y objeto) nace el acuerdo que posteriormente será refrendado como contrato por el ordenamiento jurídico si responde a una causa lícita (art. 1275 CC). Como agudamente señala Carrasco Perera (2010: 155), si nos atenemos estrictamente a la letra del Código civil, el consentimiento se proyecta sobre la cosa (es decir, el objeto sobre el que recae el contrato) y sobre la causa que han de constituir el contrato (*cf.* art. 1262-1 CC). Nos permitimos recordar, sin embargo, que pese a su importancia estos artículos no hacen gala de una especial claridad y coherencia, y que no definen los

¹⁴² Sobre la evolución desde posiciones voluntaristas a tesis declaracionistas así como la relación entre la voluntad y la declaración de voluntad, Díez-Picazo (2007: 173-183), o Carrasco (2010: 139).

conceptos jurídicos que emplean. Nos parece más ajustado a la realidad (del consentimiento en este caso) el artículo 1254 CC: una o varias personas consienten “en obligarse (...) a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (objeto del contrato). Basta observar cualquier contrato, sea en su regulación típica o en las primeras cláusulas de contratos concretos (normalmente tituladas “objeto”) para darnos cuenta de que el consentimiento se proyecta sobre el objeto del contrato, y que su proyección sobre la causa se presume, en la medida en que ésta es una construcción jurídica externa al propio acuerdo que actúa como límite negativo a efectos de negar tutela jurídica como contratos a aquellos que no respondan a causa alguna o no respondan a una causa lícita.

Si el consentimiento contractual se proyecta sobre el objeto del contrato, va de suyo que habrá tantos consentimientos como objetos contractuales existan. O, lo que es lo mismo, que deberán emitirse por las partes tantos consentimientos proyectados sobre objetos contractuales como auténticos contratos formen parte de la estructura grupal. ¿Cómo se traduce esta situación en una estructura grupal como la del contrato marco? De la misma manera que hemos argumentado que el contrato marco presenta una dualidad de objetos debido a su estructura dual (contratos en dos niveles al modo de una caja china), podemos afirmar que ello requiere, por tanto, una dualidad de consentimientos. Es decir, dos ejemplos cualitativamente distintos de consentimiento en la medida en que se proyectan sobre objetos contractuales diferentes.

Se emitirá, por tanto, un primer consentimiento en relación con el contrato marco base; pero serán necesarios una serie de “segundos consentimientos” en relación con cada uno de los contratos de aplicación que se celebrarán en desarrollo del contrato marco (Gatsi, 1996: 145-156). Esta serie de “segundos consentimientos” estará compuesta por tantos consentimientos como contratos de aplicación existan. Parece lógico, pues si tanto contrato base como contratos de aplicación son auténticos contratos, deberán cada uno reunir los elementos de que se compone un contrato *ex art.* 1261 CC (*cf.* Gatsi, 1996: 149), independientemente de su condición de elementos integrantes de un grupo contractual.

Lo que podríamos denominar “doble consentimiento” (Gatsi, 1996: 145-199) es, en realidad, la necesidad de emitir un primer consentimiento de carácter general y que se proyecta no sólo a presente (contrato base), sino a futuro; y “n” consentimientos individuales respecto de cada uno de los contratos de aplicación que celebrarán las

partes en desarrollo (y materialización de las previsiones iniciales) del contrato marco. El primer consentimiento hará referencia, por tanto, al tipo de contratos de aplicación (*ad ex.*, bancarios, de circulación de bienes...). Los segundos, por su parte, se encargarán de concretar las modalidades concretas de ejecución (*ad ex.*, lugar y hora de entrega, cantidad, precio...) ¹⁴³. Este “consentimiento dual” contribuye a la flexibilidad de la relación contractual duradera y estable buscada por las partes a través de esta figura, ya que los segundos consentimientos no deben emitirse en un momento concreto salvo que así quedara establecido en el contrato base ¹⁴⁴.

El primer consentimiento (general y abstracto, y recogido en el contrato base) se proyecta sobre los segundos de manera supletoria ¹⁴⁵, lo cual permite una mayor agilidad de los segundos (emisión y recepción del consentimiento), al tiempo que garantiza claridad. Por lo que respecta al primer aspecto señalado, es de suponer que el contrato base, o en su defecto los usos (sean generales o incluso de las propias partes a lo largo de una relación contractual duradera), establecerán las reglas respecto de la emisión del consentimiento. Por otro lado, si los segundos consentimientos (y los propios contratos de aplicación) son presumiblemente sucintos, casi esquemáticos, necesitarán apoyarse en el contrato base a efectos de aclarar cualquier duda que afecte a cada contrato de aplicación, pues precisamente el contrato base actúa como regulación supletoria y elemento de referencia de los contratos de aplicación.

Los segundos consentimientos, quedan circunscritos a cada uno de los contratos de aplicación a los que se refieren, fijando sus condiciones de ejecución, dado que esto último no compete al contrato base (*vid.* Gatsi, 1996: 156) ¹⁴⁶. No presentan particularidad alguna respecto de la teoría del consentimiento dentro de la teoría general del contrato, más allá de que asumen e integran el “primer consentimiento” anteriormente emitido respecto del contrato base. Este “vaso comunicante” de

¹⁴³ *Cfr.* Gatsi (1996: 156).

¹⁴⁴ Ya tratamos anteriormente la posible obligatoriedad de celebrar contratos de aplicación una vez celebrado el contrato base (*vid. supra*, apdo. 2.4). Nos permitimos recordar que la flexibilidad propia de esta figura ofrece muchas dudas al respecto. En nuestra opinión, es posible defender la obligatoriedad de celebrar algún contrato de aplicación alguna vez después de celebrado el contrato base. Sin embargo, habría que estar al caso concreto, analizando en primer lugar el contenido del propio contrato base e igualmente las circunstancias concurrentes en cada situación.

¹⁴⁵ *Vid. supra*, apdo. 2.5, en relación con el carácter supletorio del contrato base.

¹⁴⁶ Cuestión distinta es que el contrato base pueda recoger ciertas reglas comunes tocantes a este aspecto y que dichas reglas puedan quedar integradas en cada uno de los contratos de aplicación a través del silencio de las partes (*vid. infra* en este apartado el valor del silencio de las partes en el consentimiento de los contratos de aplicación).

consentimientos (que se canaliza a través de la estructura que hemos descrito anteriormente de manera gráfica) es uno de los elementos que, junto con la particular configuración de la causa en el contrato marco, permite distinguir esta figura del fenómeno de la mera conexión contractual, donde no existe un primer consentimiento que quede integrado en toda una serie de consentimientos posteriores.

Hay un importante aspecto a tratar en relación con el consentimiento en los contratos de aplicación, y es el valor del silencio. Acabamos de decir que el “primer consentimiento” se proyecta a futuro y de manera supletoria sobre toda la relación contractual, como por otra parte ocurre con el propio contrato base (podríamos hablar, de hecho, de consentimiento base). Por su parte, los segundos consentimientos (o consentimientos individuales), aplicables a cada contrato de aplicación, serán presumiblemente mucho más escuetos. ¿Podría entenderse que las partes, o cualquiera de ellas, han emitido consentimiento (y por tanto celebrado un contrato de aplicación) a través de su silencio?

Del mismo modo que las declaraciones expresas o determinado tipo de gestos permiten exteriorizar el pensamiento y la voluntad, un acto o comportamiento concreto de las partes puede manifestar abiertamente su voluntad de consentimiento (“conducta social típica”). En este sentido, podemos entender como declaración tácita de voluntad “aquella que se realiza por medio de actos concluyentes e inequívocos”, sin perjuicio de la necesaria interpretación y valoración objetiva por parte de los tribunales. Este tipo de declaraciones de voluntad (en definitiva, formas de emisión del consentimiento) son más frecuentes cuando la relación contractual ya está creada y en marcha (Díez Picazo, 2007: 176), lo que nos lleva a pensar en relaciones contractuales duraderas o, como es el caso, contratos marco. Cabe preguntarse si el silencio de las partes (estando ya en vigor un contrato marco) puede ser entendido como una declaración tácita de voluntad; o, mejor dicho, bajo qué condiciones puede entenderse así. Aunque, en sentido estricto, el silencio no sería una declaración de voluntad sino una omisión de declaración, es posible que en ciertas ocasiones constituya un tácito asentimiento o aquiescencia (Díez Picazo, 2007: 177). Podríamos definir la aquiescencia como la actitud de quien pudiendo y debiendo hablar calla, generando en quienes le observan una determinada expectativa¹⁴⁷. Esta es la postura que mantienen las SSTs de 21 de octubre de 1941, 14 de junio de 1963, 12 de octubre de 1982, y 18 de octubre de 1982: el silencio puede ser

¹⁴⁷ Es conocido el refrán “quien calla otorga” (Díez Picazo, 2007: 177).

entendido como consentimiento cuando el modo corriente de proceder exige hablar, de tal manera que si quien puede y debe hablar no lo hace, habrá que entender que consiente en aras de la buena fe. Habrá que tener presente, además, las circunstancias concurrentes en cada caso, así como las relaciones contractuales anteriores y vigentes entre las partes (en otras palabras, los “usos” del art. 1258 CC entendidos no de manera genérica sino particular). Finalmente, si se trata de una oferta al público o del envío de determinados bienes a una persona concreta, su no contestación no equivale a consentimiento¹⁴⁸.

Teniendo en cuenta estos criterios, ¿podría entenderse como aquiescencia o consentimiento tácito de las partes su propio silencio? Entendemos que habrá que estar al caso concreto. No es de extrañar teniendo en cuenta la flexibilidad propia de la figura que analizamos. Como en otras ocasiones, pretendemos ofrecer algunos criterios orientativos y ejemplos que permitan orientar una respuesta en cada situación. El primer criterio al que debemos atender es, el contenido del contrato base, pues ahí se recogerán, como hemos dicho, las formas de emisión y recepción del consentimiento en los contratos de aplicación, pudiendo quedar establecido el silencio (*ad ex.*, envío de X cantidad de bienes según se vayan produciendo sin que la parte receptora los devuelva) o el mero paso del tiempo (*ad ex.*, cada dos meses se envía X cantidad de bienes) como formas de consentimiento. Este tipo de situaciones no generarán, presumiblemente, ningún problema. Los problemas pueden surgir cuando en el contrato base no se establecen reglas claras (o directamente no es posible encontrar regla alguna) respecto del consentimiento en los contratos de aplicación. En estas situaciones será útil aplicar los criterios anteriormente apuntados respecto del valor del silencio en las relaciones contractuales. De esta manera, si a través de la lectura del clausulado (en su conjunto) del contrato base así como de la práctica habitual entre las partes (y, en general, los usos del sector) puede entenderse que el silencio de una parte frente a la iniciativa de la contraria equivale a un asentimiento tácito (aquiescencia), habrá que dar por celebrado el contrato de aplicación.

¹⁴⁸ En este párrafo se resume la doctrina recogida por Díez Picazo (2007: 176-179) respecto de las declaraciones tácitas de voluntad y del silencio como declaración de voluntad.

2.6.3 La influencia de la dualidad estructural del contrato marco en la causa

La causa del contrato es, de los tres elementos que lo componen según el artículo 1261 CC, el que más literatura jurídica ha generado y, sin embargo, uno de los elementos más oscuros y confusos no ya de la propia teoría general del contrato, sino del Derecho civil (Díez Picazo, 2007: 255; Albiez Dohrmann, 2009: 2372-2373; Fernández Martínez, 2012: 141). Quizás parte de la confusión se deba a la equivocidad asociada a este término (Díez Picazo, 2007: 269), aspecto que no soluciona el articulado de nuestro Código civil, que opta por definir muy pocos conceptos, entre los que no figura el de causa¹⁴⁹. En este apartado no pretendemos, como no lo hemos hecho antes en relación con los demás elementos del contrato, hacer un repaso por su definición, problemas relacionados o evolución histórica¹⁵⁰. Buscamos explicar la causa en el contrato marco, asumiendo la dualidad estructural que esta figura presenta (contrato base y contratos de aplicación). Esto nos exige adoptar un concepto de causa y asumirlo como punto de partida¹⁵¹.

Se ha definido la causa como las razones de las partes para celebrar un contrato (perspectiva subjetiva), o como “el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico”, en la medida en que “el problema de la causa (...) radica en la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el esquema preestablecido en la norma”, lo que permite introducir los problemas de la causa falsa y la causa ilícita (Díez Picazo, 2007: 268-269). Sin embargo, consideramos más apropiado disociar la finalidad tutelada por el ordenamiento jurídico (que necesariamente habrá de ser objetiva y *ex ante*) de la voluntad expresada por las partes a la hora de emitir su consentimiento. No se trata de evitar porque sí una concepción subjetiva de la causa (razones que tuvieron las partes

¹⁴⁹ *Cfr.* en este sentido Albiez Dohrmann (2009: 2372-2373), quien señala que esta no definición no proviene sólo del artículo 1274 CC, sino también de la jurisprudencia.

¹⁵⁰ *Vid.* por todos, Díez-Picazo (2007: 255-285) para un análisis en detalle de la causa como elemento del contrato, así como para una distinción entre causa de la atribución, de la obligación y del negocio, o Albiez Dohrmann (2009: 2372-2412) para un estudio jurisprudencial. Una breve enunciación de las tres posturas principales respecto de la causa (subjetiva, objetiva y unitaria) puede encontrarse en Fernández Martínez (2012:140-141).

¹⁵¹ En este trabajo nos decantamos por una visión objetiva de la causa, entendiendo que hace referencia a la finalidad económico-social del negocio, atribuida de manera objetiva y previa a través de la tipicidad normativa (*cfr.* Díez-Picazo, 2007: 275-276; Fernández Martínez, 2012: 141).

para celebrar el contrato, objetivos concretos que perseguían...), sino porque la carga subjetiva del contrato ha sido ya canalizada a través del consentimiento de las partes.

Entenderemos por causa del contrato la función económico-social que éste desempeña (Díez Picazo, 2007: 273-276), valorada de manera objetiva y *ex ante* (es decir, antes de que las partes emitan consentimiento)¹⁵². La causa actúa como límite negativo o elemento fiscalizador de los contratos¹⁵³, de tal manera que si los objetivos perseguidos por las partes a través de un contrato no concuerdan con la causa que el ordenamiento atribuye a dicho contrato (causa falsa), son objetivos que repugnan al ordenamiento (causa ilícita) o no es posible descubrir motivo alguno en la celebración del contrato (inexistencia de causa), el acuerdo celebrado por las partes no tendrá categoría de contrato (*cf.* arts. 1275 y 1276 CC). Esta definición de la causa desborda con creces la clasificación tripartita del artículo 1274 CC, tan criticada por la doctrina (*cf.* Díez Picazo, 2007: 265).

¿Cuál es la causa en el contrato marco? ¿Deberíamos hablar de “causas”, en plural, o de “dualidad de causas”, del mismo modo que hemos hecho respecto del consentimiento y del objeto? Parece evidente que si la estructura del contrato marco es dual, deba existir igualmente una dualidad de causas, y que esta dualidad de causas obedece a un criterio cualitativo y no cuantitativo, de la misma forma que ocurre en el caso del objeto y del consentimiento. Así pues, será posible identificar una causa propia del contrato base, y “n” causas específicas de cada uno de los contratos de aplicación. La causa del contrato base es común en todos los contratos marco: preparar y facilitar la celebración de futuros contratos de aplicación, al tiempo que servir de criterio de

¹⁵² Cuando hablamos aquí de la causa valorada de manera objetiva y *ex ante* no pretendemos reiterar una visión objetiva de la misma (la cual compartimos, como ya hemos dicho), sino puntualizar un aspecto importante, como es la distinción entre los elementos del contrato vistos de manera objetiva y su concreción en cada caso concreto. Este aspecto, que parece claramente delimitado respecto del objeto y del consentimiento (o que al menos no ofrece tantos problemas) se confunde en el caso de la causa con la defensa de una visión objetiva o subjetiva de la misma. La causa, como elemento del contrato, sólo puede ser valorada desde una perspectiva objetiva y *ex ante*, independientemente de cómo se la defina. Cuestión distinta es que “cada causa en cada contrato” debe ser respetuosa con la causa típica de la figura contractual a que corresponda o, en su defecto, encuadrable en una causa general amparada por el ordenamiento jurídico. Este razonamiento es, por tanto, aplicable tanto a una concepción subjetiva como objetiva (o unitaria) de la causa.

¹⁵³ *Cfr.* Díez-Picazo (2007: 275), quien destaca que el problema de la causa se relaciona con el control de la autonomía privada por parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que las partes “no se obligan porque quieran obligarse, es preciso que, al hacerlo, den cauce a intereses que el ordenamiento jurídico considere como legítimos y que los resultados que buscan establecer lo sean también desde el punto de vista del ordenamiento jurídico”.

referencia e instrumento racionalizador de los futuros contratos. Esta causa del contrato base es, del mismo modo que su objeto, de “contenido blanco”: celebramos un contrato base para que sirva de referencia a futuros contratos, pero... ¿qué vamos a hacer con todo el entramado contractual? Por su parte, la causa de los contratos de aplicación se corresponderá con la causa típica de los tipos contractuales desplazados en tanto que elementos pertenecientes a un grupo.

El análisis de la causa en el contrato marco no puede quedarse en esta exposición dualista, coherente por otra parte con el hilo argumentativo que hemos venido desarrollando a lo largo de este capítulo referente al contrato marco. Si nos quedáramos aquí no tendríamos elementos jurídicos para diferenciar el contrato marco de la mera conexión contractual. Y es que, como ya hemos dicho anteriormente, el contrato marco como figura se diferencia de la conexión contractual en que éste da lugar a un “contrato-red” o “contrato de grupo”, mientras que la conexión contractual genera un “grupo de contratos”. Existe, por tanto, una interdependencia mucho mayor entre los elementos que componen un contrato marco que entre los elementos que componen un grupo de contratos. Esta diferencia se canaliza a través de la existencia de una causa global genérica del contrato marco (visto en su conjunto, pero ahora como contrato), que hace las veces de elemento cohesionador de toda la estructura contractual.

¿Por qué existe, como acabamos de señalar, una mayor interdependencia entre los elementos que componen un contrato marco que en el caso de la “mera conexión contractual”, por mucho que en uno y otro caso estemos hablando de auténticos contratos? Porque la combinación estructurada de contratos a través del contrato marco permite alcanzar una serie de finalidades económicas que no sería posible alcanzar con la mera suma de todos ellos. En este sentido, es posible afirmar una interdependencia estructural de los elementos contractuales que componen el contrato marco que va más allá de la mera conexión contractual, sin que entremos en el terreno de un contrato complejo, ya que el conjunto lo componen auténticos contratos y no meras prestaciones combinadas.

Recuperemos la descripción dual de las causas, de tal manera que podamos explicar mucho mejor el “efecto multiplicador” del contrato marco por lo que se refiere a la función económico-social que canaliza:

- (1) Causa “base”: preparar, facilitar y racionalizar las relaciones contractuales futuras entre las partes.
- (2) Causas “de aplicación”: las correspondientes, en su caso, al tipo contractual desplazado.
- (3) Causa global o “marco”: preparar, facilitar y racionalizar las relaciones contractuales futuras de las partes de tal manera que se canalice mejor la función económico-social que perseguirían las partes si celebrasen de manera independiente los contratos de aplicación.

En nuestro razonamiento hemos omitido, hasta ahora, una palabra: flexiseguridad. El contrato marco es un instrumento contractual que canaliza de manera flexisegura las relaciones contractuales duraderas, de tal manera que permite a las partes beneficiarse de la estabilidad y seguridad propias de una relación contractual unitaria al mismo tiempo que no quedar excesivamente atado por ésta (*vid. supra*, Capítulo I). Aúna, por tanto, los beneficios relacionados con celebrar un solo contrato (relativos a la seguridad) con los beneficios de celebrar una pluralidad de contratos (relativos a la flexibilidad); de tal manera que la combinación de ambos beneficios es más que la mera suma de éstos. La “bisagra” que nos permite afirmar al mismo tiempo la existencia de un solo contrato (contrato-red o contrato grupal) y de varios contratos es, precisamente, la causa global, causa marco o *affectio modulus*, equivalente, en este terreno contractual, a la *affectio societatis*, esto es: la voluntad de las partes de estandarizar sus relaciones contractuales futuras sometiéndolas a un régimen común preestablecido a través de la creación de un *unicus modulus* que permita una colaboración duradera a través de la conclusión de ulteriores contratos de aplicación (Gatsi, 1996: 216-217).

Esta causa global variará en cada contrato marco, pues surge de la combinación de la causa base (“blanca”) y del tipo de contratos de aplicación a los que sirva el contrato marco. Por ejemplo, si éstos últimos están de algún modo relacionados con el contrato de compraventa (en definitiva, la circulación de bienes), podrá afirmarse que la causa global del contrato marco es la circulación de bienes de manera flexisegura; si, en cambio, hablamos de contratos de aplicación relacionados con los servicios bancarios, diremos que la causa global del contrato marco de servicios bancarios es la prestación de dichos servicios de manera flexisegura; etcétera.

Podrá pensarse que, si el contrato marco como conjunto es un verdadero contrato, igualmente debemos poder identificar un “objeto marco” y un “consentimiento marco”.

Esto es cierto, aunque no de una forma tan plana. La “causa marco” o *affectio modulus* del contrato marco permite la creación de los vasos comunicantes entre objeto del contrato base y objetos de los contratos de aplicación, y consentimiento del contrato base y consentimientos de los contratos de aplicación. Es el elemento común que, gracias a que fluye por toda la estructura contractual, permite el juego de caja china que hemos explicado en relación con el objeto y el consentimiento. Cuando el consentimiento general se proyecta a futuro de manera supletoria, puede hacerlo porque existe una *affectio modulus* o causa marco que lo ampara, permitiendo la integración de lagunas de contratos de aplicación a través de la referencia al contrato base, por ejemplo. El objeto del contrato en los contratos de aplicación se ve matizado al tener que integrar el objeto del contrato base hasta el punto de que lo que fuera del contrato marco serían, por ejemplo, contratos de compraventa, dentro pasan a ser contratos de aplicación. Este cambio de nombre, que no es meramente terminológico, así como la comunicación de vicisitudes entre los elementos contractuales del grupo, sea vertical (tanto descendente como ascendente) o, incluso, horizontal, es posible gracias a que existe entre las partes una *affectio modulus*. De esta manera, más que poder visualizar un objeto marco o un consentimiento marco¹⁵⁴, podemos constatar que la *affectio modulus* o causa marco es el elemento que permite la existencia los “efectos combinados” (multiplicadores, y no de mera suma) de la conjunción de objeto base y objetos de aplicación y consentimiento base y consentimientos de aplicación, al ser posible hablar de un contrato de grupo y no sólo de un grupo de contratos.

3 Las relaciones internas entre los elementos (contratos) que componen el contrato marco

Llegados a este punto debemos constatar que entre los elementos que componen el contrato-red que es el contrato marco existe toda una serie de relaciones internas que conviene conocer. Como hemos visto, un contrato marco se estructura en dos niveles: un primer nivel compuesto por el contrato base, que servirá de preparación, regulación supletoria y elemento de referencia de los futuros contratos de aplicación; y un segundo nivel, compuesto por los contratos de aplicación, cuyo número, frecuencia, nivel de

¹⁵⁴ Desde un punto de vista de estricta teoría jurídica, como decimos, es no sólo posible, sino necesario, pues no hay contrato sin que concurren todos los requisitos legalmente exigidos.

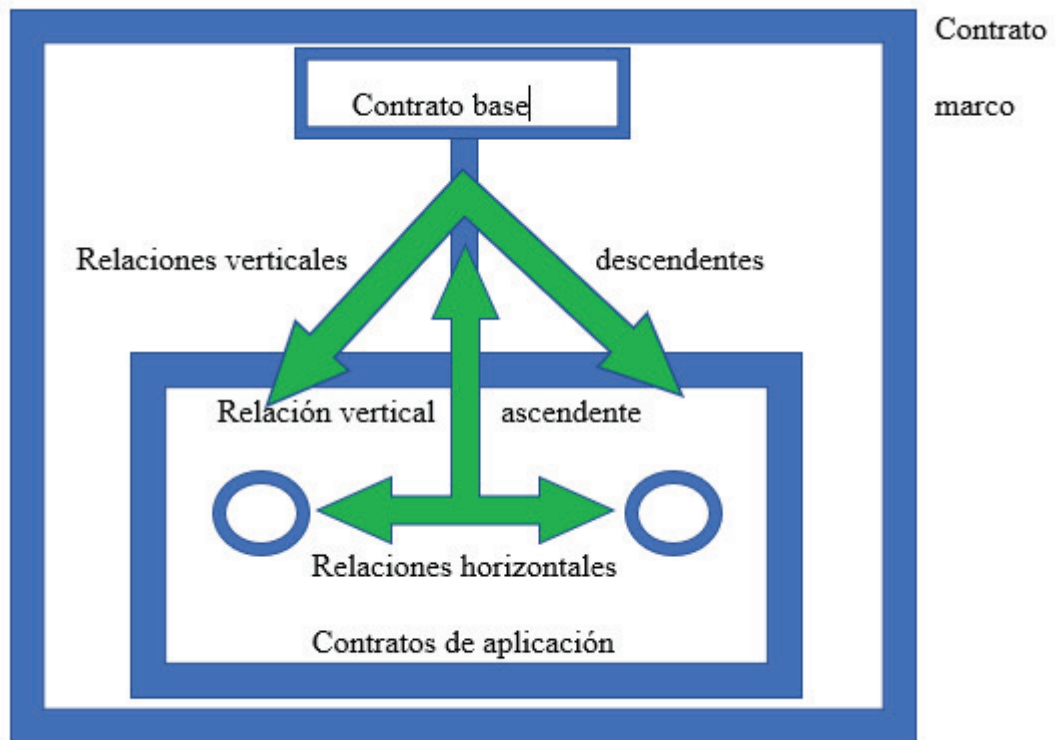
cumplimiento, cantidad y calidad de las prestaciones en su caso, etc., es desconocido *ab initio*. Existen, como puede intuirse, tres tipos de relaciones internas entre los contratos que componen el contrato marco en tanto que elementos de una estructura contractual: relaciones verticales, ascendentes (del contrato base a los contratos de aplicación) y descendentes (de los contratos de aplicación al contrato base); y horizontales (entre un contrato de aplicación y otro).

Comenzando por las relaciones horizontales, éstas presentan el máximo grado de autonomía dentro de la estructura del contrato marco, hasta el punto de que podríamos hablar incluso de independencia funcional. Como ya hemos visto, el cumplimiento de cada uno de los contratos de aplicación es independiente de los demás, en la medida en que funcionan de manera muy similar a como lo hace el tipo contractual desplazado por su pertenencia a la estructura de grupo. Por tanto, el cumplimiento (o incumplimiento) de un contrato de aplicación no afecta al cumplimiento, ni a la celebración de cualquier otro contrato de aplicación. Sin embargo, no son contratos dependientes, sino autónomos, en la medida en que pertenecen a un grupo estructurado de contratos (o “contrato-red”). Esto significa que es posible que se produzca cierta “comunicación de vicisitudes contractuales” entre contratos de aplicación, pero sólo bajo circunstancias muy concretas: cuando el incumplimiento de uno o varios contratos de aplicación supone la quiebra del clima de flexiseguridad que el contrato marco garantiza entre las partes, ello puede afectar a los siguientes contratos de aplicación si dicha quiebra del clima de flexiseguridad es de tal importancia que supone la ruptura del contrato marco (y, consecuentemente, la imposibilidad de continuar celebrando contratos de aplicación). Como vemos, se trata de una comunicación de efectos mediata, en la medida en que no tiene lugar directamente entre contratos de aplicación, sino tras haber “subido” al contrato base (que se ha visto frustrado al romperse el clima de flexiseguridad) y posteriormente vuelto a “bajar”, en un tránsito similar al que realizamos para afirmar que entre dos hermanos (contratos de aplicación) existe una relación de segundo grado, pues debe “pasar” por los padres (contrato matriz o contrato base).

En esta descripción de las relaciones horizontales hemos anticipado de alguna manera los dos tipos de relaciones horizontales que se producen dentro de la estructura que genera el contrato marco. Se dan, en primer lugar, relaciones verticales descendentes (en plural) entre el contrato base y cada uno de los contratos de aplicación.

Recordemos que el contrato marco hace las veces de elemento central de referencia y de regulación supletoria en el desenvolvimiento del contrato marco. Este tipo de relaciones son de carácter supletorio, pese a que en ocasiones pueda llegarse a la conclusión de que dadas las circunstancias del caso concreto las partes vienen obligadas a celebrar contratos de aplicación (*vid. supra*, apdo. 2.4). Por otro lado, existe una relación vertical ascendente entre los contratos de aplicación y el contrato base que, por extensión, puede extenderse al contrato marco en su conjunto como acabamos de ver en el párrafo anterior.

Todo esto puede entenderse mucho mejor si las distintas relaciones internas que acabamos de ver se proyectan sobre el esquema gráfico del contrato marco que ya hemos utilizado en otras ocasiones a lo largo de esta Tesis:



4 La utilidad del contrato marco en las relaciones contractuales duraderas¹⁵⁵

4.1 La incidencia jurídica del tiempo en los contratos: la franja y la espera

El tiempo es un elemento de gran importancia no sólo en la formación y ejecución de los contratos, sino en su tipificación, así como en la valoración del cumplimiento y del incumplimiento. Su incidencia, en tanto que elemento jurídicamente relevante, se proyecta tanto sobre contratos grupales (“contratos-red”) como sobre contratos sencillos (“contratos-línea”). Es importante distinguir el tiempo como mera circunstancia fáctica (*ad ex.*, el tiempo que transcurre desde que dos partes entran en contacto hasta que negocian, desde que negocian hasta que celebran un contrato, y desde que lo celebran hasta que dicho contrato entra en fase de ejecución y puede, por tanto, afirmarse su cumplimiento o su incumplimiento), del tiempo como elemento jurídicamente relevante de cara a la calificación del contrato (*ad ex.*, pactos que fijan el momento de ejecución del contrato, o incluso de su celebración – como ocurre en el caso del precontrato -, contratos que necesariamente deben dejar transcurrir un lapso de tiempo determinado o determinable – caso de la compraventa de cosa futura -...). De esto último pretendemos ocuparnos en este apartado.

El contrato marco nace de la práctica comercial, y responde a la necesidad de flexibilidad de las partes contratantes de cara a relaciones contractuales a largo plazo (Gatsi, 1996: 11). Si tenemos en cuenta que la principal utilidad (y el gran elemento diferenciador) del contrato marco como figura contractual es, precisamente, la preparación, racionalización y facilitación (de un modo “flexiseguro”) de relaciones contractuales futuras celebradas en desarrollo de las previsiones iniciales, podemos concluir que el contrato marco juega su papel, por definición, en el terreno de las relaciones contractuales duraderas.

¿Cómo podemos saber cuándo nos encontramos ante una relación contractual duradera? En las relaciones contractuales duraderas, la incidencia jurídica del tiempo no se manifiesta como “espera”, sino como “franja durante la cual tiene lugar el desenvolvimiento de la relación obligatoria”, sin perjuicio de los deberes comunes de

¹⁵⁵ Sobre las relaciones contractuales duraderas en Alemania, Oetker (1994).

las partes en aras de lograr un adecuado cumplimiento del contrato o, al menos, no entorpecerlo¹⁵⁶.

Los casos en que el tiempo se manifiesta como “espera” suelen estar relacionados con la ejecución del contrato. Es más cómodo ilustrar estos casos partiendo de un contrato sencillo o lineal; si bien, como veremos, los ejemplos y el razonamiento son extrapolables a los contratos de grupo.

Si tomamos como referencia la ejecución de un contrato sencillo, puede pactarse que ésta tendrá lugar:

- (a) en un momento posterior a voluntad de las partes,
- (b) en un momento posterior ya fijado en el propio contrato,
- (c) en un momento posterior desconocido en el momento del contrato, pero cognoscible por las partes atendiendo a circunstancias ya fijadas en el contrato y cuya existencia tendrá lugar con absoluta certeza, o
- (d) en un momento posterior desconocido por las partes en el momento de celebración del contrato, pero cognoscible por las partes atendiendo a circunstancias ya fijadas en el contrato y cuya existencia puede o no tener lugar.

En todos estos casos, transcurre un tiempo (es decir, una “espera”) entre la celebración del contrato y su ejecución. Esta situación de dilación temporal se puede dar del mismo modo en los contratos grupales. La diferencia entre un contrato sencillo y un contrato grupal en este aspecto es que la ejecución del contrato base no es, digamos, una ejecución al uso, sino que tiene lugar a través de auténticos contratos (contratos de aplicación), que pueden responder, a su vez, a cualquiera de las posibilidades que acabamos de expresar respecto de su propia ejecución contractual. La incidencia del tiempo como franja es independiente de la incidencia del tiempo como espera. La ejecución postergada de un contrato, o incluso su celebración postergada (caso del precontrato), pueden darse tanto en contratos instantáneos como duraderos¹⁵⁷.

Por lo que se refiere a las relaciones contractuales duraderas (es decir, aquellas en las que el tiempo se manifiesta como “franja”), podemos clasificarlas en dos grandes categorías: aquellas compuestas por prestaciones instantáneas periódicas, y aquellas

¹⁵⁶ *Vid.* en este mismo Capítulo las reflexiones sobre el artículo 1258 CC y el deber de colaboración de las partes.

¹⁵⁷ Aunque en ocasiones califiquen ciertos contratos instantáneos como “relaciones duraderas”, lo cual resulta ciertamente confuso.

otras compuestas por prestaciones continuadas¹⁵⁸. Comenzando por éstas últimas, un contrato en el que se comprometen prestaciones continuadas sólo puede dar lugar a relaciones contractuales duraderas. Son prestaciones continuadas aquellas que comportan una obligación de no hacer o de mera tolerancia¹⁵⁹, como puedan ser aquellas que sólo requieren el mantenimiento pasivo de una situación de entrega, tal como sucede en el caso de suministro de agua o energía eléctrica (donde tras el acto de “abrir el grifo”, lo único que se requiere es no cerrarlo y tolerar que siga fluyendo). En cambio, las prestaciones instantáneas como por ejemplo la entrega de bienes contables¹⁶⁰, o cualesquiera prestaciones relacionadas con los servicios (en la medida en que requieren un comportamiento activo o prestación de hacer) pueden dar lugar tanto a relaciones contractuales duraderas como instantáneas, dependiendo del tipo (o modalidad) contractual a través de la cual se canalicen.

Este último caso, puede explicarse mejor si aplicamos el criterio abstracto expresado a una situación concreta, como puede ser la circulación de bienes. Trataremos en primer lugar de explicar cómo la circulación de bienes contables puede canalizarse a través de contratos de ejecución instantánea. Posteriormente analizaremos la circulación de bienes no contables o fluidos, y cómo éstos deben necesariamente canalizarse a través de contratos duraderos. Finalmente, podremos explicar cómo el contrato marco permite canalizar a través de relaciones contractuales duraderas situaciones de circulación de bienes contables que, de otro modo, quedarían forzosamente canalizadas a través de contratos instantáneos.

Antes, sin embargo, se hace necesario distinguir entre distintas categorías de prestaciones en función de la influencia jurídica que sobre éstas ejerce el tiempo

¹⁵⁸ Merece la pena traer a colación en este punto las palabras de Garrigues (1961), precisamente en relación con el contrato de suministro. Entiende este autor que la diferencia entre los contratos de ejecución instantánea y los contratos de duración es que en los “contratos de ejecución instantánea el interés constante del contratante está en que la prestación se realice en un momento determinado, y sólo cuando así ocurre aquel interés queda satisfecho”, en cambio, en “los contratos llamados de duración, el interés de los contratantes reside en que la prestación se prolongue a lo largo del tiempo, precisamente porque esa prestación responde a una necesidad estable”.

¹⁵⁹ *Cfr.* Von Tuhr (2007: 30): “podría decirse que sólo cabe verdadera prestación continuada tratándose de abstenciones, ya que toda conducta positiva se compone de una serie de actos aislados en el tiempo”. En un sentido similar, Díez-Picazo (2008: 366), quien considera que la mayor parte de las prestaciones negativas son continuadas, aunque señala que existen excepciones.

¹⁶⁰ Las situaciones anteriores (suministro de agua o energía eléctrica) permiten, enfrentadas a la entrega de bienes contables distinguir perfectamente las prestaciones continuadas de las periódicas, atendiendo al tipo de bien que es objeto de entrega: un bien no contable, o “fluido”; o un bien contable.

4.2 La incidencia jurídica del tiempo y los tipos de relaciones contractuales¹⁶¹: de tracto único, de tracto sucesivo, periódicas, continuadas e indefinidas

La incidencia del tiempo en las relaciones obligatorias da lugar a una primera clasificación de éstas: obligaciones de ejecución instantánea (o “de tracto único”) y obligaciones duraderas (o “de tracto sucesivo”). Si una relación obligatoria no es instantánea puede serlo porque se prolongue en el tiempo a través de una sucesión de etapas (“tracto sucesivo”) o porque lo haga de manera continuada. Como veremos, la periodicidad de las prestaciones, *stricto sensu*, no prejuzga el carácter instantáneo o duradero de la relación obligatoria.¹⁶²

Son obligaciones de ejecución instantánea aquellas cuyo cumplimiento total o solutorio tiene lugar en un momento concreto, en un instante; independientemente del tiempo que lleve a la parte obligada culminar el cumplimiento (Díez-Picazo, 2008: 365). Este último matiz es importante, pues una prestación unitaria puede estar fraccionada en cumplimientos parciales periódicos, y sólo el último de éstos tendrá efecto solutorio (*cf.* art. 1110 CC *in fine*). Hablaremos, pues, de “prestaciones periódicas” para hacer referencia a aquellas prestaciones separadas entre sí a intervalos de tiempo fijos y constantes (*cf.* Díez-Picazo, 2008: 358) y que forman parte de una prestación unitaria que ha sido fragmentada en aras de facilitar su cumplimiento al deudor.

La periodicidad de las prestaciones debe entenderse como algo distinto de la sucesividad de las prestaciones (*cf.* Westermann, 2012: 23). Debe señalarse, antes de seguir, que desde el punto de vista de la prestación (o, mejor dicho, desde el punto de vista del objeto sobre el que la prestación recae), ambas pueden dividirse por etapas; mientras que esto no es posible en determinadas prestaciones que, pese a prolongarse en el tiempo, no son susceptibles de dividirse en etapas, ni en aquellas prestaciones de tracto único que no han sido fragmentadas por las partes.

¹⁶¹ Al hilo de la calificación del contrato marco como modalidad contractual (apdo. 2 de este Capítulo) hemos precisado el uso preciso que a nuestro parecer merecen las expresiones “objeto del contrato”, “objeto sobre el que recae el contrato”, “obligación” y “programa prestacional”, entre otras. A este apartado nos remitimos en aras de evitar reiteraciones innecesarias. Hablaremos en este apartado de “prestaciones”, aunque la doctrina que hemos consultado utiliza tanto el término obligaciones (Von Tuhr, 2007: 30-31; Ragel Sánchez: 2010, 53-54) como de prestaciones (Díez-Picazo, 2008: 358 ss). Díez-Picazo (2008: 371) distingue entre “tiempo de la obligación” (incidencia del tiempo en la relación obligatoria vista como unidad) y “tiempo de la prestación” (requisito del acto o los actos de realización o ejecución de la prestación).

¹⁶² *Vid.* Ragel Sánchez (2010: 53-54); Díez-Picazo (2008: 365-366).

Entenderemos por obligaciones de tracto sucesivo aquellas cuyas prestaciones se suceden una detrás de otra de manera autónoma en el marco de la relación contractual. Ello se debe a que cada una de las prestaciones es susceptible de un aprovechamiento independiente, y tiene como consecuencia que la falta de pago de una no tiene por qué influir sobre la totalidad de la relación. Debemos subrayar que esta utilización diferenciada de la periodicidad y la sucesividad no tiene por el momento un reflejo claro en España y que los términos “periódico” y “sucesivo” se utilizan de una manera indistinta. No ocurre así en Alemania, donde sí se habla, en el caso del contrato de suministro de bienes, de “Sukzessivlieferungsvertrag” (Westermann, 2012: 23¹⁶³). Téngase en cuenta, para observar el contraste, que el artículo 513-1 del APCM define el contrato de suministro como aquél por el cual el prestador se obliga a realizar a favor del suministrado prestaciones “periódicas o continuadas”, en lugar de hablar de prestaciones “sucesivas o continuadas”. Igualmente, la doctrina española que se ha ocupado de estos aspectos habla de prestaciones periódicas en todos los casos, si bien subraya respecto de las “sucesivas” su aptitud para alcanzar un cumplimiento solutorio específico y su autonomía respecto del conjunto (*cf.* Ragel Sánchez, 2007: 54; Díez-Picazo: 2008: 359-360). Conviene, pues, tener presente la distinción para subrayar la posibilidad de cumplimientos solutorios específicos respecto de cada una de las “prestaciones sucesivas” en una relación contractual duradera (de tracto sucesivo), frente a la acumulación de cumplimientos parciales de las “prestaciones periódicas”; independientemente de que en ambos casos se hable (en España) de “prestaciones periódicas”¹⁶⁴.

La distinción entre prestaciones periódicas y prestaciones sucesivas en los términos que acabamos de explicarla conecta con el paradigma de los contratos red y las estructuras grupales de contratos. Como hemos visto a lo largo de este Capítulo, un contrato marco es un contrato-red (necesariamente duradero) estructurado en dos niveles: contrato base y contratos de aplicación. Los contratos de aplicación son auténticos contratos, por mucho que al mismo tiempo su mera existencia (y, posteriormente, correcto cumplimiento) suponga un cumplimiento de las previsiones del contrato base y, por extensión, del contrato marco en su conjunto. Respecto del contrato

¹⁶³ Se hace eco Albiez Dohrmann (2013: 143).

¹⁶⁴ A lo largo de este trabajo utilizaremos la expresión “prestaciones periódicas”, de acuerdo con la práctica española y para no complicar excesivamente la redacción al tener que hacer constantes precisiones terminológicas para precisar lo que dice la norma (o la sentencia) y lo que debería decir, que podrían acabar introduciendo más confusión que claridad.

marco (es decir, del conjunto, del grupo) los contratos de aplicación son prestaciones sucesivas.

Finalmente, existen prestaciones duraderas de ejecución continuada, es decir, que se prolongan en el tiempo sin que puedan dividirse por etapas (Ragel Sánchez, 2007: 54). Las prestaciones de este tipo están asociadas a obligaciones de carácter negativo (Von Tuhr, 2007: 30), al suministro de bienes fluidos (agua, gas, electricidad... cuando no se encuentren envasados), o a obligaciones que podríamos denominar “de disponibilidad” (*ad ex.*, estar disponible para recibir pedidos y preparado para llevarlos a cabo en un lapso breve de tiempo¹⁶⁵).

4.3 Circulación de bienes contables a través de contratos de ejecución instantánea vs circulación de bienes fluidos a través de contratos (duraderos) de ejecución continuada

Todas aquellas situaciones contractuales a través de las cuales se busca la circulación de bienes contables necesitan ser canalizadas a través de comportamientos (prestaciones) activos: dar¹⁶⁶. En este sentido, todas comparten en mayor o menor medida, aisladamente o trufado de otra serie de prestaciones, el sinalagma de la compraventa: *do ut des*. Si las partes han acordado que la entrega de la cosa tendrá lugar pasados quince días de la celebración del contrato y que el pago del precio se realizará en el momento de la entrega, se trata de un contrato de ejecución instantánea, por mucho que haya transcurrido un tiempo; ya que el tiempo se ha manifestado jurídicamente como “espera”. Igualmente hablaríamos de un contrato de ejecución instantánea si el pago del precio tuviera lugar pasados quince días de la entrega; sólo que en este último caso podríamos distinguir dos instantes de la ejecución, asociados

¹⁶⁵ Cfr. Bercovitz Álvarez (2017: 538).

¹⁶⁶ Recordemos que el artículo 1088 CC clasifica las obligaciones en obligaciones de hacer, de no hacer y de dar. Hacer y dar son comportamientos (o prestaciones) activos, mientras que no hacer es un comportamiento pasivo. Ejemplo de obligaciones son, como hemos visto, las de tolerancia. Dar es, en realidad, un ejemplo de hacer, es decir, de actividad. La razón de su disociación obedece al objeto sobre el que recae cada una de estas obligaciones: mientras que las obligaciones de dar se refieren a un bien, el resto de obligaciones de hacer se proyectan sobre la actividad misma del sujeto obligado. Todo ello, a su vez, se corresponde con una gran división bipartita de los contratos de la que se hace eco, por ejemplo, el DCFR: contratos de compraventa (mejor deberíamos decir, relacionados con la circulación de bienes) y contratos de servicios.

cada uno de ellos a sendas prestaciones, en la medida en que existe una separación temporal entre una y otra. El razonamiento no varía: el tiempo se manifiesta como espera, y no como franja¹⁶⁷.

Sin abandonar aún el terreno de los contratos lineales de circulación de bienes, existe una situación que merece la pena tratar con cierto detalle: un contrato de compraventa de una serie cerrada de bienes con entrega y / o pago fraccionados. Pongamos por caso un contrato de compraventa de los Episodios Nacionales de Benito Pérez Galdós, con compromiso de pago inmediato tras cada entrega. ¿Cuál es la prestación en este caso: la colección como conjunto compuesto de 46 libros o cada uno de los 46 libros? Tal como hemos planteado el caso la respuesta es evidente: nos encontramos ante una sola prestación, por mucho que su ejecución haya quedado espaciada en el tiempo y “troceada” en 46 partes. Esto se debe a que el objeto sobre el que recae el contrato no son los 46 libros, sino “el conjunto de (46) libros”. Otro tanto puede decirse respecto del pago, pues en tanto que contraprestación genérica dependerá de las características de la prestación principal. No se tratará, por tanto, de 46 pagos, sino de un pago único troceado en tantas partes como entregas se produzcan. Hablamos, por tanto, de una prestación compleja compuesta de una serie (cerrada) de subprestaciones periódicas espaciadas a lo largo de un determinado lapso de tiempo.

¿Por qué, entonces, este “lapso de tiempo” no permite afirmar que el tiempo se manifiesta como franja, sino que seguimos afirmando que se manifiesta como espera, o como ocurre en este caso, como reiteración de sucesivas esperas? La respuesta la encontramos en la eficacia solutoria (o no) de cada una de las entregas en que se divide la prestación. En la medida en que la prestación se identifica con el conjunto de libros y no con cada uno de ellos, las entregas singulares son un mero cumplimiento parcial por mucho que responda a las previsiones del contrato. El contrato sólo quedará cumplido (cumplimiento solutorio) cuando se hayan entregado todos los libros (por tanto, presumiblemente con la entrega del último de los libros), independientemente del momento en que comience a ejecutarse el contrato y del tiempo que dure dicha ejecución; pues el cumplimiento solutorio tendrá lugar en un instante concreto.

¹⁶⁷ Llevando el análisis de la realidad hasta extremos innecesarios, podríamos decir que no existe diferencia entre uno y otro caso, ya que toda acción se prolonga en el tiempo, siquiera unos segundos. Más correcto sería decir que en el primer caso la separación temporal no tiene relevancia jurídica o que se crea la ficción jurídica de que las prestaciones se intercambian justo en el mismo instante, pues desde que una parte la realiza la otra incurre automáticamente en mora (art. 1100 CC *in fine*).

Pasemos a analizar ahora qué ocurre cuando se trata de la circulación de bienes fluidos (*ad ex.*, agua, gas o energía eléctrica). Como ya hemos dicho, los bienes fluidos necesitan circular necesariamente a través de una prestación continuada que no puede ser sino duradera. La entrega comienza a producirse cuando “se abre un grifo” (comportamiento activo inicial), momento a partir del cual tiene lugar una prestación continuada de “no hacer” o tolerancia mientras la contraparte cumpla con el pago. Pese a que el pago tendrá lugar a través de sucesivas entregas de dinero (por tanto, instantáneas) debido a que el dinero no es un bien fluido sino contable, la prestación principal sólo puede ser continuada ya que los bienes fluidos no son contables (o, dicho de otro modo, “troceables”). La entrega de este tipo de bienes suele recibir el nombre de “contrato de suministro”, aunque en este caso se trata, como puede adivinarse, de un suministro continuado y no de un suministro periódico (*cf.* art. 513-1 APCM).

Puede formularse, a efectos meramente teóricos como veremos, la posibilidad de celebrar contratos de compraventa de bienes fluidos (es decir, canalizar su circulación a través de contratos de ejecución instantánea). Para distinguir una y otra situación (compraventa *vs* suministro) debemos observar si se encuentran o no cerradas las prestaciones objeto de intercambio. Cuando la prestación está cerrada se sabe desde el principio la cantidad exacta de, en este caso, bienes que será objeto de entrega. Al tratarse de bienes fluidos, esta cantidad exacta deberá expresarse en unidades de medida. Por lo que se refiere al precio, igualmente quedará fijado por unidades de medida, atendiendo normalmente al valor de mercado de la prestación en el momento de su entrega (precio determinable¹⁶⁸). Hablaríamos en este caso de una compraventa con entrega continuada y pago de precio fraccionado. No dejaría de tratarse, en cualquier caso, de un contrato de ejecución instantánea, pues el cumplimiento solutorio sólo tendría lugar al final de todo el proceso de entrega continuada.

Se trata, evidentemente, de un supuesto de laboratorio; ya que de existir algún elemento cerrado éste sería el tiempo durante el cual la relación contractual estaría vigente, el precio normalmente será determinable, y la prestación principal (cantidad de energía eléctrica, agua o gas) estará abierta y se irá concretando a lo largo de la propia relación contractual. Puede hablarse, por tanto, de un cumplimiento solutorio

¹⁶⁸ En este caso, hablaríamos de un precio determinable. El precio estaría, en cambio, determinado si en lugar de recogerse en el contrato este criterio (“atender al valor de mercado del bien en el momento de su entrega”) quedara fijado en el propio contrato (*ad ex.*, X euros por metro cúbico). Que el precio sea determinado o determinable es independiente de que la prestación principal esté o no cerrada *ab initio*.

continuado por parte del suministrador y de un cumplimiento sucesivo (también solutorio) del suministrado a través de la fragmentación artificial de la obligación de pago¹⁶⁹. Por esta razón afirmamos que la entrega de bienes fluidos sólo puede tener lugar a través de prestaciones continuadas y, consecuentemente, relaciones contractuales duraderas.

4.4 La circulación de bienes contables a través de contratos duraderos

A diferencia del caso de los bienes fluidos, la circulación de bienes contables puede canalizarse tanto a través de relaciones contractuales de ejecución instantánea como a través de relaciones contractuales de ejecución duradera. Ya hemos visto en el apartado anterior el caso de los contratos de ejecución instantánea para la circulación de bienes. Hablamos fundamentalmente, aunque no sólo, de contratos de compraventa; ya se trate de una compraventa con entrega y pago fraccionados, o una sucesión de compraventas con entrega y pago inmediatos. Las entregas en el caso de los contratos relacionados con la circulación de bienes contables serán siempre sucesivas: ya sean o no periódicas, vendrán una detrás de otra, pudiendo distinguirse claramente cada una de éstas mencionando simplemente la propia prestación y sin necesidad de acudir a una fragmentación artificial de lapsos temporales. Decir que las entregas serán siempre sucesivas es tanto como decir que serán siempre instantáneas.

¿Cómo puede existir una relación duradera cuando se trata de prestaciones de ejecución instantánea, como es el caso de los contratos que responden a sinalagmas compuestos de dos prestaciones activas como es el caso de aquellos que responden al aforismo *do ut des*?

La respuesta podemos encontrarla condensando todo lo dicho hasta ahora:

¹⁶⁹ Hablamos de fragmentación artificial porque, siguiendo al pie de la letra el artículo 1100 *in fine* del Código civil (“Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”), el suministrado de agua, luz o gas incurre en mora desde el instante inmediato posterior al momento en que paga. Dado que la contraprestación genérica (dineraria) no es de carácter fluido como lo es la prestación principal, deben establecerse cortes artificiales para que quien está obligado a pagar dinero pueda ponerse al día con quien está obligado a “no cerrar el grifo por el que fluye” agua, luz o gas.

- (1) Comenzando por lo más reciente, las prestaciones continuadas dan lugar, necesariamente, a relaciones contractuales duraderas, ya que en estos casos el tiempo se manifiesta como una franja y no como una espera.
- (2) En el caso de prestaciones continuadas se produce, igualmente, un cumplimiento solutorio continuado, sin perjuicio de que en ocasiones sea necesario realizar fragmentaciones artificiales de la contraprestación.
- (3) Las prestaciones continuadas suelen estar relacionadas en su mayoría con obligaciones de no hacer o tolerancia, aunque no todas son exclusivamente de no hacer.
- (4) Un ejemplo de prestación continuada que no está estrictamente relacionada con obligaciones de no hacer o tolerancia es la creación de un clima de flexiseguridad entre las partes (*vid. supra*, apdo. 1.3). La flexiseguridad comporta obligaciones relacionadas con la disponibilidad recíproca de las partes desde muy variados puntos de vista; pero no comporta, en principio¹⁷⁰, obligaciones de no hacer o de tolerancia.
- (5) La flexiseguridad constituye, en el caso del contrato marco, la *affectio modulus* o causa global, actuando como elemento cohesionador de una estructura contractual de grupo; generando, por tanto, un fenómeno de más que conexión contractual (contrato de grupo *vs* grupo de contratos), pero sin que pueda hablarse de contrato mixto o complejo en la medida en que los elementos que lo componen son también auténticos contratos.
- (5) Todo ello da lugar a un contrato-red compuesto de contratos.

Lo dicho nos lleva a concluir que el contrato marco como contrato-red es un contrato duradero; pues mientras permanece vigente la relación contractual flexisegura las partes están llevando a cabo un cumplimiento solutorio continuado (a través, precisamente, del mantenimiento del clima de flexiseguridad). El mantenimiento del clima de flexiseguridad (es decir, el cumplimiento solutorio continuado del contrato marco) se producirá no sólo a través de la celebración de contratos de aplicación en desarrollo del contrato base, sino sobre todo manteniendo viva la recíproca disponibilidad flexible en los términos establecidos en el contrato base. En la medida en que este clima se rompa, se producirá un incumplimiento del contrato marco. La ruptura

¹⁷⁰ Salvo si las partes incorporasen, por ejemplo, una cláusula de exclusividad.

del clima de flexiseguridad puede compararse con la ruptura de una cuerda elástica¹⁷¹, y puede estar motivada por múltiples factores, muchos de ellos relacionados con la confianza. Un motivo de ruptura del clima de flexiseguridad derivado de la pérdida de confianza puede ser el incumplimiento “más allá de lo razonable”¹⁷² de los contratos de aplicación, o la no celebración de ningún contrato de aplicación durante un lapso de tiempo excesivo (o, nuevamente, “más allá de lo razonable”), atendiendo a los términos del contrato base, a los usos generales del sector y, en su caso, a los usos específicos de las partes del contrato¹⁷³.

En el segundo nivel, por su parte, se producirán cumplimientos solutorios (instantáneos o continuados¹⁷⁴) correspondientes a cada uno de los contratos de aplicación y que serán, a su vez, elementos integrantes del cumplimiento solutorio continuado del contrato marco en su conjunto.

4.5 Las relaciones contractuales de duración indefinida

Las relaciones contractuales duraderas plantean el problema de si debe establecerse necesariamente un tiempo de duración del vínculo contractual, independientemente de si se trata de prestaciones periódicas¹⁷⁵ o continuadas. El contrato marco no sólo es un contrato grupal sino, por el hecho de serlo, es también un contrato duradero en la práctica. Podría plantearse el supuesto teórico de una estructura grupal de contratos estructurada a través de la modalidad de contrato marco que fuese de ejecución instantánea. Sin embargo, no dejaría de ser un mero ejercicio teórico con dudosa relevancia jurídica. Como mínimo habría dos “momentos jurídicos” diferentes: la ejecución del contrato base y la de los contratos de aplicación; amén de que tendría muy

¹⁷¹ En el caso de los contratos que comportan prestaciones continuadas como la entrega de bienes fluidos hablábamos de abrir, mantener abierto y cerrar un grifo.

¹⁷² El uso de esta “expresión jurídicamente indeterminada” es frecuente en algunas normas europeas.

¹⁷³ *Vid. supra*, en relación con este último caso, el apdo. 2.4, sobre la posible obligación de las partes de celebrar contratos de aplicación.

¹⁷⁴ En función del tipo contractual desplazado con el que se corresponda el contrato de aplicación.

¹⁷⁵ En el apdo. 4.2 hemos distinguido entre prestaciones periódicas y sucesivas desde un punto de vista estricto. De acuerdo con el criterio terminológico expresado entonces lo correcto sería hablar de prestaciones sucesivas *vs* prestaciones continuadas. Sin embargo, hemos subrayado también que se utilizan una y otra expresión de manera indistinta, hasta el punto de que en aquellos casos, como por ejemplo el contrato de suministro, donde se realizan prestaciones sucesivas (normalmente a intervalos periódicos), se habla simplemente de prestaciones periódicas o continuadas; y así ocurre también en el caso de la jurisprudencia.

poco sentido diseñar una estructura contractual tan compleja para “consumir” todos sus elementos en el mismo instante.

Podría sostenerse la necesidad de que las relaciones contractuales duraderas tengan delimitado un período de duración temporal debido a que la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de las relaciones obligatorias, e incluso contraria al orden público (*cfr.* Díez-Picazo, 2008: 366). Es posible, del otro lado, el mantenimiento indefinido de relaciones contractuales duraderas que tengan establecido un plazo de vigencia entendiendo que si las partes continúan relacionándose en el marco previamente establecido se ha producido una prórroga tácita de la relación contractual (STS de 21 de abril de 2006).

En el Código civil no existe un artículo que en sede de la teoría general de las obligaciones y contratos se ocupe de las relaciones contractuales de duración indefinida, como sí ocurre en otros ordenamientos como el alemán (*cfr.* § 314 BGB). Tan sólo encontramos mínima referencia en el artículo 1583 CC (en relación con la prohibición de los contratos a perpetuidad), según el cual “el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo”. Hay que señalar que el artículo 1583 CC forma parte de un conjunto de artículos que quedó obsoleto poco después de publicado el Código civil (*vid.* Albiez Dohrmann, 2013: 11171-11172), y cuya terminología (“amos”, “criados”) y contenido (*vid.* especialmente art. 1584 CC) son una buena muestra de la necesidad de reforma del Código civil, especialmente en cuanto a la regulación del contrato de servicios.

La jurisprudencia, no obstante, sí se ha pronunciado en torno a las relaciones contractuales de duración indefinida, señalando que, tal como reza el mentado artículo 1583 CC, no pueden celebrarse contratos para toda la vida dado que se trataría de un atentado a la libertad individual (SSTS de 19 de enero de 2005; y 16 de noviembre de 2016), si bien ello no significa que no puedan celebrarse contratos de duración indefinida, que no es lo mismo que a perpetuidad o para toda la vida (SAP de Madrid de 12 de abril de 2000; STS de 21 de abril de 2006)¹⁷⁶. Son de gran claridad las palabras de la STS de 14 de marzo de 1986 a este respecto: “concertar un arrendamiento indefinidamente no es significativo de que el servicio haya de ser llevado a cabo durante toda la vida del que haya de prestarlo (... sino...) meramente de comprensión del aspecto de contratación de servicio sin tiempo fijo (...) en cuanto cabe su extinción por

¹⁷⁶ *Cfr.* Díez-Picazo (2008: 367).

las causas legalmente establecidas y concretamente por las específicas pactadas en el contrato en cuestión”.

Admitida la existencia de relaciones contractuales duraderas de duración indefinida, debe plantearse la cuestión acerca de su terminación. Es aquí donde resulta necesaria una norma de carácter general como el § 314 BGB¹⁷⁷, que veremos seguidamente. La jurisprudencia en España ha entendido que en los contratos de duración indefinida el receptor de los servicios puede ponerle fin cuando estime pertinente (SSTS de 14 de marzo de 1986), si bien esta resolución deberá respetar, según opina Díez-Picazo (2008: 368) las exigencias de la buena fe y los usos de los negocios (art. 1258 CC). Así ocurre, de hecho, en el caso tratado por la STS de 21 de noviembre de 2005, donde se afirma que en un contrato de distribución “el desistimiento unilateral requiere un preaviso con un plazo suficiente aun cuando no se hubiera pactado expresamente en el contrato, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios”. En igual sentido se pronuncia, más recientemente, la STS de 11 de diciembre de 2016, cuyas palabras transcribimos no sólo por su claridad explicativa y por la jurisprudencia que cita sino, también, porque podrían servir como materia prima de cara a la redacción de una futura norma que, en sede de la teoría general de las obligaciones y contratos, se ocupara de las relaciones contractuales de duración indefinida de un modo análogo a como lo hace el § 314 BGB:

“Según recoge la STS de 9 de octubre de 1997, (e)n estos supuestos de duración indeterminada las relaciones obligatorias creadas son válidas, pero conforme a nuestra tradición jurídica, doctrina científica y decir del Código civil (...) resulta que hay que admitir la imposibilidad de reputarlas perpetuas (...) por lo que le asiste a los contratantes facultad de liberación de las mismas, mediante su receso, producido por resolución unilateral, condicionada dentro de los parámetros de la buena fe, ya que las partes no deben permanecer indefinidamente vinculadas.

Ese condicionante a parámetros de la buena fe se encuentra estrechamente relacionado con la figura del preaviso, como término o plazo suspensivo de eficacia, para evitar una terminación por sorpresa de la relación, pudiendo la contraparte tomar medidas que protejan sus intereses.

¹⁷⁷ Cfr. Albiez Dohrmann (2002: 1196), que califica este artículo como “un verdadero principio jurídico”.

En este sentido la sentencia 130/2011, de 15 de marzo, reiterando la 1009/2005, de 16 de diciembre afirma que es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, como observa, que, si bien ello es así, sin embargo, sucede que un ejercicio de la facultad resolutoria de forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho (... por lo que...) si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios.”

Por tanto, podemos afirmar lo siguiente respecto de las relaciones contractuales de duración indefinida de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- (1) las relaciones contractuales a perpetuidad son nulas por contravenir la libertad individual;
- (2) las relaciones contractuales de duración indeterminada no son relaciones a perpetuidad, por lo que debe afirmarse que no son nulas;
- (3) las partes vinculadas por una relación contractual de duración indeterminada podrán desvincularse de la misma en cualquier momento;
- (4) siempre que lo comuniquen a la contraparte con un tiempo razonable desde que conozcan el motivo que les lleva a desvincularse (preaviso);
- (5) debiendo en caso contrario indemnizarla por los daños y perjuicios ocasionados.

Invitamos al lector a comparar las conclusiones que acabamos de extractar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España con lo establecido en el § 314 BGB, que se titula “Desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por una causa importante”¹⁷⁸:

“(1) Cada una de las partes contratantes puede desistir de relaciones obligatorias por una causa importante sin respetar un plazo de desistimiento. Existe una causa importante cuando a la parte que desiste del contrato no se le puede exigir la continuación de la relación contractual hasta la finalización acordada o hasta el transcurso del plazo de desistimiento, sopesando las circunstancias del caso y los intereses de ambas partes.

¹⁷⁸ Seguimos aquí la traducción de Vives Montero de los artículos del BGB tras la reforma de 2002 publicada en el Anuario de Derecho Civil (2002: 1261).

(2) Si existe una causa importante por el incumplimiento de un deber contractual, no se permite el desistimiento del contrato antes de que haya transcurrido sin efecto un plazo de subsanación o se haya producido sin éxito una interpelación. Aquí será de aplicación lo previsto por el § 323, apartado 2.

(3) La parte que tenga derecho a ello, sólo puede desistir dentro de un plazo razonable, una vez que haya tenido conocimiento de la causa del desistimiento.

(4) No queda excluido el derecho a solicitar indemnización de daños y perjuicios.”

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que lo que el § 314 BGB llama “relaciones obligatorias duraderas” (*Dauerschuldverhältnissen*) son en realidad “relaciones obligatorias de duración indefinida”¹⁷⁹. No se trata de una precisión baladí, pues una relación duradera puede tener (o no) fijado un plazo de vigencia, y sólo en el segundo caso tendrá sentido regular (más allá de las meras reglas generales sobre resolución por incumplimiento o falta de conformidad) la facultad de las partes de desistir de la relación duradera (de duración indefinida) por una causa importante, avisando con un tiempo razonable, y estando sujetas a posibles indemnizaciones por daños y perjuicios.

Más allá del concreto ámbito de aplicación del § 314 BGB, lo cierto es que resulta muy conveniente la introducción de una norma que aborde las relaciones contractuales duraderas de duración indefinida en sede de teoría general de las obligaciones y contratos. Por lo que se refiere al contrato marco, un criterio que resuelva cómo actuar (siempre en defecto de pacto) de cara al mantenimiento o extinción de relaciones contractuales duraderas de duración indefinida se hace incluso más necesario en la medida en que en el caso del contrato marco se deberá aplicar a una estructura grupal de contratos y no a meros contratos lineales.

Debe prestarse atención, por todo lo dicho, al artículo 526-3 de la PCC, según el cual:

“1. Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante denuncia cuando del título o de la ley no resulte un término final.

¹⁷⁹ Cfr. Albiez Dohrmann (2002: 1197), quien subraya que “el legislador ha renunciado a definir las relaciones obligatorias duraderas”. Destaca además el autor que el § 314 puede entrar en colisión con el § 275 BGB (Límites del deber de prestación) y con el § 313 (desistimiento de las relaciones obligatorias duraderas por alteración de la base del negocio jurídico).

2. Los efectos de la extinción no se extienden a las situaciones consumadas antes del pacto¹⁸⁰.
3. Si de la extinción resultan efectos restitutorios, se está, en lo pertinente, a lo dispuesto en la Sección 3ª del Capítulo VII de este Título (liquidación del estado posesorio).
4. En defecto de ley o pacto, la denuncia debe anunciarse con un preaviso razonable¹⁸¹...”

5 Distinción de figuras afines

Una buena forma de explicar lo que algo es consiste, precisamente, en describir aquello que no es. Por ello es frecuente en trabajos que se dedican a analizar una figura contractual en concreto incluir un apartado donde se la distinga de aquellas otras que presentan cierto grado de afinidad, con idea de destacar su autonomía conceptual y evitar, consecuentemente, que se la confunda con fenómenos más o menos parecidos. Dicho apartado puede situarse al inicio (*cf.* Sánchez Lería, 2011) o en un estadio ya avanzado del estudio de la figura (*cf.* Soro Russell, 2014). Su ubicación una vez avanzado el estudio de la figura, o incluso al final de éste como es el caso, permite reducir las reiteraciones, pues las alusiones que hagamos respecto de determinadas características del contrato marco podrán ser más breves o simplemente remitirse a lo dicho en uno o varios apartados anteriores. Esta es la razón de dejar para el final el estudio (breve) de determinadas figuras que presentan ciertos rasgos próximos al contrato marco.

Nos referimos al precontrato, el contrato de opción, los tratos preliminares, la oferta para contratar, el contrato tipo, las condiciones generales y, especialmente, el contrato normativo. Dejamos para el final, a modo de cierre, la comparativa de dos figuras muy próximas, cuya confrontación es, en realidad, una propuesta de delimitación. El resto de figuras con las que compararemos el contrato marco permiten una delimitación clara de éste pese a que es posible descubrir características comunes entre uno y otras.

¹⁸⁰ Este apartado permitiría una suerte de “cortafuegos contractual” que favorecería la seguridad jurídica de las partes (*vid. infra*, apdo. 4.1 del Capítulo III para observar cómo se aplicaría esta situación al contrato marco de suministro).

¹⁸¹ *Vid.* § 314 BGB, apdo. 3; y art. 513-7 APCM, apdos. 2 y 3.

5.1 Contrato marco vs precontrato

Comenzamos distinguiendo el contrato marco del precontrato por una razón importante: el concepto de contrato marco está ubicado en la Sección 2ª del Capítulo II del Título II del Libro Quinto de la PCC, titulada “De los precontratos”. Se trata, como pretendemos demostrar en este punto, de una ubicación sistemática errónea, pues el contrato marco no puede ser entendido como un ejemplo, una subcategoría, de precontrato.

La figura del precontrato ha sido tratada y discutida sobradamente por la jurisprudencia dando lugar a debates que por su extensión, complejidad y matices no podemos abordar en estas páginas¹⁸². Sí se hace necesario, en cambio, establecer una delimitación que consideramos importante “por lo bajo” del precontrato: los tratos preliminares. Mientras que el precontrato es un contrato, aunque preliminar o preparatorio (González Gonzalo, 2009: 810), los tratos preliminares no lo son¹⁸³. Hablamos de tratos preliminares para hacer referencia a aquellos actos de todo tipo que realizan las partes con el objetivo de preparar y debatir un contrato, pudiendo abarcar desde meras conversaciones hasta la redacción de borradores, proyectos y demás documentos escritos (Díez-Picazo, 2007: 311; González Gonzalo, 2009: 751; STS de 16 de diciembre de 1999).

Señala De Castro (1950: 1137) que las teorías sobre el precontrato se inclinan hacia dos grandes polos:

- (1) entender que se trata de un contrato de hacer – donde el “hacer” equivale a perfeccionar un contrato, o
- (2) “entender que el precontrato no se diferencia del contrato que prepara, sino que” el contrato definitivo es la ejecución de un contrato ya existente¹⁸⁴.

¹⁸² Por dar sólo una muestra, puede consultarse a autores como De Castro (1950), Torres Lana (1984), Díez-Picazo (2007) o González Gonzalo (2009). Para un análisis jurisprudencial respecto de la promesa de compraventa puede consultarse a Sánchez González y Benavente Moreda (2009)

¹⁸³ Es por ello acertada la ubicación en una sección diferenciada de los tratos preliminares que hace el Capítulo II (“De la formación del contrato”) de la PCC.

¹⁸⁴ Díez-Picazo (2007: 407) parece inclinarse hacia este segundo polo cuando afirma que “la promesa (de contrato) constituye una primera fase de un supuesto negocial complejo de formación sucesiva”, si bien

Podemos entender como precontrato aquél por el cual “dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede celebrar” (Fernández Martínez, 2012: 547); es decir, “la entrada en vigor del acuerdo definitivo queda diferida para un momento ulterior” (Díez-Picazo, 2007: 395), lo que ha llevado a calificar el precontrato como un *pactum de contrahendo*.

Aceptadas estas premisas, podemos ensayar una definición de precontrato y formular sus características principales de tal modo que podamos comparar esta figura con el contrato marco. Un precontrato es un contrato por el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Esto lo diferencia de un contrato cuya ejecución a sido diferida o sometida a una condición suspensiva; pues en el caso del precontrato hace falta un segundo consentimiento en el que las partes se comprometan a cumplir con las obligaciones propias del contrato definitivo.

La STS de 11 de octubre de 2000¹⁸⁵ explica muy claramente la diferencia entre un precontrato y un contrato definitivo al hilo de la distinción entre un contrato de compraventa y una promesa bilateral de compraventa, cuando afirma que la diferencia entre uno y otro contrato “se pone de manifiesto al atender (...) al contenido de las obligaciones que respectivamente engendran en términos que si uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella en dinero o signo que lo represente, la figura jurídica que surge es la de una compraventa (...); mientras que si las partes aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar una compraventa posterior, parece un contrato preparatorio o precontrato, cuyos efectos no cabe identificar con los antes indicados, que la perfección de la compraventa produce”.

A través de esta brevísima descripción del precontrato hemos pretendido situar esta figura en su lugar preciso. Podría decirse, a tenor de lo visto, que el precontrato “limita por lo bajo” con los tratos preliminares, y “por lo alto” con el contrato definitivo al que se encamina. Es decir, un precontrato es más que meros tratos preliminares dado que es un auténtico contrato; pero menos que un contrato definitivo, ya que a lo que se obligan las partes es a celebrar ese contrato definitivo. No podemos acabar esta “ubicación

acaba reconociendo poco después que la evolución legislativa (art. 708 LEC) se decanta por la que denomina tesis clásica (Díez Picazo, 2007: 409).

¹⁸⁵ Cit. por Sánchez González y Benavente Moreda (2009: 2944-2945).

jurídica” del precontrato sin diferenciarlo de una figura que ciertamente puede presentar alguna proximidad, pero que entendemos diferenciada del precontrato: el contrato de opción. Este contrato, no obstante, lo trataremos en el siguiente apartado para no desviar la atención respecto del que ahora nos ocupa.

Una vez que hemos “situado jurídicamente” el precontrato estamos en disposición de preguntarnos qué lo acerca y qué lo aleja del contrato marco. Cabe destacar que quizás la principal característica que lo separa al contrato marco del precontrato es que el primero genera, como hemos visto, una red contractual estructurada; mientras que el segundo es la fase preliminar de un contrato, por muy contrato que éste sea. Por otro lado, sería posible que las partes celebraran un “precontrato de contrato marco”; pero esto no convertiría al primero en el segundo ni viceversa.

En aras de la mayor claridad explicativa, expondremos las cualidades principales de uno y otro de forma sintética en la siguiente tabla comparativa:

Contrato marco	Precontrato
Objeto del contrato: preparar y servir de regulación supletoria a futuros contratos de aplicación.	Objeto del contrato: obligarse a celebrar el contrato definitivo.
Dualidad cualitativa de consentimientos: un consentimiento base y “n” consentimientos de aplicación. En ninguno de los consentimientos hay identidad de los elementos sobre los que se proyectan.	Dualidad cuantitativa de consentimientos: consentimiento para el precontrato y para el contrato definitivo. Los dos consentimientos se proyectan sobre los mismos elementos.
Objeto sobre el que recae el contrato: dualidad cualitativa. El contrato base tiene por “osrc” los contratos de aplicación; y los “osrc” de cada contrato de aplicación se desconocen <i>ab initio</i> .	Objeto sobre el que recae el contrato: queda determinado (o determinable) en el precontrato, ya que existe identidad de elementos entre precontrato y contrato definitivo.
Cumplimiento del contrato base: da lugar a una red de contratos compuesta por el contrato base como punto de	Cumplimiento del precontrato: da lugar al contrato definitivo y la consecuente extinción del precontrato ¹⁸⁶ .

¹⁸⁶ Cfr. Soro Russell (2014: 317-318).

referencia y por “n” contratos de aplicación.	
Modalidad contractual flexisegura: los elementos y el número de los futuros contratos no están previamente delimitados ni delimitables en el contrato base.	Tipo contractual seguro: da lugar a un solo contrato posterior (el contrato definitivo), cuyos elementos están previamente fijados (o son al menos determinables) en el precontrato (<i>cfr.</i> González Gonzalo, 2009: 815, y la jurisprudencia y doctrina que cita).
Incumplimiento (I): puede no existir aunque no se celebren contratos de aplicación, si así se desprende del tipo de contrato marco y / o de la voluntad de las partes (<i>pactum de modo contrahendi</i>).	Incumplimiento (I): existirá siempre que las partes no celebren el contrato definitivo (<i>pactum de contrahendo</i>).
Incumplimiento (II): en caso de que la no celebración de contratos de aplicación suponga un incumplimiento del contrato marco, éste será tratado como cualquier otro (vía art. 1124 CC). Otro tanto ocurrirá con los incumplimientos individuales de cada uno de los contratos de aplicación.	Incumplimiento (II): en caso de no celebrarse el contrato definitivo las partes tendrán el derecho a reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados (el llamado “interés negativo”) <i>ex art. 708 LEC in fine</i> .

5.2 Contrato marco vs contrato de opción

Se entiende por contrato de opción aquél por el cual una de las partes otorga a otra la opción de decidir unilateralmente, durante un determinado lapso de tiempo, que no podrá exceder de los cuatro años, la celebración de un contrato (Díez Picazo, 2007: 409-411), cuyos elementos habrán de estar ya fijados en el contrato de opción. Puede ser oneroso o gratuito, según si el beneficiario de la opción (optante) viene obligado o no al pago de una prima (*cfr.* Díez-Picazo, 2007: 410; González Gonzalo, 2009: 826-827; SSTs de 19 de febrero de 1983 y de 13 de noviembre de 1992).

Quienes defienden una consideración amplia del precontrato defienden que el contrato de opción es un “tipo de precontrato” una promesa unilateral de contrato (*vid.* Díez-Picazo, 2007: 412 y 413; y González Gonzalo, 2009: 826). Consideramos, sin embargo, que precontrato y contrato de opción son dos figuras diferenciadas, ya que mientras que a través de la primera ambas partes se obligan a celebrar un contrato en un momento futuro, a través de la segunda una parte otorga a otra un derecho de opción respecto de la celebración de un contrato. En cualquier caso, independientemente de si se considera que el contrato de opción es un “tipo de precontrato” o una figura autónoma aunque próxima al precontrato, no parece razonable que la definición de “promesa de contrato” (expresión que en muchas ocasiones se utiliza como sinónimo de precontrato) del artículo 522-3 de la PCC coincida exclusivamente con la del contrato de opción (o, si se quiere, con una promesa unilateral de contrato):

“Art. 522-3 (PCC). Promesa de contrato.

- (1) La promesa de contrato es un contrato por el cual una de las partes, el promitente, otorga a la otra, el beneficiario, el derecho, durante cierto tiempo, de optar por la celebración de un contrato distinto, cuyos elementos esenciales han sido ya acordados, de tal modo que si el beneficiario ejerce la opción se entiende que el promitente ha consentido el segundo contrato.
- (2) Si no se ha fijado plazo a la promesa, se entiende que éste es de cuatro años.
- (3) El derecho adquirido por el beneficiario en virtud de la promesa no es oponible a los terceros de buena fe que contraten con el promitente antes del ejercicio de la opción.”

¿Podría confundirse el contrato de opción con el contrato marco o, para ser más exactos, con el contrato base? Entendemos que no. En primer lugar, porque como en el caso anterior el contrato de opción no da lugar a la creación de una estructura reticular de contratos interdependientes y autónomos como ocurre con el contrato marco.

Por otro lado, el contrato de opción tiene por objeto otorgar a una de las partes el derecho (de opción) de celebrar un contrato distinto en un momento futuro y de manera unilateral. Este derecho de opción permite al beneficiario gozar de una mayor flexibilidad en su toma de decisiones, lo que podría recordar a la utilidad económica de la flexiseguridad (respecto del contrato de opción, sin embargo, hablamos sólo de flexibilidad), amén del posible fin especulativo que el propio contrato pueda tener en la

medida en que el optante puede vender su derecho. El contrato marco base otorga a las partes la facultad de celebrar un número indeterminado de contratos que son la materialización de un proyecto inicial y que se integran en una estructura contractual “superior” que hace de paraguas, pero no puede decirse que se trate de una facultad unilateral ni que ni que no esté sometida a ciertas limitaciones (*vid. supra*, apdo sobre la posible obligación de celebrar contratos de aplicación).

5.3 Contrato marco vs contrato tipo y condiciones generales de la contratación

Se entiende por contrato tipo aquel “documento o impreso empleado tanto entre profesionales como entre particulares en el que figuran redactadas en abstracto las principales cláusulas o las que de un modo habitual suelen regir las relaciones contractuales de un mismo tipo”, de tal manera que los contratantes sólo deberán rellenar sus datos personales y, en su caso, precisar alguna de las cláusulas genéricamente recogidas en el documento amén de las respectivas firmas como expresión del consentimiento (Soro Russell, 2014: 318).

Se trata, como puede observarse, de una denominación un tanto confusa; pues no estamos hablando de auténticos contratos, sino de meros formularios a los que las partes pueden acogerse para celebrar un contrato. Parafraseando al Profesor Olivencia, podríamos decir que los contratos tipo o “contratos modelo” son, en realidad, “modelos de contratos”¹⁸⁷. Los modelos de contratos presentan una gran ventaja de cara a un tráfico económico rápido, complejo y en masa como el actual, y es que agilizan el proceso de contratación. En este punto se encuentran cercanos a la figura del contrato marco en tanto que opción flexisegura. Este formulario puede serlo de cualquier cosa, incluso ser un formulario para la celebración de un contrato marco del tipo que sea (podría decirse, pues, forzando un poco la expresión, que es “horizontal” o “de contenido blanco” en tanto que figura).

Sin embargo, mientras que el contrato marco es un auténtico contrato, un contrato tipo no es en absoluto un contrato, sino un mero formulario que las partes pueden utilizar para celebrar un contrato de una manera más ágil.

¹⁸⁷ Lo cita Madrid Parra (2013: 304) en relación con las denominadas “Leyes Modelo” de Naciones Unidas.

Cercanas al contrato tipo pueden encontrarse las condiciones generales de la contratación. Según el artículo 7 de la LCGC son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Uno y otras son semejantes en cuanto a que: (1) tienen vocación de utilización masiva y (2) con ello contribuyen a agilizar el proceso de contratación en una economía en la que el tráfico jurídico es complejo, se produce en masa en una proporción importante, y necesita ser rápido.

La diferencia entre contrato tipo y condiciones generales de la contratación parece evidente: el contrato tipo es un conjunto cerrado de cláusulas que pueden servir a las partes en la medida en que ambas decidan utilizar ese formulario y no otro, o ese formulario en lugar de desarrollar conjuntamente el clausulado. Pueden destacarse, por tanto, dos diferencias fundamentales entre contrato tipo y cgc: (1) el contrato tipo es un conjunto cerrado y autosuficiente, mientras que las cgc quedarían incorporadas a un contrato como cláusulas de éste; y (2) el contrato tipo no exige (aunque tampoco excluye) por definición que exista predisposición unilateral por una de las partes.

Igual que hemos dicho respecto del contrato tipo y el contrato marco, existe una diferencia fundamental entre contrato marco y condiciones generales de la contratación que convierte en innecesario (incluso inconveniente) ir más allá en la comparación: las condiciones generales de la contratación no son contratos, mientras que el contrato marco sí lo es.

Las partes que celebran un contrato marco pueden utilizar, como hemos dicho, un modelo de contrato, un formulario, como contrato base, e incluso recoger en dicho contrato base otro formulario para la celebración de contratos de aplicación. Cada uno de estos formularios puede, a su vez, estar compuesto por condiciones generales de la contratación. Que confluyan en un mismo contrato estas tres circunstancias simplemente obligará a los distintos aplicadores del Derecho a tenerlas en cuenta y, en su caso, aplicar concurrentemente diversas normas; pero no debe ser un estímulo para confundir contrato tipo, condiciones generales de la contratación y contrato marco.

5.4 Contrato marco vs contrato normado

Son contratos normados “aquellos en los que los contratantes sólo pueden establecer sus pactos y condiciones dentro de ciertos límites fijados por el poder público, en vista de la función social del respectivo contrato” (Castán, 2008: 585), como por ejemplo los contratos de trabajo o los de arrendamientos rústicos y urbanos, o determinados suministros (*ad ex.*, agua, luz o gas) o servicios esenciales, como las telecomunicaciones o el transporte público (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009: 135).

No debe confundirse un contrato normado con un contrato de adhesión ni con un tipo contractual. Un contrato de adhesión (que puede estar compuesto sólo por cláusulas predispuestas, sólo por *cgc* o por unas y otras) es aquél cuyo contenido está predispuesto unilateralmente, de tal manera que la contraparte no predisponente no negocia, sino que acepta adherirse al contenido preestablecido del contrato (Castán, 2008: 579)¹⁸⁸. Un tipo contractual (en sentido normativo) es aquél cuyo contenido está fijado en una norma jurídica, independientemente de que dicha norma (y, por extensión, el contenido que fija) sea vinculante o no para las partes (*vid. supra*, apdo. 2.1, sobre el contrato marco como modalidad contractual).

Los contratos normados pueden presentar puntos próximos con los contratos de aplicación en cuanto a que unos y otros tienen como referencia una regulación establecida *ex ante*, que cumplen. Sin embargo, este punto de proximidad no permite en modo alguno confundirlos, ya que: (1) la regulación de un contrato normado proviene de una norma jurídica y es vinculante en todo caso para las partes; (2) los contratos normados no forman entre sí una red o grupo estructurado de contratos. La regulación de referencia para los contratos de aplicación queda establecida en “su” contrato marco base, y es fundamentalmente supletoria, sin perjuicio de que las partes puedan reclamarse el cumplimiento del contrato marco en determinadas circunstancias (*vid. supra*, apdos. 2.4 y 3).

¹⁸⁸ Es de todos conocida la distinción entre libertad de contratación y libertad de contratar. En un contrato de adhesión el contratante no predisponente tiene sólo libertad de contratar.

5.5 Contrato marco vs contrato normativo

Llegamos por fin a la comparación más delicada de todas las que hemos llevado a cabo en este apartado. Como señalábamos al inicio, la confusión terminológica en torno al contrato marco ha dificultado su consolidación en muchos ordenamientos jurídicos. Esta confusión encuentra uno de sus ejemplos más importantes en la utilización indistinta de las expresiones “contrato marco” y “contrato normativo”. Quizás por ello es una buena noticia que un texto académico pero de gran importancia como es la Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC incluya el contrato marco en su articulado, pues no sólo propone la cristalización normativa de una práctica contractual frecuente, sino que opta por un término concreto: “contrato marco”. La dificultad, sin embargo, no es solamente terminológica sino también de contenido: en qué sentido el contenido del contrato marco base es vinculante o no para las partes, hasta qué punto existe para éstas obligación o no de celebrar contratos de aplicación... y un último aspecto que hemos creído conveniente tratar en este momento, si existe o no pluralidad de partes en cada uno de los niveles; es decir, si los contratos de aplicación pueden ser celebrados por partes distintas de las que celebraron el contrato base.

En una extensa y exhaustiva monografía, a la que este trabajo debe una gran parte de sus planteamientos, Soro Russell afirma que “hablar de contrato marco sería prácticamente lo mismo que hablar de contrato normativo” o que “todos los contratos marco son contratos normativos”, pues:

- (1) “ambos conceptos no harían referencia a pactos paracontractuales ni a meras declaraciones de intenciones, sino a verdaderos contratos”,
- (2) “instituyen un marco jurídico regulador de las relaciones entre las partes”,
- (3) “contemplan y regulan la conclusión futura de una multiplicidad eventual de actos y contratos de aplicación” y “presentan la misma estructura jurídica, integrada por un contrato principal que es jurídicamente distinto de los actos jurídicos de aplicación”; y, finalmente
- (4) “forman un conjunto, un todo indisociable, un grupo contractual cuya unidad reside en la comunidad de su objetivo económico” hasta el punto de que podría hablarse de “una necesidad fáctica de celebrar los contratos de aplicación”

Desde este punto de vista, hablar de “contrato marco” y no de “contrato normativo” supondría simplemente adherirse a la terminología del *Code civil* y de la PCC, admitiendo que tanto da una expresión como la otra.

Si bien compartimos plenamente los puntos en común señalados por Soro Russell entre el contrato marco y el contrato normativo, entendemos en cambio que sí es posible establecer una diferencia entre una y otra “modalidad contractual”¹⁸⁹. La propuesta de comparación que realizamos es justo eso, una propuesta; ya que la terminología, como hemos dicho, dista mucho de ser clara en este punto¹⁹⁰. Pese a todo, entendemos que puede ser útil diferenciar entre contrato marco y contrato normativo a pesar de que uno y otro compartan las características que acabamos de señalar.

Comenzaremos diciendo que son contratos normativos aquellos que pretenden disciplinar futuras relaciones contractuales a través de una reglamentación general y abstracta, para que se acomoden a ella quienes en el futuro quieran contratar (*cf.* Díez-Picazo, 2007: 433; Castán, 2008: 586). Hasta aquí no parece que exista diferencia entre un contrato normativo y un contrato marco. Sin embargo, la expresión “normativo” no parece tener la misma carga que “marco”: mientras que la primera parece hacer referencia a una regulación básica de carácter vinculante (“normativo”), la segunda parece hacer referencia a una regulación básica de carácter preferentemente supletorio (“marco”). Así parece si atendemos a la definición que hace Hueck (1923: 36)¹⁹¹ del *Normenvertäg* (contrato normativo), según la cual se trata de “un contrato en el cual se pactarían normas con carácter autoritario sobre otros contratos obligatorios individuales”, quedando las partes libres para contratar o no dichos contratos individuales, y ocupando el contrato originario una posición de superioridad respecto de los contratos individuales. Propone este autor una clasificación de los contratos normativos en:

¹⁸⁹ Ambos son modalidades contractuales, pues no anticipan un contenido patrimonial específico, sino simplemente un “modo de hacer”, de contratar, un *pactum de modo contrahendi*.

¹⁹⁰ La gran parte de la doctrina española habla, de hecho, de contratos normativos; unas veces haciendo referencia a lo que efectivamente defenderemos que debe entenderse como contrato normativo (en sentido estricto si se quiere), otras a contratos marco, y otras sin que pueda saberse si hacen referencia a una figura, a otra o a ambas. Especialmente clara resulta esta mezcla terminológica en la definición de contratos normativos de Bercovitz Rodríguez-Cano (2009: 133).

¹⁹¹ Cit. por Soro Russell (2014: 57). Las notas sobre el trabajo de Hueck han sido extraídas de Soro Russell (2014: 55-78).

- Unilaterales: aquellos en los que varios fabricantes establecen un acuerdo respecto del precio que aplicarán posteriormente a los contratos de suministro que concluyan con sus clientes; y
- Bilaterales: contratos celebrados entre compradores y vendedores donde se establecen las condiciones de una contratación posterior; pudiendo distinguirse en este caso entre
 - o Contratos normativos (bilaterales) corporativos y no corporativos, siendo corporativos aquellos celebrados entre una asociación de trabajadores y otra de empresarios (*Tarifvertrag*).

Independientemente de las subcategorías que puedan establecerse dentro de la categoría de los contratos normativos, de lo dicho podemos extraer dos características principales que diferenciarían el contrato marco del contrato normativo:

- (1) la eficacia vinculante y *erga omnes* (circunscrita a un concreto sector de contratación) del contrato normativo “base” respecto de los contratos de aplicación; y
- (2) la pluralidad (cualitativa) de partes contratantes en cada uno de los niveles.

Una y otra cuestión se encuentran, como veremos, relacionadas: si en ambos niveles de la estructura contractual juegan las mismas partes contratantes, parece evidente que, salvo que quedara recogido un pacto en sentido contrario en el contrato base, el marco regulador de los futuros contratos de aplicación será (fundamentalmente) supletorio; en cambio, si las partes que firman el contrato normativo “base” son distintas de aquellas que posteriormente suscribirán los contratos de aplicación, parece razonable que sus reglas sí serán vinculantes. Ello se debe a que este contrato normativo “base” tiene, podríamos decir, una naturaleza híbrida: contractual y... normativa. El contrato marco, en cambio, tiene una naturaleza puramente contractual.

5.5.1 El convenio colectivo de trabajo como ejemplo representativo de una concepción restrictiva del concepto de “contrato normativo”

La estructura reticular que tanto contrato marco como contrato normativo generan, y su funcionamiento en dos niveles a modo de caja china en la que el primer nivel (contrato base) actúa como criterio regulador y de referencia para los contratos del segundo nivel, explica que ambas expresiones se utilicen como equivalentes cuando, en nuestra opinión, no deberían serlo. La expresión “contrato normativo” evoca cierta naturaleza híbrida (contractual, y normativa); mientras que la expresión “contrato marco” no. Sin embargo, esta postura crítica no puede quedarse en una mera observación “quasi-literaria” de lo que evocan o dejan de evocar los distintos términos. Tampoco podemos, ya que tal cosa desviaría por completo la atención respecto del objeto de estudio de este trabajo en su conjunto, llevar a cabo un análisis comparativo de las distintas situaciones que han recibido la denominación “contrato marco” y “contrato normativo” y sus características¹⁹². Sí es posible (y necesario), en cambio, ilustrar con un ejemplo representativo la propuesta que hacemos de una concepción restrictiva del concepto de “contrato normativo” que permita diferenciarlo, como categoría, del contrato marco. Hablamos del convenio colectivo.

Un convenio colectivo es un acuerdo escrito, alcanzado entre representantes de los trabajadores y de los empresarios en virtud de su autonomía colectiva para regular las condiciones de trabajo aplicables a las relaciones laborales en un sector determinado. Su naturaleza jurídica es híbrida, pues “posee un evidente contenido normativo¹⁹³, además de un claro contenido contractual¹⁹⁴” (Fernández Martínez, 2012: 211) o, en palabras de Carnelutti, es un “híbrido jurídico que tiene cuerpo de contrato y alma de ley” (*vid.* Martín Valverde *et al.*, 2018: 368-369; o Monereo Pérez *et al.*, 2018: 201).

¹⁹² Puede consultarse en este aspecto en España la obra de Soro Russell (2014) o, en Francia, la obra de Gatsi (1996), quien realiza un estudio comparativo de algunos de los principales ejemplos, destacando asimismo la imposibilidad de agotar todos los ejemplos en un estudio monográfico, precisamente, sobre el contrato marco.

¹⁹³ *Cfr.* art. 82.3 ET: “Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

¹⁹⁴ *Cfr.* art. 82.1 ET: “Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”.

Los convenios colectivos son fruto del “acuerdo libremente adoptado” por los representantes de trabajadores y empresarios (art. 82.1 ET), en virtud de su autonomía colectiva. Tienen, pues, un origen pactado, que no contradice, sin embargo, su carácter normativo ya que, como hemos visto, vinculan a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82.3 ET). Debe subrayarse, sin embargo, que del mismo modo que su origen pactado no contradice su carácter normativo, su carácter normativo no contradice su origen pactado (tan parte del Estatuto de los Trabajadores son el apdo. 3 como el apdo. 1 del artículo 82)¹⁹⁵.

No parece, por tanto, descabellado afirmar que el convenio colectivo es un ejemplo representativo de lo que entendemos que debiera ser una concepción estricta del contrato normativo, sin que esta afirmación suponga una minusvaloración de su relevancia jurídica como parte del sistema de fuentes del Derecho, ni de su carácter vinculante (*ex art. 37.1 CE*). Monereo Pérez *et al.* (2018: 201) se han pronunciado de manera muy clara en contra de la consideración del convenio colectivo como contrato normativo con las siguientes palabras en lo que entendemos como un rechazo frontal a las tesis contractualistas¹⁹⁶ sobre el convenio colectivo:

“el convenio colectivo no puede considerarse una figura contractual más sobreañadida a las que ya se conocieran en el Derecho civil del período de la codificación (contrato normativo), porque la categoría del convenio colectivo no se limita a constituir un sistema de derechos y obligaciones entre los sujetos negociadores, ni sus efectos típicamente normativos pueden ser equiparados a la fuerza vinculante de todo tipo contractual – privado – propiamente dicho”.

Como ya señaláramos al hilo de la propuesta de adaptación del concepto de “flexiseguridad” al Derecho privado (*vid. supra*, apdo. 3 del Capítulo I), debemos señalar que estamos tomando prestada una figura propia (y medular) del Derecho del trabajo. Una cuestión de mero respeto académico a una disciplina cuya autonomía jurídica es incuestionable (pese a que autonomía e independencia son, como hemos

¹⁹⁵ *Cfr.* Martín Valverde *et al.* (2018: 369): “La consideración del convenio estatutario como norma paccionada, que se integra en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral, no implica un apartamiento completo del régimen jurídico de los contratos...”.

¹⁹⁶ Señalan Martín Valverde *et al.* (2018: 368) que las tesis contractualistas sobre el convenio colectivo, al centrar su atención en el acuerdo, consideran que el convenio colectivo “vendría a ser una modalidad más dentro de la inagotable variedad de pactos y contratos que se dan en el tráfico jurídico”.

expuesto, ideas diferentes y a que no dejamos de movernos en el terreno del Derecho de los contratos) exige pronunciarse con la prudencia debida; más aún cuando no pretendemos adaptar la figura del convenio colectivo al Derecho privado general (como sí hemos querido hacer en el caso de la flexiseguridad), sino simplemente utilizarla para explicar una diferenciación conceptual que consideramos necesaria, como es la distinción entre contrato marco y contrato normativo.

Hecha esta advertencia, consideramos que las palabras citadas deben interpretarse no tanto como un criterio en contra de nuestra propuesta, sino como una muestra de su necesidad. La idea que el Profesor Monereo refleja del contrato normativo casa bien con la definición que de éste hace la doctrina civilista más autorizada (*cf.* por todos, Díez-Picazo, 2007: 434, cuando afirma que “los contratos normativos producen un efecto obligatorio”). Por esta razón consideramos acertada la opción terminológica de la PCC de hablar de “contratos marco”: sean éstos o no vinculantes para las partes, producen entre ellas un efecto obligatorio *inter partes* (*ex art.* 1091 CC), pero no puede afirmarse que produzcan un efecto “normativo” (*erga omnes*). El contrato base en el contrato marco diseña unas reglas de juego cuya eficacia normalmente es supletoria; pero nada impide que dicho contrato base recoja reglas vinculantes a futuro. Cuestión distinta es que las partes puedan desdecirse de dichas reglas por vinculantes que sean; si bien en el caso de cláusulas vinculantes deberían hacerlo a través de una modificación o novación contractual del contrato base, mientras que en el caso de las reglas supletorias cualquier acuerdo singular en contra que las desdiga no necesita modificación o novación del contrato base al ser, de hecho, una expresión más de su cumplimiento (*vid. supra*, apdo. 2.5 de este Capítulo).

El convenio colectivo es, en cambio, un contrato (art. 82.1 ET) que sí produce un efecto normativo en la medida en que obliga “a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación” (art. 82.3 ET). En nada afecta a la consideración del convenio colectivo como norma la flexibilización que el artículo 82.3 ET ha sufrido desde 2010 hasta 2015, pues según ha afirmado el Tribunal Constitucional el legislador simplemente ha optado por dar preferencia a la negociación colectiva descentralizada, lo que no pone en cuestión, a juicio del TC, la fuerza

vinculante de los convenios colectivos garantizada por el artículo 37.1 CE (SSTC 119/2014, de 16 de julio; y 8/2015 de 22 de enero)¹⁹⁷.

El acuerdo que da lugar al convenio colectivo tiene lugar entre representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE y arts. 87 y 88 ET). Se trata, pues, de sujetos colectivos, que deben gozar de capacidad de obrar colectiva para poder tomar parte en la negociación colectiva. Los trabajadores individualmente considerados carecen de capacidad de obrar colectiva (*cf.* arts. 87 y 88 ET *a contrario sensu*). En el caso de los empresarios habrá que estar al tipo de convenio colectivo de que se trate: el empresario

¹⁹⁷ El RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo inició un complicado periplo de reformas que obligaron a aprobar un nuevo texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (RD-leg 2/2015, de 23 de octubre). En lo que al carácter vinculante del convenio colectivo se refiere, se modifica (nueve veces en poco más de cinco años) el artículo 83 ET, diseñándose un nuevo sistema de descuelgue (*opt-out*) de la negociación colectiva supra-empresarial para “determinadas” materias cuando concurren “determinadas” circunstancias que limita seriamente el poder regulador del convenio colectivo en la medida en que permite la modificación o inaplicación parcial del convenio afectado (por todos, Poquet Catalá, 2012; Moreno González-Aller, 2013; y los trabajos que citan). Debe admitirse que la posibilidad de descuelgue salarial ya fue introducida por el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva el 5 de enero de 1980 (si bien con una regulación muy rígida al exigirse que las empresas acreditaran fehacientemente una situación de déficit o pérdidas mantenidas). Su incorporación al ordenamiento laboral tuvo lugar a través de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que dio lugar a la redacción original del artículo 82.3 del anterior Estatuto de los Trabajadores. Ya entonces fue duramente criticado por un sector de la doctrina, que lo entendió como “un ataque a la intangibilidad de los convenios colectivos” (Poquet Catalá, 2012; sobre la regla general de intangibilidad, art. 84 ET y Monereo Pérez *et al.*, 2018: 215-221). Desde 2010 hasta 2015 los cambios en esta materia han seguido una tendencia flexibilizadora que ha dado lugar a la redacción actual del artículo 82.3 ET. Por el camino, la norma, en sus diferentes versiones, ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional en dos ocasiones. En lo que respecta al convenio colectivo, se ha puesto en duda la constitucionalidad del nuevo (o los nuevos) sistema de descuelgue por su incompatibilidad “con la fuerza vinculante de los convenios, vulnerando el derecho a la negociación colectiva” (STC 119/2014, 16 de junio, AH-2), y porque “afecta claramente al contenido esencial de la negociación colectiva (art. 37.1 CE)” (STC 8/2015, de 22 de enero, AH-2.b). El TC, no obstante, ha considerado en las dos sentencias del pleno que acabamos de citar que “tan legítima resulta desde el punto de vista constitucional la opción legislativa que otorgue prioridad a la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa, como aquella que considere oportuno dar preferencia aplicativa al convenio de empresa para ajustar las condiciones de trabajo a la realidad y necesidades de la entidad empresarial”, que simplemente el “legislador ha optado por dar preferencia al resultado de una negociación descentralizada sobre el resultado de una negociación centralizada” y que, por tanto, “desde la estricta perspectiva del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), no es posible apreciar que el legislador haya incidido de una forma negativa en el citado derecho al dar prioridad aplicativa, en determinados casos, a lo pactado por los representantes a nivel de empresa” (STC 8/2015, de 22 de enero, FJ-6.b).

Invitamos al lector a examinar la redacción actual del artículo 82.3 ET y a juzgar por sí mismo si, a la luz de las materias y las causas que el artículo 82.3 ET contempla, el descuelgue es la excepción o la regla y, por tanto, si la norma garantiza la “fuerza vinculante de los convenios” de la que habla el artículo 37.1 CE; si bien es cierto que la norma afecta a la fuerza vinculante de los convenios estatutarios y que éstos no son la única clase de convenios colectivos, aunque no lo es menos que son (o eran) los que más merecen ser calificados como “normativos”.

individual carece, como regla general, de capacidad de obrar colectiva (*cf.* art. 83.1 ET *a contrario sensu*), salvo si se trata de convenios de empresa, por razones evidentes (*vid.* Martín Valverde *et al.*, 2018: 376).

Que los sujetos negociadores de los convenios colectivos sean, por regla general, sujetos colectivos, nos introduce en el segundo de los aspectos que destacamos al inicio como diferenciadores del contrato normativo respecto del contrato marco: la pluralidad de partes. La pluralidad de partes debe entenderse, como ya señaláramos respecto de la estructura dual del contrato marco, en un sentido cualitativo: mientras que los sujetos que celebran el contrato normativo base (en este caso, el convenio colectivo) son sujetos “colectivos” (que gozan de capacidad de obrar “colectiva”, para poder participar en la negociación “colectiva”), los sujetos que celebran los contratos de aplicación (contratos de trabajo) son sujetos individuales.

Esta pluralidad cualitativa de partes explica el carácter vinculante (“normativo”) del contrato base. La inexistencia de identidad cualitativa de partes en los dos niveles de la estructura impide que los sujetos llamados a celebrar los contratos del segundo nivel (contratos de aplicación o, en el caso del convenio colectivo, contratos de trabajo) no puedan cambiar las reglas del contrato base. Para que las reglas del contrato base cambien, deberá tener lugar un nuevo acuerdo entre sujetos colectivos. Por esta razón puede afirmarse igualmente que las reglas del contrato normativo base (en este caso, convenio colectivo) serán vinculantes, y que su carácter vinculante excede del carácter vinculante meramente obligatorio propio de todo contrato (art. 1091 CC), pues desborda con creces el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), pudiendo afirmarse que tiene eficacia *erga omnes*, si bien circunscrita al ámbito de aplicación de cada convenio colectivo (*cf.* art. 83.1 ET)¹⁹⁸.

La figura del convenio colectivo permite, como hemos intentado demostrar, explicar la concepción restrictiva de contrato normativo que defendemos (aunque no es el único

¹⁹⁸ *Vid.* García Viña (2016): “El contenido normativo del convenio colectivo está integrado por el conjunto de disposiciones que regulan el régimen jurídico de los contratos individuales de trabajo, incluyendo tanto materias individuales como colectivas, dentro de su ámbito de aplicación, ya se encuentren vigentes en el momento de la entrada en vigor del convenio, ya se celebren posteriormente. El propósito de estas cláusulas es la regulación general y abstracta de las relaciones de trabajo de los empresarios y trabajadores a quienes les resulta de aplicación el convenio; sin que sea necesaria su aceptación, de forma tal que no pueden eludir su cumplimiento.”

ejemplo), de tal manera que pudiera contraponerse al contrato marco sin que uno y otro término se usen de manera indistinta generando más confusión que beneficios.

Po tanto, un contrato normativo, puede definirse desde una concepción restrictiva como: un contrato-red cuya estructura se compone de dos niveles, estando compuesto el primero de un contrato base donde se recogen las reglas que serán de aplicación a los contratos del segundo nivel (contratos de aplicación); pero en el que, a diferencia del contrato marco, existe una pluralidad cualitativa de partes entre el primer y el segundo nivel que tiene como consecuencia que las reglas que recoge el contrato base deban ser respetadas en los contratos de aplicación por sujetos (individuales) que no tomaron parte en la negociación (colectiva), sin que tengan posibilidad de cambiarlas en tanto que sujetos individuales (cuestión distinta sería que se produjera una nueva negociación colectiva), lo que nos lleva a afirmar que el contrato base en el contrato normativo tiene un efecto “más que meramente obligatorio”, gozando de eficacia erga omnes, si bien circunscrita al ámbito de aplicación de cada contrato normativo.

CAPÍTULO III - El contrato de suministro de bienes en el Derecho privado

1. Descripción inicial del contrato de suministro a través de la normativa que lo menciona

Como ya dijéramos respecto del contrato marco, no disponemos de un concepto normativo del contrato de suministro en el ámbito del Derecho privado, si bien se trata de un tipo contractual plenamente admitido tanto en la doctrina¹⁹⁹ como en la jurisprudencia²⁰⁰. Por esta razón merece alabanza el artículo 513-1 del Anteproyecto de Código Mercantil, que define el contrato de suministro a partir de la jurisprudencia y del Derecho comparado, especialmente el italiano²⁰¹.

Según el artículo 513-1 APCM, se entiende por contrato de suministro aquel a través del 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”. Un concepto similar al que se propone en este artículo se encuentra en el artículo 1176 del nuevo Código civil y comercial de la Nación argentina, que define el contrato de suministro como aquél “por el cual el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas”. Ambos artículos presentan una evidente proximidad con el artículo 1559 del *Codicecivile* de 1942, en el cual se inspiran, y que define el contrato de suministro como aquél por el cual una parte se obliga, a cambio del pago de un precio, a realizar, a favor de otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas²⁰². No parece en absoluto equivocada la opción del APCM de basar la definición del contrato de suministro en el artículo 1559 del *Codicecivile* teniendo en cuenta el fuerte arraigo que dicho artículo tiene tanto en la

¹⁹⁹ Entre otros, Fernández del Moral Domínguez, 1992; Sosa Wagner, 2003; Veiga Copo, 2014; Bercovitz Álvarez, 2017.

²⁰⁰ Pueden consultarse, entre otras muchas, las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo de: 9 de mayo de 1957, 28 de abril de 1961, 2 de marzo de 1965, 9 de abril de 1973, 3 de mayo de 1978, 30 de noviembre de 1984, 8 de julio de 1988, 2 de diciembre de 1996, 7 de febrero de 2002, 23 de mayo de 2002, 3 de abril de 2003, 26 de mayo de 2005, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2010, 5 de octubre de 2016.

²⁰¹ *Vid.* Exposición de Motivos APCM, p. 54.

²⁰² Según la redacción original del art. 1559 del *Codicecivile*, “la somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose”.

doctrina como en la jurisprudencia como norma para colmar la laguna de la que adolece nuestro ordenamiento a este respecto²⁰³.

Por último, en relación con el Derecho privado, debe mencionarse el artículo 3.3.j de la Directiva 2011/83/UE, que considera que la Directiva no será aplicable al “suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor” (*vid.* art. 93.j TRLGDCU, que lo traspone).

La ausencia de una definición del contrato de suministro en el Derecho privado en España contrasta con la temprana definición de este contrato en el ámbito del Derecho público. Parece lógico si, como afirma Sosa Wagner (2003: 27), el contrato de suministro es un “instrumento clásico de la Administración pública”. Llama la atención, precisamente por el mismo motivo, el clamoroso silencio de la normativa de Derecho privado en España respecto de esta figura²⁰⁴. Si bien no podemos ocuparnos del estudio del contrato de suministro público, sí resulta útil a efectos de este trabajo destacar algunas de las definiciones que se han dado de esta figura. Así, el artículo 2.8 Texto Refundido del Impuesto de Derechos reales y Transmisiones de bienes, de 28 de noviembre de 1927, define por primera vez el contrato de suministro como “aquel contrato por el cual una persona se compromete con respecto a otra a entregar en plazos sucesivos y mediante precio, o compensación de otra especie, una pluralidad de bienes muebles o unidades métricas de agua, gas, electricidad, etc., cuya cuantía se condiciona a las necesidades del adquirente y no puede fijarse de antemano si no es en términos sujetos a rectificación”²⁰⁵.

²⁰³*Vid.* en este sentido la STS de 30 de noviembre de 1984: “... admitiéndose pacíficamente por la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, la definición contenida en el artículo mil quinientos cincuenta y nueve del vigente Código italiano, según el cual es un 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...”.

²⁰⁴ En realidad, el contrato de suministro no es sólo un instrumento clásico de la Administración pública sino, en general, de cualquier sociedad. Así lo considera Mossa (1914: 22) cuando afirma lo siguiente: “È nostra convinzione, tuttavia, che la somministrazione non sia ignota ad alcuna società civile anche se organizzata in modo rudimentale”.

²⁰⁵*Vid.* Sosa Wagner (2003: 15-53) para un repaso histórico del contrato de suministro en el Derecho público. Destaca este autor que en las siguientes definiciones del contrato de suministro (Ley de 11 de marzo de 1932, Texto Refundido de 21 de abril de 1941 y Ley de 7 de noviembre de 1947) se suprime la referencia a la indeterminabilidad del objeto de las prestaciones. Como tendremos ocasión de ver a lo largo de estas páginas, la indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones es clave en la caracterización y descripción del funcionamiento del contrato de suministro.

El contrato de suministro en el Derecho público ha llegado a definirse de una manera considerablemente amplia, incluso excesiva, si se compara tanto con las definiciones que podemos encontrar de esta figura en el Derecho privado como con la primera definición del contrato de suministro que podemos encontrar en España y que proviene del Derecho público. Así, en la actualidad el artículo 16 de la LCSP define el contrato de suministro en los siguientes términos:

“1. 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.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) 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 estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, de 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.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a las características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.”

De lo dicho pueden extraerse algunas ideas principales. En primer lugar, el contrato de suministro presenta un alto grado de incardinación social, tanto en las relaciones patrimoniales entre particulares como en aquellas en las que la Administración pública toma parte. Pese a ello, su tipificación normativa ha sido tardía; más en el Derecho privado que en el Derecho público (*cf.* Fernández del Moral Domínguez, 1992: 11). Por último, no parece que pueda observarse una identidad de tipos entre el contrato de suministro en el Derecho público y el contrato de suministro en el Derecho privado, debido a que la definición del contrato de suministro en el Derecho público abarca una mayor variedad de situaciones, muchas de las cuales no obedecen, en puridad, a lo que comúnmente se entiende por contrato de suministro (*ad ex.*, los contratos de arrendamiento o arrendamiento financiero, con o sin opción de compra – art. 16.1 – o los de fabricación – art. 16.3.b -, que son en realidad contratos de obras muebles que no encajan en la definición del artículo 13 LCSP – contrato de obras -, limitado a trabajos de construcción o de ingeniería civil).

A pesar de la señalada diversidad (especialmente entre Derecho público y Derecho privado), podemos aventurarnos a proponer un primer concepto de contrato de suministro. Podemos definir el contrato de suministro como aquél por el cual una parte (suministrador) se obliga a realizar a favor de otra (suministrado) una serie de prestaciones continuadas o periódicas a cambio de un precio y durante un periodo de tiempo no necesariamente determinado o determinable, en función de las necesidades del suministrado²⁰⁶.

El concepto que proponemos parte de las definiciones que se recogen en el Derecho privado de esta figura y que se han visto cristalizadas en los artículos 1559 del *Codicecivile*, 1176 del Código civil y comercial de la Nación argentina, y en el artículo 513-1 del APCM. Sin embargo, presenta concomitancias evidentes con algunos de los supuestos recogidos por el artículo 16 LCSP; especialmente con el artículo 16.3.a, según el cual son contratos 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 estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.

²⁰⁶*Vid.* apdo. 1.1 de este trabajo.

Podemos destacar, por tanto, unas pocas notas características del contrato de suministro:

1. Es un contrato que permite la circulación de riqueza, normalmente bienes muebles.
2. Dicha riqueza circulará a través de prestaciones periódicas o continuadas.
3. Es un contrato duradero, o incluso de duración indefinida.
4. El desenvolvimiento del contrato dependerá de las necesidades de las partes.

2. El tipo contractual “contrato de suministro” en el Derecho privado

El contrato de suministro en el Derecho privado en España es un tipo contractual “social”, pues su denominación y características principales están consolidadas en la práctica contractual e incluso en la jurisprudencia, pero no dispone de una definición (y sobre todo regulación) completa en el Derecho privado (*cf.* Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009: 118), ya que el Anteproyecto de Código Mercantil se encuentra aún varado y sin visos claros de que se lo retome en fechas próximas²⁰⁷.

El contrato de suministro es un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, conmutativo, consensual y de tracto sucesivo (Bercovitz Álvarez, 2017: 524), en el que las partes se comprometen a, en última instancia (pero no sólo) a la entrega de una serie (indeterminada) de bienes según la calidad, frecuencia y precios pactados en el contrato (inicial).

En el capítulo anterior intentamos construir una suerte de dualidad representada por dos polos: tipicidad contractual y modalidad contractual. Hablamos de modalidad contractual cuando hacemos referencia a un modo de conducir las relaciones contractuales, independientemente de cuáles sean éstas. Por esta razón afirmábamos que las modalidades contractuales son de “contenido blanco”; pues al servir potencialmente para cualquier tipo de relación contractual (es decir, para cualquier “tipo contractual”),

²⁰⁷ Este freno al Anteproyecto de Código Mercantil no tiene su origen únicamente en la coyuntura política, pues como poco han supuesto un freno igualmente importante las críticas de la doctrina civilista (entre otros trabajos, pueden consultarse los siguientes: AlbiezDohrmann, 2013; García Rubio, 2013: 109-118; Grupo Actualiza, 2014: 219-225; Gete-Alonso Calera, 2014: 27-65; Oliva Blázquez, 2014: 37-66; Alfaro Águila-Real, 2015: 19-26).

no permite anticipar *per se* qué intercambio patrimonial se llevará a cabo. Dicho de otro modo, una modalidad contractual no se proyecta sobre concretos objetos de intercambio. Un tipo contractual describe una conducta humana contractual a través de una serie de elementos que permiten darle nombre y, en su caso, una regulación específica. El tipo contractual anticipa un intercambio patrimonial concreto, a diferencia de la modalidad contractual, que no lo hace (*ad ex.*, en un contrato de servicios una parte lleva a cabo una prestación de hacer a cambio de una contraprestación económica).

Aunque existen distintas concepciones en torno al significado de la expresión “tipo contractual”²⁰⁸, la utilizamos como sinónimo de “contrato en especial”. Por tanto, un tipo contractual no sólo permite describir una conducta contractual, sino distinguirla de otras, dotándola de nombre y regulación concretas. Los instrumentos que permiten identificar un tipo contractual se denominan índices del tipo. De todos, los más importantes son el objeto del contrato y el objeto sobre el que recae el contrato; sin perjuicio de que, como ya hemos visto anteriormente, no es posible que exista contrato alguno sin que concurren todos los elementos que exige el artículo 1261 CC. El objeto del contrato se refiere a la específica conducta contractual de las partes (*ad ex.*, intercambio de cosa por precio), mientras que el objeto sobre el que recae el contrato identifica las concretas realidades metajurídicas que van a sufrir la existencia del contrato (en el ejemplo anterior, la cosa y el precio).

Un contrato de suministro es un tipo contractual que describe la siguiente conducta: realización de prestaciones (normalmente entrega de bienes) de manera periódica o continuada a cambio del pago de un precio. Es frecuente, además, la existencia de pactos de preferencia o exclusividad en el suministro; aunque su presencia o no en nada condiciona la calificación del contrato como de “suministro”. Podemos observar cómo en la descripción del tipo contractual “suministro” se encuentran los índices del tipo que permiten diferenciarlo de otros. Además, pueden identificarse también los objetos sobre los que recaerá, en última instancia, el contrato de suministro: las prestaciones y el precio.

Un contrato marco es aquél a través del cual las partes acuerdan las características de sus relaciones contractuales futuras. Como podemos ver, el contrato marco no

²⁰⁸ Para un mayor detalle puede consultarse la monografía de Gete-Alonso Calera (1978). En el segundo apdo. del Capítulo II de este tratamos igualmente este tema con detalle en relación con la consideración del contrato marco como modalidad contractual.

anticipa una conducta contractual concreta: no sabemos cuáles van a ser dichas relaciones contractuales futuras ni tampoco sus características; solamente que será el contrato marco el que las recoja. Tampoco podemos identificar los objetos sobre los que recaerá en última instancia el contrato, ya que no sabemos qué relaciones contractuales va a regular.

Conviene aclarar un último aspecto respecto del contrato de suministro que resulta de especial importancia para nuestro estudio. En ocasiones, se ha utilizado la expresión “suministro” como sinónimo de “entrega”, acogiendo una definición laxa y puramente semántica de este término (*cf.* voz “suministrar” en el DLRAE), desprovista de las connotaciones de durabilidad, y periodicidad o continuidad que tiene como contrato. Así, el artículo 115 del TRLGDCU y el artículo 541-1 de la PCC²⁰⁹, hablan de “contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse”²¹⁰. La Directiva 2011/83/UE habla de “suministro de información” (Cons. 13 y art. 3.3.b), de “suministro de contenidos digitales” (Cons. 19 y arts. 16.m y 17.1), y también de “suministro de agua, gas, electricidad y calefacción” (art. 3). Salvo en el último ejemplo de los mencionados (que trataremos con detalle más adelante en este apartado), el término suministro se utiliza como sinónimo de entrega. Por lo que se refiere al suministro de contenidos digitales, el artículo 2.10 de la Propuesta de Directiva 634/2015, entiende por “suministro” el “hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o poner a disposición los contenidos digitales”²¹¹. Esta norma da un paso más, pues no sólo elimina las notas de periodicidad y continuidad propias del contrato de suministro, sino que además oscurece la idea de entrega²¹².

²⁰⁹ Caber destacar, además, que este artículo se ubica en la “compraventa de bienes de consumo”.

²¹⁰ Denuncia esta situación Marín López (2009: 1422-1424) derivada, entiende el autor, de una incorrecta traducción del término inglés *supply*.

²¹¹ El texto se encuentra en fase de discusión, estando prevista su versión definitiva por el momento para enero de 2019. Conviene tener en cuenta, no obstante, que en las enmiendas presentadas por el Consejo en 2017 se suprime esta definición por considerarse redundante; aspecto en el que no podemos estar de acuerdo dada la absoluta novedad que supone la regulación de este contrato, sin perjuicio de nuestras reticencias respecto del contenido mismo de dicha definición.

²¹² Decimos que la oscurece, puesto que en realidad no la elimina. Lo que sucede es que cuando el objeto de intercambio es un bien digital como ocurre con los contenidos digitales la entrega debe llevarse a cabo a través de actos simbólicos como por ejemplo la puesta a disposición, facilitar el acceso o tolerar el uso (*cf.* arts. 1462 a 1464 CC), dada su “imposibilidad intrínseca de que sean objeto de entrega material” dado que no son susceptibles de posesión (Bercovitz Álvarez, 2013: 1970).

Debemos recordar, por ello, que el contrato de suministro no comporta, amén de la contraprestación genérica dineraria, “sólo” una obligación de entrega; pues dicha entrega debe producirse de una determinada manera: periódica o continuada.

3. Prestaciones, servicios y bienes. Distinción entre bienes fluidos y contables y delimitación del objeto de estudio

Tanto el artículo 1559 del *Codice civile* como el artículo 513-1 del APCM hablan de “prestaciones periódicas o continuadas”²¹³. Sin embargo, el artículo 1176 del Código civil de la Nación argentina no habla de prestaciones, sino de bienes o servicios (siempre que no exista relación de dependencia). Parece, pues, que un primer paso para identificar el objeto sobre el que recaerá, en última instancia, el contrato de suministro será a qué nos referimos cuando hablamos de “prestaciones” o, como en el caso del Código argentino, de “bienes y servicios”. Más allá de la evidente importancia que tiene la delimitación de los términos que acabamos de destacar, ello nos permitirá también centrar nuestro objeto de estudio.

Existen multitud de ejemplos diferentes de contratos de suministro, no tanto porque los pactos que lleven a cabo las partes sean sustancialmente diferentes, sino porque los objetos de intercambio (las “prestaciones”) sí lo son. A pesar de que en cualquiera de los casos nos encontramos ante contratos que presentan una evidente proximidad (pues todos son contratos “de suministro”), el tipo de objeto de intercambio condicionará en gran medida el desarrollo del contrato. Por otra parte, existen suministros concretos cuya regulación se encuentra muy mediatizada por la normativa pública (normalmente administrativa), como ocurre con el suministro de energía o de agua.

La razón de escoger de entre todas las variedades del contrato de suministro el de bienes es múltiple. Entendemos, en primer lugar, que es necesaria una regulación general de esta figura en el Derecho privado; y ésta no existe en el momento actual pese a las continuas quejas por parte de la doctrina a este respecto (*cf.* por todos, Fernández del Moral Domínguez, 1992: 21; Bercovitz Álvarez, 2017: 522)²¹⁴. De todos los

²¹³*Vid.* en igual sentido Fernández del Moral Domínguez (1992: 12).

²¹⁴ Sí se menciona, aunque de manera muy tangencial, en el artículo 87 TRLGDCU (“Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad”), que en su apartado 6 considera abusivas por falta de reciprocidad: “las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos

ejemplos de suministro que a continuación veremos someramente, el suministro de bienes permite una caracterización cómoda y completa del contrato de suministro como figura contractual; sin perjuicio de las posteriores adaptaciones que resulten necesarias en función del objeto de cambio. Finalmente, existen ejemplos de suministros, como el de energía o el de agua, cuya regulación fuertemente mediatizada a través de normas administrativas dificulta una clara comprensión del contrato de suministro en la medida en que se encuentra salpicada de normas más relacionadas con el orden público que con la propia dinámica del contrato. En suma, el ejemplo de suministro más representativo y “puro” de cara al estudio del contrato de suministro (y a la nueva forma de comprensión de éste que pretendemos proponer en nuestro trabajo) es el suministro de bienes. Estudiada esta situación, es más sencillo “dar un paso más” y acometer el estudio del resto de contratos de suministro sin que su “contaminación normativa”, normalmente de carácter administrativo o de tutela (*ad ex.*, normas protectoras de los consumidores) dificulte tanto dicho estudio.

Son “prestaciones” aquellos elementos constitutivos de la estructura del negocio jurídico, consistentes en una cosa, o en una o varias conductas negociales de las partes (Fernández Martínez, 2012: 552). El término prestación se identifica con lo que tradicionalmente la doctrina ha identificado como “objeto de la obligación”, es decir, dar, hacer o no hacer alguna cosa (*cf.* art. 1088 CC), y al que nosotros nos hemos referido, cuando se trata de contratos, como “objeto del contrato”. Ya en el capítulo anterior tuvimos ocasión de tratar de delimitar las expresiones “objeto del contrato”, “objeto sobre el que recae el contrato”, “objeto de la obligación”, “objeto sobre el que recae la obligación” y “programa prestacional”. Para evitar reiteraciones inconvenientes nos remitimos al apdo. 2 del Capítulo anterior, donde tratamos estas distinciones con detalle. Baste recordar en este momento la conexión entre el objeto del contrato entendido como programa prestacional, y el objeto sobre el que recae el contrato; especialmente, en casos como la entrega de cosa distinta (*aliud pro alio*) o defectuosa, pues la entrega de un objeto de cambio diferente es también un incumplimiento del

reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en *los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado...* (la cursiva es propia). En el TRLGDCU se utiliza en diversos artículos el término “suministro” (por mencionar sólo algunos, *vid.* los arts. 19.2, 49.1.j, 59 *bis*.1. i, 60.3 62.3 y 4, 66 *quáter*, o 115). Algunos de estos preceptos serán objeto de análisis a lo largo de estas páginas. Puede constatararse, en cualquier caso, que mencionan el suministro, pero no lo definen, y que lo utilizan indistintamente para hablar de suministros continuados (agua, gas o electricidad), periódicos, de contenidos digitales (*vid.* al respecto apdo. 7.2.1 de este Capítulo), o como mero sinónimo de entrega. Todo ello no contribuye a esclarecer qué deba entenderse como contrato de suministro tampoco en el Derecho de consumidores.

programa prestacional (si bien no todo incumplimiento del programa prestacional se debe a la entrega de un objeto de cambio distinto).

En el caso de los artículos 1559 del *Codice civile* y 513-1 del APCM, el término “prestaciones” pretende ser un “término paraguas” en el que quepan tanto bienes como actividades. De ahí que el art. 1559 del *Codice civile* y el art. 513-1 del APCM precisen, y hablen de prestaciones periódicas o continuadas “de cosas (art. 1559 CC-IT)” o “de bienes (art. 513-1 APCM)”. Debe entenderse, pues, que alude al objeto sobre el que recae el contrato y no tanto al programa prestacional, ya que éste último se encuentra descrito en la totalidad de la definición del contrato de suministro. La prestación ha de ser posible, lícita, determinada (o determinable) y patrimonial (en el sentido más amplio). De lo dicho, puede colegirse que las partes en el contrato de suministro acabarán intercambiando bienes (o actividades, si se admite el suministro de servicios, como ocurre en el artículo 1176 del Código civil y comercial de la Nación argentina, siempre que en este último caso no exista “relación de dependencia”, ya que entonces nos encontraríamos ante una relación de carácter laboral²¹⁵).

Aunque en este trabajo nos vamos a ocupar del suministro de bienes (o, mejor dicho, de algunos bienes), conviene hacer algunas notas aclaratorias en torno a la idea del suministro de servicios.

En primer lugar, parece evidente que no podría entenderse en este caso el término “suministro” como sinónimo de “entrega”, ya que las actividades no se entregan, sino que se realizan. Un contrato de servicios es aquel por el cual una parte lleva a cabo (realiza) una actividad a favor de otra, a cambio de una contraprestación económica, sea ésta dineraria o no, o incluso sin contraprestación (*cf.* arts. 1544 CC, IV.C 1: 101 DCFR, y 581-1 PCC). El contrato de servicios es, todo hay que decirlo, un contrato nominado pero atípico en el Derecho español, ya que no puede considerarse que los artículos 1583 y siguientes del Código civil constituyan una verdadera regulación del mismo (Albiez Dohrmann, 2013: 11172)²¹⁶. En cualquier caso, conviene tener presente

²¹⁵*Cfr.* en este sentido Navarro Fernández y Alonso Pérez (2009: 3199-3203).

²¹⁶ Como de todos es sabido, no existe una definición del contrato de servicios en los arcaicos y escasos artículos que dedica nuestro Código civil a este contrato (Díaz-Regañón García-Alcalá, 2013: 2096). Por esta razón merecen alabanza los por ahora intentos académicos que, a través de una propuesta completa de codificación, buscan, entre otros muchos objetivos, consolidar una definición de contrato de servicios como el DCFR o la PCC. Para estudiar en profundidad el contrato de servicios, pueden acudirse, entre otros, a los siguientes trabajos: Navarro Fernández y Álvarez Lata (2009: 3197-3229); Villanueva Lupión

que cuando hablamos de servicios, hablamos siempre de contratos, cuya prestación característica es una prestación de hacer; mientras que cuando hablamos de bienes hacemos referencia a realidades metajurídicas con relevancia para el Derecho. Esta precisión es importante, debido a que es común contraponer bienes a servicios como si se tratase de dos extremos pertenecientes a un mismo plano (*cf.* art. 1176 del Código civil y comercial de la Nación argentina), cuando no es así. Por tanto, los binomios deberían ser bienes *vs* actividades, y contratos de dar *vs* contratos de hacer.

La discusión en torno al contrato de servicios, a su diferenciación respecto del contrato de obra al hilo de la responsabilidad contractual que uno y otro genera, o la *vis* expansiva del contrato de servicios en la actualidad han generado una gran cantidad de literatura jurídica. No es éste el lugar para hacer siquiera un breve repaso de todo ello (*vid.* por todos los autores destacados en la nota anterior). A los efectos del presente trabajo, baste señalar que el elemento común que une a todos los tipos contractuales que pueden ser calificados como “contratos de servicios” es que su prestación característica es una prestación de hacer, sin perjuicio de que pueda ir acompañada de cualesquiera otras (Villanueva Lupión, 2014: 55), y sin que ello signifique, como se ha entendido tradicionalmente²¹⁷, que no pueda exigirse un concreto resultado al deudor del servicio en la medida en que la responsabilidad contractual de éste ha sufrido una progresiva objetivación en las últimas décadas²¹⁸. La *vis* expansiva de la idea de servicios ha llegado a tal extremo que ha llegado incluso a invadir el terreno propio de los contratos de circulación de bienes²¹⁹ y, naturalmente, a parasitar una gran variedad de contratos de nuevo cuño cuya calificación a nivel europeo ha resultado más o menos delicada, algunos de los cuales han sido calificados también como de “suministro” de una manera igualmente poco precisa (*cf.* como muestra de una y otra precisión terminológicas, el art. 16.i Directiva 2011/83/UE, sobre el “suministro de servicios de alojamiento”). Si bien compartimos la objetivación de la responsabilidad contractual en lo que se refiere al contrato de servicios, no podemos más que manifestar nuestra inquietud al observar

(2009); De Barrón Arniches (2011: 21); Albiez Dohrmann (2013: 11171-11214); Álvarez Lata *et al* (2013: 3321); Alonso Pérez y Almagro Martín (2014: 51-173).

²¹⁷ Esta postura ha sido defendida por el Tribunal Supremo en un gran número de sentencias (*vid.* Navarro Fernández, 2009: 3151), y por el fallido Proyecto de Ley de 1994 (*vid.* AlbiezDohrmann, 2013: 11175).

²¹⁸ *Cfr.* en este sentido Morales Moreno (2006, 52), así como la propia regulación del contrato de servicios en el DCFR.

²¹⁹ *Vid.* en este sentido Villanueva Lupión (2009), y art. 1088 CC.

que poco a poco todos los contratos van, de una manera u otra, convirtiéndose en “servicios”, pues si todo son servicios, los servicios no son nada.

Retomando, pues, la idea del contrato de servicios como aquél cuya prestación característica es una obligación de hacer, procede realizar algunas puntualizaciones a este respecto en relación con el contrato de suministro. Una obligación de hacer es una obligación activa (frente a las obligaciones de no hacer), y como tal su ejecución tendrá lugar en un momento puntual (*cf.* von Tuhr, 2007: 30; Díez-Picazo, 2008: 366). Teniendo esto en cuenta, es posible que exista un contrato de suministro de servicios, siempre que éstos se realicen de forma periódica o continuada, siempre que se tratara de prestaciones de hacer y no de una sola prestación que se prolonga en el tiempo, pero cuyo cumplimiento solutorio tiene lugar al final, en un momento puntual, pudiendo afirmarse por ello que se trata de una prestación única (Bercovitz Álvarez, 2017: 527²²⁰). Debido a la presencia de una estructura empresarial y a que la prestación característica es una prestación de hacer, podría presentar cierta cercanía el contrato de suministro de servicios con el contrato de trabajo. Sin embargo, a poco que se analice con un mínimo detenimiento, pueden observarse grandes diferencias entre uno y otro. Para empezar, la organización empresarial en el contrato de suministro de servicios se encuentra en la parte deudora de la prestación característica (del servicio); mientras que en el caso del contrato de trabajo se encuentra en la parte acreedora del servicio (Bercovitz Álvarez, 2017: 527). Por otra parte, el contrato de trabajo presenta unas notas características que lo distinguen de cualquier otro contrato que tenga lugar entre particulares o con empresarios, como son la dependencia y sometimiento del trabajador al poder disciplinario del empresario y la preenajenación de las utilidades patrimoniales que pueden extraerse de su trabajo (Navarro Fernández y Alonso Pérez, 2009: 3199-3203²²¹).

²²⁰ Añade este autor que el suministrador de servicios será siempre una empresa, mientras que en el caso de un contrato de servicios (sencillo) el deudor de los servicios puede ser una persona física.

²²¹ Según estos autores, “estamos ante una relación laboral si el trabajador, al celebrar el contrato de trabajo, ha preenajenado las utilidades patrimoniales a extraer de su trabajo, lo que implica que está sometido al poder de dirección y disciplinario de quien le ha contratado e integrado en el proceso productivo de la empresa. Mientras que en las relaciones civiles esa enajenación de las utilidades derivables de la fuerza de trabajo no se produce hasta que el servicio no se presta efectivamente, motivo por el cual no hay un sometimiento del prestador al prestatario del grado o intensidad del existente en las relaciones laborales” (Navarro Fernández y Alonso Pérez, 2009: 3199).

Pese a todo, la gran cercanía semántica entre los términos “suministro” y “entrega”, lleva a entender que cuando se habla de contrato de suministro a secas se está hablando del suministro de bienes (sean éstos del tipo que sean)²²². Hasta tal punto es así, que la totalidad de la doctrina ubica el suministro en el grupo de contratos “con finalidad traslativa del dominio” (*vid.*, entre otros, Avilés García *et al*, 2013: 2007-2313; Veiga Copo, 2014: 704-714; o Bercovitz Álvarez, 2017: 530-532²²³) o, como es el caso no sólo de los autores señalados sino del propio Anteproyecto de Código Mercantil, entienden que el suministro es una modalidad de compraventa (cuestión que no compartimos). El suministro, por tanto, está asociado a la circulación de bienes y no tanto a la realización de actividades. Por ello centraremos nuestra atención en el suministro de bienes y no en el suministro de actividades o, si se quiere, servicios.

Por lo que se refiere al suministro de bienes, conviene aclarar que no todos los bienes participan de las mismas características, y esto va a ser de gran importancia por lo que se refiere al funcionamiento del contrato de suministro. Los conocidos como suministros básicos (agua, gas y energía eléctrica) presentan una serie de características que nos obligan a no profundizar en su estudio en este trabajo, pero conviene aclarar por qué. La primera razón ya ha sido expuesta en este mismo apartado: su regulación se encuentra fuertemente mediatizada por normas imperativas de Derecho público, normalmente de tutela. Esto los convierte en lo que en el capítulo anterior llamábamos “contratos normados” (*vid. supra*, apdo. 5.4). Resulta paradójico que específicos casos de contratos de suministro se encuentren regulados de forma tan prolija (incluso podría decirse, hipertrófica) cuando no disponemos en España de una regulación básica de esta figura contractual. Llevar a cabo un estudio de cada uno de estos contratos con el mínimo de profundidad necesario nos desviaría por completo del objetivo de este trabajo. Más allá de esta circunstancia, debemos tener en cuenta las características de estos bienes.

Un bien en sentido jurídico patrimonial es toda aquella entidad metajurídica individualizable, autónoma, con valor económico en sentido amplio, y con relevancia jurídica. Tradicionalmente se han entendido como sinónimos los términos “bienes” y “cosas”, hasta el punto de que todos aquellos ordenamientos jurídicos que pueden

²²² *Vid.* en este sentido Garrigues (1961).

²²³ Según este autor, el contrato de suministro “normalmente recae sobre bienes muebles genéricos (mercaderías)” y, a pesar de que “no cabe ignorar la posibilidad de concertar un suministro de servicios (...) esta modalidad tiende a confundirse con el contrato de arrendamiento de servicios”.

encuadrarse en la órbita del *Code civil* francés utilizan indistintamente uno y otro (*cf.* el uso de ambos términos que se hace en nuestro propio Código civil o en el *Codice civile*). Por el contrario, aquellos ordenamientos jurídicos que tienen como referencia en este aspecto el BGB pivotan en torno al concepto jurídico de “cosas”, entendiendo por tales los “objetos corporales” (§ 90 BGB). El requisito de la corporalidad en el Derecho alemán tiene su origen en una concreta concepción (fiscalista) de la posesión defendida por Savigny (*vid.* De los Mozos, 1991: 18-19). Aunque hay voces críticas en la actualidad que abogan por una revisión del criterio fiscalista de las “cosas” al hilo de la Revolución Digital, lo cierto es que la letra del 90 BGB no ha cambiado. De acuerdo con la literalidad del precepto deben excluirse de la categoría legal de “cosas” tanto el agua, como el gas o la energía eléctrica, pues aunque son entidades materiales, no son corporales. En nuestro ámbito jurídico, sin embargo, no tenemos dudas de que agua, gas y electricidad son bienes en sentido jurídico-patrimonial. En el caso del *Codice civile*, incluso, el artículo 814 lo afirma taxativamente cuando sostiene que “si considerano beni mobili le energie natural che hanno valore económico”.

El modelo francés (en cuya órbita se encuentran, entre otros, el ordenamiento italiano y el español) admite la existencia de bienes jurídico-patrimoniales inmateriales. *A fortiori*, pues, podemos afirmar con tranquilidad que igualmente deberán ser consideradas bienes todas aquellas entidades materiales aunque no sean propiamente corporales, como es el caso del agua, el gas o la energía eléctrica. Sin embargo, su consideración jurídica como bienes no puede hacernos pasar por alto una cualidad que les es propia y que los diferencia sustancialmente de los bienes corporales: son fluidos. Los bienes materiales corporales (e incluso los bienes inmateriales) son contables; presentan cada uno de ellos una entidad material (o conceptual en el caso de los inmateriales) propia. Un fluido, en cambio, sólo puede ser contado a través de unidades de medida, que no son sino divisiones artificiales de una entidad que no se presenta de forma “troceada” en la naturaleza, sino unitaria. Cuestión distinta es que se los pueda envasar, en cuyo caso sí estaríamos ante bienes muebles materiales corporales (*cf.* art. 59 *bis*.2 TRLGDCU), pero por razón de su envase y nunca por el contenido de éste. Los fluidos, además, sólo pueden ser distribuidos a través de infraestructuras estables que llegan a cualquier potencial cliente que los necesite.

¿Qué importancia tiene todo esto de cara a un estudio del contrato de suministro en cuanto tal? Como hemos visto, la mayor parte de las definiciones de esta figura

coinciden en que comporta la obligación de realizar prestaciones “periódicas o continuadas”. Excluidos los servicios como objeto del suministro por las razones expuestas en este apartado, podemos reformular esta definición afirmando que el suministrador se compromete a entregar cierto tipo de bienes²²⁴ de forma “periódica o continuada”. El mantenimiento de esta dualidad en la realización de la prestación característica no es casual, y tiene que ver con el tipo de bien que vaya a ser objeto del contrato de suministro: un bien corporal o un bien material fluido. En el primer caso, hablaremos de prestaciones periódicas, mientras que en el segundo hablaremos de prestaciones continuas. Ya hemos afirmado anteriormente que las prestaciones continuas son fundamentalmente obligaciones negativas. Esta situación se explica fácilmente por lo que se refiere al suministro de bienes fluidos, pues el suministrador se obliga a realizar una prestación activa inicial, consistente en lo que podríamos denominar vulgarmente “abrir el grifo”; y en llevar a cabo a partir de entonces una prestación negativa continuada: no cerrarlo mientras dure el contrato (o cerrarlo si se incumple o finaliza). Por otro lado, mientras que un bien corporal (o un bien inmaterial) puede ser objeto de tráfico a través de contratos de ejecución instantánea, un bien fluido sólo puede ser objeto de tráfico a través de contratos duraderos de ejecución continuada.

En lo que al contrato de suministro respecta, tanto da hablar de bienes fluidos o de bienes corporales, ya que la prestación característica del contrato de suministro puede realizarse de manera periódica o continuada. Tampoco importa demasiado distinguir entre bienes fluidos y bienes corporales por lo que se refiere a la descripción de la estructura del contrato de suministro y, consecuentemente, la valoración del cumplimiento y del incumplimiento del contrato (*vid. infra*, Capítulo IV). Bien es cierto, sin embargo, que determinado tipo de afirmaciones que pretendemos sostener y que son el núcleo de este trabajo, se explican con una mayor facilidad tomando como referencia el suministro de bienes corporales; contrato que, por otra parte, no sólo no se encuentra tan fuertemente contaminado con normativa de tutela (salvo por lo que respecta a la protección de los consumidores), sino que no dispone por el momento de una tipificación normativa.

No podemos cerrar este apartado sin hacer referencia a un contrato que ha sido calificado erróneamente, a nuestro juicio, como de suministro. Hablamos del llamado

²²⁴ *Cfr.* Garrigues (1961) o Bercovitz (2017), quienes señalan que los bienes objeto de suministro son bienes genéricos.

contrato de suministro de contenidos digitales. Ésta es una figura de nuevo cuño y reciente aparición en el ámbito de la Unión Europea. Por primera vez se la menciona en la fallida Propuesta CESL (art. 5), y en la Directiva 2011/83/UE (Cons. 19 y art. 2.11), actualmente transpuesta al ordenamiento español por medio de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU. Actualmente se está discutiendo en el seno de la Unión Europea una Propuesta de Directiva a través de la cual se pretende diseñar una regulación común de los “contratos de suministro de contenido digital” (Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre). De la lectura de los preceptos que cada una de las normativas señaladas dedica a los “contratos de suministro de contenidos digitales” puede colegirse que estamos, en realidad, ante contratos de compraventa a los que la Unión Europea se resiste a calificar de esta manera para no inmiscuirse en cuestiones de Derecho interno de los Estados miembros, y especialmente de aquellos cuyo ordenamiento no contempla la posibilidad de celebrar contratos de compraventa respecto de bienes no corporales (*cf.* § 90 BGB). Particularmente significativas a este respecto resultan las palabras del Considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE, cuando afirma que “los contratos sobre contenido digital que no se suministre en soporte material, no deben ser calificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios”. Se utiliza en este caso el término “suministro” de una manera vaga o imprecisa, como sinónimo de mera entrega, y sin tener en cuenta la periodicidad o continuidad que esta figura contractual presenta. Por esta razón debemos señalar que el llamado “contrato de suministro de contenidos digitales” es un ejemplo más (el más reciente, y de una gran importancia económica, bien es cierto) de la utilización imprecisa del término “suministro” en el Derecho de contratos. Esto no impide, sin embargo, que los contenidos digitales o cualquier tipo de bienes inmateriales puedan ser objeto de un contrato de suministro, pero esto ocurrirá cuando se den las circunstancias que el contrato de suministro exige (“prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato” *ex* art. 513-1 APCM²²⁵). Cabe precisar que entendemos que los contenidos digitales son un tipo concreto de bienes inmateriales, que han sido recogidos en formato digital como podrían haberlo sido

²²⁵ Aunque el APCM se encuentra por el momento frenado y no hay indicios de que exista voluntad política de retomar su tramitación, recoge respecto del contrato de suministro una doctrina jurisprudencial consolidada y en consonancia con otros ordenamientos europeos, como el italiano (tal como explícitamente reconoce en la exposición de motivos). Es por ello que citamos este artículo no como un precepto normativo en vigor (pues no es así), pero sí como un argumento de autoridad especialmente relevante y que conviene no pasar por alto.

igualmente en un formato físico. Existe una nueva categoría de bienes, los digitales, que son todos aquellos que sólo pueden ser jurídicamente calificados como bienes cuando se los utiliza dentro del entorno informático o ciberespacio (fundamentalmente software). En cualquiera de estos casos estamos hablando de bienes contables (por contraposición a los que hemos denominado “bienes fluidos”), lo que significa que en caso de que sean objeto de un contrato de suministro, éste se llevará a cabo a través de entregas periódicas.

Centraremos, pues, nuestra atención en los bienes muebles corporales como objeto del contrato de suministro. Pese a la necesaria restricción en el objeto de estudio, consideramos que las conclusiones alcanzadas en este trabajo pueden resultar de utilidad al resto de contratos de suministro, sin perjuicio de eventuales adaptaciones que resulten necesarias en función de las características concretas de cada prestación.

4. La “mercantilidad” del contrato de suministro

Se afirma de un modo contundente en el artículo 513-1 APCM que “el contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil”. Se trata de un apartado que entendemos, fundamentalmente, innecesario.

La afirmación es anacrónica, como lo es el constante empeño del Anteproyecto en “marcar territorio” mercantil²²⁶ cuando lo deseable es la unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos (Grupo ACTUALIZA, 2014: 224; Gete-Alonso Calera, 2014: 28-37²²⁷). Somos conscientes de que los apartados 6ª y 8ª del artículo 149.1 de nuestra Constitución representan en este sentido un techo de cristal difícilmente franqueable por dos motivos: (1) se consolida en la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico una división dual del Derecho privado en mercantil y civil en dos apartados distintos (ni siquiera adyacentes), siendo el primero competencia

²²⁶ Este afán de marcar territorio mercantil es tan voraz que la práctica totalidad de la materia contractual deviene mercantil, y el Derecho civil patrimonial prácticamente desaparece y, en cualquier caso, es clamorosamente ignorado por el articulado del Anteproyecto (Grupo ACTUALIZA, 2014: 221-222).

²²⁷ Al respecto de la división civil-mercantil se manifiesta la autora en los siguientes términos, que no podemos más que compartir: “si es que se considera que tiene sentido mantener esta división, que en mi opinión debería reducirse a la mínima expresión” (Gete-Alonso Calera, 2014: 31). Téngase en cuenta, además que la tendencia que se observa en todos aquellos países que han acometido reformas profundas de sus códigos es hacia la unificación del Derecho privado, como es el caso del Código argentino o, a nivel internacional, textos como la Convención de Viena, los Principios del Derecho Europeo de Contratos o el DCFR (Grupo ACTUALIZA, 2014: 219-220).

exclusiva del Estado sin contemplaciones y el segundo competencia exclusiva del Estado con excepción de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio; y (2) si se pretendiera eliminar esta dualidad del Derecho privado en España debería acometerse una reforma de la Constitución, escenario poco probable dada la importancia política estructural del mismo y el escenario actual, por mucho que dicha reforma se llevara a cabo a través del procedimiento ordinario (*cf.* art. 169.1 CE a contrario). No se oculta, siquiera por el propio Anteproyecto, que el texto en su conjunto busca preservar la unidad de mercado en el conjunto del Estado, amenazada por la proliferación de normativa autonómica²²⁸ escudada en no pocas ocasiones en una interpretación excesivamente amplia de las facultades de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil propio de algunas Comunidades Autónomas (otras veces, a través de leyes autonómicas formalmente administrativas que acaban incluyendo normas de Derecho civil)²²⁹. No obstante, no parece el camino más acertado intentar tapar un error, en el caso de que así se considere²³⁰, con otro más grave, como sería en este caso la consideración como mercantiles en todo caso (“siempre” *ex* art. 513-1 APCM) de determinados contratos “por imperativo legal”. La situación que aquí exponemos ha sido resumida en muy pocas palabras por Gete-Alonso Calera (2014: 29), quien se muestra muy crítica con el espíritu que impulsa este Anteproyecto:

²²⁸*Cfr.* Exposición de Motivos, Considerandos VI-31 y VI-32:

- “VI-31. La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que promueve la Constitución. La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia.
- VI-32. Considerando que es mercantil toda relación contractual en la que intervenga uno solo de los operadores del mercado señalados en el Código, siempre que lo haga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, se inserta directamente en el ámbito de aplicación de la regla 6ª del apartado primero del artículo 149 de la Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva al Estado en su regulación.”

²²⁹*Vid.* igualmente Gete-Alonso Calera (2014: 37): “Todo gravita en torno a un mismo planeta: evitar la intromisión de la normativa civil de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio”.

²³⁰ Entendemos que el juicio acerca de la conveniencia o no de la pluralidad normativa en el Derecho privado es una cuestión de oportunidad política. Parece claro que los impulsores de este Anteproyecto así lo consideran, si bien en contra del criterio expresado por el Tribunal Constitucional, quien considera que “la compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios” (STC 88/1986, de 1 de julio), de lo que puede deducirse, según Gete-Alonso Calera (2014: 31), que la unidad del orden económico nacional no implica que “exista un principio de unidad del mercado en el sentido de que la regulación de todos los elementos que intervienen en éste deba ser única y estar en una sola mano o sector”.

“Así que se trata de llevar a cabo el desiderátum de la unificación del derecho privado patrimonial, lo que se hace fijando la normativa de derecho privado (civil – mercantil) a través de la expansión del derecho especial, por razón de una materia (la mercantil) a la que, por lo tanto, urge delimitar. Y se quiere así porque la competencia legislativa de ésta corresponde en exclusiva al Estado y, en cambio, claramente no la civil; el fundamento es el denominado principio de la unidad de mercado.”

Es innecesaria porque la calificación legal como mercantil (o civil) de una figura contractual no convierte a todos los contratos concretos que en la práctica se lleven a cabo en mercantiles. Tal cosa dependerá de las partes que participen en dicho contrato. Si bien es cierto que la inmensa mayoría de contratos de suministro tienen lugar entre un empresario-suministrador y un suministrado (que puede ser empresario o consumidor²³¹), nada impediría que dos particulares celebrasen un contrato de suministro, ni que el suministrado fuese un consumidor, de tal manera que el contrato no tuviera lugar entre dos empresarios (cuestión distinta es la reproducción de este debate (contratos civiles vs contratos mercantiles) en el caso del Derecho de consumidores; por ello consideramos igualmente que no responde a toda la realidad de este contrato.

La doctrina mercantilista que se ha ocupado del contrato de suministro ha destacado su “naturaleza mercantil” (*vid.* Garrigues, 1961), centrando su atención en la condición de empresario del suministrador, o en la introducción de los bienes objeto de suministro en una eventual cadena de distribución con ánimo de lucro (*cf.* art. 325 CCom). Así lo considera Bercovitz Álvarez (2017: 525) cuando afirma que el contrato de suministro tiene “carácter mercantil, ya que no sólo se adecúa a lo dispuesto en el artículo 325 del CCom sino que la capacidad organizativa y el interés de cumplir con puntualidad los pedidos o necesidades del suministrado son cualidades que determinan la existencia de una empresa”, en otras palabras, “que el suministrador ostenta la condición de empresario”.

La aplicación del artículo 325 CCom al contrato de suministro con la intención de afirmar su carácter mercantil es algo más resbaladiza. Como el propio Bercovitz

²³¹ Si el suministrador es un empresario, el suministrado sólo podrá ser otro empresario o un consumidor, pero no un particular. El suministrado sólo puede ser un particular cuando también lo sea el suministrador (*cf.* arts. 2 a 4 TRLGDCU).

Álvarez reconoce (2017: 525), “aunque no sea lo más frecuente, el suministrado puede no ser un empresario”; es decir, existen contratos de suministro en los que el suministrado no recibe los bienes con intención de integrarlos en un proceso productivo o una cadena de distribución. ¿Debería sostenerse que es mercantil un contrato de suministro pese a que los bienes que van a ser objeto de suministro no vayan a ser integrados en un proceso productivo o en una cadena de distribución? Según el artículo 325 CCom, “será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma en que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”, y según el artículo 326 CCom, “no se reputarán mercantiles (1º) las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren”. Teniendo en cuenta estos artículos, actualmente en vigor, no parece que pueda afirmarse que “todos” los contratos de suministro son mercantiles si se esgrime como argumento de aplicación analógica el artículo 325 CCom²³². La STS de 27 de septiembre de 2006 afirma la posibilidad de aplicar las reglas de la compraventa al contrato de suministro “cuando se dé la razón de analogía que lo permita”. Pese a que constata hasta en dos ocasiones la “naturaleza mercantil de este contrato (que es objeto de litigio)”, cuando señala las reglas de la compraventa posiblemente aplicables al contrato de suministro lo hace en los siguientes términos: “por la normativa de la compraventa (artículos 1445 y ss. del Código civil y, en su caso, *si es mercantil*, 325 y ss. del Código de comercio)” (STS de 27 de septiembre de 2006, FJ-5)²³³.

Cabe destacar en relación con la mercantilidad del contrato de suministro las palabras de Fernández del Moral Domínguez que, pese a estar escritas veintidós años antes de la publicación del APCM, parecieran contestar al artículo 513-1 *in fine*:

“Estas consideraciones no nos pueden llevar, sin embargo, a la conclusión de que el suministro está siempre ligado a una empresa y, por tanto, nos introduce en el campo del Derecho mercantil de forma obligada. Si bien es cierto que la celebración de este tipo de contratos ha aumentado paralelamente al desarrollo de la industria, el

²³² No puede dejar de observarse, sin embargo, la coherencia interna que manifiesta en este aspecto el APCM al expandir también la mercantilidad del contrato de compraventa (*Cfr.* art. 511-1, párrafo 2º APCM: “Si la compraventa tiene naturaleza mercantil en razón de una de las partes contratantes, ambas quedarán sometidas por igual a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor”).

²³³ La cursiva es propia.

comercio y la empresa, no puede negarse la posibilidad de que exista un contrato de suministro en el que el suministrado reciba las prestaciones para consumirlas, sin transformarlas ni venderlas, ni introducirlas en el comercio. De ahí que no pueda afirmarse tajantemente que el contrato de suministro sea siempre un contrato mercantil, pues nada impide que reúna las características necesarias para merecer la calificación de civil.”²³⁴

Podría responderse que, desde la propia lógica del Anteproyecto, los contratos celebrados con consumidores son también contratos mercantiles, pues así lo afirma de un modo tan taxativo como en otras ocasiones el texto cuando en su Considerando VI-30 afirma que “la intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil”. Sólo podemos contestar a esta afirmación reiterando lo ya dicho al inicio de este apartado: el empeño del Anteproyecto en “marcar territorio” mercantil es del todo anacrónico en la medida en que lo deseable es justo lo contrario (la unificación del Derecho patrimonial privado), a pesar de la barrera que representan en este sentido los apartados 6ª y 8ª del artículo 149.1 CE. Podría añadirse, por otro lado, que las normas de protección de los consumidores tienen como objetivo general, precisamente, proteger al consumidor frente al empresario. Esto convertiría al Derecho de protección de los consumidores en una rama especial del Derecho civil (en tanto que este último sería “Derecho común”) en pie de igualdad con el Derecho mercantil, que no deja de ser, del mismo modo, una rama especial del Derecho civil. Parecería bastante contradictorio sostener que la normativa supletoria del Derecho que protege a los consumidores (de los empresarios) es, precisamente, aquella cuyo objetivo general es regular las actividades de los empresarios²³⁵. Por si esto fuera poco, las Comunidades Autónomas han desarrollado normas de protección de los consumidores (*vid.* STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 5), por lo que la declaración de “mercantilidad” del Derecho

²³⁴ Fernández del Moral Domínguez (1992: 13). *Vid.* en igual sentido, Veiga Copo (2014: 706). Este razonamiento puede extraerse igualmente de la STS de 23 de mayo de 2002, cuando afirma en su FJ 2 respecto del contrato de suministro que éste, al ser un contrato atípico afín a la compraventa (si bien no se lo puede identificar con aquella), se regula “por lo previsto por las partes y, en su defecto, por la normativa de la compraventa (arts. 1445 y siguientes del Código civil, si es civil y 325 y siguientes del Código de Comercio, si es mercantil)”.

²³⁵ Tajante se manifiesta a este respecto Larrosa Amante (2017: 295), quien considera que “los contratos de consumo deben ser considerados como contratos de naturaleza civil y no mercantil”.

de consumo no sería sino otro intento de recentralización de la producción normativa por la puerta de atrás²³⁶.

Y a la postre, ¿qué aportaría al desarrollo y mejora del Derecho privado la gran cantidad de páginas que escribiríamos unos y otros intentando atraer a “nuestro territorio” la golosa presa del Derecho de los consumidores(o cualquiera otra, como pueda ser el contrato de suministro o el contrato marco²³⁷) en un contexto en el que, repetimos, lo deseable es la unidad del Derecho privado? Quizás lo más conveniente fuese tender en lo posible a una regulación unitaria del Derecho de contratos señalando, en su caso, las particularidades necesarias según los contratos tengan lugar entre empresarios, con consumidores o entre particulares. Son éstas reflexiones que van mucho más allá de los objetivos de este trabajo y que, por tanto, sólo podemos dejar apuntadas en relación con la afirmación que realizábamos al principio de este apartado: afirmar que el contrato de suministro es mercantil (o que no lo es), resulta en la actualidad anacrónico e innecesario.

5. Las obligaciones de las partes en el contrato de suministro de bienes corporales

5.1 Obligación de suministrar

La obligación principal que, en última instancia, comporta el contrato de suministro es la realización de una serie de prestaciones (desconocida *ab initio*²³⁸) de forma periódica o continuada a favor del suministrado. Hemos precisado anteriormente que centraremos nuestra atención en los bienes corporales como objeto de estudio. Ello comporta, como acabamos de ver, que la prestación característica puede reformularse como la obligación del suministrador de entregar de forma periódica²³⁹ una serie de bienes al suministrado. Existen varias cuestiones

²³⁶Cfr. en contra de esta vía las consideraciones del Grupo Actualiza (2014: 223-224): “el legislador estatal no puede, a través de un concepto ex post de lo mercantil, alterar el reparto de competencias hecho por la CE”.

²³⁷ Esta perspectiva de estudio (desde el Derecho privado en su conjunto) la sigue Soro Russell en su estudio del contrato (que llama) normativo: “procuraremos, en primer lugar, dejar de lado las fronteras o limitaciones que pudieran resultar de un estudio realizado desde una perspectiva simplemente civilista o únicamente mercantilista” (Soro Russell, 2014: 29-30).

²³⁸ Cfr. STS de 7 de junio de 2011.

²³⁹ Vid. *supra*, apdo 4.2 del Capítulo II, donde se tratan las diferencias entre “periodicidad” y “sucesividad”.

que deben analizarse respecto de esta obligación, que pesa sobre la parte suministradora, y que el artículo 513-2 APCM recoge.

Los bienes serán del tipo y calidad estipulados en el contrato inicial (*cfr.* arts.1167 CC, 35 CISG y 513-2.1 APCM)²⁴⁰, y en cualquier caso deberán ser aptos para responder a las necesidades de la parte suministrada y cumplir, en su caso, con los estándares mínimos de calidad que exija la normativa aplicable²⁴¹.Igualmente, el suministrador estará obligado a entregar las cantidades que se establezcan en el contrato inicial (art. 513-2.1 APCM). En este sentido, es frecuente encontrar cláusulas en el contrato inicial (“contrato base”) referidas a horquillas (cantidad mínima²⁴² y/o máxima) de pedidos, frecuencia de las entregas, u otras en las que se obliga a mantener un determinado stock al suministrador (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 34).

Las mencionadas horquillas (queden o no explicitadas a través de cláusulas en el contrato base de suministro) son quizás la mejor muestra de cómo el contrato de suministro canaliza una relación contractual flexisegura, pues dentro de los márgenes que establecen ambas partes se mueven con razonable libertad (precisamente, la que han consensuado al inicio), especialmente el suministrado. Merecen destacarse a este respecto los apartados 3 y 4 del artículo 513-2 APCM, según los cuales: “si los contratantes determinan únicamente los límites mínimos y máximos para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponderá al suministrado establecer, dentro de estos límites, el volumen de lo debido” (art. 513-2.3 APCM), y “cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones

²⁴⁰ Aunque trataremos la cuestión con el merecido detalle en el Capítulo IV no podemos dejar de advertir en este momento que la regulación que propone el APCM del contrato de suministro (que no es sino reflejo de la práctica habitual) demuestra, cuando menos, que existe un contrato inicial entre las partes que condiciona el posterior desarrollo de la relación contractual.

²⁴¹*Cfr.* STS de 30 de noviembre de 1984, donde se condena por incumplimiento a la suministradora de hormigón, al no reunir éste la calidad necesaria requerida por el Instituto Nacional de Calidad de la Edificación, al quedar probado que “cincuenta y siete pilares en planta baja y alta, tuvieron que ser demolidos por orden de los Directores técnicos de la obra, dada la débil resistencia de los hormigones adquiridos a la entidad demandada (...), siendo cincuenta y dos reconstruidos, mientras que los otros cinco quedaron inservibles y otro conjunto de ochenta y un pilares en planta baja y alta tuvieron que ser zunchados y reforzados”.

²⁴² Ejemplos de cuotas mínimas de pedidos ya hemos visto en el Capítulo anterior cuando tratábamos el contrato de Círculo de Lectores: “Ser socio de Círculo de Lectores implica adquirir un único compromiso que consiste en realizar, de cada revista que recibas, una compra de libros, música o cualquier otro producto durante un período inicial de un año. Recibirás las revistas cada dos meses y la especial de Navidad.”

singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días” (art. 513-2.4 APCM).

Otra cuestión importante en lo que atañe a la obligación de suministrar tiene que ver con el momento y frecuencia de las entregas. Aquí entra en juego una cuestión terminológica importante y que ya anticipamos de algún modo en sede del contrato marco (*vid. supra*, apdo. 4.2 del Capítulo II): la diferencia entre prestaciones periódicas y sucesivas. No tiene sentido incluir en esta precisión terminológica el suministro continuado, pues como hemos visto implica la obligación de realizar una prestación activa al inicio (abrir el grifo, que se identificaría, aproximadamente, con la función que desempeña el contrato base), y una prestación negativa o de tolerancia sostenida en el tiempo a lo largo de la vigencia del contrato.

Hablamos de prestaciones sucesivas cuando van una detrás de la otra; mientras que serán, además, periódicas cuando el intervalo de tiempo entre cada una de ellas es fijo. Lo importante en un contrato de suministro “periódico” no es tanto la periodicidad de las prestaciones (lo será, evidentemente, si así lo pactan las partes) cuanto la sucesividad (*Sukzessivlieferungsvertrag*²⁴³). Las entregas sucesivas tendrán lugar (sea o no de una manera periódica) tanto en el contrato de suministro como en un contrato de compraventa con entrega fraccionada, pues irán una detrás de otra. Cuando utilizamos el término “sucesividad” intentando dotarlo de una carga jurídica precisa lo hacemos con la intención de destacar la reiteración de cumplimientos individuales con eficacia solutoria (se suceden uno detrás de otro) para el deudor, aspecto que no se da en una compraventa con entrega fraccionada, pero que sí ocurre en el caso del contrato de suministro. Esta sucesividad puede o no darse de una manera periódica, es decir, las sucesivas entregas podrán estar

²⁴³ Cfr. Bercovitz Álvarez (2017: 537): “El proveedor o suministrador es la parte que se obliga frente al suministrado a entregarle, a cambio de un precio, y durante un período normalmente pactado, cantidades sucesivas de bienes muebles genéricos”. Debe tenerse en cuenta que lo que entendemos como contrato de suministro puede tener en Alemania dos referencias: el *Sukzessivlieferungsvertrag* (contrato de suministro sucesivo) y el *Bezugvertrag* (contrato de suministro a necesidad). El primero puede hacer referencia tanto a contratos de suministro en los que las sucesivas prestaciones están determinadas ab initio o a contratos de compraventa en los que el vendedor se obliga a realizar prestaciones (parciales) sucesivas; mientras que el segundo será en todo caso un contrato marco de suministro en la medida en que canaliza contractualmente las previsiones de indeterminación de las partes y canaliza sus necesidades y expectativas contractuales derivadas de tales previsiones (cfr. Garrigues, 1961, quien señala precisamente la dificultad de distinguir un contrato de suministro en el que todas las prestaciones están ya detalladas al principio de un contrato de compraventa con entrega fraccionada).

separadas o no por intervalos fijos de tiempo²⁴⁴; pero lo que importa es que cada una de ellas representa un cumplimiento solutorio, y que por tanto se produce una sucesión de cumplimientos solutorios, ocurran o no periódicamente.

Es frecuente, además, que en el contrato de suministro se dejen deliberadamente indeterminadas la cantidad de bienes en cada entrega y frecuencia temporal de cada entrega (*cfr.* STS de 17 de noviembre de 2000; Bercovitz Álvarez, 2017: 535). Hay quien califica este contrato de “suministro a necesidad” (Fernández del Moral Domínguez, 1992). En Alemania, el contrato de suministro en el que es el suministrado quien decide cuánto, y cuándo se le va a suministrar recibe el nombre de *Bezugvertrag*²⁴⁵. Hay que reconocer que esta opción no tiene por qué darse en todos los contratos de suministro (no al menos en toda su extensión siempre), pues las partes son libres de decidir en el contrato base quedar vinculadas por unas condiciones más o menos estrictas. Sin embargo, conviene resaltar dos aspectos importantes a los efectos del presente trabajo:

- (1) la previsión de la indeterminabilidad de la cantidad y frecuencia de las entregas en el contrato base es el mejor ejemplo de cómo el contrato de suministro permite canalizar la flexiseguridad en la circulación de bienes en un contexto como el de la economía actual; y
- (2) es la asunción de que las partes pueden pactar márgenes de indeterminabilidad al inicio, es decir, en el contrato base (y de hecho frecuentemente así lo harán, independientemente del margen de flexibilidad concreto), la que mejor nos permite afirmar que el contrato de suministro es un ejemplo de contrato marco.

La jurisprudencia se ha hecho eco de esta posibilidad en diversas sentencias donde se han tratado asuntos relativos a contratos de suministro. Así, la STS de 7 de junio de 2011, entiende que la validez de un contrato de abanderamiento²⁴⁶ no debe verse

²⁴⁴ *Cfr.* STS de 11 de diciembre de 2002, que califica un contrato de abanderamiento como contrato de tracto sucesivo.

²⁴⁵ *Cfr.* Limbach (2014).

²⁴⁶ *Vid. infra*, apdo. 7 de este Capítulo sobre distinción de figuras afines. Por lo que al asunto que nos ocupa en estos momentos se refiere, el caso resulta digno de atención en la medida en que el contrato de abanderamiento es un contrato de distribución, y los contratos de distribución se diferencian con el contrato de suministro en que en el caso del último los bienes objeto de suministro no necesariamente deberán ser integrados en una cadena de distribución (amén de diferencias particulares entre cada uno de los contratos de distribución y el de suministro, como veremos en su momento). Sí tienen en común

cuestionada por la indeterminación de alguno de los elementos del contrato, ya que “la doctrina admite que la relativa indeterminación de alguno de los elementos del objeto del contrato no es obstáculo para su perfección siempre que exista consentimiento sobre elementos que sean suficientes para que pueda ejecutarse, y no rechaza la posibilidad de su determinación por una de las partes siempre que existan ciertos límites que pongan coto a su posible arbitrariedad”. En otras palabras, la indeterminación *ab initio* de la cantidad de bienes que serán objeto de cambio (o, de la otra parte, de la cuantía concreta del precio) no incumple el artículo 1256 CC, siempre que en el contrato base las horquillas pactadas por las partes no den lugar a una situación de arbitrariedad. Si las partes deciden que el suministro tendrá lugar cuando el suministrado manifieste necesidad de ello (*auf Abruf*), o que el precio se fijará en cada entrega de acuerdo con criterios expresados en el contrato base no cabe afirmar que se dé tal situación de arbitrariedad²⁴⁷. Pueden solucionar este problema cláusulas que establezcan horquillas de cantidad o frecuencia de pedidos (*cf.* SSTs de 27 de septiembre de 2006 y de 13 de mayo de 2008).

Aunque es habitual y conveniente que se pacte la manera en que se notificarán los pedidos (Bercovitz Álvarez, 2017: 535), así como la cantidad y periodicidad de los mismos, si no se ha pactado nada al respecto, habrá que atender a las circunstancias del contrato, particularmente a las necesidades del suministrado, que previsiblemente habrán quedado fijadas en el contrato base (*cf.* art. 513-2.2 APCM). Puede darse incluso que la propia dinámica del contrato exija de facto que el suministrador disponga de un stock mínimo (*ex art.* 1258 CC), como ocurre en el caso de un contrato (oral) de suministro *just in time* que resuelve la STS de 5 de octubre de 2016, donde se admite que para poder cumplir con las entregas que exige el contrato “ el suministrador 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 acaba llevando al Alto Tribunal a condenar a la

la estructura grupal de la que participan (contrato marco) y, consecuentemente, la necesidad de indeterminación inicial de determinados aspectos del objeto del contrato.

²⁴⁷ Se muestra escéptico a este respecto Bercovitz Álvarez (2017: 534), cuando afirma que “esta forma de determinación de la cantidad es quizá demasiado imprecisa, pues deja la interpretación del contrato al arbitrio de una de las partes (lo que quiera el suministrado). Téngase en cuenta que le será muy difícil al proveedor demostrar en un momento dado que el suministrado tiene unas necesidades distintas a las que dice tener”.

empresa suministrada, tras haber roto unilateralmente el contrato, a hacerse cargo del stock sobrante que obraba en poder de la suministradora²⁴⁸.

5.1.1. La facultad de suspensión del suministro

Merece la pena tratar el artículo 513-4 (“Suspensión del suministro”), ya que permite al suministrador reaccionar (anticipadamente) no sólo frente a una situación de impago (*vid. infra*, apdo. 5.2 de este Capítulo), sino, en general, frente a determinadas situaciones en las que pueda producirse una quiebra de la confianza. Según este artículo, “el incumplimiento por el suministrado de cualesquiera obligaciones que le incumben facultará al suministrador a suspender la ejecución del contrato, previa notificación al suministrado con una antelación mínima de siete días”, quedando obligado a reanudar el suministro en plazo no superior a siete días una vez haya sido cumplida la obligación por parte del suministrador siempre que el contrato siga vigente, y a indemnizar los daños y perjuicios causados salvo fuerza mayor.

Este artículo recoge una dilatada jurisprudencia. Por mencionar sólo algunas de las Sentencias que tratan la facultad del suministrador de suspender la ejecución del contrato de suministro, pueden consultarse la STS de 11 de diciembre de 2002, sobre un contrato de suministro de carburantes donde se recoge una cláusula con el siguiente tenor literal “la falta de pago de los suministros ya efectuados por Empetrol, facultará a esta última para suspender éstos hasta tanto el titular de la Estación de Servicio no abone, garantice o afiance de modo suficiente las cantidades adeudadas, con sus correspondientes gastos, quebrantos o intereses”. El Tribunal Supremo califica esta cláusula es “una cautela admisible al amparo del artículo 1255 del Código civil y sólo ejecutable conforme a los principios de la buena fe del artículo 57 del Código de comercio”, y considera que su utilidad práctica es evitar el “incremento injustificado de la deuda o que se lleve al suministrante a servir sin limitación el combustible si se evidencia que no va a poder cobrar su importe”.

Se trata, entendemos, de un artículo con una función análoga a la que desempeñan los artículos 1502 y 1503 CC (en sede del contrato de compraventa), los cuales permiten

²⁴⁸*Vid. supra*, apdo. 2.4 del Capítulo II.

a las partes (comprador en el caso del art. 1502²⁴⁹; y vendedor en el caso del art. 1503²⁵⁰) reaccionar anticipadamente ante una situación de pérdida de la confianza derivada de lo que podríamos denominar incumplimientos del “contenido natural”²⁵¹ del contrato²⁵². Aunque cualesquiera de los artículos mencionados pueden guardar relación con la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1124 CC), se trata en este caso de una reacción *ex post* a un incumplimiento que suele oponerse como excepción (obviamente) frente a una acción de cumplimiento de la contraparte. En los casos de los artículos 1502 y 1503 CC, así como en el caso del artículo 513-4 APCM, estamos ante un remedio del que disponen las partes para reaccionar antes de que se produzca un incumplimiento (Ataz López, 2013: 10631), pero después de haber perdido la confianza en la parte contraria.

Pese a que, como acabamos de exponer, el artículo 513-4 APCM desempeña respecto del contrato de suministro una función análoga a la que desempeñan en sede del contrato de compraventa los artículos 1502 y 1503 CC, resulta complicado afirmar la existencia de identidad de razón que avalaría una aplicación analógica de los dos últimos preceptos al contrato de suministro. Así lo entiende Ataz López (2013: 10639-10640) respecto del artículo 1503 CC, cuando señala que “explícitamente refiere el Código el supuesto de hecho de esta norma sólo a la compraventa de inmuebles lo que excluye su posible ampliación a la de muebles, sin que, por otra parte, quepa la aplicación analógica pues la analogía sólo procede a falta de norma aplicable y, en materia de resolución, la norma aplicable es el artículo 1124”²⁵³ (recuérdese que no cabe el suministro de bienes inmuebles²⁵⁴). En el caso del artículo 1502 CC la falta de identidad de razón obedecería no al tipo de bienes que son objeto de entrega, ya que el

²⁴⁹ Art. 1502 CC: “Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.”

²⁵⁰ Art. 1503 CC: “Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124.”

²⁵¹ Utiliza esta expresión Pasquau Liaño (2009: 2289) en relación con el artículo 1258 CC.

²⁵² Sobre la suspensión del pago del precio en la compraventa, *vid.* Bustos Valdivia (1999).

²⁵³ *Vid.*, *ad abundantiam*, STS de 20 de diciembre de 1989, que aboga por una interpretación restrictiva del precepto (cit. por Sánchez González y Mondéjar Peña, 2009: 3051). Pese a todo, no es uniforme la opinión de que el artículo 1503 CC no sea aplicable a las compraventas de bienes muebles (*cf.* Ataz López, 2013: 10640, nota 3).

²⁵⁴ *Vid.* Bercovitz Álvarez (2017: 531).

artículo 1502 no queda restringido a los bienes inmuebles (*cf.* Ataz López, 2013: 10632), sino a la parte del contrato llamada en cada caso: el artículo 513-4 APCM sólo permite suspender el suministro al deudor de la prestación de entrega (suministrador), mientras que el artículo 1502 CC faculta al acreedor de la prestación de entrega (comprador) para la suspensión del contrato en caso de pérdida de la confianza o temor fundado.

Con todo, la doctrina y jurisprudencia que ha tratado el requisito del temor fundado del comprador a ser perturbado en el dominio o la posesión de la cosa, puede ser un criterio orientador a la hora de decidir si la suspensión del suministro por parte del suministrador está o no justificada, en la medida en que el temor fundado del comprador puede tener su origen en el incumplimiento de determinadas obligaciones del vendedor (del mismo modo que la facultad de suspensión del suministrador obedecería, *ex art.* 513-4 APCM, al incumplimiento de obligaciones del suministrado). Así ocurre en el caso de la STS de 30 de octubre de 1992 (FJ-2), que avala la postura del comprador al suspender el pago del precio por la compra de un inmueble debido a que el vendedor no había llevado a cabo determinadas obligaciones necesarias para la buena marcha del contrato y que justificaban (fundadamente) el temor del comprador: “la finca no figuraba registralmente a su nombre y (...) no había satisfecho el precio de su adquisición por documento privado al expresado titular registral, datos que (...) ofrecen un cuadro de incertidumbres que justifican las precisiones del órgano jurisdiccional y, abonan lo acertado de sus previsiones al no conferir valor decisivo al retraso, demora o suspensión del pago del precio”. Aunque pueda resultar reiterativo, debe hablarse siempre de temor “fundado”, pues no basta que la incertidumbre (en otras palabras, la pérdida de confianza) del comprador fuese meramente hipotética (Sánchez González y Mondéjar Peña, 2009: 3049-3050), ya que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva (Ataz López, 2013: 10633). Del mismo modo, los incumplimientos del suministrado que facultan al suministrador para suspender la ejecución del contrato habrán de revestir la gravedad suficiente.

Finalizamos este apartado con una pregunta que nos sirve para introducir el siguiente: ¿podría el suministrado suspender su obligación de pago del precio en caso de que el vendedor incumpliera determinadas obligaciones que le atañen en aras de la buena marcha del contrato o ante el “temor fundado” de no recibir los bienes objeto de suministro? La respuesta habrá de ser claramente afirmativa si así quedara recogido en

el clausulado del contrato (base) de suministro, pero podría no estar tan clara en caso contrario; es decir, si no se hubiera pactado nada al respecto. Entendemos que sí es posible afirmar la existencia de identidad de razón suficiente entre el supuesto de la realidad que regula el artículo 1502 CC y el caso que planteamos (que no se encuentra regulado siquiera por el APCM), por lo que procedería su aplicación analógica al contrato de suministro²⁵⁵. Este razonamiento no se vería afectado si en un futuro entrara en vigor una regulación del contrato de suministro de contenido idéntico a la que prevé el APCM, ya que el art. 513-3 no prohíbe ningún tipo de cláusulas sobre la forma de pago del precio.

5.2 Pago del precio y las cláusulas de estabilización de precios

La obligación del pago del precio no ofrece novedades especialmente significativas. Se trata de una contraprestación genérica que pesa sobre el acreedor de la prestación específica (en el caso del contrato de suministro, la entrega de los bienes): el suministrado (aunque el artículo 513-3 APCM, que trata el pago del precio en el contrato de suministro, no lo menciona expresamente). Es práctica habitual que el pago del precio de cada entrega tenga lugar en el acto de dicha entrega (así lo recoge el artículo 513-3 APCM, que habla de “prestaciones singulares”), aunque también es frecuente que se produzca cada cierta franja de tiempo previamente establecida en el contrato (*ad ex.*, cada tres meses²⁵⁶). Resultan aplicables a la obligación de pago del precio artículos como el 1170 CC (sobre pago de deudas de dinero) y, por analogía, los artículos 1445 a 1450, 1454 y 1455, y 1501 y 1502 del Código civil.

El pago del precio será normalmente a través de dinero o signo que lo represente (*cf.* art. 1445 CC), y es que el dinero, en tanto que “unidad de medida del valor económico que se atribuye a las cosas y a los bienes en general”, “opera como instrumento de intermediación en los cambios y, por consiguiente, como uno de los más importantes objetos de las posibles prestaciones que se insertan en una relación obligatoria” (Díez-Picazo, 2007: 289-290). No obstante esta indiscutible hegemonía del

²⁵⁵ Sobre la posibilidad de aplicación analógica de determinadas normas del contrato de compraventa al contrato de suministro, *vid. infra*, apdo. 6 de este Capítulo.

²⁵⁶ Esto es frecuente en el caso de suministros continuados, como los de agua, gas o energía eléctrica (Bercovitz Álvarez, 2017: 536).

dinero como vehículo de pago del precio (hasta el punto de que “precio” y “dinero” se usan casi como sinónimos absolutos), la Revolución Digital y, especialmente, la creciente importancia económica de los datos en masa (Big Data) están introduciendo cambios importantes a este respecto.

Por lo que se refiere al pago del precio a través de dinero, cabe destacar en relación con el contrato de suministro la tradicional distinción entre deudas de suma y deudas de valor: son deudas de suma aquellas en las que el deudor cumple “mediante la entrega de una cantidad determinada, careciendo de toda relevancia las variaciones que haya podido experimentar el valor de la moneda”, mientras que son deudas de valor aquellas que “no están sujetas a la contingencia que supone la depreciación de la moneda y atribuyen al acreedor el derecho a obtenerlo con integridad, con independencia de la suma de dinero que se necesite para satisfacerlo” (Moreno-Torres Herrera y Álvarez Lata, 2009: 2122). Con carácter general, se entiende que las deudas pecuniarias son deudas de suma, salvo aquellas que tienen carácter indemnizatorio (Moreno-Torres Herrera y Álvarez Lata, 2009: 2122).

Mientras que el pago del precio (dinerario) concebido como deuda de suma no representa un problema grave en el caso de un contrato de compraventa en tanto que contrato de ejecución puntual, sí puede representarlo en el contrato de suministro al tratarse, en este último caso, de una relación contractual duradera. Son por ello frecuentes cláusulas de “indiciación o estabilización de precios” (Veiga Copo, 2014: 711; Bercovitz Álvarez, 2017: 536).

El precio estará fijado en el contrato base para cada una de las prestaciones, sea de manera fija o atendiendo a criterios preestablecidos, siempre que dichos criterios no sean tan ambiguos que quepa hablar de arbitrariedad (*cf.* STS de 17 de octubre de 2005 vs SSTS de 20 de diciembre de 2007 y de 7 de junio de 2011 entre otras²⁵⁷). No podrá

²⁵⁷ Hay que señalar que en estas sentencias tratan la indeterminación del precio de venta al público por parte de proveedores (es decir, suministrados) en un contrato de abanderamiento. Se trata, en cualquier caso, de un criterio aplicable a la situación que aquí observamos en la medida en que entiende el TS que basta con que los criterios de fijación de un elemento del contrato se encuentren en el contrato base de tal manera que no sea necesario un nuevo acuerdo sobre dicho elemento en particular para que no pueda hablarse de arbitrariedad de una de las partes (art. 1256 CC). Hay que añadir, por lo que respecta a los casos que tratan las sentencias mencionadas, que la STS de 17 de octubre de 2005 se limita a seguir el criterio interpretativo de los hechos del Tribunal de instancia, en la medida en que no llega a consecuencias arbitrarias o ilógicas. Las cláusulas en la STS de 17 de octubre de 2005 y en la STS de 20 de diciembre de 2007 son similares, y en ambas hay alusiones a la “buena fe”, aspecto en el que se apoya la de 2005 para entender que el precio no está suficientemente determinado.

fijarse la cuantía total que habrá de pagar el suministrado en la medida en que se desconocerá al inicio del contrato la cantidad de bienes objeto de cada entrega, su frecuencia y su precio concreto (o alguna de estas tres circunstancias), ya que, como hemos dicho, en el contrato de suministro las partes canalizan la previsible imprevisibilidad de la relación contractual duradera. Es posible que se celebre un contrato de suministro de bienes cuya frecuencia de entrega, precio, cantidad y duración del contrato se conozcan (porque así lo establezcan las partes) desde el inicio. En estos últimos casos será posible averiguar (con una sencilla operación matemática) la cuantía total que habrá de pagar el suministrado; sin embargo no se tratará de un precio unitario en la medida en que tampoco lo será el conjunto de prestaciones periódicas del suministrador.

Aunque no compartimos la calificación como “de suministro” de los contratos sobre contenidos digitales, conviene traer a colación en este momento la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. El Considerando 13 de esta Propuesta hace visible por primera vez los efectos de la Revolución Digital en el paradigma de la onerosidad al señalar que “en la economía digital, los participantes en el mercado ven a menudo, y cada vez más, la información sobre las personas como un valor comparable al dinero”, hasta el punto de que “con frecuencia los contenidos digitales no se intercambian por un precio, sino por una contraprestación diferente al dinero, es decir, permitiendo el acceso a datos personales u a otro tipo de datos”. Tanto es así, que el artículo 3.1 de la Propuesta contempla el pago a través de “un precio” o de la entrega activa de “otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos”. El texto de la Propuesta se encuentra actualmente en fase de discusión, habiéndose presentado hasta la fecha dos documentos con enmiendas a la versión original, de 2015. Esto nos permite poner el foco sobre el término “precio”, y mostrar a través del mismo el paradigma de la onerosidad está cambiando. Hemos dicho que los términos “precio” y “dinero” se utilizan como sinónimos casi absolutos, y así puede verse en el artículo 2.6 de la Propuesta en su versión de 2015, que define el precio como “dinero pagadero a cambio de los contenidos digitales suministrados”. Acto seguido hemos afirmado que esta identificación casi absoluta está cambiando, y podemos observarlo en las enmiendas tanto en 2016 como en 2017, que amplían la definición del precio, y entienden por tal no sólo el dinero sino también cualquier representación

digital de valor (en una clara alusión a los datos vistos como mercancía u objeto de cambio).

Todo lo dicho supone, por un lado, poder sostener la afirmación más o menos superficial de que en los contratos (llamados) de suministro de contenidos digitales es posible que el cliente pague entregando activamente²⁵⁸ datos. Pero también, y lo que es más importante, que estamos asistiendo a un cambio en el paradigma de la onerosidad²⁵⁹ que afecta, en general, a todos los contratos sinalagmáticos. Podría pensarse que este cambio de paradigma sólo afecta a contratos informáticos²⁶⁰, pero afecta no sólo a contratos informáticos, sino también electrónicos²⁶¹; y se da la circunstancia nada desdeñable de que éstos copan la gran mayoría del volumen de contratación en la actualidad de nuestra hiperconectada sociedad.

5.3 Obligación recíproca de mantenimiento y cuidado de la confianza contractual flexisegura en una relación duradera

El contrato de suministro es un contrato duradero, que permite responder a unas necesidades de las partes que se prolongan en el tiempo; es decir, necesidades duraderas (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 12 y 22-23²⁶²). Las necesidades duraderas de las partes en el contrato de suministro se manifiestan de un modo que podríamos

²⁵⁸ Es importante este requisito de la entrega activa de datos, pues no se considera pago la entrega de datos requeridos por cuestiones técnicas, tal como señala el Considerando 14 de la Propuesta, cuando afirma que ésta “no debe aplicarse a las situaciones en las que el proveedor recaba datos necesarios para que los contenidos digitales funcionen de conformidad con el contrato, por ejemplo, la localización geográfica cuando sea necesaria para que una aplicación móvil funcione correctamente, o con el único fin de cumplir requisitos legales, por ejemplo cuando el registro del consumidor es necesario por motivos de seguridad e identificación en virtud de la legislación aplicable”.

²⁵⁹ Sobre la evolución del paradigma de la onerosidad a la luz de la Revolución Digital pueden consultarse lo dicho por Cámara Lapuente (2016: 40), Becker (2017: 259), y Zoll (2017: 181), amén de la Comunicación de la Comisión Europea de 2014 titulada *Digital Economy – Facts & Figures*.

²⁶⁰ Se entiende por contratos informáticos aquellos cuyo objeto de intercambio es un bien o servicio informático.

²⁶¹ Se entiende por contratos informáticos aquellos cuyo objeto de intercambio es un bien o servicio informático; mientras que hablamos de contratos electrónicos para hacer referencia a contratos en los que el canal de comunicación entre las partes es electrónico. Podrá observarse que no son realidades excluyentes (para un análisis comparativo sobre contratos electrónicos e informáticos, Madrid Parra, 2011: 5-35).

²⁶² *Cfr.* en igual sentido, STS de 30 de noviembre de 1984, que afirma que la función económica y jurídica del contrato de suministro es “la satisfacción de necesidades continuas, para atender al interés duradero o continuado del acreedor”.

denominar “dual”: por un lado, darán lugar a necesidades e intereses concretos y, por otro, se mantendrá una situación de necesidad continuada a lo largo de todo el período. La necesidad duradera se manifiesta en su plenitud, se materializa, a través de cada una de las necesidades puntuales que de ésta se derivan, sin que deba considerarse por ello que las últimas son “partes” de una suerte de “necesidad mayor”. Es importante tener en cuenta esta circunstancia, ya que la satisfacción (es decir, el cumplimiento solutorio) de cada una de las manifestaciones de una necesidad duradera en el momento en que se produzcan no elimina la necesidad misma; es decir, no la satisface por completo, no permite al encargado de atender dicha necesidad duradera (deudor) llevar a cabo un cumplimiento solutorio de la misma. (*cf.* Fernández del Moral Domínguez, 1992: 26-27).

Por otra parte, el contrato de suministro proporciona seguridad y tranquilidad a las partes en la satisfacción de sus necesidades duraderas:

- (1) “simplifica la búsqueda de un contratante adecuado”²⁶³;
- (2) “asegura el aprovisionamiento (al suministrado) no sólo en un momento determinado y más o menos inmediato, sino igualmente por un período de tiempo futuro”²⁶⁴;
- (3) permitiendo una expectativa de calidad, puntualidad y, en definitiva, fiabilidad en el cumplimiento de las obligaciones;
- (4) asegura la colocación de los productos al suministrador; y
- (5) permite hacer frente a la fluctuación de precios a lo largo de un tiempo prolongado a través de cláusulas de estabilización u horquillas de precios.

La seguridad que proporciona el contrato de suministro a las partes se ve complementada (a través de una suerte de círculo virtuoso) por un alto grado de flexibilidad, de tal manera que las partes no se verán atadas por una relación contractual duradera excesivamente rígida. Aunque pueda parecer paradójico a priori, este alto grado de flexibilidad es uno de los elementos que mejor contribuyen a que la relación contractual perdure en el tiempo, pues la permite adaptarse a los cambios que vayan surgiendo sin necesidad de llevar a cabo una modificación o una novación contractual (cosa que sí sería necesaria en un contrato-línea y, comparado con el contrato de suministro, excesivamente rígido).

²⁶³ Fernández del Moral Domínguez (1992: 30).

²⁶⁴ Fernández del Moral Domínguez (1992: 30-31). El paréntesis es nuestro.

Toda esta panacea no puede sobrevivir si las partes no cuidan una relación contractual de confianza, o ésta se quiebra por algún motivo; es decir, si no colaboran mutuamente para la buena marcha del contrato en su conjunto. Precisa Fernández del Moral Domínguez (1992: 32) que la colaboración que permite el contrato de suministro debe entenderse “en un sentido más económico que jurídico”. Consideramos, no obstante, que esta colaboración debe encontrar una canalización contractual, pues de lo contrario no pasaría de ser un mero desiderátum de las partes o una consideración sin trascendencia práctica alguna. Esto no significa que el contrato de suministro sea un contrato “de colaboración”, pero sí un contrato “en el que las partes colaboran”²⁶⁵, y en el que, por tanto, el deber de colaboración acaba materializándose en una obligación continuada de “mantenimiento y cuidado de la confianza contractual flexisegura” que constituye la base de la relación contractual duradera que tienen las partes a través del contrato de suministro (*vid. supra*, Capítulo I). Se trata, pues, de una auténtica obligación contractual que pesa sobre ambas partes, si bien respecto de cada una puede concretarse en acciones u omisiones (o, incluso, mera actitud de disponibilidad) diferentes.

El deber de colaboración no existe como tal en el Código civil. Hasta el momento, el cauce a través del cual ha resultado exigible ha sido el artículo 1258 CC²⁶⁶: si las partes están obligadas a cumplir no sólo con la literalidad del contenido del contrato sino, además, con todo aquello que de éste se derive²⁶⁷, se colige que están igualmente obligadas a colaborar mutuamente de tal manera que el contrato pueda llegar a

²⁶⁵*Cfr.* SAP de Madrid de 12 de junio de 2012, referente a un contrato de obra informática entre Tecnicasa (comitente) y Sistemas Web Consultores (contratista). Tecnicasa decide resolver el contrato debido al incumplimiento por parte de Sistemas Web Consultores al no ejecutar la obra en el tiempo convenido. Sistemas Web Consultores se opone alegando que el contrato era un “contrato de colaboración”, y que su incumplimiento se debió a que Tecnicasa no colaboró. La Audiencia rechaza este argumento alegando que el deber de colaboración “tampoco debe desvirtuar la naturaleza del contrato como de ejecución de obra” (SAP de Madrid de 12 de junio de 2012, FJ-4).

²⁶⁶*Cfr.* la STS de 15 de noviembre de 2006, donde se relaciona el artículo 1258 CC con la protección de la confianza (Pasquau Liaño, 2009: 2290); lo que, en relación con el contrato de suministro, se traduce en mantener y cuidar la “confianza en la relación contractual flexisegura”.

²⁶⁷*Vid.* Pasquau Liaño (2009: 2286-2287): “si es cierto que la existencia del contrato deriva del mero consentimiento, el contenido del mismo puede ir más allá de lo pactado, integrándose con determinaciones exteriores a la voluntad de las partes. Los contratos obligan no sólo a lo (expresamente) pactado, sino a algo más (...) no se trata de precisar qué quisieron las partes al tiempo de la celebración, sino a qué resultan obligados, además de a lo querido de mutuo acuerdo”. Señala igualmente este autor que la utilización de este artículo debe ser muy ponderada, ya que “extiende la fuerza vinculante de las convenciones fuera de su ámbito propio, que es el acuerdo” (Pasquau Liaño, 2009: 2288).

cumplirse, lo que exige en ocasiones una conducta activa, que en cada supuesto contractual se concretará de una manera distinta (STS de 18 de julio de 2002).

Sí se menciona expresamente el deber de colaboración (o cooperación) en el DCFR²⁶⁸: III.-1:104 (“Co-operation”), IV.C.-2:103 (“Obligation to cooperate”), y IV.C.-3:102 (“Obligation of client to co-operate”). Es importante tener en cuenta la ubicación de cada uno de estos artículos: el primero (art. III.-1:104 forma parte del Libro III (que trata con carácter general las obligaciones); el segundo (art. IV.C.-2:103) trata con carácter general las obligaciones en que se manifiesta el deber de colaboración en las disposiciones generales sobre los contratos de servicios; y el tercero (art. IV.C.-3:102), trata específicamente las obligaciones en que se manifiesta el deber de colaboración en el contrato de obra. Esta estructura escalonada de mención y definición del deber de colaboración ha sido imitada por la PCC, como puede observarse en la siguiente tabla comparativa. Dado que el contrato de suministro difícilmente puede entenderse como un caso específico de “contratos de servicios” (entendidos como una de las dos macro-categorías en que parecen querer dividirse los tipos contractuales – compraventa vs servicios), sólo haremos mención en la tabla de aquellos artículos que, dentro del contrato de servicios (o, específicamente del contrato de obra) tratan el deber de colaboración. Sí transcribimos íntegros los artículos III.-1:104 DCFR y 511-2 PCC ya que, en tanto que disposiciones comunes relativas a obligaciones y contratos en general, son aplicables al contrato de suministro:

²⁶⁸ La posible aplicación del DCFR en España vía artículo 3 del Código civil ha sido defendida por parte de la doctrina (VaquerAloy, 2013: 93-115) y por alguna jurisprudencia, como es el caso de la SAP de Barcelona de 15 de abril de 2014.

DCFR	PCC
Art. III.-1:104 (Cooperación). Libro III (Las obligaciones y sus correspondientes derechos): “El deudor y el acreedor están obligados a cooperar entre sí cuando y en la medida en que, razonablemente, quepa esperar dicha cooperación para el cumplimiento de la obligación del deudor.”	Art. 511-2 (Buena fe y deber de cooperación). Libro V, Título I (De las obligaciones en general), Capítulo I (Disposiciones generales): “El acreedor y el deudor están obligados a cooperar entre sí para el cumplimiento de la obligación y a comportarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe.”
Art. IV.C.-2:103 (Obligación de colaboración). Libro IV, Título C, Capítulo 2 (Reglas aplicables a los contratos de servicios en general)	Art. 582-10 (Deberes de cooperación). Título VIII, Capítulo II (Disposiciones comunes de los contratos de servicios).
Art. IV.C. (Obligación de colaboración por parte del cliente). Libro IV, Título C, Capítulo 3 (Reglas específicas aplicables al contrato de “construcción”)	Art. 583-26 (Deber de colaboración del comitente). Libro V, Título VIII, Capítulo III, Sección 3ª (Reglas específicas aplicables al contrato de obra mobiliaria)

El mantenimiento y cuidado de la relación de confianza contractual flexisegura se materializa y se consolida en el caso del contrato de suministro a través de cada una de las manifestaciones de las necesidades puntuales de las partes y su satisfacción a través del propio contrato, es decir, a través de los pedidos. La quiebra de la confianza puede venir de la mano de un reiterado incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del suministrador (bienes de calidad deficiente, entregas con retrasos, falta de seriedad en la toma de los pedidos...), o de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del suministrado (impagos, pagos retrasados o incompletos, falta de seriedad en la recepción de los pedidos...).

Además de estas situaciones, que pueden darse tanto en contratos lineales como en contratos-red, existe una última vía de quiebra de la confianza contractual (ahora sí... flexisegura) que afecta a éstos últimos: la no realización de pedidos, es decir, la no

celebración de contratos de aplicación de suministro. Se trata de una situación delicada, pues no todos aquellos casos en que no se realicen pedidos supondrán per se una quiebra de la confianza en la relación contractual flexisegura. Habrá que estar a la voluntad de las partes y las costumbres (no sólo generales, sino las específicas que hayan generado las propias partes a lo largo del tiempo que lleve teniendo lugar la relación contractual) y al tipo de suministro concreto²⁶⁹.

5.4 (Posibles) pactos de preferencia o exclusividad²⁷⁰

Los pactos de preferencia o exclusividad no forman necesariamente parte del contenido del contrato base de suministro, pero sí es frecuente encontrarlos. La posibilidad de incluir pactos de preferencia o exclusividad en el contrato de suministro es una característica más que diferencia este contrato del de compraventa. No obstante, debe señalarse que los pactos de preferencia o exclusividad no se encuentran únicamente en contratos de suministro, sino en otros igualmente relacionados con la circulación de bienes como los contratos de franquicia o de distribución. Por esta razón será importante, como ya hicimos en el Capítulo anterior, distinguir el contrato de suministro de otras figuras afines (*vid. infra*, apdos. 6 y 7 de este Capítulo).

A través de un pacto de preferencia en un contrato de suministro una parte del contrato se obliga a preferir a la contraria para la celebración de futuros contratos de aplicación de suministro. Debe diferenciarse el pacto de preferencia del derecho de opción de un contratante a celebrar un nuevo contrato de suministro²⁷¹. A través del pacto de exclusiva las partes se obligan no a preferir a la contraria, sino a que ésta será la única con que contratarán el suministro.

El APCM hace referencia solamente al pacto de preferencia (art. 513-5), entendiéndose por tal aquél por el cual “el suministrado se obliga a conceder preferencia al suministrador en la celebración de un contrato de suministro sucesivo con el mismo

²⁶⁹ Hemos tratado este aspecto en relación con el contrato marco (*vid. supra*, apdo. 2.4 del Capítulo II). Aunque su tratamiento en profundidad respecto del contrato de suministro corresponde al Capítulo siguiente

²⁷⁰ *Cfr.* Albiez Dohrmann (2009: 78-89).

²⁷¹ *Cfr.* Torres Lana (1982: 69 y 172), quien diferencia entre contrato de opción (al que califica de contrato preparatorio) y derecho de opción (“la posibilidad que ostenta el beneficiario de realizar el acto de elección, que consiste, como ya sabemos, en dar o no realidad al contrato definitivo”).

objeto”, instituyendo una suerte de derecho de opción a favor del suministrador para el caso de que el suministrado hubiera recibido ofertas en condiciones más ventajosas (art. 513-5.2 APCM). En lo que a este punto respecta, entendemos que la regulación que propone el APCM del contrato de suministro genera un desequilibrio innecesario (en tanto que regulación supletoria) entre las partes; pues nada impide que el pacto de preferencia pueda ser del suministrador al suministrado, de tal manera que sea el suministrador quien se obligue en el contrato base de suministro a conceder preferencia al suministrado de cara a la realización de ulteriores pedidos/entregas (contratos de aplicación de suministro) de bienes. Es decir, la situación que contempla el artículo 513-5 APCM puede darse, y de hecho así ocurre, tanto de suministrado a suministrador (supuesto contemplado) como de suministrador ha suministrado (supuesto ignorado).

La regulación del APCM en estos aspectos del contrato de suministro es asimismo parcial, pues brilla por su ausencia una mención a posibles pactos de exclusividad en el suministro. Del mismo modo que suministrador y suministrado podrían obligarse en el contrato base de suministro a firmar pactos de preferencia, pueden firmar pactos de exclusividad. El juego sería muy parecido al que acabamos de describir: puede el suministrador obligarse a suministrar bienes exclusivamente al suministrado, o puede el suministrado obligarse a pedir bienes exclusivamente al suministrador (*cf.* art. 5101-1.5.a y b PCC). Los apartados a y b del artículo 5101-1.5 PCC hacen referencia a lo que denominan “contratos de compra en exclusiva” y “contratos de venta en exclusiva”, respectivamente, considerándolos ejemplos de “contratos de distribución”, entendidos éstos últimos como categoría más amplia que hace referencia a varios tipos específicos de contratos. Debemos señalar, no obstante, que tal como se describen los mentados contratos hacen referencia, en realidad, al asunto que estamos tratando: pactos de exclusividad en el contrato de suministro (el cual, dicho sea de paso, no figura en el articulado de la PCC).

Muestra de la necesidad de “decir algo” al respecto de los pactos de exclusividad en el contrato de suministro es que éstos pueden tener lugar incluso de manera tácita. Así ocurre en el caso de un contrato de suministro (“modalidad *just in time*”) del que conoce la STS de 5 de octubre de 2016, donde se condena a la empresa suministrada a hacerse cargo del stock obrante en poder de la suministradora tras la ruptura unilateral del contrato (que en aquel momento llevaba vigente 25 años), ya que, aunque no existía pacto de exclusividad entre las partes (el propio contrato de suministro era verbal), “la

suministradora, proveedora única de la suministrada, adaptó su organización empresarial al cumplimiento de esta obligación que representaba su principal fuente de ingresos”.

Este caso pone de manifiesto no sólo la necesidad de que una eventual tipificación normativa del contrato de suministro defina los pactos de exclusividad, sino que instrumente mecanismos de protección de aquella parte (suministrador o suministrado) que, como consecuencia de pactos (explícitos o tácitos) de preferencia o de exclusividad, pueda verse en riesgo de quedar en una situación de dependencia económica de la parte contraria.

6 La extinción del contrato de suministro

El contrato de suministro puede extinguirse por resolución tras incumplimiento, porque suceda un evento que en el contrato base haya sido contemplado por las partes como condición resolutoria explícita, o por denuncia de cualquiera de las partes. Los aspectos relativos al incumplimiento los trataremos en el siguiente Capítulo, en la medida en que la consideración del contrato de suministro como contrato marco tiene una incidencia directa en la dinámica del cumplimiento. Por lo que respecta a las dos últimas formas en que puede extinguirse un contrato debemos comenzar señalando algo obvio: los contratos de suministro pueden tener pactada una duración determinada en el contrato base de suministro, o no tenerla (*cf.* arts. 513-6 y 513-7 APCM; Bercovitz Álvarez, 2017: 534-535).

Si en el contrato de suministro figura una cláusula de duración determinada o un término (*ad ex.*, los siguientes cuatro años, o el 31 de marzo de 2021) el transcurso de ese tiempo o la llegada de la fecha actuarán como una condición resolutoria explícita. Naturalmente, el mero transcurso del tiempo no es la única circunstancia que puede actuar como condición resolutoria explícita²⁷², pero sí tiene una especial importancia.

²⁷² *Cfr.* STS de 16 de diciembre de 2004. En esta sentencia se decide, entre otros asuntos, la declaración de que un contrato de suministro de agua entre Malavella SA y Balneario Prats ha quedado extinguido por una condición resolutoria expresada en el contrato. En el contrato figuraba la siguiente cláusula: “es condición del presente contrato que la propietaria del Balneario corresponda a D^a Nuria o a sus descendientes, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula adicional anterior”. Según constata el Tribunal Supremo en el FJ-5 de esta sentencia, “la naturaleza resolutoria del acontecimiento futuro e incierto a que se refiere la cláusula contractual resulta del tenor literal de la misma, que exterioriza el

Lo habitual será que las partes pacten una duración del contrato y la posibilidad de prórroga. La prórroga puede ser: (1) expresa o tácita; y (2) automática o facultativa. Si la prórroga es tácita, será también automática; si es expresa, podrá ser automática o facultativa. La prórroga automática opera por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de un nuevo asentimiento de las partes. La prórroga facultativa necesitará de un nuevo consentimiento de las partes, aunque se limite al asentimiento respecto de la continuación de la relación contractual tal como venía desarrollándose.

Se produciría una prórroga tácita del contrato marco de suministro si las partes continúan celebrando contratos – de aplicación – en el marco del mismo contrato de suministro. Esta situación supone necesariamente una prórroga de la vigencia del contrato base de suministro, que continuará siendo el contrato de referencia para los contratos de aplicación de suministro que sigan celebrando las partes. Esta situación de posible prórroga tácita del contrato de suministro, incluso con carácter automático, es frecuente. Se entiende, por tanto, que el artículo 513-6 del APCM se exprese en los siguientes términos: “Los contratos por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto se considerarán contratos de duración indefinida”. Cabe preguntarse si en estos casos estamos ante el mismo contrato (marco) de suministro, que ha sido prorrogado, o ante un nuevo contrato de suministro que toma del anterior el contenido del contrato base y la estabilidad y buena marcha del contrato marco de suministro en su conjunto²⁷³.

La hipótesis que requiere un análisis algo más detenido se refiere a la extinción de un contrato de suministro de duración indefinida. Esta situación la contempla el art. 513-7 del APCM en los siguientes términos:

“Artículo 513-7. Extinción del contrato por tiempo indefinido.

1. El contrato se considera pactado por tiempo indefinido cuando así se haya convenido expresamente y cuando no se hubiera fijado una duración determinada.

ánimo de los contratantes de resolver la relación en el caso de que el Balneario Prats fuera adquirido por terceros no descendientes de D^a Nuria. El evento se ha verificado (*conditio existit*) y sus consecuencias deben operar de acuerdo con la voluntad que válidamente lo contempló como causa resolutoria”.

²⁷³ De esta última opinión parece ser Bercovitz Álvarez (2017: 547) cuando afirma que en tales casos “se ha celebrado un nuevo contrato de suministro con idénticas condiciones al anterior contrato extinguido excepto en el plazo de duración, que en el nuevo contrato es indefinido”.

2. El contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia de cualquiera de los contratantes notificada al otro con una antelación de tres meses. Si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.

3. Los contratantes podrán pactar plazos mayores de preaviso, sin que el plazo de preaviso del suministrado pueda ser inferior en ningún caso al establecido para el preaviso del suministrador.

4. El incumplimiento por cualquiera de los contratantes de lo dispuesto en este precepto en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de ello.”

La situación contemplada por este artículo no es más que la propia de las relaciones contractuales de duración indefinida que ya analizamos en el apdo. 4.5 del Capítulo III, al que nos remitimos a efectos de evitar reiteraciones innecesarias. Sí merece la pena subrayar algunas cuestiones.

En primer lugar, la similitud entre los artículos 513-7 APCM, apdos. 1 a 3 y 526-3.4 PCC, y el § 314 BGB, apdo. 4. En todos estos preceptos se recoge la posibilidad de las partes de desvincularse del contrato de duración indefinida comunicándolo a la contraparte con un plazo de preaviso razonable. El art. 513-7 APCM concreta esta regla por lo que se refiere al contrato de suministro, y concreta el requisito del plazo razonable en dos situaciones: si el contrato está vigente por menos de un año, el preaviso deberá ser de tres meses como mínimo, y si supera el año de vigencia, de un mes; todo ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar (en el contrato base de suministro) la obligación de fijar plazos de preaviso más amplios.

La necesidad de avisar con un tiempo razonable de la denuncia de un contrato duradero ya ha sido observada por la jurisprudencia. La STS de 21 de noviembre de 2005 trata la resolución de un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida. En su FJ-2 recuerda que “los contratos de exclusiva de duración indefinida pueden ser resueltos unilateralmente con plena validez y eficacia jurídica”, sin necesidad de examinar si la causa de la resolución (es decir, de la denuncia) del contrato está o no justificada (como entendía la AP de Valencia). La cuestión litigiosa se centra en determinar si el concedente tiene obligación de indemnizar al concesionario por denunciar el contrato y por qué motivo. A juicio del Tribunal Supremo (FJ-4), “la

resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue”, de tal manera que “el daño por falta de preaviso (en la denuncia del contrato) es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución”²⁷⁴. Continúa el FJ-4 de esta sentencia diciendo que “si el preaviso no se ha pactado, no por ello ha de observarse ningún plazo, pues entra en la naturaleza de la propia relación jurídica por tiempo indeterminado que anticipadamente se ponga en conocimiento de la otra parte la finalización de la relación, y así se observa en el uso cotidiano de los negocios (artículo 1258 del Código civil)”, de modo que “la concreción del plazo dependerá de las circunstancias concurrentes”. El dictado del art. 513-7 supone una novedad no sólo respecto de los artículos anteriormente señalados, sino también del criterio de la jurisprudencia, que habla de un plazo razonable de preaviso.

Deben mencionarse, por último, respecto de la contratación con consumidores, los artículos 62 y 87.6 del TRLGDCU. Según el artículo 62 TRLGDCU, los contratos de “suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato”. En estos contratos, además, “se prohíben las cláusulas que establezcan pactos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato”, quien “podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato de la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas” (art. 62.3 TRLGDCU). Las cláusulas que en los contratos de suministro de productos de tracto sucesivo o continuado impongan plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos u obstaculicen su ejercicio a través del procedimiento pactado (art. 87.6 TRLGDCU)²⁷⁵. Debe contemplarse, finalmente, el artículo 49.1.j TRLGDCU, que considera este tipo de cláusulas como constitutivas de infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Las reglas de los mencionados artículos del TRLGDCU se aplicarán tanto a contratos de suministro de duración determinada como a contratos de suministro de

²⁷⁴ El paréntesis es nuestro.

²⁷⁵ Aunque puede parecer una reiteración cuestionable, autores como Cámara Lapuente (2011: 544-545) o Cavanillas Múgica (2008: 2134) entienden que tiene sentido mantener la regla en ambas partes del TRLGDCU.

duración indefinida. Se trata, en cualquier caso, de un reflejo de los criterios que acabamos de expresar con carácter general aplicado a contratos de suministro celebrados con consumidores. No deja de tener importancia, por otra parte, que se hable de contratos de suministro de productos “de tracto sucesivo o continuado”, pues la similitud de esta expresión con la que utilizan los arts. 1559 del *Codice civile* y 513-1 del APCM es evidente (en estos últimos casos se habla de “prestaciones periódicas o continuadas de bienes”). Es difícil saber qué considera la jurisprudencia “duración excesiva”, no sólo porque dependerá de cada sector de la contratación, sino porque son pocas hasta ahora las sentencias que se ocupan de aplicar estos artículos a contratos de suministro (y suelen ser suministros de energía eléctrica o gas): la mayoría aplican este artículo a contratos de mantenimiento de ascensores (*cf.* Cámara Lapuente, 2011: 549). No olvidemos que estos artículos mencionan también los contratos de servicios.

7 El contrato de suministro de bienes y su tradicional asimilación al contrato de compraventa

Un breve repaso por la jurisprudencia y la doctrina referente al contrato de suministro justifica la necesidad de abordar la proximidad que tradicionalmente ha sido observada entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa; si bien no han dejado de subrayarse acto seguido las diferencias entre ambos contratos. Cabe destacar en este sentido el uso impropio del término “suministro” en la STS de 20 de diciembre de 2005, en cuyo FJ-1 podemos leer lo siguiente:

“se identificó el problema suscitado como la resolución de *un contrato de compraventa* con indemnización de daños y perjuicios, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1124 y 1101 del Código civil. De la acción se exonera al demandado D. Silvio, ya que no se demuestra que *los suministros* fueran realizados por él...” (la cursiva es propia)²⁷⁶.

²⁷⁶ El mismo baile de términos puede observarse “del otro lado” en las SSTS de 3 de febrero de 1989 (contrato de suministro de vinagre al que en el FJ-4 califica de “compraventa”, y en la STS de 13 de junio de 1989 (FJ-3) (en esta ocasión el contrato es de suministro, nada menos que de energía eléctrica) cuando afirma que “los contratos celebrados merecen la calificación de compraventa, bajo la modalidad de suministro de la susodicha energía”. Es significativa, además, esta afirmación por cuanto se desprende que concibe el suministro como una variante del contrato de compraventa (se hace eco de esta última Llamas Pombo, 2014: 140).

Recuerda la doctrina que se ha considerado tradicionalmente el contrato de suministro como una modalidad especial de venta de bienes muebles, hasta el punto de que es frecuente confundirlo con la compraventa con entregas fraccionadas. Ello se debe a que las obligaciones de las partes son, en última instancia, las mismas: el suministrador estará obligado a entregar los bienes y a que éstos sean conformes con el contrato (*cf.* arts. 35 a 44 CISG), mientras que el vendedor estará obligado al pago del precio (*cf.* STS de 12 de junio de 1971). Sin embargo, el contrato de suministro presenta una singular naturaleza debido a su flexibilidad, a que las prestaciones son independientes unas de otras y a que cumple una función económica diferenciada (*vid.* Bercovitz Álvarez, 2017: 323 y 537)²⁷⁷.

A pesar de la constante alusión a la “afinidad” existente entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa, debe afirmarse que son dos tipos contractuales autónomos y diferenciados. Así lo entiende la STS de 30 de noviembre de 1984, en un asunto relativo a un contrato de suministro de hormigón. La consideración del contrato de suministro como un contrato autónomo y diferenciado de la compraventa no es, en el caso tratado, en absoluto baladí, ya que es precisamente ésta la que permite al Tribunal Supremo afirmar que no ha transcurrido el plazo de ejercicio de la acción por incumplimiento. La parte suministradora entregó, según reconoce, un hormigón de calidad deficiente. Sin embargo, entiende que ha transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, que sitúa en los 30 días al tratarse, según afirma, de una compraventa mercantil (*ex* art. 342 CCom) o, como máximo, en los 6 meses si se entendiera que la compraventa es civil (*ex* art. 1484 CC). El Tribunal Supremo rechaza esta postura argumentando que la acción no ha prescrito, pues debe acudir al plazo general de 15

²⁷⁷ *Cfr.*, entre otros, Puente Muñoz (1967: 97); Díez-Picazo (2010: 175); Albiez Dohrmann (2013: 143-144); Grimalt Servera (2013: 129), y Llamas Pombo (2014: 139). Puente Muñoz afirma que “cabe pensar al suministro como una figura independiente o como una simple modalidad de compraventa”, para a continuación subrayar que, pese a que suministro y compraventa son contratos traslativos del dominio, responden a necesidades económicas diferentes ya que en el suministro no sólo responde a la necesidad de adquisición de bienes, sino que esta necesidad está condicionada por condiciones temporales (duración y periodicidad o continuidad) que son específicas del contrato de suministro. Por su parte, Albiez Dohrmann subraya que tanto en el contrato de suministro como en el de compraventa tiene lugar la entrega (y consecuente adquisición en el Derecho español *ex* art. 609 CC) de bienes: “La similitud con la compraventa es total si consideramos que el suministro y la entrega de materiales son sinónimos” (la cursiva es propia). Sin embargo, la mera entrega no es lo único que debe tenerse en cuenta en el contrato de suministro, pues “queda claro que se trata de un contrato de prestaciones de tracto sucesivo durante un tiempo, y cuya continuidad es fundamental para el suministrado, dado que su interés sólo se satisface plenamente cuando la entrega es segura”.

años del artículo 1964 CC²⁷⁸ en la medida en que la acción derivaría del incumplimiento del artículo 1101 CC, que resultaría aplicable como “cobertura legal genérica para todo supuesto de incumplimiento contractual”, en la medida en que el contrato de suministro es un contrato atípico, “lo que implica la necesidad de recurrir a las normas generales de las obligaciones y contratos, pues aunque sea afín a la compraventa, en su forma de entregas repartidas o diferidas, es evidente que no puede identificarse con ella”.

Cabe hacer una consideración previa desde un punto de vista meramente terminológico: no hay necesidad en Derecho, en buena técnica jurídica, de llamar de dos maneras distintas a la misma cosa o, en este caso, al mismo contrato. Si ya existe el contrato de compraventa, y se trata, además, de un contrato sumamente extendido hasta el punto de que puede afirmarse sin temor a equívocos que se trata del paradigma contractual para la circulación de bienes (Domínguez Martínez, 2013: 51)²⁷⁹, no es descabellado sostener que cuando las partes acuden a un contrato atípico (desde el punto de vista normativo) será porque sus necesidades no se ven cubiertas por otros contratos (*cfr.* Fernández del Moral Domínguez, 1992: 22). Las necesidades de las partes que celebran un contrato de suministro no son idénticas a las de aquellas otras que celebran un contrato de compraventa: en el caso del contrato de suministro las partes intentan satisfacer una necesidad duradera, que acabará materializándose en distintos momentos futuros a lo largo de la relación contractual.

¿Qué razones nos llevan a afirmar, en contra de lo que parece ser la opinión comúnmente extendida, la autonomía plena del contrato de suministro como figura contractual? Son cuatro, entendemos, las principales razones que permiten afirmar la autonomía del contrato de suministro como categoría contractual respecto del contrato de compraventa:

- (1) el contrato de suministro es un contrato duradero, mientras que el contrato de compraventa es un contrato de ejecución puntual;
- (2) el contrato de suministro da lugar a una relación contractual flexisegura, mientras que el contrato de compraventa no, lo que lleva a afirmar que el

²⁷⁸ Desde 7 de octubre de 2015 el plazo general de prescripción es de cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación al haber sido modificado este artículo por la Disposición Final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

²⁷⁹ *Vid.* igualmente, el Considerando VI-22 de la Exposición de Motivos del APCM, donde se afirma que “el contrato de compraventa es el prototipo de contrato de intercambio de bienes básico para el tráfico mercantil”; y Albiez Dohrmann (2002:1199).

contrato de suministro cumple una función económica diferenciada del contrato de compraventa²⁸⁰; y

- (4) el contrato de suministro está estructurado como un contrato grupal, compuesto por un primer acuerdo general y por una serie de contratos futuros a través de los cuales tiene lugar el desarrollo de las prestaciones periódicas o continuas previstas en el primer acuerdo.

El contrato de suministro es un contrato duradero, mientras que el contrato de compraventa es un contrato de ejecución puntual (*cf.* Puente Muñoz, 1967: 97; Bercovitz Álvarez, 2017: 523²⁸¹). A través del contrato de suministro, por tanto, se canaliza una necesidad duradera de las partes. Esto no significa que quienes celebran un contrato de compraventa no intenten satisfacer una necesidad duradera; pero sí que dicha necesidad no queda canalizada a través del contrato de compraventa. Son especialmente claras a este respecto las palabras de Fernández del Moral Domínguez (1992: 28):

“Una necesidad que un sujeto puede prever se prolongue en el tiempo, puede llevar a celebrar un contrato por el que, con una sola entrega, se le proporcionen todos los objetos necesarios, que, posteriormente, el sujeto interesado irá utilizando y administrando según sus conveniencias. En este caso, la necesidad duradera y el interés duradero no están contemplados como tales en el contrato que vincula a las partes. No se tratará nunca de un suministro”.²⁸²

La función económica del contrato de suministro, su causa²⁸³, es la satisfacción de las necesidades duraderas, sean estas periódicas o continuadas, de ambas partes (*cf.*

²⁸⁰ Sobre esta cuestión, Garrigues (1961) señala que el “fundamento económico” del contrato de suministro “está en el deseo de hallar satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes en la vida moderna que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento que surgiese la necesidad”. Para Garrigues la opción de la compraventa tendría un doble riesgo: “(1) el de la inseguridad respecto de la conclusión del contrato mismo, ya que dependería de la posesión de mercancías en los almacenes del vendedor y de la disposición de éste para venderlas y (2) el de la oscilación de los precios si éstos habían de fijarse caso por caso para cada contrato aislado”. El contrato de suministro, por el contrario, permite no sólo obtener “seguridad en la satisfacción de las necesidades del suministrado mediante la disponibilidad del objeto del suministro”, sino que es, además, un contrato en el que “la colaboración económica se adapta elásticamente a las exigencias de cada momento”.

²⁸¹ Ambos autores utilizan la expresión “contrato de duración”.

²⁸² En igual sentido, STS de 30 de noviembre de 1984, que afirma que la “función, económica y jurídica (del contrato de suministro), es la satisfacción de necesidades continuas, para atender al interés duradero o continuado del acreedor”.

²⁸³ *Cfr.* Gete-Alonso Calera (1979: 695); Clavería Gosálbez (1998: 134-137).

STS de 30 de noviembre de 1984; STS de 23 de mayo de 2002; Puente Muñoz, 1967: 97-98; Fernández del Moral Domínguez, 1992: 52-53; Llamas Pombo, 2014: 139-140; Bercovitz Álvarez, 2017: 528-529), a las cuales no responde adecuadamente el contrato de compraventa. Hasta tal punto es así que una de las principales ventajas del contrato de suministro respecto del de compraventa es que “elimina el inconveniente de la celebración sucesiva de contratos de compraventa aislados” (Bercovitz Álvarez, 2017: 529), y es que una cosa es que las partes tengan necesidades duraderas y otra muy distinta es que el contrato de compraventa pueda canalizarlas. Sin embargo, las necesidades duraderas de las partes no se limitan a la mayor comodidad de celebrar un contrato marco (es decir, contrato base más contratos de aplicación) para evitar lo engorroso de la sucesión de contratos aislados. Celebrando un contrato de suministro ganan en seguridad tanto suministrador (pues se asegura la colocación de productos) como suministrado (pues elimina el riesgo de desabastecimiento), en tranquilidad (se trata de una relación duradera en la que la confianza es un factor importante), y en agilidad (pues las reglas de funcionamiento están fijadas previamente); sin que todo ello imponga una rigidez tal que desincentive la entrada de nuevos actores en el mercado²⁸⁴.

La diferencia entre el contrato de suministro y el de compraventa se materializa también en un fortalecimiento de la protección de ambas partes:

- (1) del suministrado en comparación con la que recibe el comprador, en la medida en que el contrato de suministro implica un retraso en el momento jurídico de traslado de los riesgos a la parte que ha de recibir los bienes (*vid. infra*, apdo. 4 del Capítulo IV), y
- (2) del suministrador, en la medida en que en caso de impago del precio el plazo de prescripción contará desde el incumplimiento del comprador en cada contrato de aplicación de suministro.

El contrato de 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 previsoras” (Bercovitz Álvarez, 2017: 523). Estas palabras nos permiten introducir la tercera diferencia relevante entre el contrato de compraventa y el contrato de suministro:

²⁸⁴ *Vid. supra*, Capítulo I, sobre la flexiseguridad.

la estructura grupal de este último (*cf.* en contra, Llamas Pombo, 2104: 139). Debemos manifestar sólo una discrepancia respecto de lo dicho por este autor, y es que en el contrato de suministro no puede afirmarse la existencia de un “resultado final pretendido”. Hemos dicho en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo que el contrato de suministro permite canalizar unas necesidades que las partes asumen como imprevisibles. Siendo así, el contrato de suministro no tiene por qué contemplar un resultado final (más aún cuando es posible que se celebre con carácter indefinido). Por citar sólo algunos de los ejemplos que ya hemos visto, en el contrato de suministro de Círculo de Lectores no se prevé un “resultado final”; simplemente se fijan las condiciones en que tendrán lugar los ulteriores pedidos y entregas (contratos de aplicación) en cumplimiento del contrato (base) de suministro; o el contrato de suministro *just in time* celebrado entre Loar y Geka no fija un tiempo de duración, ni la cantidad de cada entrega, pese a que las previsiones eran que las entregas se realizasen en períodos muy breves de tiempo desde que se realizase cada pedido (STS de 5 de octubre de 2016).

Las partes que llevan a cabo un contrato de suministro celebran en primer lugar un “convenio único y previo”, en calidad de “contrato general”, que disciplina el resto de prestaciones (periódicas o continuas) que van a llevarse a cabo en el contexto de la relación contractual (“englobadas en el contrato general”), que contribuye a la simplificación de las relaciones entre las partes (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 30), y que no debe confundirse con los futuros contratos de aplicación que las partes celebren en desarrollo del contrato (marco) de suministro²⁸⁵. Parece, pues, que no estamos ante un contrato lineal, sino ante un contrato-red, presidido por un primer nivel (“convenio único y previo”, “contrato general”, o... contrato base) que actúa como centro de un sistema que gira a su alrededor. No puede decirse que éste sea el caso de los contratos de compraventa.

Existe un último aspecto que puede reforzar la sensación de proximidad jurídica entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa, y es la posibilidad de aplicar al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa²⁸⁶. Tanto la

²⁸⁵ *Cfr.* Bercovitz Álvarez (2017: 530): “No debe confundirse la celebración del contrato de suministro (marco de la relación) con la realización de concretos pedidos en base a ese contrato marco”.

²⁸⁶ Así se recoge en el artículo 513-9 del APCM, según el cual “en todo lo no previsto en este capítulo serán aplicables al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa contenidas en este Código”. Hay que recordar, como ya hemos hecho a lo largo del trabajo, que el APCM no es una norma

doctrina²⁸⁷ como la jurisprudencia han entendido que, en defecto de pacto previsto por las partes, la normativa aplicable al contrato de suministro debe ser, con carácter supletorio, la correspondiente al contrato de compraventa, así como las normas generales sobre obligaciones y contratos. Así se expresa las SSTS 7 de febrero de 2002 y de 27 de septiembre de 2006, cuando afirman que el contrato de suministro se regula “por lo previsto por las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código civil) y, en su defecto, por la normativa de la compraventa (artículos 1445 y ss. del Código civil y, en su caso, si es mercantil, 325 y ss. del Código de comercio) y, en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos” (STS de 27 de septiembre de 2006, FJ-5).

Sin embargo, las normas de la compraventa no son aplicables al contrato de suministro porque éste sea un contrato afín al contrato de compraventa²⁸⁸, sino en la medida en que la similitud de las prestaciones de uno y otro contrato permita, respecto de cada una de ellas, la aplicación analógica de las reglas del contrato de compraventa²⁸⁹. Así lo entiende la STS de 27 de septiembre de 2006 en su FJ-5, cuando afirma que “la semejanza con la compraventa no implica que se identifique con ella y las normas que regulan el primer contrato sólo pueden aplicarse al suministro cuando se dé la razón de analogía que lo permita”²⁹⁰.

La analogía es un instrumento del que se sirve la jurisprudencia para integrar las lagunas del ordenamiento jurídico, junto con la costumbre, la posibilidad de aplicación supletoria de las normas²⁹¹ y la aplicación de los principios generales del Derecho (*cfr.*

en vigor, si bien los artículos que regulan el contrato de suministro son una conseguida cristalización de la construcción doctrinal y jurisprudencial de este contrato en España, inspirada en el Derecho italiano.

²⁸⁷ *Vid.* Bercovitz Álvarez (2017: 524).

²⁸⁸ *Vid.* STS de 27 de septiembre de 2006 (FJ-5): “ya desde la STS de 30 de noviembre de 1984 esta sala ha entendido que su régimen jurídico no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma”.

²⁸⁹ No debe confundirse, sin embargo, la posibilidad de aplicar por analogía determinados artículos del contrato de compraventa al contrato de suministro cuando exista identidad de razón con el hecho de que determinadas normas (*ad ex.*, art. 3.1 CISG y 115-1 TRLGDCU) califiquen como compraventa ciertos contratos “para el suministro” de bienes con el objetivo de incluirlos en su ámbito de aplicación (*vid. infra*, apdo. 7.2 de este Capítulo).

²⁹⁰ *Cfr.* en igual sentido Díez-Picazo (2007: 488-489), quien comentando la STS de 19 de mayo de 1982 señala que en los contratos mixtos se debe acudir “al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes”, y Llamas Pombo (2014: 140).

²⁹¹ Debe distinguirse entre la aplicación supletoria de las normas (cualesquiera), y el valor del Código civil como normativa supletoria general.

arts. 1.1 a 1.4, y 4.1 CC), al estar obligados los Jueces y Tribunales a pronunciarse inexcusablemente en relación con cualquier asunto de que conozcan (art. 1.7 CC)²⁹². La identificación de lagunas en el ordenamiento jurídico debe seguir una cierta cautela, pues no basta que una determinada realidad no disponga de una norma específica para afirmar que nos encontramos ante una laguna, ya que en una gran mayoría de casos será posible acudir a normas generales (Pasquau Liaño, 2009: 47-48)²⁹³. De ello se deriva, como consecuencia necesaria, la exigencia de cautela y rigor a la hora de utilizar la analogía como método de integración normativa (STC de 14 de julio de 1988).

La aplicación analógica de las normas²⁹⁴ consiste en aplicar a un caso de la realidad que no aparece contemplado directamente por el ordenamiento jurídico (en nuestro caso un contrato, el de suministro) una norma prevista para un caso de la realidad distinto, pero con el que guarda la semejanza suficiente (el contrato de compraventa). La norma utilizada traspasaría de este modo las fronteras de su ámbito de aplicación, por lo que no se trataría de una interpretación extensiva de la misma apoyándose en el argumento de que su espíritu y finalidad abarcan más de lo que la literalidad del precepto sugiere (*cfr.* Pasquau Liaño, 2009: 47-51; y Ataz López, 2013: 127-128²⁹⁵).

²⁹² *Cfr.* STS de 23 de enero de 2004 (FJ-4), donde se condena a los Magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad extracontractual al constatarse que “se negaron lisa y llanamente a entrara a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un *non liquet* totalmente inadmisibles”. En relación con el artículo 1.7 CC razona el Tribunal Supremo del siguiente modo: “Este precepto tiene como bases una evolución histórica y, asimismo, uno de los grandes triunfos de la civilización, cual es que el hombre abandone el amparar su derecho por sus propias fuerzas a cambio de que el Juez tome siempre en consideración el estudio de las peticiones de las partes, resolviéndolas en todo caso (...). Lo que supone siempre una resolución judicial en este sentido dada en cualquiera de sus modalidades: providencia (...), auto o sentencia, y, acuerdo (...).”

²⁹³ *Vid.* en igual sentido, Ataz López (2013: 126), quien denomina “falsas lagunas” a aquellos supuestos que carecen de una regulación específica, y respecto de los cuales no se considera adecuada la aplicación de la regulación general.

²⁹⁴ No es posible aplicar analógicamente la costumbre (Ataz López, 2013: 128).

²⁹⁵ Entiende Ataz López que aplicar analógicamente una norma es llevarla más allá de su ámbito de aplicación, “lo cual es algo distinto de la interpretación extensiva, en virtud de la cual, tras analizar la norma se llega a la conclusión de que la norma quería regular más supuestos de los que literalmente regula, en cuyo caso resulta que, como en la interpretación de las normas prevalece su espíritu y finalidad (*cfr.* art. 3), habrá que concluir que la norma es aplicable a más casos de los que según su literalidad parece. Pero esta aplicación (refiriéndose a la interpretación extensiva) es una aplicación directa”. Por su parte, Pasquau Liaño (para quien la analogía cumple fundamentalmente una función de selección de norma aplicable entre varias posibles) duda de esta separación tan tajante entre interpretación extensiva y analogía: “no es en absoluto fácil determinar cuándo se ha abandonado el momento de la exégesis e ingresado en el de la analogía”, y que “en rigor, interpretación extensiva y aplicación analógica no son operaciones diferentes; simplemente, en un caso la operación se contempla desde la norma que se

La distinción entre aplicación analógica de las normas e interpretación extensiva es importante en el caso que nos ocupa, pues si el contrato de suministro fuera una mera variante del contrato de compraventa (SSTS de 13 de junio de 1989 y de 20 de diciembre de 2005), las normas del contrato de compraventa serían aplicables directamente al contrato de suministro, pudiendo afirmarse como mucho que se trataría de una interpretación extensiva de las mismas. En cambio, si son contratos autónomos y diferenciados (SSTS de 30 de noviembre de 1984 y de 27 de septiembre de 2006), las normas del contrato de compraventa serían aplicables al contrato de suministro por vía de su aplicación analógica ya que no podría afirmarse que fueron pensadas para ser aplicadas también a otros contratos como, en nuestro caso, el contrato de suministro²⁹⁶.

El criterio rector para la aplicación de una norma a un caso de la realidad para el que no está prevista (analogía) es el de la identidad de razón, es decir, la finalidad que la norma persigue en aquellos casos de la realidad para los que está pensada es la misma que se busca al aplicarla al caso para el que no está pensada, pues uno y otro merecen la misma consecuencia jurídica (STS de 2 de enero de 1980; Pasquau Liaño, 2009: 48; Ataz López, 2013: 128). En palabras de la STS de 10 de mayo de 1996, existirá identidad de razón cuando “exista semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, entendiéndose que existe esta semejanza cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo”²⁹⁷.

Una futura norma que, inserta en la futura regulación típica del contrato de suministro, dispusiera que en todo lo no dispuesto se estará a las normas del contrato de compraventa (como ocurre con el artículo 513-9 APCM) no invalidaría nuestro razonamiento. Las normas del contrato de compraventa resultarían aplicables con carácter supletorio o subsidiario para todo lo no dispuesto por las que expresamente regularan el contrato de suministro. Podría decirse que el legislador, apoyándose en los mismos criterios que acabamos de explicar, se habría decantado por la normativa de un contrato en concreto al que acudir en caso de (falsas) “lagunas” en la regulación del

expande por la intrínseca susceptibilidad de la generalización de su ratio (...), mientras que en el otro caso, la operación se contempla desde el supuesto de hecho huérfano de regulación directa”.

²⁹⁶ *Cfr.* Ataz López (2013: 128), quien considera que “en la analogía debe estar claro que la norma no fue pensada para el caso no previsto; no quiso incluirlo en su ámbito de aplicación”.

²⁹⁷ Aplica este razonamiento la STS de 21 de noviembre de 2010, de la que se hace eco Pasquau Liaño (2009: 51).

contrato de suministro, de tal manera que ya no fuera necesario acudir al criterio de la analogía (que, como hemos dicho, es de aplicación jurisprudencial²⁹⁸).

7.1 El contrato de suministro vs contrato de compraventa con pago aplazado, con pago fraccionado y con entrega fraccionada

El contrato de compraventa es un contrato sinalagmático, en el que las partes intercambian cosa por precio (art. 1445 CC). El esquema que se tiene de este intercambio de prestaciones sugiere lo que podríamos denominar “unidad de acción” del contrato; es decir, el intercambio de prestaciones tendrá lugar de forma simultánea, jurídicamente al menos. La unidad de acción no es exclusiva del contrato de compraventa sino, en general, de todo contrato sinalagmático, en la medida en que desde que una de las partes cumple con su obligación, empieza la mora para la otra (*cfr.* art. 1100 CC *in fine*).

Las partes pueden pactar un aplazamiento del pago, un fraccionamiento del pago o que las entregas tengan lugar de forma fraccionada. Se produce en estos casos un fraccionamiento de esa “unidad de acción” del contrato de compraventa, desde el lado del comprador (fraccionamiento de los pagos), o del vendedor (entregas fraccionadas), pudiendo darse que se fraccione la unidad de acción del contrato de compraventa desde los dos lados (si se pacta que a cada entrega parcial o fraccionada corresponderá el pago proporcional del precio²⁹⁹).

²⁹⁸ Claramente en este sentido, STS de 2 de enero de 1980 (RA 17): “la analogía, como función integradora del Juez, no se impone de modo automático, sino que precisa de un acto de decisión judicial...” cit. por Pasquau Liaño (2009: 46-48), quien afirma que la analogía forma parte de la prudencia judicial (*iuris-prudentia*), sin que por ello pueda afirmarse que se trate de una simple facultad discrecional del juez. Se trata, según este autor, de un “instrumento para la creación de normas jurídicas autónomas en el momento de su aplicación judicial”, si bien el procedimiento de aplicación analógica de una norma dista mucho de ser aséptico al existir una preocupación por la equidad, siempre dentro de la coherencia del sistema jurídico. Desde este punto de vista, una futura norma como la del artículo 513-9 APCM no sería más que una interpretación auténtica del legislador de lo que el juez debería hacer vía aplicación analógica en casos de falta de regulación del contrato de suministro (así como una cristalización de lo que efectivamente ocurre en la actualidad cuando la jurisprudencia se ocupa de contratos de suministro).

²⁹⁹ *Vid.* SAP de Guipúzcoa de 15 de septiembre de 2004.

El contrato de venta a plazos ha sido tipificado cuando tiene por objeto de cambio³⁰⁰ bienes muebles, entendiéndose por tal aquél por el cual “una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo” (art. 3 LVPBM³⁰¹). El artículo 5 de la LVPBM excluye del ámbito de aplicación de la Ley ciertos contratos, pese a que pudieran encajar con la definición del artículo 3 que acabamos de transcribir³⁰². Interesa a los efectos de la comparativa que pretendemos ofrecer subrayar que la obligación de pago del comprador queda postergada, rompiéndose la “unidad de acción” del sinalagma por voluntad de las partes. Debe destacarse que “nada impide que el precio pueda ser pagado de una sola vez” (del Barrio Pérez, 2017: 348), pues “pago aplazado” no necesariamente significa “pago fraccionado”³⁰³, aunque suelen coincidir una y otra situación hasta el punto de ambas expresiones se utilizan a veces indistintamente.

El contrato de suministro difícilmente puede confundirse con la compraventa a plazos en la que la entrega tiene lugar una sola vez. En cambio, sí es posible confundirlo con la compraventa a plazos cuando el aplazamiento del pago tiene como consecuencia un fraccionamiento de las entregas, precisamente por esta última circunstancia. Hay que recordar que el contrato de suministro se define como aquél en que “el suministrador se obliga a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar un precio” (art. 513-1 APCM). El pago del precio puede tener lugar de muy distintas maneras, pero lo importante para que pueda hablarse de contrato de suministro es que la prestación característica (en el caso de bienes) tenga lugar de manera periódica o continuada. Esta circunstancia es la que hace que se parezca el contrato de suministro al contrato de compraventa cuando en este último la entrega no se produce de una sola vez, sino en sucesivas ocasiones.

³⁰⁰ Utilizamos aquí la expresión “objeto de cambio” para hacer referencia al “objeto sobre el que recae el contrato”, sin que pueda confundirse con la concepción restrictiva que mantenemos de la expresión “objeto del contrato” (*vid. supra*, apdo. 2 del Capítulo II).

³⁰¹ *Cfr.* art. 545-3.1 PCC, que mantiene la definición del art. 3 LVPBM, si bien se refiere a “cosas muebles materiales”.

³⁰² Dichas exclusiones quedan igualmente recogidas en el artículo 545-5 PCC.

³⁰³ *Cfr.* art. 4.3 *in fine* LVPBM, cuando al referirse a los contratos de préstamos para la financiación de ventas a plazos habla de la obligación del comprador de “devolver el importe del préstamo en uno o varios plazos”.

En un contrato de compraventa con entrega fraccionada la “unidad de acción” de la compraventa se rompe del lado de la principal obligación del vendedor: entregar la cosa. Es decir, el vendedor vendrá obligado a realizar una serie de sucesivas entregas al comprador... de la misma cosa (que ha sido “fraccionada”). El hecho de que entrega de los bienes sobre los que recae el contrato de compraventa se produzca de manera fraccionada no altera en absoluto la unidad jurídica de la prestación, ni permite hablar de prestaciones periódicas (como en el contrato de suministro)³⁰⁴; independientemente de si la entrega fraccionada está ligada o no a un aplazamiento y/o fraccionamiento del pago. Será, sin embargo, muy difícil en la práctica diferenciar estos contratos (compraventa con entrega fraccionada) de contratos de suministro en los que se estipule un pago único por anticipado, ya que estarían delimitados *ab initio* los respectivos objetos sobre los que recae el contrato (precio y cantidad de bienes)³⁰⁵.

Las prestaciones en el contrato de compraventa son unitarias, independientemente de que una u otra hayan sido fraccionadas o aplazadas³⁰⁶, ya que “estos pagos fraccionados no alteran el derecho del acreedor al total inicialmente determinado” (STS de 31 de mayo de 2003, FJ-4; SAP de Guipúzcoa de 15 de septiembre de 2004, FJ-3). El criterio de la STS de 31 de mayo de 2003 forma parte de la *ratio decidendi* del caso, y se hace eco de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (*vid.* FJ-4). Se trata de un contrato de compraventa de acciones con “pago aplazado” (fraccionado) en el que el comprador (que ha dejado de pagar una parte del precio) solicita del Tribunal la aplicación del artículo 1963-3º CC, que prevé un plazo de prescripción de cinco años, frente al general de 15 años que entonces establecía el artículo 1964 CC. Transcribimos a continuación el razonamiento del Tribunal en lo relativo a los razonamientos que acabamos de desarrollar:

³⁰⁴ Recordemos la diferencia entre contratar el suministro de libros y comprar a plazos la colección de los Episodios Nacionales de Galdós.

³⁰⁵ Así lo entiende Bercovitz Álvarez (2017: 539). En igual sentido, Garrigues (1961), quien considera que en la compraventa a plazos hay una sola prestación, mientras que en el contrato de suministro se suceden “varias prestaciones autónomas ligadas entre sí” que se corresponden con “una pluralidad de obligaciones derivadas todas de un contrato único” (añadimos nosotros, grupal). Admite Garrigues que será prácticamente imposible diferenciar un contrato de suministro de un contrato de compraventa con entrega fraccionada cuando en el primero estén detallados el número de prestaciones y la cantidad de cosas a entregar en cada una de ellas.

³⁰⁶ *Vid.* Bercovitz Álvarez (2017: 526): “Aunque el contrato de suministro se parece a una compraventa en la que el vendedor realiza varias entregas en un período de tiempo, en el caso de la compraventa, la prestación es única, aunque se ejecute fraccionadamente. En el suministro, por el contrario, existen varias prestaciones, vinculadas entre sí por un contrato normativo (el de suministro) ...”.

“Este último motivo está dedicado a sostener que la acción para reclamar las mensualidades adeudadas no procedía por haber prescrito, de conformidad con el artículo 1966-3º CC, cuya inaplicación se denuncia.

El referido precepto decreta la prescripción para aquellos pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves.

...

Aquí concurre precio unitario determinado desde el principio, y se fraccionó su pago en mensualidades, como sucede en las compraventas con precio aplazado³⁰⁷, y esto no es lo mismo que prestaciones periódicas. La obligación de pago del capital nace del negocio jurídico referido, tratándose de una obligación a cargo del comprador que se presenta como una prestación única.

El artículo 1966-3º no contempla las situaciones en las que la prestación debida es única, y con tal carácter prevista por los contratantes, a lo que no es óbice que para facilitar el cumplimiento del deudor se hubieran convenido entregas periódicas del precio³⁰⁸, pero *estos pagos fraccionados no alteran el derecho del acreedor al total inicialmente determinado, lo que también procede respecto al total del resto que hubiera quedado sin abonar cuya reclamación conjunta se efectúa, conforme a las sentencias de 27 de noviembre de 1923, 16 de mayo de 1942, 31 de enero de 1980, 16 de octubre de 1984 y 31 de diciembre de 1985, que decretan que no procede la aplicación del referido precepto 1966-3º cuando se trata de hacer efectivo el total de pagos independientes³⁰⁹ (...).*

Con relación a lo que se deja expuesto se impone atender a la eficacia del negocio y lo que constituye la deuda principal, toda vez que *la prestación concertada para su pago ostenta carácter de unitaria a pesar de haberse pactado su*

³⁰⁷ Puede observarse aquí como se usan de manera indistinta las expresiones “pago aplazado” y “pago fraccionado”.

³⁰⁸ *Cfr.* Díez-Picazo (2008: 358).

³⁰⁹ Aunque el Tribunal Supremo habla aquí de pagos “independientes”, el conjunto del razonamiento expresado en la Sentencia permite concluir que los pagos son independientes en tanto que son fraccionados; pero no lo son desde el punto de vista contractual en la medida en que forman parte de un “precio unitario”.

abono por fracciones para lograr su mejor cumplimiento (Sentencia de 17 de marzo de 1994)”³¹⁰.

El carácter unitario de las prestaciones que son objeto de intercambio en el contrato de compraventa conecta con otra de sus diferencias con el contrato de suministro: la manera en que llegan las partes a un cumplimiento solutorio del contrato. La compraventa es un contrato sencillo, lineal; mientras que el contrato de suministro es un contrato de grupo, un contrato-red³¹¹. Las distintas entregas (o “prestaciones”) del contrato de suministro son “contratos de aplicación”, vinculados entre sí por un contrato base, lo que convierte todo el conjunto en un contrato marco. La compraventa es un contrato cuyo sinalagma contempla el intercambio de una prestación por cada parte (cosa por precio), sin perjuicio de que cada una de estas prestaciones pueda fraccionarse.

El cumplimiento solutorio en un contrato de compraventa tendrá lugar cuando cada una de las partes haya cumplido con la prestación (unitaria) a que se haya comprometido, independientemente de que dicho cumplimiento deba realizarlo de una sola vez o de manera fraccionada. Si se trata de un contrato de compraventa con entrega (o pago) fraccionado, cada una de las entregas será un cumplimiento parcial del contrato, pero no librerá al deudor del cumplimiento de la prestación completa (*vid. supra*, STS de 31 de mayo de 2003, FJ-4, transcrito en este mismo apartado)³¹².

El contrato de suministro no sólo es un contrato grupal (diferencia suficientemente importante como para afirmar la autonomía respecto del contrato de compraventa), sino que contempla mucho más que un intercambio sencillo de prestaciones (cosa por precio): las partes buscan estabilidad flexible en una relación contractual duradera. Esta búsqueda de estabilidad flexible (“flexiseguridad”) a través del contrato de suministro comporta para las partes una serie de obligaciones contractuales que van más allá del mero intercambio de cosa por precio (sinalagma, como es sabido, propio de la compraventa)³¹³.

³¹⁰ La cursiva en los párrafos transcritos de la sentencia es propia.

³¹¹ *Cfr.* en contra, Llamas Pombo (2014: 139).

³¹² *Vid.* en este sentido, Díez-Picazo (2008: 358): “En todos aquellos casos en que la prestación permita su división (...), la prestación puede quedar fraccionada en una serie de partes o porciones. Por ejemplo, se estipula que la entrega de una determinada mercancía será hecha en tres o cuatro veces”.

³¹³ *Vid.* en este sentido Puente Muñoz (1967: 97-98), quien afirma que a través del contrato de suministro las partes no buscan sólo la adquisición de los bienes, sino “asegurar por cierto tiempo varias prestaciones

En un contrato de suministro se producirán, igual que en el contrato de compraventa con entrega fraccionada, sucesivas entregas de bienes. Sin embargo, habrá que analizar el cumplimiento en dos niveles, pues las necesidades de las partes se manifiestan de una manera dual. El primer nivel se refiere a la relación contractual en su conjunto, y atiende a las necesidades duraderas de las partes que no pueden verse canalizadas contractualmente a través de la compraventa (*cf.* STS de 30 de noviembre de 1984; Fernández del Moral Domínguez, 1992: 12 y 22-23); mientras que el segundo nivel se refiere al objetivo último del contrato de suministro, el intercambio de bienes a cambio de un precio. El intercambio de prestaciones de las partes del primer está relacionado con el mantenimiento y cuidado del contrato (marco) de suministro, lo que implica una serie de obligaciones no sólo positivas (*ad ex.*, el suministrado deberá realizar pedidos y el suministrador, en su caso, disponer de un stock mínimo necesario en función de las previsiones del contrato), sino también negativas (*ad ex.*, respetar los pactos de preferencia o exclusividad, no realizar pedidos que sobrepasen las horquillas...) y de mera disponibilidad³¹⁴. Sin embargo, debe tenerse presente que la satisfacción de las manifestaciones de una necesidad duradera no elimina la necesidad misma. Por ello estas “prestaciones” del primer nivel en el contrato de suministro no permiten un cumplimiento solutorio, si por tal entendemos aquél por el cual el deudor se ve liberado de su obligación; pues su cumplimiento no libra a cada una de las partes de seguir obligada a realizar las prestaciones descritas en favor de la contraparte. Las prestaciones del segundo nivel (los pedidos/entregas) son susceptibles de cumplimiento solutorio del mismo modo que ocurre en el contrato de compraventa. Sin embargo, el cumplimiento solutorio de cada uno de los pedidos/entregas (o, como preferimos, contratos de aplicación de suministro) no libra a las partes de continuar ligadas a través de un contrato de suministro y, por tanto, no extiende su carácter liberador al intercambio de prestaciones del primer nivel (*cf.* Fernández del Moral Domínguez, 1992: 26-27).

No podemos cerrar este apartado sin hacer un breve comentario del § 510 BGB (“Contratos de suministro por entregas” o *Ratenlieferungsverträge*). Lo primero que hay que destacar es que se trata de un artículo aplicable a las relaciones con consumidores, si bien nos permite observar con claridad tres supuestos distintos en los que se emplea la

o una prestación continua”, de modo que el suministro cumpliría así una “función de garantía, en cuanto asegura las prestaciones futuras”.

³¹⁴ *Cfr.* Bercovitz Álvarez (2017: 538), quien afirma que “el proveedor no sólo está obligado a realizar las sucesivas entregas en los términos estipulados, sino que debe además mantenerse en disposición de hacerlo”, de tal manera que, si no lo estuviere, estaría incumpliendo el contrato.

palabra “suministro” (*Lieferung*), amén del propio título del párrafo, donde podemos observar claramente que la palabra suministro se utiliza como sinónimo de entrega. Este párrafo trata el derecho de revocación del consumidor en tres supuestos, que son los que pretendemos comentar a continuación:

- (1) “suministro de varias cosas vendidas como análogas en prestaciones parciales y en el que la remuneración por la totalidad de las cosas se hace mediante pagos parciales”;
- (2) “suministro periódico de cosas de la misma clase”; y
- (3) contratos que tengan por objeto “la obligación de adquirir cosas repetidamente o de retirar cosas repetidamente”.

El primer apartado es una clara referencia a la compraventa con entrega fraccionada (“suministro de varias cosas vendidas como análogas en prestaciones parciales”). Cada una de estas prestaciones no constituye, por tanto, un cumplimiento solutorio, sino que son parte de una prestación unitaria, en la que quedan divididas. Hemos mencionado anteriormente que es frecuente que en casos de compraventa con entrega fraccionada el pago también se fraccione haciéndolo coincidir con cada una de las entregas. Este es el caso.

El segundo supuesto habla del “suministro periódico de cosas de la misma clase”. Parece que hace referencia al contrato que ha sido denominado por la doctrina alemana como “suministro sucesivo” o *Sukzessivlieferungsvertrag* (vid. Westermann, 2012: 23). Sin embargo, se utiliza en esta ocasión la expresión “suministro periódico” (*regelmäßige Lieferung*). Sirva como muestra de que ni siquiera la precisión terminológica del Derecho alemán está exenta de la utilización indistinta de términos que pretenden usarse de manera diferenciada (vid. *supra*, adpdo. 4.2 del Capítulo II). Si deben interpretarse los tres apartados del § 510 BGB conjuntamente (entendiendo que cada uno hará referencia a supuesto diferentes), cabe suponer que este segundo apartado se refiere a contratos que tengan por objeto la entrega periódica de bienes cuando se sepa desde el principio la cantidad y frecuencia de dichas entregas, sin aclarar si deben ser calificados como compraventa con entrega fraccionada o como suministro³¹⁵.

³¹⁵ Cfr. Garrigues (1961), quien señala que será muy difícil en estos casos distinguir entre contratos de compraventa con entrega fraccionada y contratos de suministro.

Finalmente, el apartado tercero habla de aquellos contratos que tengan por objeto adquirir o retirar cosas repetidamente (“*die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen zum Gegenstand hat*”). Merece la pena reparar en dos términos específicos de este precepto: *wiederkehrenden* (de forma reiterada) y *Bezug*. La traducción de este último término al castellano es complicada si se trata de preservar todos sus matices. *Bezug* se traduce por referencia, compra o adquisición. Sin embargo, el *Bezugsvertrag* es aquel contrato de suministro en el que no hay fijada *ab initio* (en el contrato base) una cantidad de entrega. El alcance (cantidad y frecuencia) de las sucesivas entregas a lo largo de su vigencia es indeterminado en la primera fase del contrato (contrato base de suministro), ya que las entregas dependen de las necesidades del cliente y se producirán cuando éste las solicite (*Lieferung auf Abruf* o “entrega por llamada”)³¹⁶. El suministrador tiene una obligación de disponibilidad permanente, y los pedidos/entregas son autónomos entre sí, pero no independientes ya que se realizan en el contexto de un contrato marco (*Rahmenvertrag*) en vigor y es, además, un contrato duradero (*Dauerlieferungsvertrag*). En otras palabras, el contrato denominado *Bezugsvertrag* se corresponde con lo que entendemos como contrato marco de suministro, es decir, es el contrato de suministro entendido como contrato marco.

8 Contrato de suministro y otras figuras afines

Comenzamos este apartado como hiciéramos con su homólogo en el Capítulo anterior: una buena forma de explicar lo que algo es consiste, precisamente, en describir aquello que no es. Hemos considerado oportuno, sin embargo, tratar en un apartado autónomo (y previo) las diferencias entre el contrato de suministro y el contrato de compraventa debido a la constante reiteración por parte de tanto de la jurisprudencia como de la doctrina acerca de la “afinidad” de ambos contratos. En este apartado dedicaremos nuestra atención a otros tipos contractuales que presentan afinidad con el contrato de suministro, habiendo delimitado ya claramente su autonomía respecto del contrato de compraventa.

³¹⁶ Cfr. la ya comentada STS de 5 de octubre de 2016 o Fernández del Moral Domínguez, quien habla de “suministro a necesidad”.

8.1 Contrato de suministro vs contratos de distribución

Podemos entender por contratos de distribución todos aquellos por los cuales una parte (distribuidor) se compromete a realizar actos u operaciones de comercio relacionados con la venta de productos o la prestación de servicios de forma estable y duradera a favor de otra (proveedor), asumiendo (el distribuidor) el riesgo de dichas operaciones, de acuerdo con las condiciones fijadas en el contrato inicial³¹⁷.

Los contratos de distribución no son uno, sino varios tipos contractuales, aunque no podemos afirmar que esté claro cuántos ni cuáles sean (*cf.* Domínguez García, 2017: 840³¹⁸). Desde el año 2011, se ha intentado en diversas ocasiones ofrecer una regulación de los contratos de distribución, hasta ahora sin éxito. El fallido Proyecto de Ley de 2011 sobre los contratos de distribución quedó inicialmente integrado en la Propuesta de Nuevo Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y presentado en 2013 por el Ministerio de Justicia.

³¹⁷ *Cfr.* arts. 1 Proyecto de Ley 121/000138 de 29 de junio de 2011, de los contratos de distribución; 543-1 PNCM (2013) y 5101-1 PCC (2018):

- Art. 1 PL 2011: “Se entenderá por contratos de distribución, y quedarán sometidos a la presente ley, aquellos contratos cualquiera que sea su denominación, que tengan por objeto establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga frente a la otra, denominada proveedor, a realizar actos u operaciones de comercio consistentes o relacionadas con la venta de productos, prestación de servicios o la combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones”.
- Art. 543-1 PNCM: “Por los contratos de distribución, cualquiera que sea su denominación, una de las partes, denominada distribuidor, que actúa como empresario independiente y asume el riesgo de las operaciones que realiza, se obliga a adquirir de otra denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable”.
- Art. 5101-1 PCC: “Los contratos de distribución son aquellos por los que una parte, denominada distribuidor, se obliga frente a otra, denominada proveedor, a desarrollar de forma estable y duradera la comercialización de los bienes o servicios del proveedor, así como, en su caso, prestaciones complementarias a la comercialización, de manera independiente, y asumiendo el riesgo económico de su actividad, de conformidad con la política comercial que se fije en el contrato.”

³¹⁸ Según este autor, la noción jurídica de distribución comercial es susceptible de dos acepciones: una noción amplia y otra restringida. La noción amplia “comprende todo contrato mercantil directa y puramente bilateral y sinalagmático (...) instrumentalmente amplio para la finalidad distributiva (...)” incluyendo “supuestos de comercialización dependiente donde aflora el paradigma del contrato de agencia, cuanto independiente donde lo hacen el contrato de licencia de marca, aisladamente o en combinación con licencias de patente y/o secretos empresariales (know-how) y los llamados contratos de distribución comercial”, así como “formas de revestimiento jurídico negocial de la distribución directa por órganos extraños y de la distribución indirecta, donde la polivalencia funcional de la categoría puede inscribirse la franquicia”. La noción restringida, en cambio, “se circunscribe a aquellos contratos cuya causa-función típica y exclusiva sea la distribución descendente indirecta (reventa), propia de la concesión comercial y de la distribución autorizada, en la versión simple o en la versión más compleja de los sistemas de distribución selectiva”.

Al convertirse la Propuesta en Anteproyecto de Ley, el texto fue sometido a un considerable adelgazamiento, desapareciendo entre otras materias la regulación de los contratos de distribución. La PCC sí regula, en cambio, los contratos de distribución, pese a lo llamativo que resulte que este tipo de contratos pudieran quedar regulados en un futuro Código “civil”³¹⁹.

Aunque este apartado no es lugar para una comparativa en profundidad entre los tres textos³²⁰, sí los tomaremos como referencia para presentar una lista (no cerrada) de contratos que pueden responder a la denominación genérica de “contratos de distribución”. Se consideran, pues, contratos de distribución los siguientes:

- Contratos de compra en exclusiva, entendiéndose por tales aquellos en los que el distribuidor se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente del proveedor o de persona que éste designe, a cambio de una contraprestación especial (arts. 2.a PLCD; 543-2.a PNCM 2013; y 5101-1.5.a PCC).
- Contratos de venta en exclusiva, entendiéndose por tales aquellos en los que el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica concreta los bienes o servicios objeto del contrato (arts. 2.b PLCD; 543-2.b PNCM; y 5101-1.5.b PCC).
- Contratos de distribución autorizada, entendiéndose por tales aquellos en los que el proveedor se obliga a entregar al distribuidor para que éste los comercialice en calidad de distribuidor oficial en una determinada zona geográfica, bien directamente o a través de su propia red (arts. 2.c PLCD; 543-2.c PNCM; y 5101-1.5.c PCC).
- Contratos de distribución selectiva, entendiéndose por tales aquellos en los que el proveedor se obliga a entregar bienes o servicios a distribuidores seleccionados

³¹⁹ Del mismo modo que manifestábamos en este mismo Capítulo nuestra extrañeza ante la obsesión del APCM por “marcar territorio” mercantil, debemos destacar ahora lo inapropiado que parece que un futuro Código “civil” (abocado, por tanto, a convivir con su homólogo mercantil) se ocupe de regular contratos como los de distribución, donde se puede observar que los bienes objeto de distribución van a ser integrados en un proceso productivo o en una cadena de distribución (*cf.* art. 543-2 PCC y la descripción que hace de los que denomina “principales contratos de distribución comercial”). Difícilmente puede sostenerse, al contrario de lo que afirmábamos respecto del contrato de suministro, que toda la realidad de los contratos de distribución no sea mercantil. Esta regulación pone de manifiesto nuevamente, desde la “parte civil”, la conveniencia de desarrollar una regulación unitaria del Derecho privado de contratos que no se ocupe de etiquetar constantemente los tipos y modalidades contractuales de manera excluyente.

³²⁰ *Cfr.* para un estudio acerca de este tema, Cruz Rivero (2015: 1262-1288).

por él sin que éstos gocen de exclusividad en su zona geográfica; comprometiéndose los distribuidores a revender los bienes o prestar los servicios a consumidores y usuarios finales (incluyendo asistencia técnica), siempre respetando las reglas pactadas en el contrato inicial (arts. 2.d PLCD; 543-2.d PNCM; y 5101-1.5.d PCC).

- Contratos de concesión mercantil, entendiéndose por tales aquellos en los que el distribuidor pone su establecimiento al servicio del proveedor para comercializar sus bienes y servicios en una zona geográfica determinada, en exclusiva y bajo sus directrices y supervisión (arts. 2.e PLCD; 543-2.e PNCM; y 5101-1.5.f PCC).
- Contratos de franquicia, entendiéndose por tales aquellos contratos en los que el titular de la franquicia (franquiciador) cede, normalmente a cambio de un canon o porcentaje³²¹, al distribuidor (franquiciado) cede el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos y servicios en una zona geográfica determinada³²², bajo los signos distintivos de dicho sistema y con la asistencia técnica permanente del franquiciador así como la utilización de su *know-how*, comprometiéndose el franquiciado a respetar las reglas de actuación fijadas (arts. 2.1 LOCM; IV.E.-4: 101 DCFR; 2.f PLCD; 543-2.f PNCM; y 5101-1.5.g PCC).

Se ha planteado la consideración del contrato de agencia como un ejemplo más de los contratos de distribución. Así lo considera la PCC en su artículo 5101-1.5.e, y una parte de la doctrina³²³, si bien tanto el fallido Proyecto de Ley de 2011 como la Propuesta de Código Mercantil excluyen expresamente los contratos de agencia del grupo de contratos que denominan “contratos de distribución” (arts. 2.f PLCD, 543-2.f PNCM). Si tenemos en cuenta que en los contratos de distribución, tal como los hemos definido, el distribuidor asume el riesgo de sus operaciones comerciales, parece razonable excluir de los contratos de distribución el de agencia, pues se entiende por tal aquél contrato por el cual el agente se obliga frente a la contraparte “a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y

³²¹ Cfr. SSTS de 4 de marzo de 1997 y de 16 de marzo de 2007.

³²² Cfr. STS de 30 de abril de 1998, que habla de “tiempo y zona delimitados”. En igual sentido, Bercovitz Álvarez (2017: 528).

³²³ Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2017) que incluye el contrato de agencia en el Capítulo dedicado a los contratos de distribución.

en nombre ajenos, como intermediario independiente, *sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones*³²⁴, y a realizarlo “de manera continuada o estable a cambio de una remuneración” (arts. 1 LCA³²⁵; y 5105-1.1 PCC). Parece sugerirse del contenido del contrato una suerte de estructura grupal similar a un contrato marco, en la medida en que el agente debe desarrollar su actividad (es decir, los actos u operaciones de comercio a los que se refiera el contrato de agencia) “con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario” (art. 9.2.c LCA). Sin embargo, no se hace referencia expresa a ningún “contrato base” que actúe de elemento conector (y director) de todo el entramado, ni tampoco puede afirmarse que los “actos u operaciones de comercio” que constituyen la actividad del agente sean necesariamente contratos³²⁶ (ni, por tanto, “contratos de aplicación”).

El Proyecto de Ley de 2011 y la Propuesta de Código Mercantil excluyen expresamente otros contratos, como los de distribución que impliquen vinculación laboral entre proveedor y distribuidor (arts. 3.b PLCD y 543-3.e PNCM), la comercialización de productos o servicios financieros (art. 3.f PLCD y 543-3.c PNCM), los contratos de logística y transporte cuando no queden integrados en el sistema de comercialización (art. 3.e PLCD y 543-3.d PNCM), los de transferencia de tecnología que no impliquen sistemas de comercialización (art. 3.d PLCD), los de suministro de agua, electricidad, gas y otros sujetos a normativa específica (art. 3.g PLCD), o los de distribución de medicamentos y productos sanitarios (art. 3.h PLCD); así como los contratos de suministro en los que los bienes no vayan a ser integrados en una cadena de distribución o en un proceso productivo (art. 3.c PLCD) y, en general, los contratos celebrados con consumidores (art. 3.i PLCD).

³²⁴ La cursiva es propia.

³²⁵ La definición de contrato de agencia que hemos transcrito, así como la Ley donde se recoge (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de agencia), se encuentran en vigor; por lo que debe tomarse como una definición auténtica del legislador, y no como una mera cristalización de concepciones doctrinales y jurisprudenciales (como ocurre con el PLCD, la Propuesta de CM y la PCC, por citar sólo los intentos normativos con los que trabajamos en este apartado).

³²⁶ *Cfr.* Bercovitz Álvarez (2017:675), quien afirma que “cualquier operación mercantil puede ser objeto del contrato de agencia, sin que debamos limitar el concepto de operación mercantil a la tradicional noción de acto de comercio del art. 2 CCom”; y art. 1 LCA, que define el contrato de agencia como aquél por el cual el agente se obliga a “promover *actos u operaciones de comercio* por cuenta ajena”, y art. 5105-1 PCC, que define el contrato de agencia como aquél por el cual el agente “se obliga de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover negocios, contratos u operaciones comerciales”. El art. IV.E.-3:101 DCFR, en cambio, define el contrato de agencia como aquél a través del cual “el agente comercial, acuerda actuar de forma continuada como intermediario autónomo *para negociar o para celebrar contratos* por cuenta de la otra parte...” (las cursivas son propias).

Tomando en su conjunto los contratos de distribución, debemos destacar que comparten una importante cualidad con el contrato de suministro, y es, precisamente, su estructura grupal, presidida por un contrato base previo y de aplicación general a toda la relación contractual a lo largo de su vigencia. Es decir, los contratos de distribución son, al igual que el contrato de suministro, tipos contractuales canalizados o estructurados a través de la modalidad contractual que hemos denominado “contrato marco”. Las partes inician estos contratos a través de la fijación (en un contrato base) de una serie de condiciones o cláusulas que regirán a lo largo de toda su relación contractual (que se irá desarrollando a través de sucesivos contratos de aplicación) y que contribuyen a simplificarla y darle una mayor agilidad.

En los intentos normativos que acabamos de comentar podemos observar que el legislador tenía en mente la estructura grupal que acabamos de mencionar, así como la presencia de un contrato base rector del grupo de contratos. Así, podemos leer en el artículo 1.2.c del Proyecto de Ley de 2011 que bajo la denominación de “contratos de distribución” se comprenden “los contratos marco³²⁷ para el desarrollo de las actividades de comercialización por los distribuidores”, y en el artículo 5101-1.1 PCC *in fine* que los contratos de distribución se desarrollarán “de conformidad con la política comercial que se fije en el contrato (base)”. Por otra parte, los contratos de distribución son, al igual que el contrato de suministro, contratos duraderos; circunstancia que queda igualmente reflejada en los mentados intentos normativos de regulación de los contratos de distribución³²⁸. El carácter duradero y estable de los contratos de distribución unido a su estructuración a través del contrato marco como modalidad contractual nos conecta con la idea de flexiseguridad. Como hemos visto, la flexiseguridad es una cualidad propia del contrato de suministro; pero lo es, sobre todo, con carácter general de los contratos marco. Dicho de otro modo, los contratos de suministro son contratos flexiseguros porque son contratos marco; y por la misma razón, los contratos de distribución son igualmente contratos flexiseguros. Finalmente, tanto los contratos de

³²⁷ Téngase en cuenta la confusión terminológica de la que ya hemos hablado en el Capítulo II. En este caso la expresión “contrato marco” debe entenderse referida al contrato base.

³²⁸ *Cfr.* art. 1 PL 2011, que define los contratos de distribución como aquellos en los que una de las partes (distribuidor) se obliga a realizar actos u operaciones de comercio “de manera continuada o estable”; art. 543-1 Propuesta de CM, que señala que en los contratos de distribución el distribuidor se obliga a comercializar los bienes o servicios “de manera duradera y estable”; y art. 5101-1.1 PCC, según el cual el distribuidor se obliga frente al proveedor a “desarrollar de forma estable y duradera la comercialización de los bienes o servicios”.

distribución como el contrato de suministro son instrumentos para la circulación de bienes³²⁹.

Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre los contratos de distribución y el contrato de suministro; y es que, en los primeros, los bienes o servicios sobre los que en última instancia recaen los contratos van a ser integrados en un proceso productivo o en una cadena de distribución, cosa que no necesariamente ocurrirá en el contrato de suministro³³⁰. Precisamente, dos de las exclusiones expresas del Proyecto de Ley de 2011 sobre los contratos de distribución tienen que ver con este aspecto: el apartado c del artículo 3 excluye como contratos de distribución los “meros contratos de suministro o abastecimiento en los que no concurren los requisitos del artículo 1.1”, es decir, en los que los bienes no vayan a quedar integrados en una cadena de distribución o en un proceso productivo; y el apartado i del mismo artículo excluye cualquier contrato celebrado con consumidores. Dicho de otro modo, los contratos de distribución se podrían calificar como “absolutamente mercantiles”, en la medida en que las dos partes (proveedor y distribuidor) van a ser empresarios, pues aquello a lo que se comprometen requiere de una mínima capacidad organizativa y estructura empresarial. El suministrado, en cambio, puede ser o no un empresario (Bercovitz Álvarez, 2017: 525); y los bienes objeto de suministro (a través de los distintos contratos de aplicación) pueden serlo para consumo o uso propio, sin quedar, por tanto, integrados en cadena de distribución o proceso productivo alguno. Incluso, si a la postre el suministrado tuviera intención de integrar los bienes objeto de suministro en una cadena de distribución o en un proceso productivo, lo haría por su propia voluntad, y no en cumplimiento del contrato (como sí ocurriría si se tratase de un contrato de distribución).

La mercantilidad absoluta de los contratos de distribución frente a lo que podríamos denominar como mercantilidad relativa del contrato de suministro es un elemento suficientemente importante, entendemos, como para afirmar la autonomía conceptual de

³²⁹ Ya hemos dicho anteriormente que los servicios no se entregan, sino que se prestan o se realizan. Habrán podido observarse en la descripción de los distintos contratos de distribución que hemos hecho continuas referencias a la circulación de “servicios”. Debemos destacar que la definición de estos contratos está inspirada en los tres intentos normativos de los que nos hemos hecho eco. Un apartado como este, en el que simplemente se pretende definir el contrato de suministro explicando lo que no es, no parece el lugar más adecuado para reiterar algo que ha sido tratado con anterioridad en este mismo trabajo (*vid. supra*, apdo. 3 de este Capítulo), más aún cuando hemos restringido nuestro ámbito de estudio al suministro de bienes.

³³⁰ *Vid. supra*, apdo. 4.4 de este Capítulo, sobre la mercantilidad del contrato de suministro.

los “contratos de distribución” (en su conjunto) respecto del contrato de suministro. Ciertamente es que el contrato de suministro puede tener lugar, y con frecuencia así ocurre, entre dos empresarios. En nada merma esta realidad la observación que acabamos de hacer, pues lo que cuenta es la posibilidad que admite el contrato de suministro (como figura) de celebrarse, tanto entre empresarios, como entre un empresario y un consumidor; y, sobre todo, como acabamos de señalar, si quien recibe los bienes está obligado por contrato a integrarlos en una cadena de distribución o en un proceso productivo³³¹.

Los elementos que acabamos de señalar permitirían, en principio, distinguir en la práctica contratos de suministro y contratos de distribución; aunque es cierto que pueden darse, no solo aquí, situaciones limítrofes en las que resulte más difícil decidir si nos encontramos ante un contrato de suministro o ante alguno de los contratos de distribución que acabamos de describir. En este sentido, aunque la voluntad de las partes expresada en el contrato es un elemento a tener en cuenta, no debe olvidarse que los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen³³². Parece, sin embargo, más fácil distinguir el contrato de suministro de contratos como los de franquicia, concesión o agencia. La razón parece evidente: estos contratos no sólo requieren que el receptor de los bienes (“distribuidor” o “agente”) disponga de la capacidad organizativa y potencia de una empresa, sino que incluyen en el propio objeto del contrato elementos relacionados directamente con la empresa.

En un contrato de franquicia, el franquiciador (“proveedor”) cede al franquiciado (“distribuidor”), normalmente a cambio del pago de un canon o porcentaje, el derecho a la explotación de un sistema completo de comercialización de productos y servicios. Ello implica que el franquiciado participará del fondo de comercio de la empresa franquiciadora (Domínguez García, 2017: 839), actuará bajo los signos distintivos y la marca del franquiciador, y que recibirá de éste *know-how* y asistencia técnica y comercial. La falta de transferencia de *know-how* sirve al Tribunal Supremo para entender que el contrato entre el propietario de dos supermercados y su proveedor debe

³³¹ Cfr. Bercovitz Álvarez (2017: 527): “El suministrado en exclusiva (...) es un empresario independiente que, tras pagar el precio de la mercancía, puede hacer con ella lo que le plazca (venderla, consumirla, transformarla, utilizarla en un proceso de producción...), sin tener que sujetarse a las directrices de un empresario principal...”.

³³² Cfr. STS de 12 de junio de 1999 (FJ-2): “El contrato del pleito, con independencia de su titulación como contrato de concesión selectiva, es un efectivo contrato de distribución selectiva...”

ser calificado como suministro mercantil y no como franquicia (STS de 9 de marzo de 2009).

Por lo que respecta al contrato de concesión, debemos hacer una advertencia previa. Al ser, la mayor parte de los contratos de distribución, contratos atípicos, sus límites pueden ser en ocasiones poco claros, y su terminología confusa. Así ocurre en el caso del contrato de concesión³³³, que suele denominarse también de “distribución exclusiva” (Díaz Echegaray, 2017: 720). Para evitar confusiones innecesarias, en este trabajo hablaremos de “contrato de concesión” y de “venta en exclusiva”, siguiendo la terminología y definiciones de los intentos normativos que hemos utilizado como referencia principal. Tomaremos por “contrato de concesión”, pues, aquél por el cual el concesionario pone su propio establecimiento al servicio de otro empresario (concedente), para comercializar los bienes del segundo en una determinada zona geográfica y bajo sus directrices y supervisión, aunque lo haga en nombre y cuenta propia (Díaz Echegaray, 2017: 722). Un sector donde se encuentra particularmente extendido el contrato de concesión es el de la venta de automóviles. En estos casos, puede observarse, además, la importancia del componente empresarial (como elemento nuclear) en el contrato de concesión:

“Las concesiones de ventas de automóviles, llevan inherentes especialidades propias, que se acusan como intensas en el tema de la clientela. Hay que tener en cuenta que tratándose de la concesión del pleito de venta de automóviles de unas marcas muy conocidas en el mercado – Talbot y Peugeot -, de las que los clientes cuentan con suficientes noticias e información, así como del tipo y modelo que tienen intención de adquirir, las mismas actúan por sí como reclamo decidido para la compra del vehículo, es la atracción comercial de la marca prestigiada, que opera de forma muy decisiva en la captación de usuarios, ya que éstos suelen atender más a la publicidad general del fabricante que a la limitada que puede desplegar el concesionario, que en todo caso se aprovecha de aquélla, pues no suele intervenir en la confección de catálogos generales e impresos publicitarios y su actividad se concreta en la mayoría de los casos a su distribución y anuncio mediante rótulos en las fachadas de sus establecimientos y correspondencia comercial.

³³³ *Cfr.* STS de 12 de junio de 1999, que en su FJ-2 señala que “urge que los legisladores atiendan y provean de la normativa conveniente” a los contratos de distribución.

De este modo la creación de clientela automovilística no se presenta como de la exclusiva actuación del concesionario, por imperar tanto la vinculación precontractual del cliente a la marca, como su fidelidad posterior a la misma para repetir la compra de vehículos...” (STS de 12 de junio de 1999, FJ-3).

La situación descrita por la STS de 12 de junio de 1999 permite comparar fácilmente el contrato de suministro (mercantil³³⁴) con el de concesión mercantil. Si tomamos como referencia el suministro de mercaderías comunes a una cafetería pequeña, podremos comprobar que, aunque los bienes que se entregan estén destinados a su posterior reventa (integrándose, por tanto, en la cadena de distribución que aún no ha llegado a su consumidor final), el suministrado no se nutre de la imagen de marca del suministrador como fuente principal de la clientela de su negocio; ni pone tampoco su establecimiento al servicio del suministrador para comercializar los bienes de los que le provee. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de suministro de tabaco perfeccionado de forma verbal, incluso si comporta la obligación para el suministrador de comprar y ceder el uso de una máquina expendedora multicanal (*cf.* SAP de Guipúzcoa de 16 de febrero de 2007). Un contrato de suministro como este nos permite observar que el suministrado no orienta su actividad a la comercialización de los bienes del suministrador, ni menos aún se utiliza su marca y su publicidad centralizada como principal reclamo de la clientela (entre otras razones, porque en la máquina expendedora multicanal no se vende sólo una marca de tabaco).

Finalmente, por el contrato de agencia el agente se obliga a promover actos u operaciones de comercio por cuenta del empresario principal, llegando incluso a concluirlos en representación de éste (*cf.* art. 1 LCA); y desarrollando esta actividad “de forma genérica, sin esperar a recibir encargos concretos” (Bercovitz Álvarez, 2017: 671). La función económica del contrato de agencia responde a la necesidad del empresario principal de ampliar su clientela de una forma estable, pero más flexible de lo que sería a través de una ampliación directa de su propia estructura empresarial, con la necesidad de contratación laboral que implicaría: a través de un contrato mercantil entre dos empresarios, en el que colaboran mutuamente (Bercovitz Álvarez, 2017: 671). Esto último está relacionado con la tan mentada flexiseguridad que, como decimos, es

³³⁴ Entendemos por “mercantil”, sin ánimo de tomar partido en la eterna discusión sobre los límites de este concepto (ya nos asomamos en el apdo. 4 de este Capítulo), el contrato celebrado entre dos empresarios.

propia tanto de los contratos de distribución como del contrato de suministro en la medida en que hablamos en ambos casos de contratos marco. Sin embargo, en el contrato de agencia existe una situación de dependencia por parte del agente mucho mayor de la que tiene el suministrado³³⁵; sin que llegue a ser de tal grado que deba hablarse de contrato laboral en lugar de contrato mercantil (de agencia)³³⁶. El hecho de que el suministrado tenga especial interés en promover la venta de unos productos concretos, pues no lo hace en cumplimiento del contrato de suministro, sino por su propio interés y en el marco de su independencia (Bercovitz Álvarez, 2017: 528).

En el caso de contratos de distribución autorizada y distribución selectiva, quien recibe los bienes actúa en calidad de distribuidor oficial (distribución autorizada) o distribuidor en exclusiva (distribución selectiva). En cualquier caso, en tanto que distribuidor, se compromete a distribuir los bienes, es decir, el contrato le obliga a no retener la circulación de los bienes en su esfera de control. Más difíciles de distinguir serán los contratos llamados de compra en exclusiva o venta en exclusiva. La diferencia sigue siendo, no obstante, la que hemos señalado al inicio de este apartado: los contratos de distribución deben obligar en cualquier caso a que quien recibe los bienes los reinserte en la cadena de distribución, cosa a la que no obliga el contrato de suministro sin perjuicio de la frecuencia con la que ocurra.

8.2 Contrato de suministro vs contratos con suministro y para el suministro. Los artículos 1588 CC, 3 CISG y 114 TRLGDCU

Tan importante como la adecuada utilización de los sustantivos es la de las preposiciones³³⁷. El sustantivo “suministro” se utiliza en no pocas ocasiones como

³³⁵ Cfr. Bercovitz Álvarez (2017: 527): “...mientras en el contrato de suministro el suministrado es totalmente independiente del proveedor, en el contrato de agencia el agente es un intermediario o representante del empresario principal...”

³³⁶ Cfr. art. 2.2 LCA: “Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios”.

³³⁷ Una muestra capital de la importancia de las preposiciones fue la decisión de denominar a la Ley 1/1977, de 4 de enero, Ley *para* la Reforma Política en lugar de Ley *de* Reforma Política; como expresamente subrayó el Presidente Adolfo Suárez en relación con la mentada norma (*vid.* documental donde habla el propio Suárez emitido en TVE con ocasión de su fallecimiento: https://www.youtube.com/watch?v=t_QIrvC5uz4&t=1055s, minuto 24).

sinónimo de entrega³³⁸, lo cual no es del todo exacto (dando lugar a una gran cantidad de confusiones) cuando este término se utiliza en el Derecho, y concretamente en el Derecho contractual. Esta utilización confusa del término “suministro” podría aclararse si observamos la preposición (correcta) que une en cada caso las palabras “contrato” y “suministro”. No es lo mismo hablar de: (1) contratos *de* suministro, (2) contratos *con* suministro, o (3) contratos *para* el suministro.

Según el artículo 1588 CC “puede 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 material”³³⁹. Este artículo es una buena muestra del uso impropio o vago del término “suministro”, pues actúa aquí como sinónimo de mera entrega, no como tipo contractual. Cabe destacar en este sentido la reflexión de Albiez Dohrmann (2013: 142), que compartimos: “Las pocas veces que nuestro ordenamiento jurídico se refiere al suministro de materiales no lo hace pensando en lo que se entiende propiamente por suministro de materiales. En el CC el art. 1588 se refiere a la aportación de materiales en el contrato de obra”. Hablamos, pues, de un contrato (de obra) *con* suministro (de materiales por parte del contratista). En el contrato de obra con suministro de materiales se produce un solapamiento entre dos tipos contractuales: el contrato de obra y el contrato de compraventa (Albiez Dohrmann, 2013: 11224)³⁴⁰; pero en ningún caso esta situación hace referencia al contrato *de* suministro entendido en su sentido estricto, es decir, como contrato por el cual una parte (suministrador) se obliga a la realización de prestaciones periódicas o continuadas en favor de otra (suministrado) a cambio de un precio.

Tampoco se respeta el significado estricto (desde el punto de vista de la tipología contractual) en aquellas normas que tratan contratos *para* el suministro. Cuando hablamos de contratos *para* el suministro intentamos hacer referencia a todos aquellos

³³⁸ *Vid.* Albiez Dohrmann (2014: 144): “El suministro es sinónimo de entrega”.

³³⁹ La cursiva es propia.

³⁴⁰ Sobre cuándo estamos ante un contrato de obra y cuándo ante un contrato de compraventa considera este autor que habrá que estar tanto a la voluntad de las partes como a las obligaciones (y su respectivo valor económico) que asumen; de tal manera que si la obligación principal es de hacer estaremos ante un contrato de obra, mientras que si la principal obligación es de dar estaremos ante un contrato de compraventa, si bien habrá que estar a cada caso concreto (Albiez Dohrmann, 2013: 11225). También utiliza el valor económico de las prestaciones como criterio diferenciador, siempre desde un análisis global del contrato (en relación con el artículo 3.1 CISG), Perales Viscasillas (2008: 1438-1439).

contratos cuyo objeto³⁴¹ hace referencia de un modo u otro a la entrega de bienes. Se observará, pues, que nos estamos refiriendo a todos aquellos contratos que hemos tratado a lo largo de este apartado y del apartado anterior. Todos estos contratos (incluido el de suministro en la concepción estricta que aquí defendemos) se relacionan de un modo más o menos próximo con el contrato de compraventa; pues el contrato de compraventa no es un tipo contractual cualquiera, sino que actúa como tipo-paradigma para todos aquellos contratos a través de los cuales se canaliza la circulación de bienes. Dicho de otra manera, cuando se utiliza el contrato de compraventa no como mero tipo contractual, sino como una suerte de macrocategoría (o “tipo-paradigma”) se está haciendo una alusión común a contratos para la circulación de bienes. Las normas que hacen referencia a los contratos para la circulación de bienes hablan de “contratos de suministro”, cuando en realidad deberían hablar de contratos *para* el suministro o, si se quiere evitar todo tipo de confusión, de contratos para la entrega o circulación de bienes. Entre las normas que hablan de “contratos de suministro” en los términos que acabamos de expresar se encuentran el artículo 3 CISG, el artículo 29 LCC, el artículo 115 TRLGDCU y el artículo 16.3.c LCSP (*vid.* Albiez Dohrmann, 2013: 144-145).

Según el artículo 3.1 CISG, “se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción”. Es importante en este caso acudir a la redacción del artículo en inglés, que habla de “contracts *for* the supply of goods to be manufactured or produced”³⁴². Donde el precepto dice “contratos de suministro de mercaderías” hay que entender, pues, “contratos *para* el suministro de mercaderías”³⁴³. La traducción al castellano del artículo 3 CISG no ha seguido respetado lo que estrictamente decía la versión inglesa ni, sobre todo, tenido en cuenta que una concepción restrictiva del contrato de suministro va más allá de la mera entrega de bienes.

³⁴¹ Hablamos aquí de “objeto” para hacer referencia al “objeto del contrato” tal como lo entendemos en este trabajo, es decir, al núcleo de prestaciones que son objeto de intercambio en el contrato, y que lo definen como tipo contractual diferenciándolo de otros; no al “objeto sobre el que recae el contrato”.

³⁴² La cursiva es propia.

³⁴³ *Cfr.* Perales Viscasillas (2008: 1438-1449), quien utiliza en todo momento la preposición “para” y no la preposición “de”, más acorde con el texto original de la CISG.

El artículo 3.1 CISG delimita el ámbito de aplicación de la Convención, y se expresa en términos lo suficientemente amplios como para hacer referencia no sólo a contratos de compraventa *stricto sensu*, sino, en general, a cualesquiera contratos que tengan por objeto la circulación de bienes, incluso aquellos contratos denominados (en España) contratos de obra con suministro de materiales (Perales Viscasillas, 2008: 1441; Schwenger y Hachem 2011: 242-243). Estos autores, así como, en general, la doctrina que se ocupa del artículo 3 CISG, ocupan gran parte de sus esfuerzos en esclarecer qué significa que el cliente aporte la “parte sustancial” de las mercaderías. En este mismo apartado hemos hablado del contrato de obra con suministro de materiales por parte del contratista. Parece claro que el artículo 3 CISG pretende abarcar no sólo contratos de compraventa, sino contratos de obra con suministro de materiales por parte del contratista, así como contratos de obra en los que los materiales los suministren (es decir, entreguen) tanto el contratista como el comitente; siempre que no sea este último quien realice la principal aportación de materiales. La Convención también resulta aplicable a aquellos contratos cuyo objeto de cambio sea un software (ahora mal llamados “de suministro de contenidos digitales”³⁴⁴), incluso en aquellos casos en que debe ser producido (Mistelis y Raymond, 2011: 59).

Dada esta vocación de la CISG expresada en su artículo 3 de abarcar situaciones muy diversas, debe interpretarse, entendemos, que la Convención será aplicable a cualquier contrato de suministro cuando ésta resulte aplicable de acuerdo con lo establecido en su artículo 1. Pero no resultará aplicable porque el contrato de suministro sea una mera variante del contrato de compraventa, sino porque la CISG pretende ser aplicable a contratos “para el suministro de bienes”, expresión que va mucho más allá del contrato de compraventa entendido como mero tipo contractual. Antes bien, habría que entender que la CISG habla de la compraventa como una macrocategoría o “tipo-paradigma”.

Con una redacción muy parecida a la de la CISG se expresa el artículo 115.1 TRLGDCU, al incluir en el ámbito de aplicación del Capítulo I del Título IV (“Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo”) aquellos “contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse”. La norma incorpora la redacción del artículo (en castellano) 1.4 de la Directiva 1999/44/CE, que fue incorporado en un primer momento al ordenamiento español a través de la Ley

³⁴⁴ *Vid. infra*, siguiente apdo.

23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, hoy refundida en el TRLGDCU. Según el artículo 1.4 de la Directiva 1999/44/CE se considerarán contratos de compraventa a efectos de la Directiva “los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse”. Cabe destacar, en primer lugar, que la calificación como contratos de compraventa de determinados contratos denominados “de suministro de bienes de consumo” es a efectos de la Directiva 1999/44/CE. Por otro lado, al igual que en la CISG, la traducción al castellano de la versión inglesa de la Directiva habla de “contracts *for* the supply of consumer goods to be manufactured or produced”³⁴⁵. Nuevamente observamos, ahora en el caso de los artículos 1.4 de la Directiva 1999/44/CE y 115.1 TRLGDCU, que se utiliza el término suministro como sinónimo de entrega³⁴⁶.

Un artículo de los mencionados en este apartado que sí afina más si de evitar confusiones innecesarias se trata es el artículo 29.1 LCC, que habla de contratos “relativos al” suministro de bienes específicos.

Mención aparte merecen los (a nuestro juicio) mal llamados contratos de suministro de contenidos digitales, que trataremos a continuación.

8.2.1 Contrato de suministro vs contrato para el suministro de contenidos digitales³⁴⁷

En el año 2011 se publican dos textos que mencionan (aunque no definen) por primera vez los contratos que en la actualidad se conocen como “de suministro de contenidos digitales”. Hablamos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (Propuesta CESL), y la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. Uno y otro texto extienden su ámbito de

³⁴⁵ La cursiva es propia.

³⁴⁶ *Vid.* en este sentido Marín López (2015: 1668, y nota 44).

³⁴⁷ El contenido de este apartado se basa en las conclusiones alcanzadas en investigaciones desarrolladas en el marco de la presente Tesis Doctoral que por su especificidad han merecido una atención particular, y que han sido publicadas en diversos trabajos a lo largo de estos años (Castillo Parrilla, 2016: 45-61; 2016: 351-364; 2017: 101-132; 2018: 71-83; 2018: 505-524; 2018: 165-173), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 *in fine* de las Normas Reguladoras de las Enseñanzas Oficiales de Doctorado y del Título de Doctor por la Universidad de Granada, aprobadas en sesión ordinaria del Consejo de Gobierno de 30 de octubre de 2013.

aplicación a los “contratos de suministro de contenidos digitales” (*cf.* Cons. 17 Propuesta CESL y Cons. 19 Directiva 2011/83/UE). La Propuesta CESL fue abandonada en mayo de 2015, al mismo tiempo que se inició la Estrategia para el Mercado Único Digital de la Unión Europea (EMUDE), el instrumento político a través del cual la Unión Europea pretende llevar a cabo la recepción jurídica de la Revolución Digital en su seno, desarrollando una suerte de proyección digital del Mercado Único de la Unión Europea (Mercado Único Digital Europeo o MUDE) a través de iniciativas normativas de todo tipo. La Directiva 2011/83/UE, por su parte, ha sido incorporada a los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, en el caso español a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU.

Actualmente, por tanto, en el ordenamiento español se mencionan los contratos de suministro de contenidos digitales en los artículos 60.3, 66 *quáter*.1, 97.2, 103.m, 104.c, y 108.b TRLGDCU³⁴⁸, sin llegar a definir en qué consiste este contrato. Por el momento, el único criterio del que puede echarse mano para averiguar qué es un contrato de suministro de contenidos digitales es el Considerando 19 de la Directiva 2011/83/UE (vía principio de interpretación conforme³⁴⁹), donde se define qué debe entenderse por “contenido digital” y considera que los mentados contratos deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva en los siguientes términos:

“Por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como 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. Los contratos de suministro de contenido digital deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Si un contenido digital se suministra a través de un soporte material como un CD o un DVD, debe considerarse un bien a efectos de la presente Directiva. De forma análoga los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, los contratos de calefacción mediante sistemas urbanos, o los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no

³⁴⁸ Para un examen exhaustivo de los mencionados artículos, Cámara Lapuente (2014: 79-167).

³⁴⁹ *Vid.* Ordóñez Solís (2002: 2329-2354).

deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios.”

Este Considerando ha sido criticado por la doctrina por su poca claridad y defectuosa redacción³⁵⁰. Más allá de las críticas y de la defectuosa redacción (o no³⁵¹) del Considerando 19, lo cierto es que es el único punto de partida procedente de un texto normativo en vigor a través del cual podemos esbozar el significado de estos contratos. Por tanto, aunque seguidamente analizaremos con algún detalle otros intentos normativos más recientes³⁵², conviene que nos detengamos mínimamente en este Considerando. Parece evidente que se intenta, a través de la aproximación que hace esta Directiva a través de su Considerando 19, superar la tradicional distinción entre las dos grandes macrocategorías de contratos (servicios y compraventa), lo cual, amén de cuestionable, podría provocar problemas en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista como España³⁵³ más aun teniendo en cuenta que la Directiva es de armonización total (*cf.* art. 4). Resulta paradójica esta consecuencia, ya que esta voluntad, digamos, “aséptica” de la Directiva tiene la declarada intención de no inmiscuirse en cuestiones de Derecho interno de los respectivos Estados³⁵⁴ y de respetar el principio de subsidiariedad (Cons. 4).

¿Qué es un contrato de suministro de contenidos digitales? Lo primero que debemos decir es que no es ni un tipo contractual, ni una modalidad contractual y que, incluso,

³⁵⁰ Garrote Fernández-Díez (2013: 753) lo califica de “desafortunado”, como entiende igualmente desafortunada la definición de contenidos digitales (Garrote Fernández-Díez, 2013: 753, nota 1).

³⁵¹ Cámara Lapuente (2014: 112) reconoce que podrían formularse críticas a su concreta redacción por lo que se refiere al concepto y ejemplificación de los contenidos digitales, pese a lo cual entiende que en cualquier caso la definición no es nociva y que pesan más sus ventajas dada precisamente la amplitud con que se expresa.

³⁵² Principalmente la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.

³⁵³ Así lo considera Garrote Fernández-Díez (2013: 754).

³⁵⁴ *Cfr.* Considerandos 11 a 18 de la Directiva. A efectos del tema que estamos tratando, resulta particularmente relevante lo dicho al principio del Considerando 14, según el cual la Directiva “no debe afectar a la legislación nacional en el ámbito del Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula”. Téngase en cuenta que el Considerando 19 pone especial énfasis en indicar que los contratos “de suministro de contenido digital” que no se suministren en un soporte material no deben ser considerados a efectos de la Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios. Dicho de otro modo, la Directiva incluye estos contratos en su ámbito de aplicación, pero no dice si son venta o servicios, no los “regula”, y, por tanto, se mantiene al margen de lo que las legislaciones nacionales de los respectivos Estados miembros digan al respecto. Cabe señalar que no se trata de una cuestión de escrupuloso respeto a los ordenamientos nacionales, sino que, antes bien, es reflejo de la falta de consenso doctrinal en relación con la macrocategoría a la que eventualmente podrían considerarse más próximos estos contratos (servicios o compraventas).

puede decirse que no puede saberse con precisión de qué se habla cuando se hace referencia a contratos de suministro de contenido digital, porque (1) la construcción del supuesto tipo contractual es completamente anómala, (2) no se sabe qué significa “suministro”, y (3) tampoco se sabe con exactitud qué significa “contenido digital” ni, sobre todo, qué va a acabar significando “contenido digital” cuando entre en vigor (si es que así ocurre) la actual Propuesta de Directiva 634/2015.

Una crítica previa tiene que ver, como ya hemos hecho anteriormente respecto de otros textos normativos, con una traducción al castellano no del todo cuidadosa. Las versiones en inglés de la fallida Propuesta CESL, de la Directiva 2011/83/UE y de la actual Propuesta 634/2015 (así como de sus modificaciones en 2016 y 2017) hablan de “contracts *for* the supply of digital contents”, lo que se ha traducido como “contratos *de* suministro de contenido digital” en lugar de como “contratos *para el* suministro de contenido digital”³⁵⁵. Todo lo dicho, pues, acerca de la distinción entre contratos de suministro y para el suministro en el apartado anterior resulta aplicable a este contrato. Sin embargo, la crítica a este contrato debe ir mucho más allá de una precisión semántica referida a la adaptación al castellano de la versión en inglés de determinados textos normativos para evitar que se confundan los contratos para el suministro (es decir, aquellos que comportan la obligación de entrega de bienes para una de las partes) con los contratos de suministro (es decir, aquellos que obligan a una de las partes – suministrador – a la realización periódica o continuada de determinadas prestaciones en favor de la otra).

En primer lugar, se trata de una construcción anómala de un (falso) tipo contractual, pues no se construye en torno al objeto del contrato, sino en torno al objeto sobre el que recae el contrato (los contenidos digitales). Interesa destacar en este sentido una expresión del Considerando 19 de la Directiva que juzgamos afortunada a los efectos de lo que pretendemos subrayar. Este considerando habla en cierto momento de “contratos *sobre* contenido digital” y, efectivamente, esto es lo que son. La respuesta más precisa que podemos dar a la pregunta de qué es un contrato de suministro de contenido digital es que es todo contrato que tenga por objeto de cambio, es decir, por objeto sobre el que recae el contrato, un contenido digital: todo contrato que recaiga *sobre* un contenido digital. Esto convierte a los contratos de suministro de contenido digital en una categoría sumamente voluble en tanto que dependerá de cómo se defina el concepto

³⁵⁵ Las cursivas de los entrecomillados son propias en todos los casos.

“contenido digital”, lo cual puede generar un nivel de inseguridad jurídica poco aconsejable (*vid.* Garrote Fernández-Díez, 2013: 754³⁵⁶).

Actualmente, a pesar de que el Considerando 19 establece expresamente que los contratos sobre contenido digital no deben ser clasificados (a efectos de la Directiva) como contratos de venta ni como contratos de servicios, sería posible defender la cercanía del contrato de suministro de contenidos digitales con el de compraventa, teniendo en cuenta que se definen los contenidos digitales como “datos producidos y suministrados en formato digital” (art. 2.11 Directiva 2011/83/UE; art. 59 *bis*.1.i TRLGDCU), por lo que se refiere a la posible aplicación analógica de las normas del contrato de compraventa al contrato de suministro de contenidos digitales, sean o no suministrados en soporte material corpóreo como un CD o un DVD.

Sin embargo, en la versión original (2015) de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenido digital (Propuesta de Directiva 634/2015) la definición de “contenidos digitales” sufre un considerable (y peligroso) ensanche al abarcar no sólo los “datos producidos y suministrados en formato digital” como hasta ahora (art. 2.1 PD 634/2015; art. 2.11 Directiva 2011/83/UE; art. 59 *bis*.1.i TRLGDCU), sino también determinados contratos como los de *cloud computing* y acceso a redes sociales (art. 2.1.b y c PD 634/2015). Si el “contrato de suministro de contenidos digitales” gira en torno a lo que los contenidos digitales sean, ensanchar el concepto de contenidos digitales tiene como consecuencia directa ensanchar los supuestos a los que hace referencia esta categoría contractual. Debe repararse, en este sentido, que si de acuerdo con la versión original de la Propuesta 634/2015 los contenidos digitales son también contratos de acceso y de *cloud computing* no podría afirmarse ya que el contrato de suministro de contenidos digitales es cercano a la compraventa.

Por otra parte, no podemos dejar de subrayar en este momento la confusión de planos en que incurre el artículo 2 de la Propuesta 634/2015, al incluir como ejemplos de contenidos digitales determinados contratos. Los contenidos digitales son elementos que se sitúan en el plano metajurídico, es decir, son realidades que existen fuera del

³⁵⁶ *Cfr.* Cámara Lapuente (2014: 94), que defiende este enfoque “funcional” del legislador europeo: “Aunque esta decisión puede ser sometida a crítica, ciertamente el enfoque funcional soluciona buena parte de los problemas concretos que plantean estos contratos y evita clasificaciones legales que en algún caso podrían producir disfunciones”.

Derecho y a las que el Derecho les reconoce relevancia, del mismo modo que hace con los bienes (art. 333 CC) o las actividades³⁵⁷. A nuestro parecer, y de acuerdo con su definición actual, los contenidos digitales son bienes, independientemente de que se encuentren o no recogidos en un soporte material, en la medida en que son elementos individualizables, autónomos y estáticos de la realidad metajurídica³⁵⁸ con valor económico y consecuentemente relevancia jurídica. El Considerando 19 establece que deberán ser considerados como bienes muebles (siempre a efectos de la Directiva, que no lo es todo) cuando se encuentren recogidos en soporte material, pero no impide que se los considere tales en caso de que no sea así; simplemente impide que se califiquen como contratos de compraventa aquellos contratos sobre contenidos digitales que no estén recogidos en soporte material. Aceptar este planteamiento, así como el hecho de que la Revolución Digital ha dado lugar a nuevas realidades que deben llevar en lo jurídico a una redefinición de la categoría de bienes permitiría que la nueva economía digital no se desarrollara solo (o principalmente) a través de una lógica que podríamos denominar “economía de velocidad” (presidida por contratos de servicios, y licencias de uso y acceso), sino también a través de una lógica de “economía de escala” o circulación de bienes; y evitaría que la nueva riqueza quedara paulatinamente estancada en una suerte de resurrección (digital) de la propiedad en manos muertas³⁵⁹.

Volviendo al contrato de suministro de contenidos digitales, puede señalarse un principio de rectificación de esta *vis* expansiva del concepto de contenidos digitales a partir de 2016 y que puede observarse especialmente en las enmiendas presentadas por el Consejo al texto de la Propuesta de Directiva 634/2015, donde se distingue entre “contenidos digitales” (art. 2.1.a de la Propuesta, de contenido sustancialmente similar al del artículo 2.11 de la Directiva 2011/83/UE) y “servicios digitales” (art. 2.1.b y c). Hablamos de principio de rectificación por dos motivos. En primer lugar, la Propuesta de Directiva continuaría titulándose como “relativa a determinados aspectos de los

³⁵⁷ Con frecuencia se utiliza el término “servicios” como sinónimo de actividades u obligaciones de hacer. Debe repararse en que los servicios, *stricto sensu*, son contratos, y que los contratos sólo existen desde y para el Derecho. De acuerdo con la redacción del artículo 333 CC, las “cosas” son elementos de la realidad metajurídica; es decir, no existen desde y para el Derecho, sino que son reconocidas por el Derecho, que denomina “bienes” a aquellas cosas con relevancia jurídica. Por ello no es correcto contraponer bienes y servicios como si se tratara de dos elementos que se encuentran en el mismo plano, ya que uno pertenece al jurídico y otro al metajurídico.

³⁵⁸ Entendiendo por realidad metajurídica la realidad física, la realidad intelectual y la realidad informática.

³⁵⁹ *Cfr.* Castillo Parrilla (2018: 312). En la monografía titulada *Bienes digitales. Una necesidad europea* se defiende este planteamiento, que no podemos desarrollar en toda su extensión porque desviaría por completo el objetivo de nuestro trabajo.

contratos *para* el suministro de contenidos digitales”³⁶⁰ y, como ya hemos dicho, los servicios se realizan o se prestan, pero no se “suministran”³⁶¹. En segundo lugar, no existen cambios significativos en las enmiendas a la regulación del texto que permitan hablar de un tratamiento diferenciado del suministro de contenidos digitales frente al suministro de servicios digitales.

Continuando con las objeciones a esta categoría contractual, tampoco es fácil determinar qué deba entenderse por suministro. De acuerdo con la regulación actual puede sostenerse que se utiliza la expresión suministro de un modo impropio o vago, como sinónimo de entrega, igual que ocurre en otros textos normativos que acabamos de ver. Sin embargo, resulta muy complicado no extrañarse al escuchar (o leer) que, de acuerdo con la expansión del concepto de contenidos digitales planteada en 2015 puedan existir “contratos de *suministro de acceso* a redes sociales”. Sin embargo, de acuerdo con la definición del artículo 2.10 de la Propuesta 634/2015 (versión de 2015), debe entenderse por “suministro” precisamente eso: el “hecho de facilitar el acceso a contenidos digitales o poner a disposición los contenidos digitales”³⁶².

Finalmente, este nuevo contrato rompe con los tradicionales principios de la contratación electrónica (equivalencia funcional y no discriminación; no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos; y neutralidad tecnológica³⁶³). Comenzaremos por los dos últimos.

El principio de no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos es un principio dirigido al legislador que intenta que una revolución tecnológica (en la actualidad, la Revolución Digital³⁶⁴) no altere las reglas básicas de funcionamiento del

³⁶⁰ La cursiva es propia, siguiendo lo que entendemos que sería una mejor traducción de la versión en inglés. El documento oficial en castellano habla de contratos “de” suministro.

³⁶¹ A esto habría que añadir que tampoco es correcto calificar como “servicios” a determinados contratos como, en este caso, los contratos de acceso a redes sociales o de *cloud computing*.

³⁶² Si se aceptan las enmiendas presentadas por el Consejo en 2017, se suprimiría del elenco de definiciones la de “suministro”, si bien quedaría integrada en una nueva redacción del artículo 5.

³⁶³ Para un tratamiento completo de los principios del comercio electrónico puede consultarse a Illescas Ortiz (2009: 33-61) y a Madrid Parra (2011, 18-25), cuyas reflexiones seguimos.

³⁶⁴ En la monografía anteriormente citada (Castillo Parrilla, 2018: 45-65) sostenemos que la Revolución Digital es una suerte de segundo acto de un conjunto de revoluciones tecnológicas relacionadas con la informática que comenzó en 1949 con la Revolución de la Electrónica. Cuando los principios del comercio electrónico se plasmaron primero en las Leyes Modelo de Naciones Unidas (LMCE y LMFE) y posteriormente, en nuestro caso, en determinadas normas de la UE y de los Estados miembros, se hizo en aras de acometer la recepción jurídica de la Revolución de la Electrónica. Hoy estamos llamados a llevar a cabo una nueva recepción jurídica, la de la Revolución Digital. Sin embargo, consideramos que los principios entonces establecidos siguen siendo válidos.

Derecho de obligaciones y contratos. No parece que esto se respete con gran mimo cuando se ha desarrollado una “categoría contractual” (no podemos hablar, como hemos dicho, ni de tipo ni de modalidad) que se construye de un modo hasta ahora desconocido: apoyándose por completo³⁶⁵ en el objeto sobre el que recae el contrato.

El principio de neutralidad tecnológica está igualmente dirigido al legislador; pero si el anterior tiene un ánimo represivo (no cambiar en exceso lo que hay) este tiene un ánimo propositivo: desarrollar normas que sean lo más duraderas posibles, independientemente del paradigma tecnológico al que deban ser aplicadas, de ahí que se evite en lo posible hacer referencias a concretas tecnologías. De los principios señalados, es aquel cuyo cumplimiento resulta más difícil. Prueba de ello lo tenemos precisamente en el término “contenido digital”, pues el paradigma de lo digital podría verse superado en un futuro no muy lejano por el de la computación cuántica. Hecha esta observación, debe admitirse que si de lo que se trata es de llevar a cabo la recepción jurídica de la Revolución Digital no puede extrañar que el apellido más utilizado por las normas que de esto se ocupan sea precisamente el de digital (contenidos digitales, mercado digital, Derecho digital...).

Del principio de neutralidad tecnológica se hace eco de este principio el Considerando 11 de la Propuesta de Directiva 634/2015 cuando afirma que “con el fin de cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y mantener la naturaleza a prueba de futuro del concepto de contenidos digitales, este concepto tal y como se utiliza en la presente Directiva debe ser más amplio que en la Directiva 2011/83/UE”. Se trata, sin embargo, de un enfoque poco acertado, y ello por dos motivos. En primer lugar, de poco sirve que una norma dure mucho tiempo si es a costa de ensanchar tanto su ámbito de aplicación que corra el riesgo de ser irrelevante en la práctica. Las normas relevantes en la práctica serán las que detallan los derechos y obligaciones de las partes; pero no las que ¿definen? el contrato de suministro de contenidos digitales. En segundo lugar, y como veremos a continuación, el concepto de contenidos digitales no respeta los principios de equivalencia funcional y no discriminación.

³⁶⁵ Hay tipos contractuales que se distinguen en función del objeto sobre el que recae el contrato. Un ejemplo es la distinción entre compraventa y permuta: mientras que en el contrato de compraventa los objetos sobre el que recae el contrato son cosa y precio (art. 1445 CC) en el contrato de permuta los dos objetos sobre los que recae el contrato son cosas (art. 1538 CC). Ahora bien, el tipo contractual en cada uno de estos casos no descansa exclusivamente en los objetos sobre los que recae el contrato.

Los principios de equivalencia funcional y no discriminación³⁶⁶ parten del análisis de los objetivos y funciones que desempeña una determinada institución jurídica, en aras de determinar cómo podrían alcanzarse esos mismos objetivos y desarrollarse esas mismas funciones a través de un equivalente electrónico. Este principio tiene su origen en el artículo 5 de la Ley modelo de las Naciones Unidas para el Comercio Electrónico (LMCE), según el cual “no se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión”, y tiene su eco en la Unión Europea a través del artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico y, en España, a través del artículo 23 LSSICE. En cualquiera de los artículos citados se presta gran atención a los documentos, y en que se entienda que constan por escrito independientemente del soporte en que se recojan (*cf.* art. 23.3 LSSICE), sin embargo va mucho más allá: es un principio dirigido a los intérpretes y aplicadores del Derecho que les insta a interpretar las categorías jurídicas desde el punto de vista de su funcionalidad en aras de evitar en lo posible la necesidad de desarrollar nuevas normas que deban responder a una necesidad no cubierta. Por ejemplo, entender que cuando el artículo 1280.1º CC exige que ciertos documentos consten por escrito no se entienda que “escrito” significa necesariamente “en soporte papel”.

No obstante, el principio de equivalencia funcional exige un mínimo respeto al significado natural de los términos, cuestión esta que la expresión “contenido digital” no respeta en su totalidad, pues hace referencia tanto a contenidos digitales *stricto sensu* como a continentes electrónicos (soportes electrónicos) de contenidos digitales. Cuando hablamos de contenidos digitales *stricto sensu* hablamos de todos aquellos bienes informacionales³⁶⁷ o inmateriales (obras de propiedad intelectual o industrial) recogidos en formato digital: estos bienes son “contenidos” en un soporte digital, que hace de “continente”. Sin embargo, la definición de contenido digital abarca también todas

³⁶⁶ Illescas entiende que el principio de no discriminación es la dimensión negativa del principio de equivalencia funcional, de tal manera que uno y otro serían dos caras de la misma moneda.

³⁶⁷ En la actualidad, la mera información desnuda de todo tipo de originalidad y / o creatividad se concibe como un bien, en la medida en que es objeto de cambio. Puede observarse esta realidad en el Considerando 13 de la Propuesta 634/2015; pero sobre todo en cada acto de nuestra realidad cotidiana cuando nos enfrentamos a los mal llamados “contratos gratuitos”, en los que pagamos con nuestros propios datos por determinadas prestaciones (sobre el particular, Cámara Lapuente, 2016: 21-26). Por ello hablamos en estos casos de bienes informacionales, entendiendo que se trata de una categoría de bienes distinta a los bienes inmateriales.

aquellas realidades que pueden hacer de continentes digitales, llamándolas a todas “contenido”, y oscureciendo la “función” que desarrollen en cada caso. Ejemplo claro de esto puede ser el caso de un libro en formato digital: el libro puede estar recogido (“contenido”) en soporte físico o en soporte digital. Si se lo denomina “contenido digital” se está respetando el significado natural de la palabra “contenido”; sin embargo, al extender esto a los programas de ordenador se está desatendiendo su “función” de “continentes”. Respecto de los programas de ordenador hay que hacer una última precisión: son contenido porque son obras de propiedad intelectual (art.10.1. i TRLPI) que están recogidas en formato digital; y son continente, cuando permiten que un bien informacional o inmaterial quede recogido en formato digital.

Si el concepto de “contenido digital” no respeta los principios de equivalencia funcional y no discriminación tal como está redactado en la actualidad (*cf.* art. 2.11 Directiva 2011/83/UE y 59 *bis*.1.i TRLGDCU), menos aún los respeta su ampliación a través de la Propuesta 634/2015 en su versión original de 2015. Como hemos dicho, con fortuna el Consejo sugiere en 2017 distinguir entre contenidos y servicios digitales³⁶⁸.

³⁶⁸ Un análisis exhaustivo de la evolución del concepto de contenidos digitales desde 2011 hasta hoy puede encontrarse en Castillo Parrilla (2018: 505-524).

CAPÍTULO IV - El contrato de suministro de bienes entendido como contrato marco y sus repercusiones en la dinámica contractual

1. Subsunción del contrato de suministro en el esquema estructural del contrato marco

El contrato de suministro es, como hemos intentado demostrar a lo largo del Capítulo anterior, una figura contractual que satisface una necesidad duradera de las partes, que se concreta a través de una serie de manifestaciones (en forma de necesidades puntuales). Como instrumento contractual canalizador de esta necesidad duradera y compleja (o, mejor dicho, “dual”) es asimismo un modo de racionalizar y simplificar las relaciones jurídicas entre las partes (Fernández del Moral Domínguez, 1992: 29-30). Cabe recordar que Gatsi (1996: 2) destaca precisamente estas cualidades del contrato marco. La racionalización y simplificación de una relación contractual abocada a perdurar en el tiempo sólo pueden conseguirse a través de su “flexisegurización”. Ya vimos en el Capítulo primero de este trabajo (al cual nos remitimos en aras de evitar reiteraciones) cómo la “flexiseguridad” (figura que tiene su origen en el Derecho del trabajo) puede extrapolarse a la contratación privada, y es propia tanto del contrato de suministro como del contrato marco.

Al señalar las diferencias en el Capítulo anterior entre contrato de compraventa y contrato de suministro destacábamos que éste último se estructura en forma de contrato grupal o contrato-red, en la medida en que las partes celebran un primer contrato que hace las veces de eje del sistema contractual (en torno al cual todo gira), y provee al contrato (grupal, red) de una serie de reglas aplicables a futuro (siempre en el contexto de la relación contractual) que contribuirán a la simplificación de las relaciones singulares que tengan las partes en desarrollo y cumplimiento de las previsiones iniciales recogidas en el contrato previo con el que inician el contrato de suministro (*cfr.* Fernández del Moral Domínguez, 1992: 29-30; Bercovitz Álvarez, 2017: 523). Se trata, pues, de una estructura reticular de dos niveles: el primero está compuesto por un único contrato (general, básico), que actúa como principal criterio rector y punto de referencia para todos los demás contratos (singulares, de aplicación), situados en el segundo nivel. Bercovitz Álvarez califica expresamente este contrato como contrato marco o contrato normativo (utilizando indistintamente ambos términos), de lo que se hace eco Albiez

Dohrmann (2014: 143-144) en relación con el “contrato de suministro sucesivo (en la literatura alemana se denomina *Sukzessivlieferungsvertrag*)”³⁶⁹, lo que no es óbice para subrayar su carácter unitario. Llamas Pombo (2014: 139) afirma que el contrato de suministro “se caracteriza por la existencia de un solo contrato, comprensivo de un conjunto de determinadas mercancías o géneros, a servir en períodos de tiempo determinados o a determinar, con posterioridad y por un precio en la forma preestablecida por las partes”. El carácter unitario del contrato de suministro debe entenderse, no obstante, en relación con la unidad teleológica del grupo contractual; no como sinónimo de contrato lineal. En este apartado intentaremos demostrar que el contrato de suministro no obedece al paradigma que hemos denominado “contrato-línea”, sino al de los contratos-red.

Hemos tratado en el Capítulo II, dos ejemplos de contratos-red con estructura dual: el contrato marco y el contrato normativo. El contrato normativo, sin embargo, presenta dos cualidades que lo diferencian del contrato marco y nos obligan a descartarlo como modelo explicativo: el contrato base en el contrato normativo tiene fuerza vinculante *erga omnes* (de ahí que merezca la calificación de “normativo”), aunque circunscrita al ámbito de aplicación del contrato normativo correspondiente, y existe pluralidad (cualitativa) de partes en cada nivel de la contratación³⁷⁰. Por lo que se refiere al contrato marco, éste ha sido descrito como aquél a través del cual “las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras”, de tal manera que “las reglas establecidas en el contrato base se aplicarán en los contratos posteriores que las partes celebraren en desarrollo de aquél (contratos de aplicación)” (*cf.* arts. 522-2 PCC, y 1111 *Code civil*)³⁷¹.

El contrato de suministro es un ejemplo de contrato marco, pues presentan la misma estructura. Recordemos que el contrato marco no es un tipo, sino una modalidad

³⁶⁹ Distingue Albiez Dohrmann (2014: 143) entre suministro de tracto único y suministro sucesivo. A nuestro juicio hablar de suministro de tracto único en ordenamientos como el español o el italiano (en el que la jurisprudencia española se inspira para tratar el contrato de suministro) tiene poco sentido ya que no es posible encontrar las notas de periodicidad y duración que le son propias; sería simplemente una utilización del término “suministro” como sinónimo de entrega (*vid. supra*, apdo. 7 del Capítulo III). Como ya hemos dicho anteriormente (*vid. supra*, apdo. 6.1 in fine de este Capítulo) el contrato marco de suministro encuentra su equivalente en la terminología jurídica alemana en el *Bezugsvertrag*, no tanto en el *Sukzessivlieferungsvertrag*.

³⁷⁰ *Vid. supra*, apdos. 5.5 y 5.5.1 del Capítulo II.

³⁷¹ Recordamos que respecto de la definición del contrato marco seguimos la versión de 2015 de la PCC presentada por la Asociación de Profesores de Derecho civil.

contractual, un modo, una manera de conducir el contrato. A través del contrato de suministro, que es un contrato duradero³⁷² (sea porque las partes fijan inicialmente un período de duración o, sin que lo fijen, porque se entiende como de duración indefinida³⁷³) que comienza con un primer contrato, general y previo (“contrato base”) en el que las partes fijan las condiciones que regirán la relación contractual (que queda estructurada a través de un grupo de contratos dividido en dos niveles, el contrato base y los contratos de aplicación) y que servirá de criterio prioritario de referencia e instrumento que contribuye a la mayor agilidad de las relaciones contractuales futuras (pedidos/entregas, prestaciones, o... contratos de aplicación de suministro), de tal manera que el suministrado sólo deberá manifestar en cualquier momento durante la vigencia del contrato su consentimiento para el envío de un cierto número de bienes, según las condiciones de calidad y precio establecidas en el contrato base, al que suministrador y suministrado han decidido quedar vinculados (*cf.* Bercovitz Álvarez, 2017: 524 y 533-534³⁷⁴).

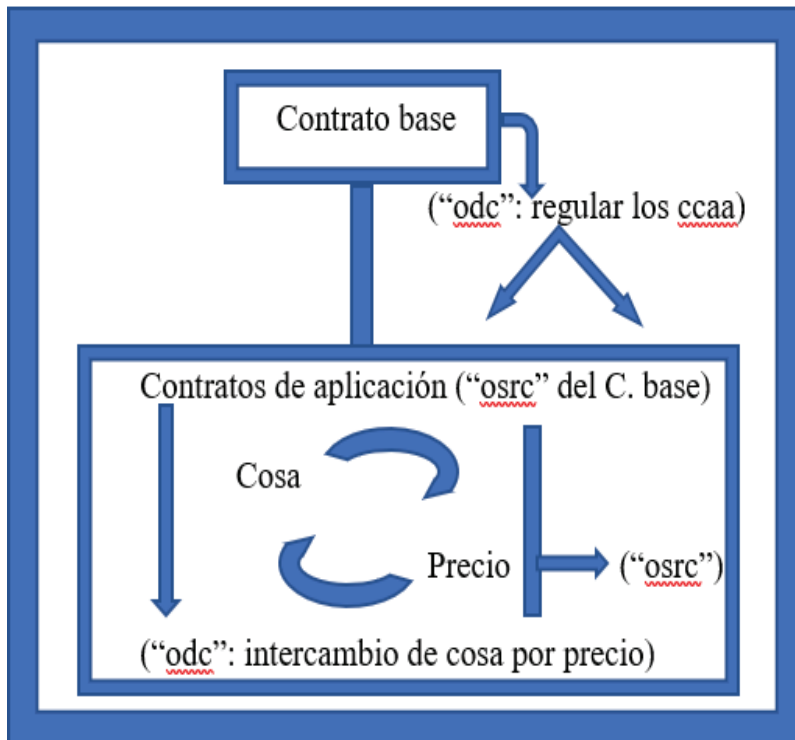
En el Capítulo II hemos descrito a través de diferentes esquemas gráficos, la “anatomía” del contrato marco. Conviene traerlos a colación en este momento, pues nos permitirán demostrar cómo, en la medida en que uno y otro contrato tienen la misma anatomía, es posible afirmar que el contrato de suministro de bienes es (un tipo contractual) canalizable a través del contrato marco (como modalidad contractual):

³⁷² *Cfr.* el término alemán *Dauerlieferungsvertrag*.

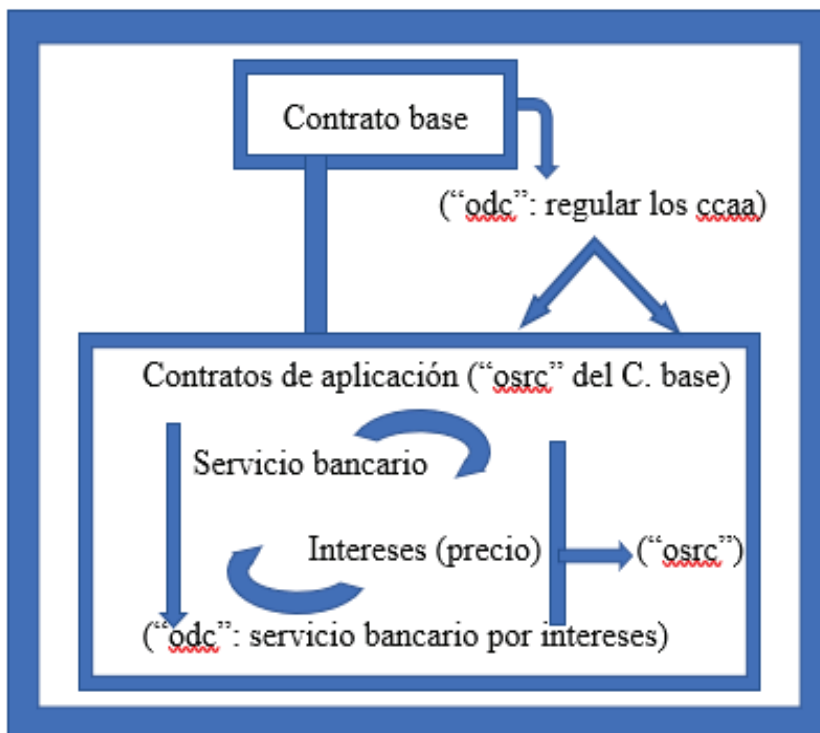
³⁷³ *Cfr.* art. 513-7.1 APCM: “El contrato de suministro se considera pactado por tiempo indefinido cuando así se haya convenido expresamente y cuando no se hubiera fijado una duración determinada”.

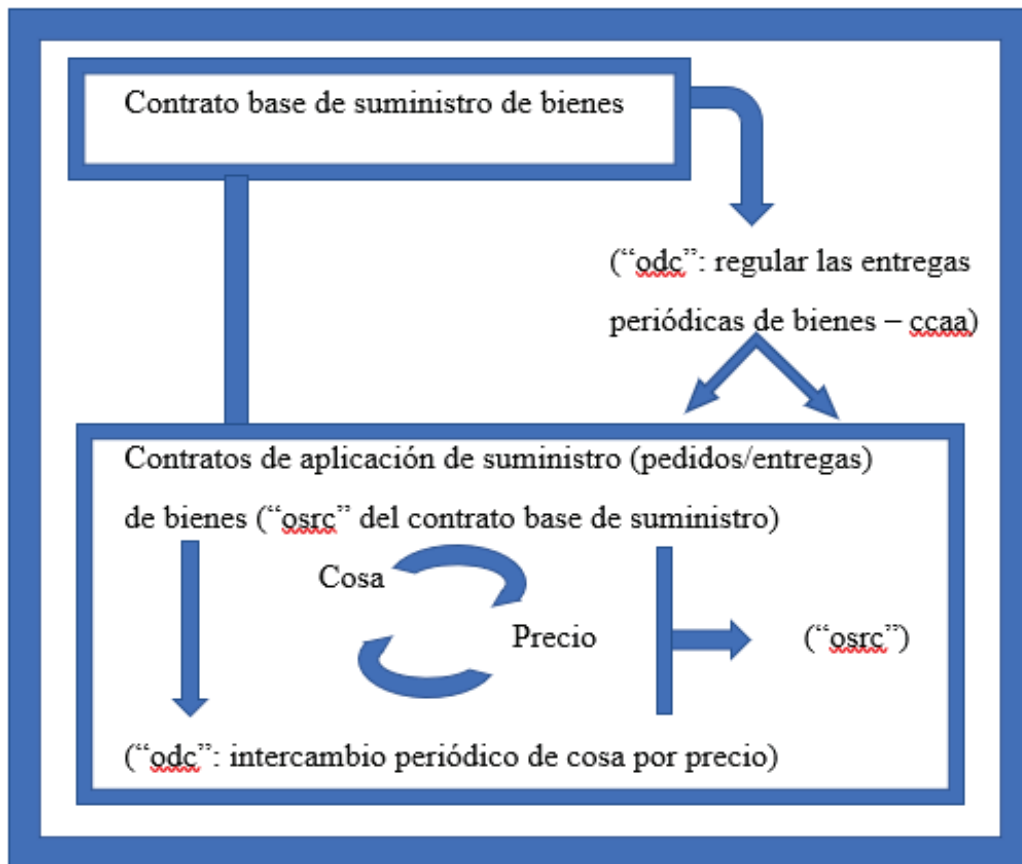
³⁷⁴ Según este autor, “se dice que (el contrato de suministro) es un contrato normativo” y “en cierto modo cabe considerarlo como un contrato-marco o de oferta permanente, continuada, por el proveedor” (Bercovitz Álvarez, 2017: 524). Puede apreciarse en estas afirmaciones la confusión terminológica (“contrato marco” vs “contrato normativo”) que ya denunciábamos en el Capítulo II.

Contrato marco para la circulación de bienes



Contrato marco de servicios bancarios





Es frecuente, además, que en el contrato de suministro se dejen deliberadamente indeterminadas la cantidad de bienes en cada entrega y frecuencia temporal de cada entrega (*cfr.* Fernández del Moral Domínguez, 1992, que lo llama “suministro a necesidad”; y Bercovitz Álvarez, 2017: 535). En Alemania, el contrato de suministro en el que es el suministrado quien decide cuánto, y cuándo se le va a suministrar recibe el nombre de *Bezugsvertrag*. El término *Bezug* podemos encontrarlo en el apartado 3 del § 510.1 BGB (“*die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen zum Gegenstand hat*”). El *Bezugsvertrag* es un contrato de suministro en el que no se conoce inicialmente (es decir, en el contrato base o *Grundvertrag*) el alcance (cantidad y frecuencia) de las entregas o, lo que es lo mismo, la concreción exacta de los sucesivos contratos de aplicación derivados de la existencia del contrato marco de suministro. Todo ello dependerá de las necesidades del cliente que solicitará pedidos cuando lo estime conveniente (*Lieferung auf Abruf* o “entrega por llamada”)³⁷⁵. El suministrador tiene una obligación de disponibilidad permanente, y los pedidos/entregas

³⁷⁵ *Cfr.* la ya comentada STS de 5 de octubre de 2016.

son autónomos entre sí, pero no independientes ya que se realizan en el contexto de un contrato marco (*Rahmenvertrag*) en vigor y es, además, un contrato duradero (*Dauerlieferungsvertrag*), cuya duración total puede estar fijada en el contrato base (*cfr.* STS de 17 de noviembre de 2000) o ser de duración indefinida (*cfr.* al respecto art. 513-7 APCM y § 314 BGB). Debe añadirse una cuestión a la que ya hemos hecho referencia, y es que los contratos de aplicación son auténticos contratos, por mucho que pertenezcan a un contrato único global (“contrato-red”)

Hay que reconocer que esta opción no tiene por qué darse en todos los contratos de suministro (no al menos en toda su extensión siempre), pues las partes son libres de decidir en el contrato base quedar vinculadas por unas condiciones más o menos estrictas. Sin embargo, conviene resaltar dos aspectos importantes a los efectos del presente trabajo:

- (1) la previsión de la indeterminabilidad de la cantidad y frecuencia de las entregas en el contrato base es el mejor ejemplo de cómo el contrato de suministro permite canalizar la flexiseguridad en la circulación de bienes en un contexto como el de la economía actual; y
- (2) es la asunción de que las partes pueden pactar márgenes de indeterminabilidad al inicio, es decir, en el contrato base (y de hecho frecuentemente así lo harán, independientemente del margen de flexibilidad concreto), la que mejor nos permite afirmar que el contrato de suministro es un ejemplo de contrato marco.

Cabe destacar en este sentido las palabras de la STS de 17 de noviembre de 2000 (FJ-1) respecto de un contrato (base) de suministro de carbón: “el clausulado resultaba lo suficientemente apto para permitir el cumplimiento de la relación en adecuación a las circunstancias sobrevenidas, pues se había previsto que el plan y volumen de las entregas anuales de los suministros de carbón sería establecido de mutuo acuerdo por ambas partes”. La cuestión no es baladí, pues precisamente esta flexiseguridad del contrato de suministro recogida en su contrato base sirve al Tribunal Supremo, junto con la falta de prueba respecto del desequilibrio económico para la suministrada, para negar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a dicho contrato.

Reviste particular importancia en relación con la consideración del contrato de suministro como contrato marco la STS de 31 de julio de 2015, que juzga un caso relativo a la novación extintiva de un contrato de suministro y depósito. No es habitual que en las sentencias se transcriban íntegros los contratos que son objeto de litigio. En este caso se transcriben tanto el contrato de suministro (en el que nos centraremos) como el de depósito. Es de agradecer esta técnica poco frecuente (no sólo en este caso, sino en cualquiera), ya que permite interpretar más claramente las sentencias. Transcribimos, por su importancia para nuestro objeto de estudio, el fragmento del FJ-1 donde recoge el TS el contrato de suministro que es objeto de litigio:

“Para la resolución del presente caso, debe tenerse en cuenta la vinculación de las partes a los siguientes contratos que reglamentaron, de forma concatenada, su relación negocial.

A) Contrato de suministro, de 29 de noviembre de 2010 (contrato marco³⁷⁶):

"I. Partes

De una parte,

CIE AUTOMOTIVE SA sociedad constituida de acuerdo a la legislación española, con domicilio social en Calle Iparraguirre 32 2º-D, Bilbao (Vizcaya), titular de CIF A-28211092, e inscrita en el Registro Mercantil de Vizcaya al tomo 4815, folio 74, hoja BI-48660, inscripción segunda, representada por D. Luis Antonio con DNI número NUM000, en calidad de Director de Compras de la citada sociedad y del resto de sociedades mercantiles del Grupo Cie Automotive, y D. Avelino con DNI NUM001 en calidad de Responsable de Compras de Cie Metal y ambos también en representación de Egaña 2 S.L con domicilio social en Polígono Okando s/n 48240 Berriz (Vizcaya) titular de CIF B. En adelante, el "Suministrado".

Y de otra,

STINSER Suministros Integrales del Acero SL sociedad constituida de acuerdo a la legislación española, con domicilio social en calle Portal de Gamarra, nº1A Planta 9ª oficina 6ª en Vitoria-Gasteiz (Álava), titular de CIF B01463660, representada por D. Felicísimo, con DNI número NUM002, en calidad de Consejero Delegado de la citada sociedad, en virtud de Escritura de Apoderamiento, otorgada ante el Notario de Ilustre Colegio del País Vasco D. Santiago Méndez Ureña el día 27 de octubre de 2010, con el número 1509 de su protocolo. En adelante, el "Suministrador".

En adelante, el Suministrador y el Suministrado podrán ser referidos conjuntamente como las "Partes" y cualquiera de ellos separadamente como una "Parte".

II. Manifestaciones

I. Que el Suministrador realiza una actividad de adquisición, almacenamiento, aprovisionamiento, transformación y logística de los productos del acero.

II. Que el Suministrado integra en su proceso de producción los Productos para la elaboración de componentes metálicos para el sector de automoción.

III. Que el Suministrado está interesado en adquirir los Productos periódicamente del Suministrador, con el objetivo de asegurarse una razonable continuidad, periodicidad y estabilidad del suministro de

³⁷⁶ En puridad, el contrato transcrito es un contrato base (*Grundvertrag*). Sin embargo, como ya hemos dicho en alguna ocasión a lo largo de este trabajo, resulta muy difícil mantener la coherencia terminológica respecto del contrato marco, ya que dicha expresión ("contrato marco") se usa indistintamente para hacer referencia al grupo de contratos en su conjunto o al contrato base, que sirve como elemento central de referencia del grupo.

Productos, beneficiándose de la asistencia y servicios del Suministrador y permitiéndole planificar de forma más eficaz su producción y distribución.

IV. Que el Suministrador, por su parte, está interesado en realizar la venta y suministro de Productos, al permitirle asegurar la colocación de un determinado volumen de Productos y planificar de forma más eficaz sus adquisiciones y distribución de los mismos.³⁷⁷

Por todo ello, las Partes acuerdan suscribir el presente Contrato de Suministro (en adelante, el "Contrato"), que se regirá por las siguientes cláusulas:

7. Declaraciones y garantías del Suministrador

7.1. El Suministrador declara y garantiza respecto de los Productos:

(a) que los Productos cumplen plenamente la legislación vigente aplicable a este tipo de productos en España;

(b) que es el pleno propietario de los Productos³⁷⁸;

10. Sanción por demora en la entrega del Producto.

10.1. En caso de incumplimiento de los plazos de entrega de los Productos, se pacta una penalización consistente en una disminución del precio de cada partida o entrega en proporción al retraso. Por cada día de retraso el Suministrado tendrá derecho a un descuento en el precio correspondiente a la siguiente Orden de Pedido equivalente al cero con diez por ciento (0,10%) del precio de las unidades de Productos entregadas con retraso, siendo la sanción máxima por este concepto de quinientos Euros (500 C).

10.2. No obstante lo anterior, la penalización no será de aplicación si como consecuencia de la logística de producción o de carga del Producto, las Partes pactan expresamente modificar las cantidades establecidas en la Orden de Pedido³⁷⁹.

13. Duración

13.1 El Contrato tendrá una duración de un año desde la fecha de su firma y se prorrogará por períodos sucesivos e iguales, a salvo lo dispuesto en la Cláusula siguiente.

14. Extinción del Contrato

14.1. Este Contrato se extinguirá en los supuestos siguientes:

a) Por el transcurso del plazo inicial de duración del Contrato estipulado en la Cláusula anterior o

³⁷⁷ Los apartados III y IV de este contrato dejan claro lo que venimos afirmando a lo largo de este trabajo: el contrato de suministro (que debe entenderse como un contrato marco) contribuye a las necesidades de flexiseguridad en la circulación de bienes que necesitan las partes, en la medida en que el suministrado podrá tener la tranquilidad que le proporciona una relación estable, y el suministrador podrá planificar mejor su producción y distribución y tendrá asegurada una mínima colocación de sus productos. Aunque la flexibilidad del contrato de suministro no queda explicitada en estas cláusulas, cabe deducirla de la no fijación (al menos de acuerdo con el extracto transcrito por el TS) de horquillas de frecuencia y cantidad de pedidos. Si tales horquillas existieran (como es, por otra parte, harto frecuente) la flexibilidad de la relación contractual quedaría fijada dentro de los límites (es decir, del "marco") fijado por éstas.

³⁷⁸ Como ya hemos dicho anteriormente, la calidad de los productos quedará fijada en el contrato base de suministro (cumpliendo así con su función de regulación supletoria y de referencia para los contratos de aplicación). En caso de que el contrato base no fijara criterio alguno de calidad, se estará a la calidad normal de los productos que son objeto de suministro o a la "calidad media" (Bercovitz Álvarez, 2017: 533)

³⁷⁹ Esta cláusula se identifica con lo que hemos denominado "horquillas de frecuencia". En concreto, se trata de una cláusula penal para el caso de que el suministrador entregue los productos fuera del plazo preestablecido. El apartado segundo tiene cierta relevancia, pues relaciona (a través de una exención de la penalización) la horquilla de frecuencia con la horquilla de cantidad, de tal manera que si en un contrato de aplicación se sobrepasa la horquilla de cantidad (por arriba) no será de aplicación la pena prevista para retrasos en la horquilla de frecuencia.

por el transcurso del plazo de duración de cualquiera de sus prórrogas, en caso de que alguna de las Partes se hubiera opuesto a su prórroga automática previo aviso a la otra Parte por escrito con una antelación de tres meses³⁸⁰.

(b) Por denuncia de una de las Partes, mediante un preaviso por escrito de al menos un mes³⁸¹.

(c) Cuando se produzca la insolvencia de cualquiera de las Partes o se presenten peticiones para iniciar el procedimiento de concurso o bien otros procedimientos similares de insolvencia, y cualquiera de las Partes traslade a la otra una notificación por escrito para la resolución del Contrato³⁸².

A elección de la Parte no incumplidora, por incumplimiento esencial del Contrato de la otra Parte, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 9".

Las condiciones fijadas en el contrato base de suministro funcionan, salvando las distancias, de un modo similar a la oferta y publicidad en la contratación con consumidores (*cf.* art. 62.2 TRLGDCU), aunque el fundamento jurídico es radicalmente diferente: no está restringido a un sector concreto de la contratación ni tiene su origen en una ley, sino en el propio contrato. El contenido del contrato base de suministro, pues, se incorpora (por referencia) a los contratos de aplicación; siempre que éstos no recojan un pacto en contra de una determinada cláusula del contrato base cuando ello fuera posible.

Por lo que se refiere a la fijación de la calidad de los bienes que serán en última instancia objeto de entrega habrá que tener en cuenta tanto las condiciones especificadas en el contrato de base de suministro como, eventualmente, la normativa que pudiera resultar aplicable con carácter vinculante por razón del tipo de bienes o el uso al que se destinan. Caso de que los anteriores criterios no respondan a la calidad que deben tener los bienes suministrados, se entenderá que deben ser de calidad media *ex art.* 1167 CC (Bercovitz Álvarez, 2017: 533). La importancia del contrato base de suministro en este punto es clave, pues en él las partes deberán desarrollar cláusulas como la calidad de los bienes que serán objeto de suministro a través de los contratos de aplicación, o la finalidad para la cual dichos bienes se solicitan. La ausencia de cláusulas de este tipo en

³⁸⁰ Como hemos dicho, el contrato de suministro es un contrato duradero y, a su vez, puede tener fijada o no una duración determinada. En este caso se fija la duración en un año desde la fecha de la firma, pero se contempla seguidamente su posible prórroga por períodos sucesivos a través de prórroga automática, lo que de facto lo puede convertir en un contrato de duración indefinida.

³⁸¹ Entendido el contrato en la práctica como de duración indefinida, la parte que desee desvincularse deberá avisar con un tiempo razonable, en este caso mínimo un mes (*cf.* art. 513-7.2 APCM).

³⁸² Parece que la insolvencia de una de las partes es un motivo razonable para que se quiebre la confianza de la contraparte respecto de la estabilidad de la relación contractual en su conjunto (*cf.* art. 513-4 APCM en relación con la posible suspensión del suministro, y apdo. 5.3 del Capítulo III, donde tratamos la obligación de mantenimiento de la confianza recíproca).

el contrato base podrá frustrar una eventual reclamación del suministrado por incumplimiento debido a la mala calidad de los bienes suministrados.

Podemos tomar como referencia en este punto el criterio de la STS de 20 de diciembre de 2005: La empresa Tudela Construcción SA contrata con Lasuen e Hijos “el suministro” (aunque del relato de la sentencia parece deducirse, no con una gran claridad, que se trata de una compraventa) de ladrillos cerámicos, sin especificar la calidad que necesita ni tampoco el destino de los mismos. Al derrumbarse una de las viviendas unifamiliares VPO construida con los ladrillos suministrados, la constructora demanda a la suministradora solicitando la resolución del contrato y una indemnización por daños y perjuicios, así como la declaración por la sentencia de que la suministradora había incumplido con el contrato. La Audiencia Provincial de Zaragoza no considera que exista incumplimiento del contrato, ni tampoco de la Norma UNE 67-045-88 para bloques de ladrillo cerámico para fábricas portantes o muros de carga, “toda vez que no ha quedado acreditado que la compradora hubiese explicitado en su pedido a la fabricante vendedora que el ladrillo a entregar debía cumplir tal especificación porque iba a ser destinado a un muro de carga”. El Tribunal Supremo confirma el criterio de la Audiencia debido a que “no se especificaba en el pedido una calidad como la que ahora se dice no suministrada, ni se indicaba el destino de tal material a los muros de carga, ni se comprobaba la calidad del material suministrado. Todo lo cual, obviamente, es carga del comprador”. Pese a tratarse, según parece, de un contrato de compraventa (aunque la sentencia está salpicada de constantes alusiones al suministro), el criterio es aplicable, entendemos, a un verdadero contrato de suministro. Si en el contrato base de un contrato (marco) de suministro de ladrillos no se especifica la calidad que el suministrador necesita, o el destino que tendrán, no podrán considerarse incumplidos ni los ulteriores contratos de aplicación, ni (menos aún) el contrato marco de suministro.

El contrato base de suministro frecuentemente recogerá cláusulas sobre la cantidad de bienes a suministrar. Las previsiones sobre calidad de los bienes recogidas en el contrato base de suministro son un instrumento idóneo para fortalecer la seguridad de las partes en el desarrollo de la relación contractual. Por su parte, las previsiones sobre cantidad de bienes en cada (contrato de aplicación de) suministro, así como frecuencia de los (contratos de aplicación de) suministros son el mejor ejemplo donde se materializan las necesidades de flexibilidad de las partes en cuanto al desarrollo del

contrato (marco) de suministro³⁸³). Ya tratamos en el primer Capítulo de este trabajo cómo precisamente esta indeterminación inicial del contrato de suministro incentiva, por su flexibilidad, a nuevos actores a introducirse en el mercado y le convierte en un instrumento útil de cara a la dinamización de la economía.

Normalmente, la cantidad de bienes que serán objeto de suministro en cada contrato de aplicación estará determinada a través de horquillas de mínimos o máximos (Llamas Pombo, 2014: 140)³⁸⁴. De esta manera, las partes evitan desde el inicio de su relación contractual futuros problemas de falta de adecuación, por exceso o por defecto, en la cantidad y/o frecuencia de bienes que serán suministrados. Es posible, sin embargo, que se den situaciones en que dichas horquillas hagan referencia simplemente a las “necesidades normales del suministrado” (Bercovitz Álvarez, 2017: 533), que no se pacten o que, incluso, no exista acuerdo por escrito porque se trate de un contrato verbal (*cfr.* STS de 5 de octubre de 2016). En casos como este habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodeen a cada contrato concreto, así como, admitido que el contrato de suministro es un contrato marco, los criterios a los que nos referimos en su momento sobre la obligación de las partes de cara a la celebración de contratos de aplicación³⁸⁵.

2. La distribución de riesgos en el contrato (marco) de suministro

La distribución de los riesgos en los contratos que tienen por objeto la circulación de bienes responde a la pregunta de quién debe soportar los daños o pérdida de la cosa (del objeto sobre el que recae el contrato) cuando entre la perfección del contrato y su consumación transcurre un tiempo³⁸⁶ (entendido como “espera” y no como “franja”³⁸⁷). Esta respuesta, sin embargo, no es unitaria, pues dependerá del tipo de contrato ante el que nos encontremos.

³⁸³ *Cfr.* Bercovitz Álvarez (2017: 533): “el suministrado busca en el contrato de suministro una cierta flexibilidad en cuanto a los bienes que necesita”.

³⁸⁴ *Cfr.* las Condiciones de Socio de Círculo de Lectores: “Ser socio de Círculo de Lectores implica adquirir un único compromiso que consiste en realizar, de cada revista que recibas, una compra de libros, música o cualquier otro producto durante un período inicial de un año”.

³⁸⁵ Analizamos esto con detalle más adelante (apdo. 5.1 de este Capítulo).

³⁸⁶ *Vid.* Rodríguez Morata (2013: 1943) en el caso del art. 1452 CC; López Maza (2015: 933) en el caso del art. 66 *ter* TRLGDCU; o Schmidt-Kessel y Hager (2011: 1563) en el caso de la CISG.

³⁸⁷ *Vid. supra*, apdo. 4 del Capítulo II.

El riesgo (es decir, el deber de asumir los daños o la pérdida – tanto desde el punto de vista físico como jurídico - de la cosa³⁸⁸) puede recaer sobre quien está obligado a entregarla o sobre quien está llamado a recibirla³⁸⁹. Las reglas sobre distribución de riesgos se sitúan en sede del contrato de compraventa, sea ésta civil (art. 1452 CC), mercantil (arts. 333 a 335 CCom), de consumo (art. 66 *ter* TRLGDCU) o internacional (arts. 66 a 69 CISG). Estas reglas resultan aplicables no sólo al contrato de suministro sino, en general, a cualquier contrato que tenga por objeto la entrega de bienes, en la medida en que pueda defenderse la aplicación analógica de estas reglas por razón de la afinidad de sendas prestaciones (en el caso que nos ocupa, la entrega de los bienes)³⁹⁰.

Si el contrato tiene lugar entre particulares, habrá que estar al artículo 1452 CC, “dentro del cual hay que distinguir los apartados primero y segundo, que rigen para las cosas no fungibles y para las fungibles cuya venta se hace aisladamente, y que imputan los riesgos de la cosa vendida y no entregada al comprador, y del apartado tercero, que rige para las cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado, con relación al peso, número o medida, respecto a las cuales no se le imputarán tales riesgos hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que se haya constituido en mora” (STS de 9 de junio de 1949). Por tanto, de acuerdo con el artículo 1452 CC, habría que entender que: (1) en aquellos contratos en que se enajenan cosas específicas o contractualmente tratadas como específicas (es decir, sin consideración a su peso, número o medida), el riesgo lo asume el comprador; lo que implica que en caso de pérdida de la cosa el vendedor queda exonerado de su obligación de entrega (*cf.* arts. 1452 y 1182 CC), mientras que el comprador no queda exonerado de su obligación de pago del precio³⁹¹; y (2) cuando se trate de cosas genéricas, los riesgos se transmitirán al comprador cuando hayan sido especificadas, salvo aquellos casos en que el comprador hubiese incurrido en

³⁸⁸ *Vid.* López Maza (2015: 934), quien define el riesgo como “toda contingencia que pueda sufrir la cosa, susceptible de causarle un daño o su destrucción total”, abarcando “desde la destrucción total hasta la destrucción parcial, pasando por la desaparición por pérdida”, el robo, la expropiación o que la cosa quede fuera del comercio de los hombres. No debe confundirse el riesgo con la responsabilidad por incumplimiento, cumplimiento defectuoso o falta de conformidad (Schmidt-Kessel y Hager, 2011: 1564-1565).

³⁸⁹ El deber de entrega del *tradens* se encuentra inexorablemente unido al deber de recepción del *accipiens*, pues ambas partes están obligadas a colaborar mutuamente de cara al correcto cumplimiento del contrato (art. 1258 CC). Caso de que el segundo no colaborase o se negase a la recepción de lo que pidió incurriría en *mora accipendi*.

³⁹⁰ *Cfr.* Díez-Picazo (2007: 488-489) y STS de 19 de mayo de 1982.

³⁹¹ *Cfr.* art. 66 CISG, donde se afirma que “la pérdida o deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor”.

mora *ex art. 1452 CC in fine*, o en aquellos otros en que el vendedor hubiera incurrido en culpa o negligencia (Sánchez González y Benavente Moreda, 2009: 2950; Rodríguez Morata, 2013: 1943-1944).

Esta distribución (tradicional) de los riesgos ha sido criticada por no responder a la naturaleza (obligatoria, bilateral, onerosa y conmutativa) del contrato de compraventa³⁹² y una parte de la doctrina ha intentado suavizar los efectos de una interpretación rígida del art. 1452 CC, que, en definitiva, supone un desincentivo al *accipiens* en la medida en que se ve excesivamente expuesto a soportar los riesgos³⁹³. Por otra parte, salvo el artículo 1452 CC, toda la normativa que se ocupa de la distribución de riesgos centra su atención en el control material de la cosa y, por tanto, la traslación de los riesgos al comprador opera cuando la cosa se le entrega o se pone a su disposición (siempre que haya tenido lugar su especificación, de acuerdo con el aforismo *genus nunquam perit*).

Si se trata de un contrato celebrado con consumidores, habrá que estar al artículo 66 *ter* TRLGDCU (que incorpora al TRLGDCU el art. 20 de la Directiva 2011/83/UE)³⁹⁴, según el cual el adquirente (consumidor) soportará el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes comprados “cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material”, o cuando el transmitente (empresario) entregue los bienes al transportista “en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario”. En definitiva, el riesgo se traslada al adquirente cuando quien está

³⁹² Buena prueba de las reglas más recientes que se ocupan de este problema (66 a 69 CISG y art. 66 *ter* TRGLDCU) retardan la atribución del riesgo al comprador al momento en que adquiere posesión material de los bienes.

³⁹³ En este sentido, De Cossío, quien considera que el artículo 1452 CC sólo establece una presunción *iuris tantum* que, por tanto, puede desvirtuarse probando que la dilación en la entrega se produjo porque al vendedor le convenía, Díez-Picazo, que entiende que la regla *periculum est emptoris* se debe flexibilizar atendiendo al carácter sinalagmático de la compraventa (Albiez Dohrmann; Castillo Parrilla, 2017: 411). Cabe destacar igualmente la interpretación de Rodríguez Morata (2017, 1944-1945), quien entiende que “la doctrina tradicional de los riesgos en la compraventa debe ser corregida en el sentido siguiente: el artículo 1452, en rigor, (...) únicamente nos aclara que en caso de pérdida o destrucción fortuita de la cosa vendida y aún no entregada, el vendedor se libera de su obligación de entrega, salvo que se haya constituido en mora o se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas (...pero...) nada dice respecto a si, en tales casos, correlativamente el comprador está o no obligado al pago del precio de la compraventa, por lo que habrá que estar a la regla general del artículo 1124, según la cual, la extinción de una obligación recíproca por imposibilidad no culpable del deudor trae como consecuencia la extinción del contrato; de ahí que, la liberación de la obligación de entrega en caso de imposibilidad no culpable del vendedor, libera al comprador de la obligación del pago del precio”.

³⁹⁴ Para un examen completo de las reglas de transmisión del riesgo que recoge el artículo 66 *ter* TRLGDCU, López Maza (2015: 932-942).

obligado a entregar los bienes los pone a su disposición; y (1) éste adquiere su posesión material o (2) el transmitente pierde el control de los bienes al pasar éste a un transportista designado por el adquirente o, al menos, no designado por el transmitente. Si hemos destacado en relación con el criterio del artículo 1452 CC que supone un desincentivo al adquirente, esta regla supone precisamente lo contrario, ya que busca proteger al consumidor al retrasar el traslado de los riesgos al momento de la entrega (*vid.* López Maza, 2015: 934 y 936)³⁹⁵; lo que, en definitiva, incentivará la incorporación del consumidor en el mercado en calidad de adquirente. Pese a todo, hay que tener en cuenta que este artículo resulta aplicable sólo a aquellos contratos que tienen por objeto la entrega de bienes³⁹⁶, y que en todas las situaciones no contempladas por el artículo 66 *ter* TRLGDCU serán de aplicación las reglas generales sobre transmisión de riesgos en la compraventa (López Maza, 2015: 933).

En aquellos contratos de suministro de bienes en los que el suministrado fuese un consumidor, sería de aplicación el artículo 66 *ter* TRLGDCU en lo que respecta a la transmisión del riesgo en cada uno de los pedidos/entregas de dicho contrato de suministro. Por retomar un ejemplo ya mencionado, el “socio”³⁹⁷ de Círculo de Lectores sólo asumiría el riesgo por pérdida o deterioro de los libros o productos que recibiera una vez que le hubieran sido entregados a él o quien hubiera designado para recibirlos en su domicilio³⁹⁸.

La regla por la cual el riesgo se traslada al comprador no desde la perfección del contrato (art. 1452 CC), sino desde que el transmitente entrega los bienes (sea directamente al comprador o a un transportista no designado por él) no tiene su origen en la Directiva 2011/83/UE, que introduce el citado artículo 66 *ter* TRLGDCU, sino en la Convención de las Naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional

³⁹⁵ *Cfr.* Cons. 55 Directiva 2011/83/UE.

³⁹⁶ El término bienes debe entenderse en este caso en el sentido expresado por el artículo 59 bis.2 TRLGDCU; es decir, bienes muebles corporales, salvo aquellos vendidos por autoridad competente tras un procedimiento de embargo o similar, incluyéndose el agua, el gas y la electricidad, siempre que estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas. Quedan excluidos, pues, los bienes inmuebles y los contenidos digitales (*vid.* López Maza, 2015: 914) que no se encontraran incorporados a un CD, un DVD o cualquier otro tipo de soporte mueble corporal que desempeñara a los efectos de este artículo una función equivalente a la del envase del agua, el gas y la electricidad; así como los servicios. Sobre las dificultades de interpretación de los artículos 66 *bis* y 66 *ter* TRLGDCU debido a la defectuosa redacción del artículo 59 *bis*.2 TRLGDCU, Cámara Lapuente (2014: 107-110).

³⁹⁷ Entendemos que la denominación correcta debería ser “suministrado”.

³⁹⁸ *Cfr.* última cláusula del contrato marco transcrito (*vid. supra*, apdo. 2.2 del Capítulo II).

de mercaderías (CISG), que en su Capítulo IV (arts. 66 a 70) regula la transmisión del riesgo. Según este texto, la transmisión del riesgo al comprador no tendrá lugar hasta tanto las mercaderías no se hayan especificado (arts. 67.2 y 69.3 CISG³⁹⁹). Especificadas, el riesgo pesará sobre quien ejerza “una custodia fáctica de las mercaderías” independientemente de quién sea el titular del derecho de propiedad (Schmidt-Kessel y Hager, 2011: 1562), de tal manera que no se transmitirá el riesgo al comprador hasta que éste tome control sobre las mismas, bien porque (1) el vendedor haya perdido el control al quedar las mercaderías en manos del transportista (arts. 67.1 y 68 CISG⁴⁰⁰) o a disposición del comprador cuando no sea necesario transporte ni se trate de mercancías en tránsito (art. 69.1 y 2 CISG⁴⁰¹), o (2) porque el comprador se haga cargo de éstas (art. 69.1 CISG). La transmisión del riesgo al comprador desde el momento de la celebración del contrato en el caso de mercaderías especificadas sólo tendrá lugar si se trata de ventas “en tránsito” y las circunstancias no imponen otro criterio (art. 68 CISG). Sí se mantiene en la CISG el criterio según el cual el comprador debe asumir el pago del precio de la cosa cuando pese sobre él el riesgo (art. 66 CISG)⁴⁰². Finalmente, el vendedor deberá sufrir el riesgo si tuvo o debió haber tenido conocimiento de la pérdida o deterioro de las mercaderías y no lo hubiera revelado al comprador (art. 68 CISG *in fine*). No hay que olvidar, sin embargo, que las reglas de la CISG son de carácter dispositivo, por lo que las partes podrán acordar cualquier otra distribución de los riesgos si así lo recogen en el contrato (*cf.* art. 6 CISG)⁴⁰³.

Por último, pero no menos importante, debemos tratar la distribución de riesgos en la compraventa mercantil, regida por los artículos 331 y 333 a 335 CCom. El Código de

³⁹⁹ Art. 67.2 CISG: “el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo”.

Art. 69.3 CISG: “Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato”.

⁴⁰⁰ Respecto de las mercaderías “vendidas en tránsito”, el art. 68 CISG considera que “si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte”.

⁴⁰¹ Art. 69.1 CISG: “el riesgo se transmitirá al comprador (...) desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción”.

Art. 69.2 CISG: “si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar”.

⁴⁰² Este criterio, como hemos visto, lo sigue la jurisprudencia que interpreta el artículo 1452 CC. Recuérdese, no obstante, la interpretación alternativa que propone Rodríguez Morata (2013: 1944-1945).

⁴⁰³ Se hace eco de esto, Erauw (2011: 879). *Cfr.* igualmente, la SAP de Valencia de 7 de junio de 2003

Comercio sitúa el traslado de los riesgos al comprador en el momento en que se le entrega la cosa (art. 331 CCom) o se pone a su disposición (art. 333 CCom) como regla general. Se mantiene igualmente la regla (común a toda la normativa que hemos tratado) de que el traslado de los riesgos no podrá tener lugar hasta tanto la cosa no haya sido especificada (art. 334.1 CCom⁴⁰⁴). El traslado de los riesgos al comprador con la entrega de los bienes o con su puesta a disposición implica que si éste debió recibirla y no lo hizo (*mora accipendi*) o la entrega no se produce por causas no imputables al vendedor, el comprador deberá soportar los daños, menoscabos o pérdida de la cosa. Por otro lado, si los daños o menoscabo se deben a dolo, culpa o negligencia del vendedor, será éste quien deba soportarlos (*vid.* Martínez Sanz y Broseta Pont, 2018: 82-83).

Como decimos, las reglas aquí tratadas resultan aplicables al contrato de suministro no porque el contrato de suministro sea una modalidad del contrato de compraventa; ni siquiera porque se trate de “contratos afines”; sino porque se ocupan de la transmisión de riesgos en aquellos contratos que comportan la obligación para una de las partes de entregar bienes a la otra. De hecho, estas reglas (a excepción del artículo 66 *ter* TRLGDCU por razón de su “juventud”) han sido aplicadas a la hora de esclarecer la distribución de riesgos en contratos de suministro.

El contrato de suministro concebido como un contrato marco y, por tanto, como un contrato-red, supone un incentivo a la incorporación de nuevos actores en el mercado, fundamentalmente en calidad de suministrados. Ya hemos dicho en este mismo apartado que el retraso en el traslado de los riesgos al comprador (de la perfección del contrato *ex art.* 1452 CC al momento de la entrega *ex arts.* 66 *ter* TRLGDCU, 66 a 69 CISG y 331 y 333 a 335 CCom) supone un incentivo de cara a la entrada en el mercado de nuevos compradores. No debe olvidarse que el aumento de compradores tiene como consecuencia inmediata un aumento de la demanda de bienes, lo que repercute directamente en aquellos actores del mercado encargados de introducirlos (e interesados en colocarlos), y que podemos identificar en el caso del contrato de suministro con los suministradores.

Una regla común respecto del traslado de los riesgos es que éstos no pueden trasladarse al comprador hasta tanto la mercancía no ha sido especificada (*genus*

⁴⁰⁴ *Vid.* en este sentido respecto del contrato de suministro, Bercovitz Álvarez (2017: 530-531).

nunquam perit). Una concepción “lineal” del contrato de suministro⁴⁰⁵ podría llevar a entender que el contrato de suministro “recae sobre bienes genéricos”⁴⁰⁶; lo que en la práctica y en definitiva supone una protección del suministrado, pues hasta tanto dichos bienes genéricos no hayan sido especificados no haría falta valorar siquiera si ha tenido lugar la entrega o la puesta a disposición de los mismos. Sin embargo, el contrato de suministro no es un contrato lineal, sino un contrato-red; es decir, un grupo de contratos con identidad propia y cuyo grado de conexión va más allá de la mera “conexión contractual”, sin que pierdan por ello su autonomía como contratos cada uno de los contratos que forman parte del grupo. El contrato de suministro es, dentro de los contratos-red, un contrato marco; es decir, se compone de dos niveles: un primer nivel formado por el contrato base, y un segundo nivel formado por los contratos de aplicación. La entrega de los bienes en el contrato de suministro tiene lugar siempre a través de los contratos del segundo nivel.

¿Todo esto qué consecuencia tiene en cuanto a la distribución de riesgos en el contrato de suministro? La consideración del contrato de suministro como contrato marco (y, por tanto, contrato-red) supone una capa de protección añadida a la posición del suministrado, y de la que no dispone el comprador, sea consumidor (art. 66 ter TRLGDCU), empresa (arts. 331 y 333 a 335 CCom) o “comprador internacional” (arts. 66 a 69 CISG). No se trata ya de afirmar el carácter genérico de los bienes sobre los que recae el contrato de suministro, sino la inexistencia de contrato (de aplicación de suministro) hasta que se celebre. Hemos afirmado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo que el contrato de suministro (como también ocurre con el contrato marco) permite a las partes canalizar una relación contractual “previsiblemente imprevisible”; lo que lo convierte en un contrato idóneo para la flexiseguridad que se requiere en la economía actual. En la distribución de riesgos podemos observar cómo se concretan estas ventajas. Observemos de forma gráfica el “cortafuegos contractual” añadido del que se beneficia el suministrado (frente al comprador). Dado que se trata de una representación esquemática, la información ha sido considerablemente simplificada para hacerla comprensible. La distribución de riesgos en cada una de las situaciones ha sido

⁴⁰⁵ Entendemos por concepción lineal del contrato de suministro aquella que afirma que el contrato de suministro es un contrato unitario, por mucho que comporte multitud de prestaciones (que no contratos) a lo largo del tiempo. En el apdo. 6 del Capítulo anterior y en el primero de este Capítulo intentamos modestamente desmontar esta concepción lineal del contrato de suministro.

⁴⁰⁶ *Cfr.* Bercovitz Álvarez (2017: 530-531), aunque este autor ha afirmado en el mismo trabajo que citamos que el contrato de suministro es un contrato “normativo” (Bercovitz Álvarez, 2017: 524).

tratada en este mismo apartado con la profundidad necesaria. Por otra parte, en aras de abarcar la mayor parte de situaciones posibles, asumiremos que los bienes sobre los que recaerán los contratos se especifican en un momento posterior al de la celebración:

- Compraventa civil

Celebración del contrato	Especificación de la cosa	Entrega o puesta a disposición	
	Transmisión del riesgo		

- Compraventa con consumidores, mercantil o internacional

Celebración del contrato	Especificación de la cosa	Entrega o puesta a disposición	
		Transmisión del riesgo	

- Contrato de suministro

Celebración del contrato base	Ejecución del contrato base		
	Celebración de contrato de aplicación	Especificación de la cosa	Entrega o puesta a disposición
			Transmisión del riesgo

3. Los criterios de determinación del cumplimiento y del incumplimiento

La doctrina y la jurisprudencia que se ha ocupado del cumplimiento y, especialmente del incumplimiento del contrato y sus remedios es ingente. No pretende, pues, este apartado aportar novedad en la materia; ni siquiera ofrecer un estudio sistemático de cada uno de estos aspectos (cualquiera de estas pretensiones justificaría por sí sola una Tesis Doctoral). Se pretende, simplemente, ofrecer un breve repaso del “estado de la cuestión” de los criterios de determinación del cumplimiento y del incumplimiento en los contratos, sin entrar, más que para apuntarlos, en los remedios frente al incumplimiento⁴⁰⁷. Centrándonos principalmente en el incumplimiento esencial, pretendemos demostrar la viabilidad y la conveniencia de entender el contrato de suministro como un contrato marco también desde la perspectiva de la dinámica de cumplimiento del contrato.

Con este objetivo, por tanto, daremos un breve repaso al principio de conformidad en el cumplimiento de los contratos, así como a la doctrina de la imprevisión, más conocida en España como cláusula *rebus sic stantibus*. Este breve repaso nos permitirá proponer una adaptación de uno y otro paradigma (construidos tomando como referencia contratos lineales) a los contratos red. Todo ello, a su vez, nos servirá de marco conceptual para observar algunos casos significativos de incumplimiento en contratos de suministro y evaluar la viabilidad y conveniencia de la concepción que proponemos del contrato de suministro a través de un examen de casos.

3.1 Del paradigma de los vicios al principio del cumplimiento conforme

Con el cumplimiento (o el incumplimiento) se inicia la fase dinámica del contrato (Díez-Picazo, 2008: 541). Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes (art. 1091 CC), quienes, por tanto, deberán cumplir con aquello a lo que se comprometen, así como con todas las consecuencias que de éste se deriven de acuerdo con la naturaleza del contrato, los usos y la buena fe (art. 1258 CC). El cumplimiento puede definirse

⁴⁰⁷ Para un examen de los remedios frente al incumplimiento, desde la jurisprudencia en el ordenamiento español, García Pérez (2009: 1968-2004); y desde el Derecho comparado, Palazón Garrido (2014).

como la correspondencia entre el deber prestacional de cada una de las partes recogido en el contrato y las respectivas prestaciones efectivamente realizadas (*cf.* art. 1257 CC; Díez-Picazo, 2008: 541; Marín López, 2013: 8472), y es el método habitual del que dispone el deudor para liberarse del vínculo obligatorio y satisfacer el interés del acreedor (*cf.* art. 1156 CC; Díez-Picazo, 2008: 542). Los términos “cumplimiento” y “pago” se utilizan como sinónimos (*vid.* Díez-Picazo, 2008: 543; Marín López, 2013: 8474), si bien el primero suele emplearse para hacer referencia a la prestación o prestaciones específicas, mientras que el segundo se utiliza normalmente referido a la contraprestación genérica (pago del precio).

Una doctrina más tradicional, apegada al sistema de vicios (*cf.* arts. 1484 ss. CC en el caso de la compraventa⁴⁰⁸), ha dado paso a una concepción unitaria del incumplimiento, entendiendo que toda ejecución inexacta de las prestaciones comprometidas es un incumplimiento⁴⁰⁹, y haciendo que adquiriera un mayor peso el paradigma del cumplimiento conforme (*cf.* arts. 35 CISG, 2 Dir. 1999/44); y a un sistema articulado de remedios que intentan ser una respuesta proporcional a la gravedad del incumplimiento, cumpliendo con razonables aspiraciones expresadas por la mejor doctrina⁴¹⁰. En lo que se refiere a nuestro Código civil, esta concepción unitaria del incumplimiento ha intentado canalizarse a través de artículos como el 1101 y, especialmente, el 1124. Hay que reconocer, no obstante, que el Código civil no permite

⁴⁰⁸ Entendida, por lo que a este trabajo se refiere, como contrato paradigmático para la circulación de bienes.

⁴⁰⁹ *Cfr.* por todos, Palazón Garrido (2014: 15): “Hay incumplimiento en todos los supuestos de falta de ejecución por una de las partes de las obligaciones contractuales que le incumben, ya sea su obligación principal o cualquiera de los deberes accesorios, tanto si incumple definitivamente, como si ha incumplido con retraso o ha realizado la prestación de forma defectuosa o no conforme. Este concepto omnicomprendivo de todas las hipótesis del incumplimiento responde a la tradición anglo-americana, en la que el incumplimiento (*breach of contract*) es una categoría única”.

⁴¹⁰ *Cfr.* Pantaleón Prieto (1993: 1720-1721), quien afirma que “la primera premisa de un derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una disciplina sustancialmente unitaria para toda la desviación del programa contractual”.

Contundente se mostraba Morales Moreno (2003: 1633) al afirmar que “el bloque normativo comprendido entre los artículos 1484 a 1499, referido al saneamiento por los defectos de la cosa vendida, debe ser derogado y sustituido por una nueva regulación referida a la falta de conformidad” inspirada en la Directiva 1999/44/CE.

Cfr. igualmente Torrelles Torrea (2011: 1059), quien subraya que las limitaciones del concepto de “vicios ocultos” llevaron al TS a defender la compatibilidad de las acciones edilicias en sede de compraventa con las generales del incumplimiento contractual a través del artículo 1124 CC, convertido de este modo en eje central del Código civil en lo que se refiere a la valoración jurisprudencial de la dinámica del cumplimiento y, especialmente, a los remedios por incumplimiento (*cf.* García Pérez, 2009: 1969).

acoger cómodamente una idea unitaria del incumplimiento (Morales Moreno, 2006: 36-38; Palazón Garrido, 2014: 15⁴¹¹).

Puede considerarse la CISG como el texto con el que se inicia el principio de conformidad como paradigma del cumplimiento a nivel internacional⁴¹², a través de los artículos 35 y ss. (“Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros”). En concreto, los artículos 35 y 41 CISG establecen que las mercaderías serán conformes al contrato cuando: (1) sean aptas para los usos a los que suelen destinarse las mercaderías del mismo tipo; (2) sean aptas para cualquier uso especial, siempre que esto se hiciera saber expresa o tácitamente al vendedor en el momento de la celebración del contrato; (3) posean las mismas cualidades que aquellas mercaderías que el vendedor ha mostrado al comprador; (4) estén envasadas en la forma habitual para el tipo de mercaderías, y en cualquier caso de un modo tal que puedan conservarse y protegerse; y (5) cuando estén libres de derechos o pretensiones de terceros.

En las cuatro primeras situaciones (art. 35.1 CISG), el vendedor no será responsable si el comprador conocía o debía conocer el estado de las mercaderías (art. 35.2 CISG), y en la quinta (arts. 41 y 42 CISG), no lo será si el comprador acepta que las mercaderías estén sujetas a derechos o pretensiones (art. 41 CISG). El cumplimiento no conforme generará la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad del contrato (art. 36.1 CISG). Tanto si el cumplimiento no conforme se debe a defectos materiales como a defectos jurídicos, el sistema ordenado de remedios de los artículos 45 y ss. CISG resultará aplicable (Morales Moreno, 1998: 288).

Los intentos normativos de acoger un concepto unitario de incumplimiento se han sucedido con una cierta intensidad en las últimas décadas: PECL, CEC, DCFR, CESL, PMCC, APCM, o PCC. No podemos entrar en el examen de cada uno de ellos⁴¹³, ya

⁴¹¹ Destaca Pantaleón Prieto la posible inseguridad jurídica en la medida en que el sistema general debe convivir con reglas especiales como las del saneamiento por vicios, cuestión en la que coincide Palazón Garrido cuando afirma que “la regulación específica del saneamiento por vicios para la compraventa dificulta la adopción de un concepto de carácter unitario”.

⁴¹² Debe recordarse, no obstante, que la CISG tiene sus antecedentes en las dos Leyes Uniformes producto de la Conferencia de la Haya de 1964 (Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales – LUVI -, y Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales), a las que ha desplazado en la medida en que la primera (CISG) ha sido consensuada no sólo por países de Europa occidental, sino también por Estados Unidos y otros países de menor nivel de industrialización y por ofrecer menos dudas de interpretación que sus antecesoras (Garro y Zuppi, 1997). En la LUVI, la falta de conformidad del contrato se identificaba con la falta de entrega en el art. 19.1 (*vid.* Morales Moreno, 1998: 288).

⁴¹³ Para una panorámica de los más importantes, Sánchez Ruiz de Valdivia (2016: 171-209).

que ello desviaría en exceso el hilo argumental de este trabajo. Baste constatar la apuesta por un tratamiento unitario del incumplimiento y, consecuentemente, un sistema articulado de remedios.

Sí merece la pena detenernos brevemente en la Directiva 1999/44/CE, que junto con la CISG (art. 35) introduce, esta vez en el Derecho de consumidores, el principio de conformidad (Cons. 7 y art. 2⁴¹⁴) y un sistema articulado de remedios (Cons. 10 y art. 3⁴¹⁵). La Directiva fue transpuesta en España a través de la LGVBC, posteriormente incorporada en el TRLGDCU. Se optó de este modo por cumplir con el mandato de la UE a través de la creación de un régimen especial para las ventas a consumidores, en lugar de aprovechar la oportunidad para acometer una reforma general del Derecho de obligaciones y contratos, como sí hizo Alemania, que optó por la “gran solución (*Grosse Lösung*)”, en lugar de llevar a cabo tres pequeñas soluciones a través de leyes especiales que transpusieran las Directivas 1999/44, 2000/31 y 2000/35 (*vid.* Albiez Dohrmann, 2002: 1136-1139).

Al optar Alemania por la gran solución, se reformó el sistema edilicio de la compraventa (insatisfactorio y desconectado de la teoría general del incumplimiento), y se optó por una regulación inspirada en la CISG y la Directiva 1999/44/CE. El resultado ha sido valorado muy positivamente, en la medida en que (1) el régimen de incumplimiento en la compraventa, aunque con particularidades, guarda una conexión armónica con el régimen general del incumplimiento; y (2) la regulación de la compraventa de bienes de consumo tiene su base legal en la compraventa ordinaria (Albiez Dohrmann, 2002: 1142) ⁴¹⁶. En suma, el incumplimiento (y sus remedios) se aborda desde una concepción unitaria y global (*Pflichtverletzung* – lesión del deber ⁴¹⁷,

⁴¹⁴ *Cfr.* Cons. 7: “el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales”.

⁴¹⁵ *Cfr.* Cons. 10: “en caso de que el producto no sea conforme al contrato, los consumidores deben tener derecho a que los bienes se conformen a él sin cargo alguno, pudiendo elegir entre su reparación y su sustitución o, en su defecto, obtener una reducción del precio o la resolución del contrato”.

⁴¹⁶ Cabe destacar en este sentido las palabras de Morales Moreno (2003: 1611), quien en su momento se manifestó en contra de la incorporación de la Directiva 1999/44/CE a través de una norma especial: “la especialidad de ese régimen no es consecuencia de la exigencia de proteger al comprador, consumidor, frente al resto de compradores, sino del hecho de que la norma especial, en lo que se refiere al defectuoso cumplimiento y a la responsabilidad derivada del mismo, utiliza un sistema dogmático diferente del general del Código y presenta como especial lo que en realidad no lo es. Se crearía una especialidad injustificada que habría de atomizar innecesariamente el ordenamiento”.

⁴¹⁷ Sobre el debate acerca de la elección concreta de un término para un concepto amplio de incumplimiento, Albiez Dohrmann (2002: 1164 y 1172).

equivalente al *breach of contract*, como concepción amplia del incumplimiento⁴¹⁸): en sede de teoría general de las obligaciones pueden destacarse los §§ 280 a 285, 306, 323 a 326, y 346 y ss BGB; y en sede del contrato de compraventa en los §§ 434 (defectos de la cosa) y 435 (defectos jurídicos), y en los §§ 434 y 439 a 441 (remedios específicos), siendo considerados como una contravención de la prestación o lesión del deber a pesar de tratarse de reglas específicas⁴¹⁹.

En España se optó, en cambio, por la transposición de la Directiva a través de una Ley especial (la LGVBC), que posteriormente fue refundida en el TRLGDCU (arts. 114 y ss). El artículo 116 TRLGDCU (“Conformidad de los productos de consumo”) guarda una considerable similitud con el artículo 35 CISG, que trata, como hemos visto, la conformidad material de las mercaderías con el contrato. La desventaja de esta opción, como ya señalaba Morales Moreno (2002: 1610-1611), es que la capacidad transformadora de la Directiva se ha visto reducida a los contratos con consumidores, en lugar de impulsar una reforma en profundidad de nuestro vetusto sistema de vicios y evicción.

Los límites del paradigma de los vicios y la brevedad del plazo de ejercicio (seis meses *ex art.* 1490 CC frente a 15 años antes, 5 ahora *ex art.* 1964 CC) ha llevado al TS a defender la compatibilidad de los remedios generales frente al incumplimiento (art. 1124 CC) y los propios de la compraventa, convirtiendo al artículo 1124 CC en el eje normativo central de las decisiones judiciales (*vid.* García Pérez, 2009: 1969). La centralidad del artículo 1124 CC nos permite en el caso del contrato de suministro alejarnos relativamente de los artículos 1484 y ss CC, sin perjuicio de que pudiera defenderse su aplicación analógica al contrato de suministro (*vid. supra*, apdo. 6 del Capítulo III). Permite, además, acudir a la jurisprudencia para determinar cuándo estamos ante un incumplimiento esencial o resolutorio ya que una abrumadora cantidad de sentencias que se ocupan de la acción resolutoria utilizan el artículo 1124 CC como “presupuesto estrella” y centran su atención en determinar si se ha producido o no un incumplimiento esencial (*vid.* García Pérez, 2009: 1981-1989 para una exposición sistemática de los criterios jurisprudenciales a este respecto). Igualmente, gracias a la centralidad que ocupa este precepto en la jurisprudencia podemos echar mano de un

⁴¹⁸ *Cfr.* Palazón Garrido (2014: 15).

⁴¹⁹ Para un análisis en profundidad de la reforma del BGB en estas materias, en la que no podemos entrar, Albiez Dohrmann (2002: 1136-1220) y EBERS (2003: 1575-1608).

sistema de remedios algo más ordenado que el que se recoge respecto de tipos contractuales específicos⁴²⁰ (lo cual es especialmente ventajoso cuando nos encontramos frente a contratos atípicos como es el caso del contrato de suministro), aunque no tanto como en otros textos normativos a los que ya hemos hecho referencia.

Habrá cumplimiento, pues, cuando la ejecución de las respectivas prestaciones se corresponda exactamente con lo proyectado en el contrato. Debe tenerse en cuenta que el cumplimiento del contrato no sólo se refiere a lo que podría llamarse “acto final”; sino que también contempla una serie de deberes instrumentales o accesorios respecto de los cuales habrá que valorar también la exactitud del cumplimiento (*cf.* Díez-Picazo, 2008: 543; art. 1258 CC). Esta precisión es particularmente importante en el contrato de suministro en tanto que contrato duradero canalizada a través del contrato marco como modalidad contractual. La valoración acerca de la exactitud en el cumplimiento de las prestaciones tiene una gran importancia práctica, pues sólo con un cumplimiento exacto quedará plenamente satisfecho el interés del acreedor, liberado el deudor de su deber de prestación (*cf.* Morales Moreno, 1998: 289-290) y, en principio, extinguido el contrato⁴²¹.

En la valoración sobre el cumplimiento, habrá de valorarse igualmente la identidad y la idoneidad de la prestación (*cf.* art. 1166 CC, y doctrina del *aliud pro alio*⁴²²). En el caso de los contratos para la circulación de bienes (o contratos con finalidad traslativa del dominio), la valoración de la idoneidad de la prestación se centrará en la evaluación de si el objeto finalmente entregado es o no apto para desempeñar las funciones o intereses que llevaron al acreedor a contratar. Si dichas finalidades no se encuentran explícitamente detalladas en el contrato, podrá acudirse al uso normal de dicho objeto. Si se trata de una prestación genérica, habrá cumplimiento exacto cuando el objeto entregado pertenezca al género comprometido en el contrato, debiendo cumplir con los

⁴²⁰ Si bien el art. 1124 CC necesita estudiarse conjuntamente con el art. 1101 y los arts. 1295 y 1303 CC para poder hablar de un sistema mínimamente ordenado aunque, como puede verse, excesivamente fragmentado.

⁴²¹ Este último efecto del cumplimiento no se produce en los contratos-red con la misma plenitud con que ocurre en los contratos lineales, ya que el cumplimiento solutorio de un contrato de aplicación tendrá efecto extintivo de dicho contrato, pero no del contrato marco en su conjunto.

⁴²² Sobre la doctrina del *aliud pro alio* en relación con el contrato de suministro pueden consultarse las SSTs de 17 de febrero de 2010 (se admite el incumplimiento del suministrador al entregar carbón con un porcentaje de cenizas superior al máximo fijado en el contrato) y la STS de 28 de octubre de 2005 (no se admite el *aliud pro alio*, y se entiende que el suministrador ha llevado a cabo un cumplimiento defectuoso al no admitir el defecto estético – baldosas de distinta tonalidad – como incumplimiento total o que inhabilite al bien objeto de entrega para desarrollar su función).

estándares de calidad fijados en el contrato o, en su defecto, habituales (*cf.* art. 1167 CC).

3.2 La cláusula *rebus sic stantibus*

El contrato de suministro es un contrato duradero, por lo que les resulta aplicable la doctrina de lo imprevisible, es decir, habrá que tener en cuenta la posibilidad de que hechos extraordinarios e imprevisibles hagan excesivamente oneroso para alguna de las partes su cumplimiento (*cf.* Bercovitz Álvarez, 2017: 525). La doctrina de lo imprevisible ha recibido distintas denominaciones, cada una con sus matices: alteración de la base del negocio jurídico (Alemania), excesiva onerosidad (Italia), imprevisión (Francia), frustración (Reino Unido), impracticabilidad (Estados Unidos) o cláusula *rebus sic stantibus* (España)⁴²³. En España ha sido esta última expresión la que ha gozado de mayor fortuna, si bien debe destacarse que (1) no disponemos de una norma que afronte con carácter general la alteración sobrevenida de las circunstancias y (2) que la aplicación jurisprudencial de la doctrina *rebus sic stantibus* es bastante excepcional (Castiñeira Jerez, 2017: 76).

Todo lo contrario ocurre en el BGB, que, tras la reforma de 2002, introduce trata la alteración (subjctiva y objetiva) de la base del negocio jurídico (condensada por la doctrina y la jurisprudencia⁴²⁴) en el § 313, que permite a las partes solicitar la adecuación del contrato a las nuevas circunstancias cuando “hubiesen cambiado de forma importante las circunstancias que servían de base al contrato (pudiendo considerarse como tales importantes expectativas ex § 313.2 BGB) una vez celebrado”, siempre que las partes no hubieran pactado nada al respecto y teniendo en cuenta todas

⁴²³ Para un estudio comparado de cada una de las mencionadas figuras en los respectivos ordenamientos jurídicos, García Caracuel (2014).

⁴²⁴ *Vid.* Larenz (2002: 210-213), quien define la desaparición de la base objetiva del negocio jurídico (*Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage*) como la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato cuando dichas circunstancias fueran necesarias para la existencia del contrato en tanto que regulación dotada de sentido. Tal cosa no puede ocurrir, según este autor, cuando (1) se ha roto la relación de equivalencia de las prestaciones en un grado tal que no puede hablarse racionalmente de contraprestación, o cuando (2) la finalidad objetiva del contrato resulta inalcanzable incluso siendo todavía posible que el deudor realice la prestación (*cf.* § 313.1 BGB).

La desaparición de la base subjctiva del negocio jurídico (*Fortfall der subjektiven Geschäftsgrundlage*) como la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión del contrato cuando ambas partes lo hubieran celebrado, precisamente en atención a dichas circunstancias (*cf.* § 313.2 BGB)

las circunstancias del contrato, en especial el reparto de riesgos; y pudiendo optar la parte perjudicada por la resolución del contrato en caso de que no fuera posible adecuar el contrato a las nuevas circunstancias o que no fuera posible imponer la adecuación a la contraparte (§ 313.3 BGB)⁴²⁵.

Volviendo a España, la conocida como cláusula *rebus sic stantibus* ha sido concebida como una condición implícita de los contratos (según la cual “el contrato obliga mientras las cosas continúen así”), de tal manera que debe entenderse en todo contrato a menos que las partes expresamente decidieran excluirla (Cfr. Díez-Picazo, 2008: 1057; Castiñeira Jerez, 2017: 77). La doctrina de lo imprevisible reviste especial importancia en contratos cuya ejecución se dilata en el tiempo⁴²⁶, particularmente en aquellos de tracto sucesivo como es el contrato de suministro. No en vano reza la máxima latina atribuida a Baldo “*contractus qui habent tractu successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*” o, lo que es lo mismo, los contratos de tracto sucesivo desplegarán sus efectos en el futuro siempre que las cosas permanezcan como estaban al tiempo de ser celebrados (vid. García Caracuel, 2014: 269-270). La cuestión radica en establecer el grado de alteración de las circunstancias suficiente para entender aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, y debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo recordando el carácter extraordinario y la necesaria interpretación restrictiva de esta cláusula debido a su peligro en la medida en que vulneraría el principio *pacta sunt servanda* (vid. STS de 18 de marzo de 2016, FJ-6; Castiñeira Jerez, 2017: 78, nota 11).

La reticencia de la jurisprudencia a la aplicación de la cláusula *rebus* no es una excepción en el contrato de suministro (cfr. SSTS de 17 de noviembre de 2000 y de 25 de octubre de 2005; SAP de 15 de noviembre de 1999; SAP de Madrid de 2 de junio de 2000; SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2014). La STS de 17 de noviembre de 2000 examina la posible aplicación de la cláusula *rebus* a un contrato de suministro de carbón térmico cuya duración se estableció, en principio, para cinco años (1983-1988). El 17 de julio de 1985 la suministrada remite carta a la suministradora negándose a recibir suministro alegando que no contaría con la subvención económica de la Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica, y no realizando pedidos desde entonces

⁴²⁵ Para un análisis de este artículo, Albiez Dohrmann (2002: 1093-1095), y García Caracuel (2014: 219-267).

⁴²⁶ Sea porque el tiempo juegue aquí como franja o como espera (vid. *supra*, apdo. 4.1 del Capítulo II).

durante el resto de la vigencia del contrato. A juicio de la recurrente, no contar con la mentada subvención ocasionaba un desequilibrio contractual que justificaría la aplicación de la cláusula *rebus*. El TS rechaza la aplicación de la cláusula *rebus* basándose en tres motivos:

- (1) la obtención o no de una subvención por parte del Ministerio de Industria forma parte del riesgo del contrato,
- (2) no se ha demostrado – habla de “orfandad probatoria” – el desequilibrio económico, y
- (3) el clausulado del contrato (base) de suministro permitía una adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas al haberse previsto en la cláusula primera que “el plan y volumen de las entregas anuales de los suministros de carbón sería establecido de mutuo acuerdo”.

Este último motivo es importante por dos cuestiones en lo que concierne a nuestro estudio:

- (1) demuestra que el contrato de suministro es un contrato marco que canaliza las necesidades de flexiseguridad de las partes, y
- (2) vincula lo anterior con una más difícil aplicación de la cláusula *rebus* a los contratos de suministro en la medida en que la flexiseguridad de estos contratos ayuda, precisamente, a hacer frente a la alteración sobrevenida de las circunstancias.

3.3 Adaptación de los criterios de determinación del cumplimiento y del incumplimiento a los contratos-red

Como hemos visto en el apartado anterior, el cumplimiento del contrato comporta tres efectos, en principio, simultáneos: (1) satisfacción del interés del acreedor, (2) liberación del deudor, y (3) extinción de la relación obligatoria (*ad ex.*, del contrato)⁴²⁷. El primer razonamiento de adaptación de la doctrina del cumplimiento del contrato a los

⁴²⁷ *Vid.* en este sentido Marín López (2013: 8474).

contratos red pasa por matizar el tercero de estos efectos; lo que implica la necesidad de reformulación, también, de los dos anteriores⁴²⁸.

La valoración del cumplimiento en los contratos red debe hacerse siempre en dos niveles: el contrato-red, y cada uno de los contratos que lo componen. El examen del cumplimiento de los contratos individuales que forman parte de la estructura grupal en tanto que elementos de la misma no es sustancialmente diferente de lo que pueda decirse acerca de los contratos sencillos o lineales (*vid. supra*, apdo. 6.3 de este Capítulo⁴²⁹). Sin embargo, debe tenerse presente que el interés de las partes no se reduce, tomando como ejemplo el contrato de suministro, al mero intercambio de cosa por precio (para ello bastaría con un contrato de compraventa).

Las partes buscan gozar de una relación flexisegura, que les permita tener la tranquilidad de que el contrato se prolongará en el tiempo todo lo que quieran (sea porque el tiempo haya quedado fijado en el contrato o porque éste sea de duración indefinida), y que podrán, por tanto, tener “asegurada” una mínima colocación de sus productos en el mercado (suministrador) y un menor desgaste y mayor tranquilidad en la obtención de productos (suministrado); sin que tal situación asfixie a ninguna de las partes (flexibilidad)⁴³⁰. La flexiseguridad se materializa en una serie de prestaciones que irradian la estructura grupal de contratos por completo, y que no son susceptibles de un cumplimiento satisfactorio para el acreedor y liberador de la obligación del deudor (*cf.* STS de 30 de noviembre de 1984; Fernández del Moral Domínguez, 1992: 12 y 22-23).

El cumplimiento solutorio de los sucesivos contratos de aplicación libera al deudor de “esa” obligación concreta, en la medida en que el interés específico del acreedor respecto de “ese” contrato ha quedado plenamente satisfecho. Todo ello da lugar a la extinción de “ese” contrato de aplicación.

⁴²⁸ *Cfr.* Marín López (2013: 8475), quien señala que existe una simetría institucional entre la satisfacción del interés del acreedor y la extinción del contrato, si bien pueden darse situaciones en que ambos efectos no suceden conjuntamente (*ad ex.*, el interés del acreedor queda satisfecho sin que se produzca una exacta ejecución de la prestación, o viceversa) y que será habitual que la extinción de la obligación y la liberación del deudor vayan unidas. Más que de simetría o unión, debe hablarse de interdependencia entre los tres efectos (satisfacción del acreedor, liberación del deudor y extinción de la relación obligatoria), en la medida en que la satisfacción del acreedor libera al deudor, y ambas cosas provocan la extinción de la relación obligatoria.

⁴²⁹ El tratamiento que se hace del cumplimiento en el apdo. 6.3 es meramente indicativo de las posiciones asentadas en la doctrina y la jurisprudencia al respecto. Puede examinarse la cuestión con más profundidad en obras clásicas y comentarios al Código civil.

⁴³⁰ Nos remitimos a lo ya dicho a lo largo de este trabajo y, en especial, al Capítulo I.

Sin embargo, la satisfacción (y consecuente eliminación) de una necesidad no elimina la necesidad misma. Ambas partes, pues, permanecerán vinculadas por la relación contractual de grupo, y serán deudoras recíprocas de aquellas prestaciones concretas en que sus expectativas (también recíprocas) se materialicen en cada momento. La celebración y posterior cumplimiento de los contratos de aplicación (en nuestro caso, de suministro) suponen un cumplimiento pleno de dichas expectativas en el instante en que se producen; sin embargo, no conlleva un efecto liberador, pues el suministrador continúa obligado a mantener su disponibilidad de cara a futuros pedidos, los precios (u horquilla) pactados, la calidad de los bienes, etcétera; y el suministrado continúa obligado a contar con el suministrador para abastecerse de productos (siempre en la medida en que lo recoja el contrato base), a pagar según se estableció, etcétera. Estas obligaciones no son propiamente extinguidas, sino que permanecerán vigentes mientras lo esté la relación contractual. Permanecerán, pues, vivas antes, durante y después de cada uno de los contratos de aplicación; e independientemente de cuántos contratos de aplicación se celebren y de lo bien o mal que vaya cada uno de ellos. Merece la pena destacar en este sentido las palabras de Fernández del Moral Domínguez (1992: 26-27):

“Estos intereses duraderos se reflejan en una pluralidad de intereses y necesidades concretas (...). Sin embargo, estos últimos, no pueden considerarse como partes de un todo, ya que el interés duradero, la necesidad duradera, es la que se manifiesta en su plenitud en cada período o continuamente. No son partes de una necesidad mayor, sino una manifestación de la necesidad tal y como se exterioriza concretamente en ese momento (...).

...

Todo ello no supone que la necesidad y el interés existente en cada suministro no se vaya paulatinamente satisfaciendo. Efectivamente, cada manifestación de dicho interés se puede satisfacer y, con ello, esta manifestación particular se extingue, pero no desaparecerá el interés a atender la necesidad duradera. Y este tipo de interés no se puede considerar disminuido o extinguido en alguna porción por haberse cumplido una prestación que cubre una manifestación concreta...”.

Esta estructura dual del contrato de suministro entendido como contrato marco le confiere una gran ductilidad⁴³¹. Es decir, el contrato de suministro podrá adaptarse mejor a los sucesivos cambios de circunstancias sin necesidad de llevar a cabo modificaciones o incluso novaciones del mismo. Las partes, al optar por este contrato, han integrado en la propia relación contractual lo imprevisible.

La ductilidad del contrato marco no sólo tiene importancia de cara a la facilidad de adaptación (sin modificarlo) de este contrato a las circunstancias futuras (“previsiblemente imprevisibles”), sino que también permite hacer frente a los incumplimientos singulares sin que éstos afecten al conjunto de la relación contractual. Podría decirse, si se nos permite el símil, que el contrato marco de suministro sería una suerte de equivalente jurídico de una estrella de mar, en la medida en que el desprendimiento de una de sus patas (que es posible) no afecta a su supervivencia. En el caso del contrato marco de suministro, el desprendimiento de una o varias de sus patas (es decir, el incumplimiento de uno o varios de sus contratos de aplicación) no tiene por qué afectar, en principio, al contrato marco en su conjunto. Las partes podrán acudir a los remedios frente al incumplimiento cada vez que éste se produzca, sin que ello trascienda al contrato marco de suministro. El incumplimiento de uno o varios contratos de aplicación de suministro sólo afectará al contrato marco de suministro cuando: (1) revista tal gravedad que suponga una quiebra de la confianza en la estabilidad y buena marcha de la relación contractual duradera y flexisegura que el contrato de suministro representa o cuando (2) la no celebración de ningún contrato de aplicación suponga vaciar de contenido el contrato base y, por extensión, el contrato marco.

4. El incumplimiento dual del contrato (marco) de suministro

En este apartado examinaremos algunas situaciones de incumplimiento en contratos de suministro desde la perspectiva que acabamos de sintetizar en los apartados precedentes. Se trata, pues, de determinar a través de un examen de casos si la interpretación que proponemos del contrato de suministro es viable a la luz de nuestra jurisprudencia.

⁴³¹ Son dúctiles aquellos cuerpos (principalmente metales) que admiten grandes deformaciones sin llegar a romperse (*cfr.* voz “dúctil” en el DLRAE).

4.1 Incumplimientos “singulares” de los contratos de aplicación.

4.1.1 Los principios de conservación del negocio jurídico (aplicado al contrato marco de suministro) y de conformidad (en los contratos de aplicación de suministro)

Lo primero que debe recordarse es que los contratos de aplicación en un contrato marco son normalmente contratos típicos cuya tipicidad ha sido desplazada (que no suprimida) por su pertenencia a un conjunto, a un grupo de contratos (o “contrato-red”). En el caso del contrato de suministro, podemos afirmar que los contratos de aplicación serían contratos de compraventa si los examináramos uno por uno, es decir, al margen de su contexto contractual, de su pertenencia a una estructura grupal de contratos como es el contrato de suministro. Por otro lado, acabamos de ver cómo la estructura dual del contrato marco permite el funcionamiento de una suerte de cortafuegos contractual en el grupo de contratos. Los contratos de aplicación (de suministro, en este caso) son contratos autónomos tanto en sentido horizontal (respecto del resto de contratos de aplicación) como en sentido vertical ascendente (es decir, su buena o mala marcha no tiene por qué afectar al conjunto). Esto implica que la valoración del cumplimiento de cada contrato de aplicación de suministro deberá hacerse:

- (1) conforme a las reglas generales sobre cumplimiento de los contratos, así como, en lo que proceda, a las específicas correspondientes a su tipicidad desplazada (en estos casos, el contrato de compraventa); y
- (2) que el mero hecho del incumplimiento de uno o varios contratos de aplicación, por grave que sea, no tiene por qué afectar al resto de elementos que constituyen el grupo, ni al grupo en su conjunto, salvo que dicho incumplimiento provoque una quiebra en la confianza de la relación contractual.

La concepción dual del contrato de suministro (derivada de su incardinación en el contrato marco como modalidad contractual) contribuye a una mejor conservación del negocio jurídico. El principio de conservación del negocio jurídico es, en primer lugar, un criterio hermenéutico de los contratos (art. 1284 CC) que puede, en realidad, servir de canon hermenéutico inspirador de todo el sistema (Guillén Catalán, 2016). Como criterio hermenéutico se apoya en el presupuesto de que nadie rompe el silencio del

tráfico jurídico en balde⁴³², sino con el fin de vincularse con otra parte y (se quiera o no) alimentar la confianza de terceros (García Vicente, 2013: 9185-1986), y establece una regla según la cual si una cláusula del contrato admite diversas interpretaciones deberá optarse por aquella que mejor permita al contrato desplegar sus efectos, sin que ello signifique salvar el negocio a toda costa, pues habrá ocasiones en que tal cosa no sea posible (*vid.* Rodríguez Marín, 2009: 2447; García Vicente, 2013: 9185). De este modo se evita que la interpretación de una cláusula ambigua la prive de efectos, contradiga el sentido propio de algún término o produzca algún efecto distinto del querido por las partes y, sobre todo, se permite la subsistencia del propósito de las partes al celebrar el contrato (García Vicente, 2013: 9185).

El principio de conservación del negocio jurídico puede ir más allá de la mera interpretación de cláusulas ambiguas, siendo extensible al contrato en su conjunto. Si, como dice Guillén Catalán (2016), puede actuar como canon hermenéutico del sistema en su conjunto, ¿cómo no va a ser aplicable al contrato en su conjunto? Baste pensar “que si al Derecho le interesa el mantenimiento de un pacto, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento del entero negocio” (Díez-Picazo, 2007: 499). Es respecto de este último aspecto del principio de conservación del negocio jurídico donde entra en juego la dualidad estructural del contrato de suministro entendido como un contrato marco.

Gracias a la estructuración dual del contrato de suministro es posible afirmar al mismo tiempo que se ha producido un incumplimiento esencial (de un contrato de aplicación) y que el contrato (marco) de suministro no se ve afectado en absoluto. La explicación de esta suerte de cuadratura del círculo no es otra que la que venimos repitiendo a lo largo de estas páginas: el contrato de suministro es un contrato marco y, en cuanto tal, es un contrato-red, un contrato grupal compuesto por “n” elementos que son a su vez contratos y que se estructuran en dos niveles: un contrato base y “n” contratos de aplicación, gozando cada uno de estos últimos, además, de autonomía horizontal y vertical dentro del grupo de contratos.

Esto permitirá a las partes acudir a todo el sistema de remedios frente al incumplimiento (sea éste de carácter esencial o un mero cumplimiento defectuoso)

⁴³² En palabras de Díez-Picazo (2007: 499), “no es razonable pensar que las partes insertando una cláusula no han querido nada (...) porque en un acto serio como es un contrato no es presumible que se haya querido hablar sin decir nada o insertar una cláusula inútil”.

respecto de cada contrato de aplicación de suministro sin que tal cosa tenga por qué afectar al contrato marco de suministro, es decir, a la relación contractual en su conjunto. Puede apreciarse en este razonamiento que no sólo las partes del contrato sino, también, los Tribunales, disfrutarán de un mayor margen de maniobra en la interpretación del contrato y, en el caso de los últimos, de la valoración del cumplimiento. Apreciar un incumplimiento esencial del contrato de suministro (seguidamente veremos algunos ejemplos) derivado de falta de conformidad de los bienes, de retrasos, o de exceso o defecto en la cantidad no será ya tan dañino para las partes. En otras palabras, el juzgador de cualquiera de los aspectos que acabamos de apuntar no tendrá necesariamente ante sí la responsabilidad de decidir acerca de la continuidad o no de la relación contractual en su conjunto, sino solamente del concreto contrato de aplicación que es objeto de litigio. Todos salen ganando: las partes tendrán un acceso más sencillo a la solución judicial de sus pretensiones sin que esto tenga que afectar a los intereses y necesidades que tenían (y presumiblemente permanecen vigentes) cuando decidieron celebrar el contrato de suministro; y los Tribunales no se verán obligados a examinar como si fuera un todo homogéneo lo que es en realidad una estructura heterogénea de contratos, por muy bien organizada que esté, lo que les permitirá afinar más en sus decisiones.

Los incumplimientos de los sucesivos contratos de aplicación de suministro pueden estar relacionados con la cantidad o calidad de los bienes⁴³³, o con la frecuencia de sus entregas. Aunque puede plantearse la aplicación analógica de los artículos de la compraventa en esta materia, resulta aconsejable optar por el paradigma del cumplimiento conforme por varias razones:

- (1) el contrato de suministro es un contrato atípico, por lo que las reglas que cabe invocar primeramente serán las generales (arts. 1101, 1124, 1295 y 1303 CC);
- (2) porque la CISG y el TRLGDCU asumen y operan con el paradigma del cumplimiento conforme, y estos textos resultan aplicables a ciertos “contratos *para el suministro*” (entre los que deben entenderse incluidos los “contratos *de*

⁴³³ Cfr. la STS de 27 de septiembre de 2006 considera que existe incumplimiento por parte del suministrado en la medida en que no supera el pedido mínimo establecido en el contrato. El incumplimiento puede darse también por exceso, es decir, por realizar un pedido que supere el máximo establecido en la horquilla fijada en el contrato base de suministro. En tal caso, el suministrador no será responsable de no suministrar toda la cantidad solicitada (STS de 13 de mayo de 2008).

suministro”) siempre que la relación contractual de turno entre dentro del ámbito de aplicación de los respectivos textos y, cuando no lo fueran, no puede negarse su influencia en el cambio de paradigma del cumplimiento de los contratos tanto en lo que son actualmente loables intentos normativos como en la propia interpretación de los artículos del Código civil que acabamos de mencionar.

El artículo 73 hace referencia claramente al contrato de suministro⁴³⁴, y lo concibe como una estructura grupal de contratos. Calvo Caravaca (1998: 573), precisamente emplea el término alemán *Sukzessivlieferungsverträge* (contrato de suministro sucesivo). Debe recordarse que el contrato marco de suministro puede corresponderse tanto con el *Sukzessivlieferungsvertrag* (cuando todas las prestaciones sucesivas que tendrán lugar durante su vigencia se sepan desde la celebración del contrato base) como con el *Bezugvertrag* (cuando las partes se limiten a “pactar la imprevisibilidad” y dejen la concreción de cada una de las sucesivas prestaciones futuras que tendrán lugar durante la vigencia de la relación contractual a los contratos de aplicación de suministro). Mientras que el primero será difícilmente distinguible en la práctica de un contrato de compraventa con entregas fraccionadas (y “sucesivas”, pues irán una detrás de otra), el segundo se corresponderá en todos los casos con lo que hemos denominado contrato marco de suministro. Por su importancia, examinaremos a continuación cada uno de sus apartados de manera separada⁴³⁵.

Según el art. 73.1 CISG:

“En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato por lo que respecta a esa entrega”.

Este precepto nos permite constatar varias de las afirmaciones que venimos realizando a lo largo de este trabajo y, especialmente, en este último Capítulo. En primer lugar, se constata el funcionamiento del contrato de suministro como una estructura grupal de contratos cuyos elementos gozan de autonomía contractual (vertical

⁴³⁴ Ya dijimos que la CISG se aplica a los contratos de suministro, no porque el contrato de suministro sea afín a la compraventa, sino porque la CISG tiene un afán expansivo y resulta aplicable a todos los contratos que comporten obligación de entrega de mercaderías (“contratos para el suministro”, *vid. supra*, apdo. 7.2 del Capítulo III).

⁴³⁵ El art. 73.2 CISG lo trataremos en el apdo. 4.3 de este Capítulo.

y horizontal) aunque pertenezcan a un contrato-red global. Al principio de este mismo apartado explicábamos cómo la estructura dual del contrato de suministro permite trazar una suerte de cortafuegos contractual alrededor de cada uno de los contratos de aplicación, contribuyendo de este modo a la mejor conservación del negocio jurídico en su conjunto: del contrato marco de suministro. Señalábamos igualmente las ventajas del mayor margen de maniobra tanto para las partes como para los eventuales juzgadores en caso de conflicto entre las partes. Todo lo dicho entonces queda perfectamente sintetizado en el primer apartado del art. 73 CISG.

El límite en el cortafuegos que tan claramente cristaliza el art. 73.1 CISG está en el art. 73.3 CISG, según el cual:

“El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.”

Este artículo puede analizarse conjuntamente con el art. 513-8 APCM, que reza así:

“El incumplimiento por cualquiera de los contratantes de las previsiones singulares dará derecho a la otra a declarar resuelto el contrato sin necesidad de preaviso si, en atención a su entidad o reiteración, constituye un incumplimiento esencial del contrato o disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos. La extinción por esta causa no afectará a las prestaciones anteriores cumplidas.”

Ambos preceptos tienen que ver con la autonomía horizontal y vertical de los contratos de aplicación de suministro, que no es total (pues entonces hablaríamos de independencia). Por lo que respecta a la autonomía horizontal, si entre varios contratos de aplicación de suministro existe un cierto grado de interdependencia su autonomía horizontal cederá frente a su consideración como elementos integrantes de un grupo (art. 73.3 CISG). Cuando los incumplimientos singulares (de los contratos de aplicación) fueran graves (para la relación contractual en su conjunto, es decir, para el contrato marco de suministro) o reiterados se podrá entender que ello quiebra la confianza en el clima de flexiseguridad del contrato marco de suministro y que ello constituye un incumplimiento de dicho contrato (*vid. infra*, apdo. 4.3), o directamente

que se ha producido un incumplimiento del contrato marco de suministro (art. 513-8 APCM). El límite respecto de los efectos que produzcan estas situaciones no es otro que el tiempo: los efectos del incumplimiento de un contrato marco de suministro por incumplimientos singulares o ruptura de la quiebra de confianza en el clima de flexiseguridad serán a futuro, no deberían tener carácter retroactivo (*cfr.* 513-8 APCM). Este criterio preserva la seguridad jurídica de las partes respecto de los efectos ya producidos por el contrato marco de suministro que decidieron celebrar.

En suma, el artículo 73 CISG permite a cualquiera de las partes llevar a cabo “una resolución limitada a una concreta entrega” (Calvo Caravaca, 1998: 574⁴³⁶); es decir, es reflejo de lo que hemos definido como “cortafuegos contractual” dentro de la estructura grupal del contrato de suministro, que se proyecta sobre cada uno de los contratos de aplicación de suministro, derivado de la autonomía contractual (vertical y horizontal) de éstos dentro del conjunto del contrato marco de suministro. Esta autonomía tiene sus límites, y las vicisitudes de uno o varios contratos de aplicación pueden ser relevantes de cara al conjunto cuando existe una mayor interdependencia (horizontal) entre contratos de aplicación o cuando se produce una quiebra en la confianza y/o el clima de flexiseguridad que garantiza el contrato marco de suministro (*ad ex.*, una reiteración de incumplimientos esenciales de contratos de aplicación puede suponer un incumplimiento esencial del contrato marco); valorando, por tanto, el incumplimiento (por esencial que sea) en el contexto del contrato en su conjunto (Calvo Caravaca, 1998: 575).

El cortafuegos contractual lo es también por cuanto que limita los efectos de un posible incumplimiento esencial del contrato marco de suministro a futuro⁴³⁷, tal como queda recogido en el art. 513-8 APCM. No obstante, nuestra afirmación no se basa exclusivamente en este precepto (que, recordemos, no está en vigor ni tiene visos de estarlo en el corto plazo). Entendemos que en este punto el art. 513-8 APCM recoge una consecuencia lógica de la estructura grupal del contrato de suministro, que no podría darse de la misma manera en contratos lineales; todo lo cual representa nuevamente una ventaja de la concepción del contrato de suministro como contrato marco. Limitar los

⁴³⁶ Este autor entiende las sucesivas entregas de mercaderías como prestaciones parciales, si bien destaca que “en lo que al derecho de resolución se refiere (...) la entrega de que se trate debe considerarse como si fuera un contrato autónomo o, lo que es lo mismo, como un contrato en el interior del contrato” (Calvo Caravaca, 1998: 574-575).

⁴³⁷ Salvo en casos de interdependencia entre contratos de aplicación de suministro cuando algunos de ellos ya se hubieran llevado a cabo (*cfr.* art. 73.3 CISG).

efectos de un incumplimiento esencial al futuro que se inicia desde que dicho incumplimiento queda declarado (*ex nunc*) favorece la seguridad del tráfico jurídico. Sin embargo, casa mal con la restitución recíproca de las prestaciones a la que obligan los artículos 1295 y 1303 CC⁴³⁸ cuando se produce la resolución de un contrato *ex art.* 1124 CC, y que tiene carácter retroactivo⁴³⁹. Si el contrato de suministro fuera un contrato lineal como lo es el contrato de compraventa estos artículos resultarían plenamente aplicables, y la retroactividad de sus efectos también. En cambio, si el contrato de suministro se entiende como un contrato grupal es posible “aislar o sintetizar” cada uno de los elementos que lo componen. En lo que ahora estamos tratando, esto nos da la posibilidad de no tocar contratos de aplicación de suministro que ya han sido celebrados y ejecutados, incluso cuando el contrato marco de suministro debiera ser resuelto por cualquier motivo. Es decir, permite limitar los efectos de la resolución del contrato marco de suministro hacia el futuro sin necesidad de hacer malabarismos jurídicos con los artículos 1295 y 1303 CC en aras de preservar la seguridad del tráfico jurídico.

⁴³⁸ Aunque está situado en sede de nulidad de los contratos, su aplicación se ha generalizado, siendo aplicado igualmente en casos de resolución contractual *ex art.* 1124 CC. Sobre el alcance de la aplicación generalizada de este precepto, así como la jurisprudencia a favor y en contra, Albiez Dohrmann (2009: 2494-2500).

⁴³⁹ La jurisprudencia ha entendido en reiteradas ocasiones que la restitución recíproca de las prestaciones tiene carácter retroactivo, en la medida en que se busca una *in integrum restitutio*. En estos términos se expresa, por ejemplo, la STS de 17 de junio de 1986 en un caso de resolución por incumplimiento: “la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123” (*vid.* Martín Pérez, 2009: 2474).

4.2 Incumplimiento del contrato “marco” de suministro por no celebración de contratos de aplicación

En el Capítulo II tratamos la posible obligación de las partes de un contrato marco de celebrar contratos de aplicación (*vid. supra*, apdo. 2.4 del Capítulo II). En la medida en que el contrato de suministro debe ser entendido como un contrato marco las reflexiones hechas entonces resultan aplicables ahora.

Como ya dijimos, habrá que estar a lo pactado; pero la duda surge en caso de que tal pacto no exista. Es importante observar ante qué tipo de contrato marco nos encontramos (qué tipo o tipos de contratos quedan canalizados a través del contrato marco como modalidad contractual), ya que los contratos marco relacionados con el sector bancario suelen contemplar una gran libertad de cara a la celebración de contratos de aplicación (*cfr.* Gatsi, 1996: 24-31), cosa que no ocurre ni con la misma frecuencia ni con la misma amplitud en los contratos marco para la circulación de bienes.

No puede afirmarse que exista una necesidad inexorable de celebrar contratos de aplicación. Tal cosa es propia de los precontratos, mientras que los contratos marco son pactos de *modo contrahendi*, es decir, recogen la manera en que las partes llevarán a cabo futuros contratos, pero no obligan, en principio, a su conclusión. En lo que se refiere al contrato de suministro, la no obligación de celebrar contratos de aplicación es una muestra importante de la flexiseguridad que esta opción contractual comporta en comparación con otras “flexi-inseguras” (*ad ex.*, reiteración de compraventas puntuales) o “rigi-seguras” (*ad ex.*, gran contrato de compraventa con entrega y pago fraccionados), siempre dentro de los márgenes que las propias partes establezcan en el contrato base de suministro.

Ahora bien, si no se pactara una horquilla (tanto de cantidad como, especialmente por lo que ahora nos ocupa, de frecuencia temporal) no por ello la parte suministrada quedaría exenta de su obligación de realizar pedidos (es decir, celebrar contratos de aplicación de suministro). Téngase en cuenta que no celebrar ningún contrato de aplicación de un contrato marco es una forma de frustrar la finalidad económica de dicho contrato (en este caso el de suministro) por dos motivos:

- (1) el contrato base queda desprovisto, vacío, de objeto sobre el que proyectarse – los contratos de aplicación -;

- (2) no acaba teniendo lugar la finalidad última por la cual las partes celebraron el contrato de suministro – la circulación de los bienes –; y
- (3), consecuentemente, si fuera posible la no celebración de ningún contrato de aplicación de suministro las partes⁴⁴⁰ no tendrían razones para confiar en la tranquilidad, la estabilidad y la seguridad que este contrato les proporciona. En otras palabras, el contrato de suministro sería “flexi”, pero no “seguro”.

Constatado que bajo ciertas circunstancias la no celebración de contratos de aplicación de suministro puede constituir un incumplimiento del contrato marco de suministro, cabe preguntarse: (1) cuáles son estas circunstancias, y (2) desde cuándo podrá entenderse incumplido el contrato. Parece evidente que una y otra cuestión se encuentran tan condicionadas por la casuística que resultará difícil ofrecer criterios generales que trasciendan el examen de casos concretos.

En cuanto a las circunstancias bajo las cuales cabe afirmar que la no celebración de contratos de aplicación de suministro constituye incumplimiento, cabe destacar la STS de 5 de octubre de 2016⁴⁴¹, que condena a la parte suministrada a hacerse cargo del último stock de productos de la suministradora. Se trata de un contrato de suministro *just in time* (la parte suministradora se compromete a realizar las entregas en un plazo muy breve de tiempo, lo que la obliga de facto a mantener un stock razonable de productos) indefinido, que duraba ya 25 años, en el que la suministradora tiene por único cliente a la suministrada y cuya ruptura tiene lugar de forma unilateral y abrupta. Es decir, si bien es cierto que la no celebración de contratos de aplicación puede constituir un incumplimiento⁴⁴² del contrato marco de suministro, sólo podrá invocarse cuando las características del contrato y las circunstancias que lo rodean sean excepcionales y revistan la gravedad suficiente.

Cuestión distinta a la de las circunstancias bajo las cuales la no celebración de contratos de aplicación constituye incumplimiento es desde cuándo puede entenderse incumplido el contrato. Como criterio general podría decirse que desde el momento en que la no celebración de contratos de aplicación ocasiona perjuicios a la parte suministradora que rompen con el equilibrio del contrato, y frustran la finalidad

⁴⁴⁰ Aunque hablamos siempre de “las partes”, debe recordarse que la cuestión que en este momento tratamos concierne principalmente a la parte suministrada, que es a quien le corresponde la iniciativa de la celebración de contratos de aplicación.

⁴⁴¹ *Vid. supra*, apdo. 2.4.

⁴⁴² Entendemos aquí “incumplimiento” como incumplimiento esencial.

económica del mismo; pero este criterio sigue dejando abierta la cuestión a la hora de concretarla en la práctica. En otras palabras, estamos abocados al examen de casos.

El momento de frustración de la finalidad económica del contrato se produjo, a juicio del Juzgado de 1ª Instancia núm. 64 de Madrid, desde el comienzo de la anualidad siguiente a la emisión de una carta de la suministradora anunciando que dada la alteración sobrevenida de las circunstancias (no obtendrían una subvención que esperaban conseguir) justificaba una resolución del contrato. El contrato de suministro de carbón se inició en 1983 y su duración prevista era de cinco años (1988). El 17 de julio de 1985 la suministradora remite una carta a la suministrada, indicándole que no realizaría más pedidos. Comenzada la anualidad siguiente al envío de la mentada carta, entiende el juzgador de instancia que se ha producido un incumplimiento (STS de 17 de noviembre de 2000, FJ-1). Debe tenerse en cuenta, por lo que respecta al caso de la STS de 17 de noviembre de 2000, que la suministrada comunicó a la suministradora su intención de no realizar pedidos, y que tal intención declarada se materializó cuando llegó el momento de celebrar el siguiente contrato de aplicación programado y no se celebró (lo que llevó a la suministradora a demandar el cumplimiento del contrato). Esta sentencia nos demuestra cómo pueden darse casos en que la no celebración de contratos de aplicación (es decir, que el suministrado no realice pedidos) puede constituir incumplimiento del contrato marco de suministro. Sin embargo, queda abierta la cuestión de cuándo hay incumplimiento por no celebrar contratos de aplicación si lo que nos encontramos en la parte suministrada que no realiza pedidos es simplemente silencio; y especialmente si en el contrato base de suministro no queda especificada una horquilla de frecuencia y cantidad de pedidos durante la vigencia del contrato marco de suministro.

4.3 Incumplimiento “marco” de suministro por quiebra de la confianza flexisegura

Debe reiterarse aquí la idea que constituye uno de los núcleos de nuestro trabajo: el contrato de suministro es un ejemplo de contrato marco. Ello implica que está construido a través de una estructura grupal de contratos que se divide en dos niveles: un contrato base y “n” contratos de aplicación. Hemos examinado ya los casos de incumplimientos “singulares” (de los contratos de aplicación de suministro), así como un primer caso de incumplimiento “general” (del contrato marco de suministro) en el caso de que alguna de las partes (normalmente la suministrada) decida no celebrar contratos de aplicación. Queda, finalmente, por analizar, un supuesto de cierre como es la pérdida de confianza de las partes en la relación contractual grupal.

Cabe recordar que el contrato de suministro, en tanto que contrato marco, es una relación fuertemente basada en la confianza. En este sentido, resulta de interés el estudio del artículo 73.2 CISG, según el cual:

“Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable”.

La influencia vertical de los contratos de aplicación de suministro (es decir, su capacidad para influir en el contrato marco de suministro) sólo tendrá lugar de forma mediata, pues la autonomía vertical de los contratos de aplicación impide que se produzca una comunicación directa de efectos entre unos y otro. El listón que deberán superar los contratos de aplicación de suministro para que sus vicisitudes afecten al contrato marco de suministro no es otro que la quiebra del clima de flexiseguridad que caracteriza al contrato de suministro en tanto que contrato marco (*vid. supra*, apdo. 3 del Capítulo II, sobre las relaciones internas entre los elementos contractuales que componen el contrato marco). En definitiva, una quiebra de la confianza de las partes en la relación contractual.

Esta quiebra de la confianza puede tener muy diversos orígenes:

- (1) un reiterado incumplimiento o cumplimiento defectuoso por cualquiera de las partes (*vid. supra*, apdo. 5.3 del Capítulo III);

- (2) que no se celebren contratos de aplicación durante un excesivo período de tiempo vigente el contrato marco de suministro (*vid. supra*, apdo. 4.2 de este Capítulo);
- (3) el incumplimiento por cualquiera de las partes de obligaciones relativas a las entregas;
- (4) o el temor fundado de cualquiera de ellas de que se producirá un incumplimiento esencial en futuras entregas⁴⁴³.

En estos casos podrá declararse resuelto el contrato, siempre que se avise a la contraparte en un plazo razonable⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Cfr. Calvo Caravaca (1998: 576-577): “La doctrina ha hecho hincapié en que basta entonces con que haya buenos motivos para conjeturar que, en el futuro, los incumplimientos se repetirán; así, *ad ex.*, cuando se entrega una mercadería de inferior calidad y se prevé que las sucesivas tendrán el mismo origen, cuando se llevan a cabo irregularmente entregas que se pactaron especialmente como suministros puntuales (contratos *just-in-time*), cuando el comprador no paga porque se ha vuelto insolvente o el vendedor se ha demorado tanto en la fabricación del producto que no ha podido realizar una entrega y resulta impensable que pueda recuperarse el atraso”.

⁴⁴⁴ El art. 73.2 CISG debe ser analizado junto con otros preceptos como el art. 513-4 APCM (“Suspensión del suministro”), los arts. 1502 y 1503 CC, y el § 314 BGB (“Desistimiento de las relaciones obligatorias de duración indefinida por una causa importante”), que han sido analizados en otros apartados de este trabajo y a los que nos remitimos en aras de evitar reiteraciones innecesarias.

Conclusiones

1. Quisiéramos comenzar con una valoración positiva de los intentos normativos que representan tanto el APCM como la PCC, en lo que respecta a dar reconocimiento en una norma tanto al contrato de suministro (APCM, arts. 513-1 a 513-9) como al contrato marco (PCC, art. 522-2). Se trata, bien es cierto, de intentos normativos cuya viabilidad política es complicada en las actuales circunstancias y que, dada su importancia como componentes estructurales del ordenamiento jurídico (nada menos que los Códigos civil y mercantil), necesitarán ser debatidos por la comunidad científica y por los operadores jurídicos.
2. Aunque las relaciones patrimoniales duraderas no son una novedad, sí lo es que cada vez más los particulares prefieren celebrar contratos duraderos. Este incremento puede observarse muy claramente en contratos relacionados con el Derecho digital y las nuevas tecnologías, pero no es exclusivo de este ámbito.
3. La flexiseguridad es un concepto que nació en el seno del Derecho del trabajo (concretamente en Holanda, alcanzando gran éxito en Dinamarca), y que ha gozado de cierta popularidad en España en los últimos años a raíz de las reformas laborales iniciadas en 2012 (*vid.* Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio). Por lo que respecta al Derecho del trabajo se apoya en tres pilares (“triángulo dorado de la flexiseguridad”):
 - (1) la flexibilidad del mercado laboral, debida a una alta movilidad de los trabajadores, que transitan del empleo al desempleo y viceversa con facilidad;
 - (2) apoyo económico a los desempleados a través de un sistema de Seguridad Social; e
 - (3) impulso de políticas de empleo dirigidas a desempleados con menos movilidad.En suma, se trata de una política que pretende conseguir al mismo tiempo un aumento de la flexibilidad del empleo y de la seguridad de los trabajadores, entendiendo que flexibilidad y seguridad no son nociones contradictorias en la medida en que no se proyectan sobre los mismos elementos de la realidad: la protección del puesto de trabajo se flexibiliza a cambio de una mayor inversión en

políticas que aumenten la empleabilidad y de un sistema de protección del desempleo.

4. Amén de las críticas que pueda recibir la ejecución concreta de la flexiseguridad en el Derecho del trabajo (en las que no entramos), lo cierto es que la idea, en sus trazos esenciales, es útil: flexibilizar una relación contractual le resta rigidez, y esto contribuye a que el mercado en el que participa sea más dinámico. Teniendo en cuenta el aumento (en cantidad y en importancia) de las relaciones contractuales duraderas en el Derecho privado de contratos, sería deseable una adaptación del concepto de flexiseguridad al Derecho patrimonial privado.
5. Sometiéndola a mejor consideración, proponemos la siguiente adaptación de la flexiseguridad al Derecho privado a través del siguiente “triángulo dorado de la flexiseguridad en la contratación privada”. La descripción de este triángulo se realiza tomando como referencia el contrato marco de suministro o, lo que es lo mismo, asumiendo que el contrato de suministro debe ser entendido como un contrato marco. Todo lo cual, es tanto como decir que aceptar que el tipo “contrato de suministro” encaja en la modalidad “contrato marco” permite y contribuye a la flexisegurización de las relaciones contractuales privadas orientadas a la circulación de bienes.
6. El triángulo dorado de la flexiseguridad en la contratación privada tomando como supuesto de aplicación el contrato de suministro se apoyaría en los siguientes pilares:
 - (1) flexibilidad en la cantidad y la frecuencia de los pedidos, de tal manera que las partes puedan afrontar la “previsible imprevisibilidad” de una relación contractual duradera, incluso indefinida en ocasiones;
 - (2) seguridad para ambas partes respecto del contrato: los suministradores respecto de la colocación de sus bienes en el mercado y, consecuentemente, percepción de ingresos, y los suministrados porque sufrirán un menor desgaste derivado de la búsqueda de proveedores y tendrán más tranquilidad y confianza respecto de una relación estable y prolongada con un suministrador conocido;

- (3) mayor agilidad en la circulación de bienes, en la medida en que la flexibilidad y la seguridad anteriormente descritas disminuirían las barreras de entrada y salida de agentes en el mercado y esto, a su vez, redundaría en una mayor agilidad en la circulación de bienes.
7. El contrato marco es una figura hasta ahora poco conocida y, sobre todo, confusa. La Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil lo define en su artículo 522-2 (inspirado en el art. 1111 del *Code civil*) como aquel contrato en el que “las partes acuerdan las características esenciales de sus relaciones contractuales futuras” de tal manera que sus reglas “se aplicarán en los contratos posteriores que las partes celebren en desarrollo de aquél”. En las versiones de la PCC posteriores a julio de 2015 se suprime la definición de contrato marco, que queda implícita, y se mantiene exclusivamente el segundo párrafo, que describe la función que desempeña. Sería deseable, no obstante, recuperar la definición de contrato marco para el texto dada la confusión terminológica que reina en torno a esta figura.
 8. Las razones que motivan la escasa popularidad del contrato marco se relacionan tanto con la elección del término como con su definición y funciones. Por esta razón entendemos que una futura norma que introdujese en España esta figura debería definirlo, tal como en la actualidad ocurre con el art. 1111 del *Code civil*. En general (salvo en el caso de Francia, donde se habla de *contrat-cadre*) se ha mantenido una doble terminología para hablar de este contrato cuyos límites nunca han estado del todo claros. Así, en Italia se ha hablado de *contratto quadro* o *contratto normativo*; en Alemania, de *Rahmenvertrag* y de *Normenvertrag*; y en España, de contrato marco o contrato normativo. A nuestro modo de ver un contrato marco y un contrato normativo no son la misma cosa, aunque en ambos casos nos encontremos ante contratos grupales estructurados. La terminología que utiliza la doctrina alemana ayuda a precisar los conceptos, razón por la que hemos decidido tomarla como referencia a pesar de que en el BGB tampoco está recogida esta figura.
 9. El contrato marco (*Rahmenvertrag*) es un contrato grupal estructurado en dos niveles de un modo similar a una caja china. El primer nivel está compuesto por un

contrato base (*Grundvertrag*), cuyas reglas se aplicarán a los sucesivos contratos que se celebren en desarrollo de las previsiones de las partes recogidas en el contrato base (contratos de aplicación, siguiendo aquí la terminología francesa – *contrats d'application* – en lugar de la alemana – *Einzelverträge* o contratos individuales). El contrato base que se proyecta sobre elementos puramente jurídicos (contratos), y no sobre elementos de la realidad metajurídica (bienes, actividades...). Los contratos de aplicación son contratos normalmente típicos cuya tipicidad se ve desplazada por su pertenencia al grupo.

10. Calificar el contrato marco como un contrato grupal (o “contrato-red”) significa:

- (1) constatar que está compuesto por un grupo (indeterminado en cuanto a su número) de auténticos contratos;
- (2) que todos esos auténticos contratos son a su vez elementos que componen un grupo estructurado de contratos (de ahí que hablemos de “contrato de grupo” y no de “grupo de contratos”);
- (3) que cada uno de estos contratos desempeña a la vez la función económica que le es propia (hablamos de tipicidad contractual desplazada por su pertenencia al grupo) y una función específica dentro del grupo (contrato base o contrato de aplicación);
- (4) que entre cada uno de los contratos existe una relación de autonomía, pues pertenecen a un conjunto único pero las vicisitudes de unos no tienen por qué afectar al resto; y
- (5) que el contrato de grupo (el “contrato marco”) juega un papel propio y diferenciado de los elementos que lo componen.

11. El contrato marco es una modalidad contractual, y no un tipo contractual. Un tipo contractual describe una conducta humana (contractual) a través de una serie de elementos que permiten darle nombre, diferenciarlo de otros similares y dotarlo de una regulación específica. Estas cualidades son compartidas por lo que pretendemos denominar “modalidades contractuales”. Existe, sin embargo, una diferencia entre unos y otras: los tipos contractuales se proyectan sobre elementos de la realidad concretos (*ad ex.*, la compraventa, sobre la cosa y el precio); mientras que una modalidad contractual no es más que una manera de hacer, y no se proyecta sobre concretos elementos de la realidad. Por ello decimos que las modalidades

contractuales tienen un “contenido blanco”. El contrato marco es un “contrato de contratos”; es decir, es un contrato grupal compuesto a su vez por un número indeterminado de contratos. Dentro de estos contratos, el contrato base, que ocupa el centro del sistema, se proyecta sobre otros contratos de “inferior nivel”: los contratos de aplicación. Son estos últimos los que nos permiten averiguar la función económica del contrato marco (circulación de bienes, intercambio de paquetes accionariales, servicios bancarios...). Cualquiera de los ejemplos que acabamos de dar puede verse canalizado a través de contratos sencillos o a través de una estructuración grupal sistematizada (sea a través de un contrato marco, de un contrato normativo o de otra modalidad contractual). La estructura grupal por sí misma no sirve para nada; y, sin embargo, sirve potencialmente para todo. Sabremos para qué sirve un concreto contrato marco cuando sepamos cuál es la “tipicidad desplazada” de sus contratos de aplicación.

12. Pese a que el contrato marco no es un tipo, sino una modalidad contractual, no deja por ello de ser un auténtico contrato, y como tal está compuesto por consentimiento, objeto y causa (*cf.* art. 1261 CC). Sin embargo, la especial configuración del contrato marco nos lleva a hablar de dualidad en sus elementos esenciales. Se comprenderá, pues tan contrato es el contrato grupal (contrato marco) como sus componentes (contrato base y contratos de aplicación). Debemos advertir que en su funcionamiento el contrato base acaba identificándose con el contrato marco, pues su razón de existir no es otra que dirigir el funcionamiento de los contratos de aplicación para que estos sirvan como componentes de un grupo estructurado.

13. Describir la dualidad del objeto del contrato marco requiere definir de manera sucinta dos términos que hemos venido utilizando en esta Tesis: objeto del contrato y objeto sobre el que recae el contrato. Entendemos por “objeto del contrato” el programa prestacional esencial que define (y distingue) al tipo contractual concreto; y por “objeto sobre el que recae el contrato” aquellos elementos de la realidad que sufren la existencia del contrato. Tomando como ejemplo el contrato de compraventa, es “objeto del contrato” el intercambio de cosa por precio; y son “objetos sobre los que recae el contrato” la cosa y el precio. El objeto del contrato marco es dual porque encierra dos objetos distintos: el objeto del contrato base y los

objetos de los contratos de aplicación. Por lo que se refiere al contrato base: tiene por objeto regular las relaciones contractuales futuras de las partes (objeto del contrato) y se proyecta sobre los ulteriores contratos de aplicación (objetos sobre los que recae el contrato). El objeto del contrato de los respectivos contratos de aplicación será el que corresponda con su tipicidad desplazada, matizado por su circunstancia de pertenecer a un grupo estructurado. Los objetos sobre los que recaerán los contratos de aplicación serán los mismos que los que correspondan a su tipicidad desplazada. Aunque implique adelantar conclusiones, puede explicarse mejor esta diferencia acudiendo al contrato de suministro y aceptando que los contratos de aplicación de suministro serían compraventas si no pertenecieran a un grupo estructurado. En cualquiera de los casos (contrato de aplicación de suministro *vs* compraventa) los objetos sobre los que recae el contrato son cosa y precio. En cambio, el “objeto del contrato” del contrato de aplicación de suministro será el intercambio de cosa por precio de manera periódica y de acuerdo con una serie de reglas y condiciones establecidas al inicio de la relación contractual y recogidas en el contrato base. En un contrato de compraventa el objeto del contrato es, simplemente, el intercambio de cosa por precio.

14. Esta dualidad se proyecta también sobre el consentimiento. Las partes emiten un consentimiento inicial que podrían formularse en los siguientes términos (tomando como ejemplo nuevamente el contrato de suministro): convenimos realizar sucesivos intercambios de bienes a cambio de precio de acuerdo con las condiciones expresadas en el siguiente contrato (base) de suministro y referidas a la frecuencia de las entregas, calidad de los bienes, número de pedidos mínimo y/o máximo, condiciones de pago, etc. Posteriormente, respecto de cada contrato de aplicación existirá un nuevo consentimiento. Este consentimiento (o consentimientos) está simplificado, pues sólo es necesario que una de las partes se ponga en contacto con la otra para comunicarle la intención de celebrar un contrato de aplicación y que ésta acepte, incorporando desde este momento (por referencia) todo el contenido del contrato base al contrato de aplicación celebrado.

15. La dualidad del contrato marco se proyecta, finalmente, también sobre la causa del contrato. Entendemos la causa en su sentido objetivo, es decir, como la función

económico-social que desempeña el contrato. La causa del contrato base es preparar y facilitar la celebración de futuros contratos de aplicación, y servir de criterio de referencia e instrumento racionalizador de éstos; y la causa de los contratos de aplicación es la propia de su tipicidad contractual desplazada.

16. El análisis de la causa en el contrato marco no debe quedarse, sin embargo, en la descripción de su dualidad derivada, como en el resto de elementos, de la dualidad estructural del contrato marco. Existe una causa global (que podríamos denominar “causa marco”), y que podríamos definir como: la voluntad de las partes de racionalizar de forma flexisegura sus relaciones contractuales duraderas a través de la estandarización de futuras relaciones contractuales concretas pertenecientes a un grupo estructurado de contratos referenciado a un contrato base que actúa de elemento rector del conjunto, contribuyendo de este modo a una mejor conservación de la propia relación contractual gracias al mayor margen de libertad del que gozan las partes.
17. El contrato marco, tal como lo hemos descrito, juega un importante papel a la hora de racionalizar, agilizar y flexibilizar las relaciones contractuales duraderas orientadas a la circulación de bienes. Desde luego, no es el único campo en el que puede proyectarse. Prueba de ello es su importancia en el sector bancario o en la economía de plataformas.
18. Conviene, para finalizar las conclusiones referidas al contrato marco, señalar que no debe confundirse con el contrato normativo, pese a que la terminología en este punto es ciertamente confusa; especialmente en España, donde la expresión que hasta ahora ha gozado de una mayor acogida ha sido la de “contrato normativo”, precisamente para describir el contrato marco. Son contratos normativos aquellos en los que existe una pluralidad cualitativa de partes, circunstancia que provoca que el contrato normativo base tenga eficacia vinculante y *erga omnes* circunscrita al sector de la contratación al que resulta aplicable. El mejor ejemplo de contrato normativo es el convenio colectivo de trabajo. El contrato normativo base (convenio colectivo) lo celebran sujetos colectivos (representantes de los trabajadores y representantes de los empresarios, o representantes de los trabajadores y el

empresario); y los contratos de aplicación (contratos de trabajo) los celebran sujetos individuales (el trabajador y el empresario). La diferencia cualitativa de partes tiene como consecuencia la eficacia vinculante erga omnes del contrato normativo base, circunstancia que no se da en el contrato marco base. Este último puede recoger cláusulas vinculantes que las partes podrán modificar a través de una modificación o novación contractual (ad ex., los límites mínimos y máximos de las respectivas horquillas). Un trabajador y un empresario no pueden modificar por sí mismos un convenio colectivo de trabajo que les resulte aplicable.

19. El contrato de suministro es aquél a través del cual el suministrador se compromete a realizar prestaciones periódicas o continuadas de bienes a favor del suministrado, y éste a pagar un precio. Así lo ha definido la jurisprudencia, tomando como referencia el artículo 1559 del *Codice civile*, y así lo define el artículo 513-1 del APCM, inspirado en el Código italiano como expresamente se reconoce en la exposición de motivos. En esta Tesis nos centramos, a efectos de una mayor fluidez del hilo argumentativo, en el contrato de suministro de bienes muebles corporales.
20. El contrato de suministro sólo se encuentra tipificado por el Derecho Público (*cf.* art. 16 LCSP). No obstante, existe una dilatada jurisprudencia y doctrina que se ocupa de este contrato cuando tiene lugar entre particulares. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han destacado que se trata de un contrato “afín a la compraventa”, aunque no se lo puede identificar con este contrato (*cf.* por todas, la STS de 30 de noviembre de 1984).
21. La afinidad del contrato de suministro de bienes con el contrato de compraventa obedece a nuestro entender a la identidad de objetos sobre los que recae el contrato (*vid.* Conclusión núm. 12). Puede ser difícil en la práctica distinguir un contrato de suministro en el que el contenido y frecuencia de los sucesivos contratos de aplicación queda fijado en el contrato base de un contrato de compraventa con entrega fraccionada (Garrigues, 1961). Sin embargo, ni siquiera en estos casos una mirada atenta debe confundir uno y otro contrato, por las razones que a continuación explicamos.

22. El programa prestacional del contrato de suministro y del contrato de compraventa es distinto en la medida en que a través del contrato de suministro las partes llevan a cabo un intercambio periódico (o continuado si se tratara de bienes fluidos como agua, energía o gas no envasados) de prestaciones autónomas que forman parte de un conjunto estructurado al que se denomina “contrato de suministro”. Por otro lado, y esto es igualmente importante, que a través del contrato de suministro las partes pactan la imprevisibilidad futura. Esto ofrece una “tercera vía”, una opción flexisegura para responder a necesidades duraderas de las partes que no obstante se prevén indeterminadas en el momento de celebración del contrato. Celebrando un contrato de suministro (pensemos en una cafetería que contrata el suministro de productos alimenticios) las partes no se ven obligadas a elegir entre una opción inflexi-segura (un gran contrato de compraventa con entrega fraccionada en previsión de lo que necesitarán durante un año, dos...) o una opción flexi-insegura (pequeños contratos de compraventa con proveedores disponibles en cada momento). Esto facilita la entrada de actores en el mercado y dinamiza la economía. Todo lo cual nos lleva a afirmar la autonomía plena del contrato de suministro como tipo contractual.
23. El contrato de suministro debe ser entendido y analizado desde el contrato marco como estructura, como modalidad contractual. Si se observa la “anatomía” del contrato marco podrá verse que el funcionamiento y los componentes del contrato de suministro responden a esta estructura. Las partes celebran un contrato “previo”, el contrato base de suministro. En él se recogen las reglas que servirán de base para la celebración de contratos de aplicación de suministro, los pedidos o entregas (salvo pacto en contra recogido en los sucesivos contratos de aplicación o modificación o novación contractual, según la cláusula de que se trate). De esta manera, la circulación de bienes es, asimismo, más ágil ya que el intercambio de consentimientos en los contratos de aplicación está simplificado.
24. Calificar el contrato de suministro como contrato marco implica, a su vez, aceptar que se trata de un contrato de grupo o “contrato-red”, con todo lo que ello implica. Es importante este punto, pues los sucesivos pedidos/entregas que se realizan en el marco de un contrato de suministro no son prestaciones parciales, sino auténticos

contratos. Es decir, con cada pedido tendrá lugar un contrato (de aplicación de suministro), y con su culminación (entrega y pago; es decir, intercambio de cosa por precio) se habrá producido un cumplimiento solutorio de ese contrato. El que se haya producido un cumplimiento solutorio no extingue el vínculo contractual al tratarse, como decimos, de un contrato grupal (es decir, de un grupo estructurado de contratos). Parece lógico, pues los contratos de aplicación son manifestaciones de las necesidades duraderas que las partes han previsto que existirían, aunque no supieran concretar con qué frecuencia y cantidad; y la satisfacción de sucesivas manifestaciones de una necesidad duradera no elimina la necesidad misma. Por tanto, el contrato marco de suministro continuará vigente, y continuará produciendo efectos. Es decir, continúa dando lugar a contratos de aplicación; aunque no sólo eso, pues las partes están obligadas a mantener un trato fluido, disponibilidad, fidelidad en su caso, y otra serie de obligaciones que en su conjunto se relacionan con su obligación de contribuir a la buena marcha de la relación contractual (*cf.* art. 1258 CC).

25. Acudiendo a la terminología alemana, un contrato de suministro en el que se conoce la cantidad y frecuencia exacta de las prestaciones se denomina *Sukzessivlieferungsvertrag*. El contrato de suministro en el que no están concretadas *ab initio* las sucesivas prestaciones que tendrán lugar durante la vigencia del contrato se denomina *Bezugsvertrag* o “suministro a necesidad” (*Lieferung auf Abruf*). El contrato que denominamos “contrato marco de suministro” podría identificarse fundamentalmente con el *Bezugsvertrag*, pero no excluye el *Sukzessivlieferungsvertrag*. La función económica que diferencia el contrato marco del contrato de suministro es la posibilidad de racionalizar de forma flexisegura la previsible imprevisibilidad de las necesidades de las partes a lo largo de la vigencia de una relación contractual duradera de intercambio de bienes. Sin embargo, no puede olvidarse que el contrato de suministro, por determinadas que estén sus prestaciones desde el principio, es un contrato de grupo, y que como tal está compuesto por una serie de contratos singulares o de aplicación. Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre en un contrato de compraventa con entrega fraccionada, durante la vigencia de un contrato de suministro tendrá lugar una “sucesión dosificada” de cumplimientos solutorios en el marco de un contrato

global. En cambio, las entregas que se producen en cumplimiento de un contrato de compraventa son meros contratos parciales.

26. Por último, y como acabamos de apuntar, la flexiseguridad del contrato de suministro entendido como un contrato marco repercute también en la dinámica de cumplimiento del contrato. Esto tiene como consecuencia principal lo que podríamos denominar “atomización o dosificación del cumplimiento solutorio del contrato”. En la medida en que cada contrato de aplicación es un auténtico contrato (y uno una mera prestación parcial) es susceptible de cumplimiento o incumplimiento independiente del resto de contratos de aplicación y del contrato global o contrato marco. Existe, pues, autonomía horizontal (respecto de los demás de su nivel) y vertical (respecto del nivel superior) de los contratos de aplicación.

27. Esta atomización del cumplimiento es un elemento que contribuye a la mayor seguridad jurídica de las partes. En primer lugar, de la misma manera que el cumplimiento de un contrato de aplicación no extingue el vínculo obligatorio (como hemos dicho, la satisfacción de la manifestación de una necesidad no elimina la necesidad misma), el incumplimiento de un contrato de aplicación de suministro (por esencial que sea) no tiene por qué dar lugar necesariamente a la resolución del contrato marco de suministro. De hecho, no dará lugar a la resolución siempre que no se produzca una quiebra de la confianza de las partes en la relación contractual flexisegura, y esta quiebra de la confianza puede venir provocada no sólo por el incumplimiento de uno o varios contratos de aplicación sino por otros muchos motivos como por ejemplo la insolvencia del suministrado o el incumplimiento por cualquiera de las partes de obligaciones de mantenimiento de la relación contractual.

28. Todo ello contribuye a una mejor conservación del negocio jurídico (el contrato de suministro), en la medida en que es posible tratar (incluso vía judicial) un incumplimiento esencial en el contexto del contrato marco de suministro (*ad ex.*, en un suministro de productos perecederos llega una partida en mal estado) sin que repercuta en el propio contrato en su conjunto. La relación contractual permanecerá vigente y desplegando efectos a pesar de que se haya producido un incumplimiento esencial, pues las consecuencias de este incumplimiento esencial quedan

circunscritas al concreto contrato de aplicación en que se haya producido y no afectan al resto (salvo que, como hemos dicho, provoquen una quiebra en la confianza).

29. Un último aspecto merece ser destacado. La cláusula *rebus sic stantibus*, también denominada doctrina de la imprevisión, es de gran utilidad (sobre el papel) en las relaciones contractuales duraderas ya que permite reaccionar frente a situaciones imprevistas. Se resume en la idea de que las partes se comprometieron a cumplir con el contrato siempre que el contexto en el que lo celebraron no cambiara drásticamente (*rebus sic stantibus*). Resultaría, en principio, aplicable al contrato de suministro en tanto que contrato duradero. Sin embargo, a la tradicional reticencia jurisprudencial a la hora de entender aplicable esta cláusula se une el hecho de que, como hemos visto, a través del contrato de suministro las partes pretenden precisamente canalizar contractualmente unas necesidades duraderas que ya prevén como imprevisibles. Si ya son conscientes de que las circunstancias variarán a lo largo de la vigencia del contrato no podrán alegar posteriormente que han variado. Naturalmente, este argumento es rebatible en la teoría argumentando que deberá tratarse de un cambio radical respecto de lo que previeron y reflejaron en el contrato base. En la práctica, como decimos, que las partes hayan previsto ya la futura alteración de circunstancias es un argumento más en manos de la jurisprudencia para no aplicar una cláusula que expresamente ha calificado de peligrosa.

Fuentes

Normativa española

- Código de Comercio. Real Decreto de 22 de agosto de 1885. Texto actualizado con mención de los instrumentos normativos de modificación de cada artículo (en su caso) recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627&tn=2&p=20150721>.
- Código civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Texto actualizado con mención de los instrumentos normativos de modificación de cada artículo (en su caso) recuperado de: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.
- Ley sobre Contrato de Agencia. Ley 12/1992, de 27 de mayo. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-12347>.
- Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril. Texto actualizado con mención de los instrumentos normativos de modificación de cada artículo (en su caso) recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>.
- Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Ley 28/1998, de 13 de julio. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16717>.
- Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Ley 34/2002, de 11 de julio. Texto actualizado con mención de los instrumentos normativos de modificación de cada artículo (en su caso) recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>.
- Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>.
- Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación de 17 de junio de 2013. Recuperado de: http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf.
- Anteproyecto de Ley del Código Mercantil publicado en 30 de mayo de 2014. Recuperado de: http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def.asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%91.

- Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (versión 2018). Madrid: Tecnos. Recuperado de: http://www.derehocivil.net/esp/pdf/obra_completa.pdf.
 - o Se ha seguido también, en cuanto a la definición de contrato marco, Propuesta de los Libros V y VI de julio de 2015. Recuperado de: <http://www.derehocivil.net/esp/pdf/PROPUESTA-DE-LIBROS-QUINTO-Y-SEXTO-DEL-CODIGO-CIVIL.pdf>.

Normativa nacional de otros países

- *Code civil*. Ley de 5 de marzo de 1803. Texto actualizado con mención de los instrumentos normativos de modificación de cada artículo (en su caso) recuperado de: <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>.
- *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* de 1 de enero de 1900. Texto actualizado a 12 de julio de 2018 recuperado de: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>.
- *Codice civile*. Real Decreto de 16 de marzo de 1942. Texto actualizado recuperado de: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.
- Código civil y comercial de la Nación argentina. Decreto 1795/2014 aprobado por la Ley 26.994. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

Normativa europea

- 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. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-81346>.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de octubre de 2011 relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final]. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN>.

- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [COM (2015) 634 final]. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52015PC0634>.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Normativa internacional

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980. Recuperado de: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996. Texto actualizado con el artículo 5 bis aprobado en 1998 recuperado de: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf.

Fuentes doctrinales

- (Grupo) Actualiza (2014). Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo Actualiza. En Anuario de Derecho Civil: núm. 59, fasc. 1, 219-225. Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-10021900225_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Alegaciones_a_la_propuesta_de_Código_Mercantil_hechas_por_el_Grupo_ACTUALIZA.

- Albaladejo García, M. (Dir.) (1980). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo V. Vol. 1*. Madrid: Edersa.
- Albiez Dohrmann, K. J.
 - (2002). Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB. En *Anuario de Derecho Civil*: núm. 55, fasc. 3, 1133-1228.
 - (2009). Comentario a los artículos 1274 a 1277 del Código civil. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 2372-2412.
 - (2009). Comentario al artículo 1304 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 2494-2500.
 - (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*. Madrid: Civitas.
 - (Dir.) (2011). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier.
 - (2013). Comentario a los artículos 1583 a 1603 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VIII (Arts. 1485 a 1759)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - (2013). Los contratos de suministro de materiales. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo I*. Navarra: Aranzadi.
 - (2013). Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación. En *Diario La Ley*: núm. 8172, Sección Doctrina.
 - (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dir.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 57-101.
 - (2017). *El moderno Derecho alemán de obligaciones*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Albiez Dohrmann, K. J.; Castillo Parrilla, J. A. (2017). *Teoría general de obligaciones y contratos. Contratos en particular*. Granada: Avicam.

- Albiez Dohrmann, K. J.; Rodríguez Marín, C. (Dir.) (2014). *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*. Navarra: Aranzadi.
- Alonso Pérez, M. T.; Almagro Martín, C. (2014). El arrendamiento de servicios. En Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.) (2014). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV: Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*. Navarra: Aranzadi.
- Alonso Soto, R. J. (2015). La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de código mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dir.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1163-1175.
- Álvarez Lata, N. *et al.* (2013). Contratos de prestación de servicios y realización de obras. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Tratado de contratos. Tomo III: contratos asociativos, contratos de prestación de servicios y realización de obras, contratos aleatorios, contratos para evitar o dirimir conflictos*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 3319-4221.
- Armbrüster, C. (2016). La transmisión del riesgo según el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE desde el punto de vista del Derecho alemán. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dir.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 157-169.
- Arpio Santacruz, J. (2017). VI. El contrato de compraventa internacional de mercaderías. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 394-478.
- Ataz López, J.
 - o (2013). Artículos 3 y 4. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 115-133.
 - o (2013). Artículos 1502 y 1503. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VIII (Arts. 1485 a 1759)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 10631-10645.

- Avilés García, J. *et al.* (2013). Compraventa. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.) (2013). *Tratado de contratos. Tomo II: contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007-2497.
- Becker, M. (2017). Rights in Data – Industry 4.0 and the IP Rights of the Future. En *Zeitschrift für Geistiges Eigentum – Intellectual Property Journal: 3 Band 9*, 253-265.
- Bercovitz Álvarez, G. (2013). Comentario a los artículos 1271 a 1273 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil*. 4ª Edición. Navarra: Aranzadi, 1729-1732.
- Bercovitz Álvarez, R.
 - o (2017). VIII. El contrato de suministro. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 522-557.
 - o (2017). El contrato de agencia. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 670-719.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.
 - o (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil*. 4ª Edición. Navarra: Aranzadi.
 - o (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo I (Arts. 1 a 151)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - o (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VI (Arts. 1043-1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - o (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VII (Arts. 1265 a 1484)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - o (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VIII (Arts. 1485 a 1759)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - o (Coord.) (2013). *Tratado de contratos. Tomo I: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación*,

- interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (Coord.) (2013). *Tratado de contratos. Tomo II: contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - (Coord.) (2013). *Tratado de contratos. Tomo III: contratos asociativos, contratos de prestación de servicios y realización de obras, contratos aleatorios, contratos para evitar o dirimir conflictos*. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - (2013). Introducción al Derecho de contratos. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Tratado de contratos. Vol. 1: Concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*. 1ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 99-126.
 - (Coord.) (2015). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Aranzadi.
 - (2015). Algunas dudas sobre la regulación de los contratos en el Anteproyecto de Código Mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1239-1246.
 - Bocchini, R.; Gambino, A. M. (Dir.) (2011). *I contratti di somministrazione e di distribuzione*. Milán: Utet.
 - Busto Lago, J. M. (2013). ¿Cabe aplicar “rebus sic stantibus” en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1723-1736.
 - Bustos Valdivia, I. (1999). *La suspensión del pago del precio en la compraventa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Cabanillas Sánchez, A. (1998). Artículos 53 a 60. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 462-492.

- Caffarena Laporta, J.
 - (1998). Artículos 2 y 3. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 59-71.
 - (1998). Artículos 66 a 70. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 514-551.
- Calvo Caravaca, A. L. (1998). Artículos 71 a 73. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 560-579.
- Cámara Lapuente, S.
 - (Dir.) (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex.
 - (2011). Artículo 62. En Cámara Lapuente, S. (Dir.) (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 537-562.
 - (2011). Artículo 87. En Cámara Lapuente, S. (Dir.) (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 870-901.
 - (2014). La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo (working paper). En *Revista CESCO de Derecho de Consumo*: n. 11, 79-167. <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/579>.
 - (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. En *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*: n. 3. Recuperado de: <http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>.
 - (2016). La protección del consumidor en el contrato sobre contenidos digitales. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dirs.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición*

de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán.
Navarra: Aranzadi, 211-269.

- Candelario Macías, M. I. (2015). El contrato de distribución comercial: ¿en el futuro Código mercantil o en una ley especial? En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dir.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1247-1261.
- Cañabate Pozo, R. (2014). Nueva perspectiva de regulación de los contratos de distribución. En *Revista Aranzadi Doctrinal*: núm. 11. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I987bc080aa6611e3badf010000000000&srguid=i0ad6adc500000167026ffa7357e84501&src=witHinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>.
- Capilla Roncero, F. et al. (Dir.) (2018). *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*. (Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*). Navarra: Aranzadi.
- Carbajo Cascón, F. (2017). V. El contrato de distribución selectiva. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 779-839.
- Carrasco Perera, A. F.
 - o (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo I*. Navarra: Aranzadi.
 - o (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi.
- Castaglia, G. (1979). Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problema del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio). En *Rivista di Diritto Civile*: núm. 26, Parte 2, 397-438.
- Castán Tobeñas, J.
 - o (2007). *Derecho civil español, común y foral. Tomo I – Introducción y parte general -*, Vol. 2. 15ª Edición. Madrid: Reus. Revisada y puesta al día por Antonio M. Román García.
 - o (2008). *Derecho civil español, común y foral. Tomo III – Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 17ª Edición. Madrid: Reus. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero.

- Castells, M. (2000). *La sociedad red: una visión global*. Madrid: Alianza Editorial.
- Castilla Barea, M. (2013). Remedios contractuales por falta de conformidad en la compraventa al consumo: desarrollos jurisprudenciales nacionales y europeos. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1565-1576.
- Castillo Parrilla, J. A.
 - o (2016). El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de consumidores. De la Propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre. En *Revista CESCO de Derecho de Consumo*: núm. 17, 45-61.
 - o (2016). El concepto de contenidos digitales en la Directiva 2011/83/UE y la Ley 3/2014. Visión crítica y propuesta alternativa. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dirs.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 351-364.
 - o (2017). El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia para el mercado único digital de Europa y los principios de la contratación electrónica en España: Especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales. En Pérez Gallardo, L. B. (Coord.) (2017). *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*. Madrid: Reus, 101-132.
 - o (2018). A vueltas con el agotamiento del derecho de distribución en los contratos llamados “de suministro de contenidos digitales”. A propósito de la STJUE de 12 de octubre de 2016 (C-166/2015). En Capilla Roncero, F. et al. (Dirs.) (2018). *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*. (Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*). Navarra: Aranzadi, 71-83.
 - o (2018). *Bienes digitales. Una necesidad europea*. Madrid: Dykinson (Monografía ganadora del Accésit del I Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros para trabajos de investigación en ciencias jurídicas, 2018).
 - o (2018). Los contenidos digitales como objeto de tráfico jurídico en la nueva contratación informática. Estado actual y evolución normativa. En

- Madrid Parra, A. (Dir.) (2018). *Derecho mercantil y tecnología*. Navarra: Aranzadi, 505-524.
- Castiñeira Jerez, J. (2017). *El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Cavanillas Múgica, S.
 - o (2008). El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*: núm. 1, 2133-2166. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ifff5fa1001e211dd8e2d010000000000&srguid=i0ad6adc500000167722f7f7744b63551&src=withinResuts&spos=13&epos=13&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>.
 - o (2013). Los riesgos en la compraventa: periculum est emptoris, genus numquam perit y sinalagma contractual. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1687-1698.
 - Clavería Gosálbez, L. H. (1998). *La causa del contrato*. Zaragoza: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
 - Corberá Martínez, J. M. (2017). Contrato de suministro *just in time*. Naturaleza y alcance de la compra de stock de la suministrada para la resolución del contrato. En *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*: núm. 104, parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I414ecdc0676911e79fcb010000000000&srguid=i0ad82d9b000001675746d2996bf2f8a8&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificationMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>.
 - Cruz Rivero, D. (2015). La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución: el Proyecto de Ley de contratos de distribución y la Propuesta de Código Mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1262-1288.
 - De Castro y Bravo, F.

- (2016). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas (reimpresión).
- (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. En *Anuario de Derecho Civil*: Vol. 41, núm. 2, 987-1086. Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1_982_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL&fasc=4.
- De Barrón Arniches, P. (2011). *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*. Madrid: Reus.
- Del Barrio Pérez, A. (2017). V. La compraventa a plazos de bienes muebles. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 343-394.
- Díaz Echegaray, J. L. (2017). IV. El contrato de distribución exclusiva o de concesión. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 719-779.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (2013). Comentario a los artículos 1583 a 1587 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil*. 4ª Edición. Navarra: Aranzadi, 2096-2103.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.
 - (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas.
 - (1998). Artículos 61 a 65. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 492-513.
 - (2003). Reforma de los Códigos y Derecho Europeo. En *Anuario de Derecho Civil*: núm. 56, fasc. 4, 1565-1574.
 - (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. I, Introducción y teoría del contrato*. 6ª Edición. Madrid: Civitas.
 - (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. II, Las relaciones obligatorias*. 6ª Edición. Madrid: Civitas.
 - (2010). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, Vol. IV. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas
- Domínguez García, M. A. (2017). El contrato de franquicia. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 839-915.

- Domínguez Martínez, P. (2013). La compraventa como modelo de los contratos traslativos. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo I*. Navarra: Aranzadi, 51-61.
- Ebers, M. (2002). La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002. En *Anuario de Derecho Civil*: núm. 56, fasc. 4, 1575-1608.
- Erauw, J. (2011). Article 66. En Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, P. (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck, Hart, Nomos, 878-889.
 - o (2011). Article 67. En Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, P. (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck, Hart, Nomos, 890-899.
- Esteban de la Rosa, F. (1998). *Ley aplicable a la joint venture en el Derecho internacional Privado español*. Granada: Universidad de Granada (Tesis Doctoral). Recuperado de: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/14484>.
- Evangelio Llorca, R. (2006). *El encargo de obra intelectual*. Madrid: Dykinson.
- Feliú Rey, J. (2015). De las ventas con precio aplazado en el anteproyecto de ley de Código Mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1350-1372.
- Fenoy Picón, N. (1996). *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.
- Fernández Martínez, J. M. (2012). *Diccionario Jurídico*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi.
- Fernández del Moral Domínguez, L.
 - o (1992). *El contrato de suministro. El incumplimiento*. Madrid: Montecorvo.
 - o Fernández del Moral Domínguez, L. (2011). La somministrazione di cose. En Bocchini, R.; Gambino, A. M. (Dir.) (2011). *I contratti di somministrazione e di distribuzione*. Milán: Utet, 549-617.

- Gabrielli, E. (2006). Il contratto e le sue classificazioni. En Resigno, P.; Gabrielli, E. (Dir.) (2006). *I contratti in generale*. Milán: Utet.
- García Amigo, M. (1969). *Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- García Caracuel, M. (2014). *La alteración sobrevinida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson.
- García Pérez, R.
 - o (2009). Comentario al artículo 1124 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 1968-2004.
 - o (2011). Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho privado europeo. En Albiez Dohrmann, K. J. (Dir.) (2011). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier, 330-368.
- García Rubio, M. P. (2013). Una Propuesta de Código Mercantil sin modelo comparado. En *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*: núm. 1, 109-118. Recuperado de: <http://www.ceej.es/pdf/diciembre13.pdf>.
- García Vicente, J. R. (2013). Comentario al artículo 1284. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VII (Arts. 1265 a 1484)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9185-9186.
- García Viña, J.
 - o (2016). *Cuestiones actuales de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - o (2016). Epígrafe 25. Contenido normativo. En *Cuestiones actuales de la negociación colectiva en España*. (TOL 6.378.698). Valencia: Tirant lo Blanch. Recuperado de: file:///C:/Users/Jose%20Antonio/Downloads/TOL_6378698_es.pdf.
- García-Cruces González, J. A. (2017). III. La compraventa de bienes con consumidores sujeta a los artículos 114 y ss. del Texto Refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 227-273.
- Garrigues y Díaz-Cañabate, J.

- (1946). El consentimiento y el objeto en el contrato de sociedad mercantil. En *Revista de Derecho Mercantil*: núm. 6. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Id808ed70b39c11e29f6d010000000000&srguid=i0ad6adc5000001665dc54e5d139ae4d5&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#>.
- (1960). Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil. En *Revista de Derecho Mercantil*: núm. 78, 257-298. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ie2e5ef80fe4311e28002010000000000&srguid=i0ad82d9b000001675746d2996bf2f8a8&src=withinResuts&spos=5&epos=5&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#contador17>.
- Garro, A. M.; Perales Viscasillas, P. (2008). Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC). En *ADC*: vol. 61, fasc. 3, 1389-1471.
- Garrote Fernández-Díez, I. Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo I*. Navarra: Aranzadi, 753- 763.
- Gatsi, J. (1996). *Le contrat cadre*. París: Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Gete-Alonso Calera, M. C.
 - (1979). *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch.
 - (2008). *Estudios sobre el contrato*. Barcelona: Atelier.
 - (2014). Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica. En *Revista de Derecho civil*: vol. I, núm. 4, 27-65.
- Gorelli Hernández, J. (2013). Crítica a la flexiseguridad. En *Revista Latinoamericana de Derecho Social*: núm. 16, 51-82.
- Grimalt Servera, P. (2013). Compraventa y suministro: tracto sucesivo y régimen resolutorio. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo I*. Navarra: Aranzadi, 129-139.
- Guillén Catalán, R. (2016). La articulación del principio de conservación de actos y negocios jurídicos en la contratación electrónica. En *Revista Aranzadi de*

derecho y nuevas tecnologías: núm. 42, 83-104. Recuperado de:
<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I7bd387c0a62511e6b2c201000000000&srguid=i0ad82d9a000001675b46af34a9779b90&src=wit hinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>.

- Gutiérrez Santiago, P.
 - o (2013). La falta de conformidad en la venta de productos de consumo: su concepto y prueba ante los tribunales. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1483-1496.
 - o (2013). Estándares legales de la falta de conformidad en la compraventa de consumo: experiencias judiciales. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1497-1510.
- Hoffbauer, C. (2010). *Der Rahmenvertrag in der Lieferbeziehung*. Berlín: Logos Verlag.
- Hueck, A. (1923). Normenverträge. En *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 33-118 (cit. por Soro Russell, 2014: 55-78).
- Ibáñez Jiménez, J. W. (2015). Cuenta corriente y acuerdos de compensación multilateral extrabancaria. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1421-1440.
- Illescas Ortiz, R. (2009). *Derecho de la contratación electrónica*. 2ª Edición. Madrid: Civitas.
- Jerez Delgado, C. (Coord. de la versión española) (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38.
- Kant, I. (2008). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 18ª Edición. Edición de Luís Martínez Velencoso. Madrid: Espasa Calpe S. A.

- Kindl, J.; Perales Viscasillas, M. P.; Arroyo Vendrell (Eds.) (2017). *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*. Baden baden: Nomos.
- Koch, R. (2016). La entrega fuera de plazo en la compra de bienes de consumo: el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE y su transposición al BGB. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dirs.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 121-133.
- Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, M. P. (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck, Hart, Nomos.
- Lagar, R. H. (2003). *Contrato de suministro en el Derecho privado argentino*. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina (Tesis Doctoral). Recuperado de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=tesis&d=contrato-de-suministro-en-el-derecho-privado-argentino>.
- Laoulom, S. (2007). El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad. En *Revista relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*: núm. 2, 139-156.
- Larenz, K.
 - (1959). *Derecho de obligaciones*. Vol. 1. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado.
 - (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel.
 - (2002). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Edición de José Luís Monereo Pérez. Granada: Comares.
- Larrosa Amante, M. A. (2017). *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Latorre Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: Tiran lo Blanch.
- Lauroba Lacasa, M. E.

- (2013). El estándar del incumplimiento esencial en la compraventa internacional. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1429-1438.
- (2013). El derecho a subsanar la falta de conformidad. En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1439-1438.
- Leroy, M. (1978). Le contrat-cadre. En *L'entreprise et le droit*: núm. 1, v. 3, 253 (cit. por Gatsi, 1996: 6)
- Limbach, F. (2014). *Der Leistungsabruf im Bezugsvertrag: Zur Rechtsnatur der Inanspruchnahme von Leistungen durch den Kunden unter besonderer Berücksichtigung automatisierter Abrufmechanismen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Llamas Pombo, E. (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley.
- López Frías, A. (1994). *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una posición doctrinal*. Barcelona: Bosch.
- López y López, A. (1998). Artículos 45 a 52. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 405-461.
- López Maza, S.
 - (2015). Artículo 66 *bis*. Entrega de los bienes comprador mediante un contrato de venta. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2015). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Aranzadi, 912-932.
 - (2015). Artículo 66 *ter*. Transmisión del riesgo. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2015). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Aranzadi, 932-942.
- Madrid Parra, A.
 - (2011). Contratos electrónicos y contratos informáticos. En *Revista de la contratación electrónica*: núm. 11, 5-35.
 - Madrid Parra, A. (Dir.) (2018). *Derecho mercantil y tecnología*. Navarra: Aranzadi.

- Marín López, M. J.
 - o (2013). Comentario a los artículos 1156 y 1157 CC. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil. Tomo VI (Arts. 1043-1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8470-8482.
 - o (2015). Comentario al artículo 115 TRLGDCU. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2015). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Aranzadi, 1665-1684.
- Maroño Gargallo, M^a M.; García Vidal, A. (2015). *El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil*. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dir.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1373-1387.
- Martín Pérez, J. A. (2009). Comentario al artículo 1295. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2^a Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 2472-2477.
- Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.; García Murcia, J. (2018). *Derecho del Trabajo*. 27^a Edición. Madrid: Tecnos.
- Martínez Sanz, F. (2018). *Manual de Derecho Mercantil (Manuel Broseta Pont)*. 25^a Edición. Madrid: Tecnos.
- Mendoza Losana, A. I. (2013). En Carrasco Perera, A. F. (Dir.) (2013). *Tratado de la compraventa. Tomo I*. Navarra: Aranzadi, 771-784.
- Minero Alejandre, G. (2013). El traslado del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías.
- Miquel González, J. M. (1998). Artículos 41 a 44. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 355-414.
- Mistelis, L.; Raymond, A. (2011). Article 3. En Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, P. (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck, Hart, Nomos, 53-61.
- Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N.; Vila Tierno, F. (2018). *Manual de Derecho del Trabajo*. 16^a Edición. Granada: Comares.

- Morales Moreno, A. M.
 - o (1998). Artículos 35 a 40. En Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.) (1998). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 286-355.
 - o (2003). Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa. En *Anuario de Derecho Civil*: núm.56, fasc. 4, 1609-1652.
 - o (2006). *La modernización del Derecho de obligaciones*. Madrid: Civitas.
- Moreno González-Aller, I. (2013). Inaplicación de las condiciones pactadas en convenio colectivo a la luz de la reforma laboral de 2012. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*: núm. 9. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ie2fdd5a0466a11e28f59010000000000&srguid=i0ad6adc600000166d579e1712ad81a00&src=witHinResuts&spos=6&epos=6&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>.
- Moreno-Torres Herrera, M. L.; Álvarez Lata, N. (2009). Comentario al artículo 1170 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 3197-3229.
- Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dir.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>.
- Mossa, L. (1915). *Il contratto di somministrazione*. Roma: Athenaeum.
- Navarro Fernández, J. A.; Alonso Pérez, M. T. (2009). Comentario a los artículos 1583 a 1587. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 3197-3229.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. 11ª Edición. Barcelona: Ariel.
- Oetker, H. (1994). *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung: Bestandsaufnahme un kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Oliva Blázquez, F. (2014). El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos. En *Revista de Derecho civil*: núm. 3, vol. 1, 37-66. Recuperado de: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/77/52>.

- Ordóñez Solís, D. (2002). La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo. En *Boletín del Ministerio de Justicia*: núm. 1921, 2329-2354.
- Ortí Vallejo, A. (2016). El riesgo en la compraventa tras la Directiva 2011/83/UE. El riesgo desde la perspectiva del incumplimiento del contrato. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dirs.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 135-155.
- Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dirs.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi.
- Palazón Garrido, M. L.
 - o (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*. Navarra: Aranzadi.
 - o (2016). El retraso en la entrega y el remedio resolutorio en los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dirs.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 339-349.
- Pantaleón Prieto, A. F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. En *Anuario de Derecho Civil*: núm. 46, fasc. 4, 1719-1746.
- Pasquau Liaño, M.
 - o (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares.
 - o (2009). Comentario al artículo 4 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 46-55.
 - o (2009). Comentario al artículo 1258 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 2286-2296.
- Pérez Gallardo, L. B. (Coord.) (2017). *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*. Madrid: Reus.

- Pérez Pereira, M. (2015). Contratos de distribución: entre teoría y realidad. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1651-1666.
- Pérez-Serrabona González, F. J. (2015). Franquicia y contratos de distribución en el Anteproyecto de Código Mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1667-1686.
- Plana Paluzie, A. (2013). El contrato de distribución en la propuesta de Código Mercantil. En *Revista Aranzadi Doctrinal*: núm. 8. Recuperado de: [http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I99685410532a11e3964d010000000000&srguid=i0ad6adc500000167026ffa7357e84501&src=withinResuts&spos=3&epos=3&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I99685410532a11e3964d01000000000&srguid=i0ad6adc500000167026ffa7357e84501&src=withinResuts&spos=3&epos=3&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=).
- Poquet Catalá, R. (2012). La actual configuración del descuelgue tras la reforma de 2012. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*: núm. 7. Recuperado de: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ic663f6e00c3b11e28d0a010000000000&srguid=i0ad6adc600000166d5ac1725011e3789&src=withinResuts&spos=7&epos=7&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>.
- Puente Muñoz, T. (1967). El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro. En *Revista de Derecho Mercantil*: núm. 103, 75-132.
- Quintáns-Eiras, M. R. (2015). El contrato de comisión en el Anteproyecto del Código Mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dirs.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1783-1800.
- Ragel Sánchez, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson.

- Raymond, A.
 - (2011). Article 68. En Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, P. (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck, Hart, Nomos, 900-904.
 - (2011). Article 69. En Kröll, S.; Mistelis, L.; Perales Viscasillas, P. (2011). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Múnich: C. H. Beck, Hart, Nomos, 905-908.
- Resigno, P.; Gabrielli, E. (Dir.) (2006). *I contratti in generale*. Milán: Utet.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T.
 - (2015). La regulación del crowdfunding en España: apuntes sobre el regimen jurídico de las plataformas de financiación participativas en la Ley española de foment de la financiación empresarial. *Revista crítica de Derecho privado*: núm. 12, 811-842.
 - (2016). Régimen jurídico del crowdfunding en el ordenamiento español: claves de la regulación. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*: núm. 279, 223-239.
- Rodríguez Marín, C.
 - (2009). Comentario al artículo 1284 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 2446-2448.
 - (2011). Las nuevas reglas del cumplimiento en la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos. En Albiez Dohrmann, K. J. (Dir.) (2011). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier, 299-329.
- Rodríguez Morata, F. (2013). Comentario a los artículos 1445 a 1456 CC. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.) (2013). *Comentarios al Código civil*. 4ª Edición. Navarra: Aranzadi, 1927-1955.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2007). Flexiseguridad: seguridad laboral y modernización de la protección social. En *Revista relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*: núm. 2, 113-137.
- Rueda Martínez, J. A. (2015). La transmisión de la propiedad y de los riesgos en el contrato de obra por empresa: Derecho vigente y anteproyecto de código mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio

- (Dir.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1821-1835.
- San Julián Puig, V. (1996). *El objeto del contrato*. Navarra: Aranzadi.
 - Sánchez González, M. P.; Benavente Moreda, P. (2009). Comentario al artículo 1452 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 2948-2950.
 - Sánchez González, M. P.; Mondéjar Peña, M. I. (2009). Comentario a los artículos 1502 y 1503 CC. En Pasquau Liaño, M. (Dir.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada*. 2ª Edición (3 Tomos). Granada: Comares, 3046-3051.
 - Sánchez Lería, R. (2011). *El contrato de hospedaje de página web*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dir.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 171-209.
 - Santos Briz, J. (1980). Comentario al artículo 333 del Código civil. En Albaladejo García, M. (Dir.) (1980). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Tomo V. Vol. 1*. Madrid: Edersa, 1-8.
 - Sayag, A. (1994). *Le contrat-cadre, 1 – Exploration comparative*. París: Litec.
 - Schneider, A. (2016). *Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis*. Tübingen: Mohr Siebeck.
 - Schulze, R.; Arroyo Vendrell, T. (2017). Contratos estandarizados – entre la autonomía de la voluntad y el control jurídico – Introducción. En Kindl, J.; Perales Viscasillas, M. P.; Arroyo Vendrell (Eds.) (2017). *Standardisierte Verträge – zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*. Baden baden: Nomos, 27-38.

- Schwenzer, I.; Muñoz, E.
 - o (Dir.) (2011). *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Tomo I*. Navarra: Aranzadi.
 - o (Dir.) (2011). *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Tomo II*. Navarra: Aranzadi.
- Seevogel, J. C. (2016). El contrato de suministro de contenidos digitales en Alemania: particularidades de régimen jurídico. En Ortí Vallejo, A.; Jiménez Horwitz, M. (Dir.) (2016). *Estudios sobre el contrato de compraventa: análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán*. Navarra: Aranzadi, 271-281.
- Smidt-Kessel, M.; Hager, G. (2011). Artículos 66-70. En Schwenzer, I.; Muñoz, E. (Dir.) (2011). *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 1561-1596.
- Soro Russell, O. (2014). *Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*. Madrid: Reus.
- Sosa Wagner, F. (2003). *El contrato público de suministro*. Madrid: Civitas.
- Tangian, A. (2008). Flexiseguridad europea: conceptos (definiciones operativas), metodología (instrumentos de seguimiento) y políticas (implantaciones consistentes). En *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*: núm. 16, 99-153.
- Teyssie, B. (1975). *Les groupes de contrats*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Tobío Rivas, A. M. (2015). El contrato de comisión en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. En Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. P.; Porfirio Carpio (Dir.) (2015). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Madrid: Universidad Carlos III. Recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21115>, 1885-1908.
- Torrelles Torrea, E. (2011). Título V del Libro II. Garantías y servicios posventa (arts. 114 a 127). En Cámara Lapuente, S. (Dir.) (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y*

- otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 1053-1152.
- Torres Lana, J. A. (1982). *Contrato y derecho de opción*. Madrid: Trivium.
 - Valdés Dal-ré, F.; Lahera Forteza, J. L. (2010). *La flexiseguridad laboral en España*. Madrid: Fundación Alternativas.
 - Vaquer Aloy, A. (2013). El soft law europeo en la jurisprudencia española: doce casos. En *Ars Iuris salmacensis. Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*: núm. 1, vol. 1, 93-115.
 - Vargas Llosa, M. (1997). *Cartas a un joven novelista*. Barcelona: Círculo de Lectores.
 - Veiga Copo, A. (2014). Segundo - El contrato de suministro. En Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.) (2014). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo I: Contratos con finalidad traslativa del dominio (I)*. Navarra: Aranzadi.
 - Vérguez Sánchez, M. (2017). I. Compraventa mercantil y contrato de permuta. En Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (Coord.) (2017). *Contratos Mercantiles. Tomo I*. 6ª Edición. Navarra: Aranzadi, 150-171.
 - Villanueva Lupión, C. (2009). *El servicio como objeto de tráfico jurídico*. Madrid: La Ley.
 - o Villanueva Lupión, C. (2014). La protección del comitente en los textos normativos del Derecho europeo: proyección en el Derecho español. En Albiez Dohrmann, K. J.; Rodríguez Marín, C. (Dirs.) (2014). *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*. Navarra: Aranzadi.
 - Vives Montero, M. L. (2002). Traducción de la Reforma 2002 del BGB. Revisada por Albiez Dohrmann, K. J. En *Anuario de Derecho Civil*: núm. 55, fasc. 3, 1229-1310.
 - Von Bar, C.; Clive, E.; Schulte-Nölke, H. (Eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*. Dissen (Alemania): Sellier. European law publishers.
- Recuperado de:
https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

- Von Scheven, M. (1984). *Der Sukzessivlieferungsvertrag. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht un zum UN-Kaufrecht*. Fráncfort del Meno: Peter Lang.
- Von Tuhr, A. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y concordancias por W. Roces. Edición de Monereo Pérez, J. L. Granada: Comares.
- Westermann, P. (2012). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Múnich: Verlag C. H. Beck.
- Yzquierdo Tolsada, M.
 - o (Dir.) (2014). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo I: Contratos con finalidad traslativa del dominio (I)*. Navarra: Aranzadi.
 - o (Dir.) (2014). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo IV: Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*. Navarra: Aranzadi.
- Zimmermann, R. (2005). *The new german law of obligations. Historical and Comparative Perspectives*. Nueva York: Oxford University Press.
- Zoll, F. (2017). Personal Data as Remuneration in the Proposal for a Directive on Supply of Digital Content. En Schulze, R.; Staudenmayer, D.; Lohsse, S. (eds.) (2017). *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II*. Baden-Baden: Nomos, 179-188.

Informes y documentos institucionales

- AEGETT (2009). *Flexiseguridad laboral en España. Seguridad con flexibilidad para un mercado de trabajo más competitivo, moderno y eficiente*. Madrid: CEPREDE.
- Comisión de las Comunidades Europeas (2006). *Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. COM (2006), 708 final.
- Comisión de las Comunidades Europeas (2007). *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*. COM (2007) 359 final.

- Comisión Europea (2014). *Working paper: Digital Economy – Facts & Figures*. Bruselas, 4.3.2014. TAXUD D1/JT. Recuperado de: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/2014-03-13_fact_figures.pdf.
- Consejo de Estado (2015). *Dictamen 837/2014, sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*. Recuperado de: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>.
- Ministerio de Justicia (2014). *Memoria del impacto normativo del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Recuperado de: http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%92.

Jurisprudencia

- SAP de Guipúzcoa de 15 de septiembre de 2004 (JUR 308994)
- SAP de Guipúzcoa de 16 de febrero de 2007 (JUR 132810)
- SAP de Madrid de 12 de abril de 2000 (AC 2000/2139)
- SAP de Madrid de 2 de junio de 2009 (AC 1296)
- SAP de Madrid de 21 de diciembre de 2011 (TOL 2398691)
- SAP de Madrid de 12 de junio de 2012 (TOL 2612145)
- SAP de Murcia de 27 de noviembre de 2014 (JUR 51115)
- SAP de Palencia de 15 de noviembre de 1999 (AC 2469)
- STC 119/2014, de 16 de julio. BOE núm. 198, de 15 de agosto, 1-71. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-8748>.
- STC 8/2015, de 22 de enero. BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015, 98-163. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-1896>.
- STC de 1 de julio de 1986 (RTC 88)
- STC de 14 de julio de 1988 (RTC 148)
- STS de 9 de junio de 1949 (RA 729)
- STS de 9 de mayo de 1957 (RA 2503)
- STS de 28 de abril de 1961 (RA 1845)
- STS de 2 de marzo de 1965 (RA 1238)
- STS de 9 de abril de 1973 (RA 1730)

- STS de 12 de junio de 1975 (RA 2446)
- STS de 3 de mayo de 1978 (RA 1638)
- STS de 2 de enero de 1980 (RA 17)
- STS de 2 de enero de 1980 (RA 77)
- STS de 19 de mayo de 1982 (RA 2581)
- STS de 19 de febrero de 1983 (RA 1044)
- STS de 30 de noviembre de 1984 (RA 5695)
- STS de 14 de marzo de 1986 (RA 1252)
- STS de 8 de julio de 1988 (RA 5589)
- STS de 3 de febrero de 1989 (RA 661)
- STS de 13 de junio de 1989 (RA 4627)
- STS de 20 de diciembre de 1989 (RA 8848)
- STS de 30 de octubre de 1992 (RA 8184)
- STS de 30 de noviembre de 1992 (TOL 178630)
- STS de 10 de mayo de 1996 (RA 3871)
- STS de 2 de diciembre de 1996 (RA 9042)
- STS de 4 de marzo de 1997 (RA 1642)
- STS de 30 de abril de 1998 (RA 3456)
- STS de 12 de junio de 1999 (RA 4292)
- STS de 17 de noviembre de 2000 (RA 9343)
- STS de 21 de noviembre de 2000 (RA 9312)
- STS de 7 de febrero de 2002 (RA 2237)
- STS de 23 de mayo de 2002 (RA 7158)
- STS de 18 de julio de 2002 (RA 6262)
- STS de 11 de diciembre de 2002 (RA 10737)
- STS de 3 abril de 2003 (RA 3002)
- STS de 31 de mayo de 2003 (RA 3918)
- STS de 23 de enero de 2004 (RA 1)
- STS de 19 de enero de 2005 (R 518)
- STS de 26 de mayo de 2005 (RA 6302)
- STS de 17 de octubre de 2005 (RA 7226)
- STS de 25 de octubre de 2005 (RA 8259)
- STS de 28 de octubre de 2005 (RA 809)

- STS de 21 de noviembre de 2005 (RA 7677)
- STS de 20 de diciembre de 2005 (RA 2006/291)
- STS de 21 de abril de 2006 (RA 5125)
- STS de 27 de septiembre de 2006 (RA 8631)
- STS de 15 de noviembre de 2006 (RA 8056)
- STS de 30 de enero de 2007 (RA 1785)
- STS de 16 de marzo de 2007 (RA 1854)
- STS de 20 de diciembre de 2007 (RA 2008/472)
- STS de 13 de mayo de 2008 (RA 3062)
- STS de 9 de marzo de 2009 (RA 1129)
- STS de 17 de febrero de 2010 (RA 35)
- STS de 30 de noviembre de 2010 (TOL 2034054)
- STS de 7 de junio de 2011 (RA 4398)
- STS de 31 de julio de 2015 (RA 4830)
- STS de 18 de marzo de 2016 (RA 853)
- STS de 5 de octubre de 2016 (Roj 4271)
- STS de 16 de noviembre de 2016 (Roj. 5103)

Enlaces a páginas web

- Anuario de Derecho Civil:
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL
- Boletín oficial del Estado: <https://www.boe.es/>.
- Círculo de lectores: <https://www.circulo.es/condiciones-circulo>.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:
<http://dle.rae.es/?w=diccionario>