

en cumplimiento de la (única) obligación fundamental la cual ya incluye en sí el deber de la repetición" (193).

Respecto a la obligación, entendida como deber jurídico y responsabilidad, nada impide que pueda consistir en deber un comportamiento (sin que ello suponga solo hablar de obligación de hacer) durante un período de tiempo, admitiéndose interrupciones en este comportamiento en función de la intermitencia con que aparezcan las manifestaciones de la necesidad duradera que se intenta satisfacer. Deber que no será exigible sino hasta el momento que se haya pactado por las partes. Mientras no llegue ese momento, estaremos ante una situación de pendencia, comparable a la que existe en un contrato de cumplimiento instantáneo, en el que se ha pactado un término de ejecución, que todavía no ha vencido.

Como hemos observado ya, el tiempo afecta a la causa del contrato y, por tanto, también a los efectos que se derivan de este contrato, es decir, a las obligaciones. Las partes contratantes no se obligan muchas veces, sino que se obligan continuamente, aunque los términos de exigibilidad se fijen en diversos momentos sucesivos. Expresándonos de una forma más gráfica, aunque menos precisa, podemos observar que no se debe una pluralidad de cosas, por ejemplo, sino que se deben

193) OPPO, G., I contratti di durata...loc. cit., 1944, I, pp. 41-42.

cosas continuamente.

Además, se han señalado por la doctrina otros argumentos que vienen a confirmar esta posición de unidad obligacional. OPPO (194) ha puesto de manifiesto cómo en el caso de que admitiéramos una pluralidad de obligaciones en el suministro, no podrían considerarse nacidas del único contrato inicial, ya que el número de prestaciones puede ser indeterminado al inicio, y no tiene sentido concebir un contrato que da nacimiento a un número indeterminado de obligaciones.

Otros autores han considerado que, si bien, este argumento, quizás, peca de conceptualista (195), puede tenerse en cuenta, aunque no concediéndole un valor decisivo.

SANGIORGI (196) observa que otro argumento en favor de la unidad obligacional nos lo ofrecen los contratos de suministro celebrados sin determinación del término final, en los cuales se admite la figura del desestimiento unilateral. Si a cada prestación le corresponde una obligación, la

194) OPPO, G., I contratti di durata...loc. cit., 1944, I, p. 42.

A este autor se le ha sumado en España DE MARINO BORREGO, R. M., El suministro...cit., pp. 34 y ss; Idem, Análisis...loc. cit., p. 65.

195) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 55; SANGIORGI, S., op. cit., p. 28.

196) op. cit., pp. 28 y ss.

eficacia de ésta vendría subordinada a una condición (suspensiva), que dependería de la discrecionalidad del deudor, lo cual está prohibido por el ordenamiento jurídico civil (197).

Nos encontramos con una obligación jurídica que tiene por objeto una prestación, que se deberá realizar continuamente o repetidamente, lo cual dará lugar a una pluralidad de prestaciones, una cadena ininterrumpida o una repetición de prestaciones. Unidad y pluralidad, que se corresponden con los intereses de las partes contratantes, pues estamos en presencia de una necesidad que dura, para cuya satisfacción se celebra un contrato, que les asegure la satisfacción de la necesidad duradera, mientras y en la medida que se vaya manifestando. Puede ocurrir que, el número de veces que se repetirá la manifestación o el contenido de ésta, no se pueda prever en el momento de celebración del contrato, lo que dará lugar a que sea determinable si se ha previsto algún criterio que excluya el absoluto arbitrio de alguna de las partes. Entre estos criterios destaca, por su

197) LENER, (op. cit., p. 143) considera que esta argumentación, ofrecida por SANGIORGI, es errónea, en todos sus puntos, desde la configuración del desistimiento como condición suspensiva a la arbitraria identificación entre "discrecionalidad" del que desiste... y la "mera voluntad del deudor". Para LENER, esta explicación, representa una argumentación artificiosa, pues también la supuesta obligación única puede ser extinguida por un desistimiento que sea ejercitado antes del vencimiento de la primera prestación.

frecuencia en la práctica contractual del suministro, el dejar la determinación a las necesidades del que deba ser suministrado, convirtiéndose así la actividad económica de la otra parte contratante en uno de los criterios más importantes de determinación del objeto del suministro.

Lógicamente, este contrato vinculará mientras esta necesidad vaya exteriorizándose, y obligará a la parte a satisfacerla continuamente, hasta que se extinga totalmente. Esta necesidad que dura tendrá manifestaciones concretas que será necesario cubrir. Cada manifestación requerirá una prestación, de ahí que exista una pluralidad de prestaciones.

Como hemos visto, cada manifestación de la necesidad duradera encontrará satisfacción por la prestación que como respuesta a ella se realiza, sin necesidad de ser completada por ninguna de las prestaciones siguientes. Cada manifestación se extingue con la concreta prestación que le corresponde. El producir efectos solutorios por sí misma, le concede a la prestación cierta autonomía, ya que no requiere ser completada para formar un todo que produzca efectos extintivos (198).

Las prestaciones tienen su autonomía, no porque respondan a obligaciones distintas, sino porque vienen a dar

198) vid. epígrafe II del Capítulo I.

respuesta a concretas manifestaciones de una necesidad que se prolonga en el tiempo, dotadas de cierta independencia y, además, cada prestación tiene efectos extintivos respecto de la manifestación concreta del deber jurídico de satisfacer cada aparición de la necesidad.

Por ejemplo, en un contrato por el que se obliga una parte a entregar cada mes una determinada cantidad de materias primas, si se cumple la prestación en el mes de enero, la manifestación que en este período se ha exteriorizado ha quedado cubierta, satisfecha, se ha extinguido. La realización de dicha prestación ha producido efectos "solutorios". Si en febrero no se cumple lo debido, ello no impide que en enero haya habido satisfacción, como tampoco impide que en marzo, si se realiza la prestación exigida, pueda haber de nuevo satisfacción y eficacia extintiva. Y todo ello es posible debido a la relativa autonomía que tiene cada manifestación de la necesidad duradera (199). Y, es, precisamente, dicha autonomía la que permite que las distintas prestaciones puedan quedar sometidas a regímenes jurídicos diferentes (unas pueden haberse extinguido, otras no han sido cumplidas, otras lo han sido, pero defectuosamente...).

Es decir, nos encontramos ante un solo contrato, una

199) Vid. epígrafe II del Capítulo I.

sola obligación que dura en el tiempo y que tiene por objeto una pluralidad de prestaciones, que no son partes de un todo y que tienen cierta autonomía, y a la vez cierta correlación, pues son todas ellas realizadas por un mismo deber jurídico y para satisfacer una misma necesidad, que se prolonga en el tiempo.

Lo que caracteriza a la obligación duradera, y hace que se diferencie de la instantánea, es la duración en el cumplimiento y será esto lo que nos explique el resto de las características de este tipo de contratos, en especial la pluralidad de prestaciones autónomas.

Consideramos que pierde sentido, también, la exacerbación de la distinción entre el esquema de una obligación, o de varias incluidas dentro de una misma relación jurídica duradera, ya que de una u otra forma se llegará a las mismas consecuencias prácticas y normativas. Pero estimamos más coherente con la realidad y con lo querido por las partes, el esquema que mantenemos.

¿Por qué un suministro de electricidad, que es un contrato de ejecución continua, va a tener una sola obligación respecto del suministrante y, sin embargo, el suministro periódico de materias primas, en el que la entrega será cuando y por la cantidad que necesite el suministrado,

está compuesto de una pluralidad? ¿Es que el hecho de que una obligación se prevea con interrupciones, ya hace que se deba hablar de pluralidad, en puridad de conceptos? ¿Depende la determinación del número de obligaciones de la necesidad de que el que debe ser suministrado formule una petición? En este caso, hay que tener en cuenta que, también, en el suministro de electricidad es necesario pedir (es decir, conectar el interruptor) cada vez que deseemos prestaciones y por la cantidad que queramos.

Por el contrario, si se considera que en el suministro continuo también hay una pluralidad de obligaciones, ¿en qué nos fundamos para separar unas de otras si no es en un uso convencional, sólo establecido a efectos de regular la contraprestación?

No debe exagerarse la diferenciación, ya que, los efectos que se buscan con el esquema plural, se obtienen con el defendido por nosotros. Las dificultades de su aceptación, en última instancia, vienen porque todavía la Teoría General de las obligaciones está pensada, construida, tomando como pilar básico la obligación de cumplimiento instantáneo, de ahí que, de modo casi inmediato, se trate de conducir cada figura a esta categoría.

Por último, destaca, en la línea que hemos mantenido, la

Exposición de motivos del Código peruano de 1984, que expresamente señala entre lo que denomina caracteres propios del suministro: la unidad contractual y obligacional.

II.4.-Diferenciación con la compraventa con entrega fraccionada.

Quedarían difuminados los contornos del concepto de la obligación duradera si no la examinamos separándola de figuras con las que, aparentemente, mantiene una estrecha aproximación. En concreto, la figura ante la que pueden presentarse problemas de diferenciación, fundamentalmente, es la obligación que nace en un contrato en el que se pacta que la entrega del objeto se haga por partes y en distintos y sucesivos momentos. La hipótesis más característica y próxima al suministro es la compraventa con entrega fraccionada. Es decir, un contrato en el que la realización de la prestación no se hace en un momento único, sino que se divide en distintas fracciones y se realiza la entrega de cada parte en diversos momentos.

Nos encontramos ante una diferenciación de contornos poco nítidos, especialmente, como veremos, en la práctica. Antes del "Codice civile" de 1942, donde se regula por primera vez en un Código el suministro, en la literatura

jurídica se habla, en muchas ocasiones, de ventas sucesivas, refiriéndose de forma generalizada a ambas categorías y uniéndolos en su concepción y tratamiento jurídico (200).

200) En este sentido, se pueden observar numerosos autores que encuadran bajo la denominación de venta con entrega fraccionada un conjunto heterogéneo de supuestos, entre los que incluyen el suministro, y atribuyen a todo el grupo un tratamiento jurídico propio solamente de este último contrato. Podemos destacar, en esta línea: ALCALAY, M., Le contrat de vente par livraisons successives, Annemasse 1924. En este autor se puede constatar una cierta confusión en cuanto que, considera el escalonamiento de las prestaciones, en la venta con ejecución sucesiva, como una modalidad de ejecución. Sin embargo, al señalar los tipos de ventas sucesivas y citar algunos ejemplos, claramente incluye la figura del suministro (pp. 5-14). A pesar de ello, separa de la ejecución sucesiva, la ejecución continua y la acumulación de prestaciones (pp. 14-15), categorías en las que se encuadra el suministro según la definición que de ellas hace. Posteriormente, califica el suministro de electricidad, sin embargo, como un contrato de venta con entregas sucesivas (pp. 19-23). Además, cuando señala el régimen aplicable a este contrato, hace una mezcla del tratamiento jurídico de obligaciones instantáneas y de tracto sucesivo (pp. 24 y ss.). BRUGI, B., Risoluzione legale di una vendita di merci da consegnare a più riprese, en Riv. dir. comm., 1905, II, p. 288; GASTAÑAGA E IBARRA, J. M., op. cit., p. 65 (usa una terminología un tanto equívoca al hablar, en el suministro, de fracciones, de partes); GORLA, G., La compravendita...cit., pp. 31 y ss. (identifica suministro de duración indeterminada y venta con entrega fraccionada, en la cual reconoce autonomía a las prestaciones); LUZZATTO, R., La compravendita cit., p. 317; MARGHERI, A., Manuale...cit., pp. 300-301 (aunque sólo se refiere expresamente a la venta con entrega fraccionada, le aplica el régimen que se deriva de un contrato duradero); NOVOA, E., loc. cit., p. 613 (utiliza una terminología equívoca pues, por ejemplo, observa, como uno de los caracteres del suministro, "el fraccionarse la obligación total de la prestación" y, además, añade que, en el suministro, "el objeto del contrato se descompone en partes". y se refiere a la realización de cada prestación como "cumplimiento parcial"); PIPIA, U., op. cit., p. 479; RAMELLA, A., La vendita...cit., pp. 232 y ss.; TARTUFARI, L., op. cit., p. 378-379 (este autor habla indistintamente de la venta con entrega fraccionada y del suministro).

Después de 1942, se comienza a profundizar con más detenimiento en la delimitación de ambos conceptos, al regular, como hemos señalado, el "Codice civile" el contrato de suministro como tipo legal diferente de la venta, de la que, por tanto, hay que separarlo y diferenciarlo; y de forma especial de la compraventa con entrega fraccionada que, como modalidad de este contrato, permanece dentro del tipo legal de la compraventa. En esta misma línea, posteriormente, se ha manifestado el Código civil peruano de 1984.

Se han ofrecido por la doctrina, fundamentalmente italiana, numerosos criterios de distinción. Entre ellos podemos destacar, por la reiteración con la que han sido aducidos por los autores y la jurisprudencia, los siguientes:

a) En la venta con la entrega repartida en porciones, el fraccionamiento de la prestación se realiza en la ejecución, mientras que en el contrato de suministro con prestaciones periódicas dicho fraccionamiento se realiza en la formación del contrato (201).

201) DEL ARCO TORRES, M. A., y PONS GONZALEZ, M., voz: Contrato de suministro, en Diccionario del Derecho civil, T. I, (A-G), 1984, p. 343; LANGLE Y RUBIO, E., Manual de Derecho mercantil español, T. III, Barcelona 1959, p. 203; Idem, El contrato...cit., p. 195; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARTINI, A., Vendita a consegna ripartite...loc. cit., p. 665; Idem, Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano 1950, p. 266; MESSINEO, F., Manual...cit., p. 150; NASUTI, G., op. cit., p. 109; TAMBURRINO, G., op. cit., p. 399; VALERI, G., op. cit., p. 179.

Después de 1942, se comienza a profundizar con más detenimiento en la delimitación de ambos conceptos, al regular, como hemos señalado, el "Codice civile" el contrato de suministro como tipo legal diferente de la venta, de la que, por tanto, hay que separarlo y diferenciarlo; y de forma especial de la compraventa con entrega fraccionada que, como modalidad de este contrato, permanece dentro del tipo legal de la compraventa. En esta misma línea, posteriormente, se ha manifestado el Código civil peruano de 1984.

Se han ofrecido por la doctrina, fundamentalmente italiana, numerosos criterios de distinción. Entre ellos podemos destacar, por la reiteración con la que han sido aducidos por los autores y la jurisprudencia, los siguientes:

a) En la venta con la entrega repartida en porciones, el fraccionamiento de la prestación se realiza en la ejecución, mientras que en el contrato de suministro con prestaciones periódicas dicho fraccionamiento se realiza en la formación del contrato (201).

201) DEL ARCO TORRES, M. A., y PONS GONZALEZ, M., voz: Contrato de suministro, en Diccionario del Derecho civil, T. I, (A-G), 1984, p. 343; LANGLE Y RUBIO, E., Manual de Derecho mercantil español, T. III, Barcelona 1959, p. 203; Idem, El contrato...cit., p. 195; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARTINI, A., Vendita a consegna ripartite...loc. cit., p. 665; Idem, Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano 1950, p. 266; MESSINEO, F., Manual...cit., p. 150; NASUTI, G., op. cit., p. 109; TAMBURRINO, G., op. cit., p. 399; VALERI, G., op. cit., p. 179.

b) En la venta con entrega fraccionada existe una prestación dividida en partes y, en el suministro, una pluralidad de prestaciones que no son, sin embargo, partes de un todo. Además, en la venta con la entrega fraccionada las partes contratantes habrían contratado también sin pluralidad de prestaciones, mientras que, en el contrato de suministro periódico, las partes, sin aquella pluralidad no habrían realizado el contrato (202).

Entre la jurisprudencia italiana podemos destacar: Cass., 30-III-1951, n. 713, en Mass. Foro it. 1951, c. 171; Cass., 24-I-1959, n. 202, en Giust. civ. Mass. 1959, p. 74; Cass. 2-II-1980, n. 742, en Rep. Foro it. 1980, voz: Somministrazione, n. 2; Corte d'appello di Milano, 5-V-1981, en Arch. civ. 1981, p. 443.

202) BELMONTE, G., y otros, op. cit., p. 73; CASSANO, O., La somministrazione...cit., p. 409; CALLEGARI, D., op. cit., p. 610; CASATI, E., y RUSSO, G., op. cit., p. 549; CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 48; COTTINO, G., Diritto...cit., p. 394; Idem, Del contratto...cit., p. 101; DALMARTELLO, A., I contratti...cit., pp. 470-471; DUSI, B., Istituzioni di Diritto civile, vol. II, Torino 1943, p. 92; ETTORE, C., y RUSSO, G., op. cit., p. 549; FERRI, G., Manuale...cit., p. 747; Idem, Vendita...loc. cit., p. 463; FRANCESCHELLI, R., op. cit., p. 428; GAETANO, G. P., Dal vecchio...cit., p. 222; GIANNATTASIO, C., La permuta...cit., p. 197; GARRIGUES, J., Tratado...cit., p. 417; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, op. cit., T. II, vol. III, p. 89; LANGLE Y RUBIO, E., Manual...cit., p. 203; Idem, El contrato de compraventa...cit., p. 195; MAIORCA, S., op. cit., vol. II, Torino 1983, p. 106; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., pp. 665-669; Idem, Profili...cit., pp. 266, 271-272; Idem, voz: Obbligazione...cit., p. 657; MESSINEO, F., Manual...cit., p. 150; MICHELON, G., op. cit., p. 6; MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 3; PAGANO, F., Sulla risoluzione della compravendita a consegne ripartite, en Dir. e Giur. 1957, p. 401; PAVARIN, G., op. cit., p. 653; PUENTE MUÑOZ, T., El pacto...loc. cit., p. 99; Idem, El contrato...cit., p. 60; RAVA, T., loc. cit., c. 387;

c) En la venta con la entrega fraccionada se tiene una serie de prestaciones distribuidas en el tiempo por voluntad de las partes, de tal manera que se podría pactar la entrega de las cosas en un único momento, sin alterar la naturaleza del contrato, mientras que, en el de suministro periódico, se tiene una serie de prestaciones distribuidas en el tiempo por la propia naturaleza del contrato. De ahí, que se haya señalado en numerosas ocasiones, que en la venta con entrega fraccionada el tiempo actúa como modalidad de ejecución del contrato, sin afectar a su esencia y, sin embargo, en el suministro, no sólo es una forma de ejecución, sino que incide sobre la propia naturaleza, esencia del contrato,

Relazione Ministeriale al Codice civile, n. 683; RUBINO, D., La compravendita...cit., p. 373; SANTINI, G., op. cit., pp. 338-339; SCHEGGI, R., op. cit., p. 109; TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., Manuale di Diritto privato, 12ª ed., Milano 1985, p. 588; VALERI, G., op. cit., p. 179.

Entre la jurisprudencia italiana que se ha pronunciado en esta línea podemos destacar: Cass., sez. III, 4-VII-1961, n. 1592, en Giust. civ. 1961, I, pp. 2069 y ss.; Cass., sez. I, 23-IV-1955, en Giur. Tos. 1955, pp. 324 y ss.; Cass., 13-XII-1962, n. 3343, en Mass. Foro it., 1962, c. 934; Cass., 27-VII-1964, n. 2109, en Mass. Foro it. 1964, c. 556; Cass., 22-XI-1971, n. 3371, en Giust. civ. 1972, I, p. 18; Cass., 3-I-1967, n. 3, en Rep. Foro it. 1967, voz: Vendita, n. 19; Cass., 2-II-1980, n. 742, en Rep. Foro it. 1980, voz: Somministrazione, n. 2; Cass., 23-V-1980, n. 3411, en Rep. Foro it. 1980, voz: Vendita, n. 22; Cass., 4-VIII-1977, n. 3511, en Rep. Foro it., 1977, voz: Somministrazione, n. 1; Cass., 27-I-1975, n. 327, en Mass. Giur. it., 1975, c. 98; Corte d'appello di Milano, 29-III-1974, en Vita Notarile, 1974, pp. 909 y ss.; Tribunale di Napoli, sez. XI, 13-IV-1974, n. 5142, en Dir. Giur., 1976, pp. 288 y ss.; Tribunale di Napoli, sez. VII, 17-I-1961, n. 159, en Dir. Giur. 1961, pp. 610 y ss.; Corte d'appello di Milano, 3-X-1978, en Foro it. 1979, I, cc. 819 y ss.

configurándola (203).

d) Como consecuencia de lo anterior, algunos autores observan la diferencia especialmente en el aspecto causal. En el suministro la duración configura la causa, y, sin embargo, en la venta con entrega fraccionada la duración no afecta en nada a la causa, sólo afecta a la ejecución (204).

203) D'AVACK, C., op. cit., pp. 497-498; BIGLIAZZI GERI, L., y otros, op. cit., p. 362; GIANNATTASIO, C., La permuta...cit., p. 197; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., p. 666; Idem, Profili della vendita...cit., p. 266; Idem, voz: Obbligazione...cit., p. 657; MINGUZZI, I. G., op. cit., p. 36; OSTI, G., voz: Contratto...cit., p. 67; PAGANO, F., loc. cit., p. 401; PRATIS, C.M., loc. cit., p. 103; ROMANO, S., la vendita...cit., p. 237; RUBINO, D., La compravendita...cit., p. 372; TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., op. cit., p. 588.

Son numerosas las decisiones jurisprudenciales italianas que se han pronunciado en esta línea, entre ellas destacamos: Cass., sez. III, 4-VII-1961, n. 1592, en Giust. civ. 1961, I, pp. 2069 y ss.; Cass., sez. I, 22-XI-1971, n. 3371, en Giust. civ. 1972, I, pp. 18 y ss.; Cass. 2-VII-1981, n. 4291, en Foro it. 1982, I, cc. 467 y ss.; Cass., 26-X-1962, n. 3070, en Rep. Foro it. 1962, voz: Vendita, n. 116; Cass., 4-VIII-1977, n. 3511, en Rep. Foro it. 1977, voz: Somministrazione, n. 1; Cass., 13-XII-1962, n. 3343, en Giust. civ. Mass. 1962, p. 1559; Corte d'appello di Milano, 29-III-1974, en Vita Notarile 1974, pp. 909 y ss.; Corte d'appello di Bologna, 28-IV-1955, en Mon. trib., 1955, pp. 287 y ss.; Tribunale di Firenze, 9-VII-1954, en Giur. Tos. 1955, pp. 124 y ss.; Corte d'appello de Milano, 30-III-1956, en Giust. civ. Mass. 1956, p. 27; Corte d'appello di Milano, 15-VII-1959, en Foro Padano, 1959, II, p. 71.

204) D'AVACK, C., op. cit., pp. 497 y ss.; CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., pp. 409-410; COTTINO, G., Diritto...cit., p. 394; Idem, Del contratto...cit., p. 101; GIANNATTASIO, C., La permuta...cit., p. 197; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., p. 670; PUENTE MUÑOZ, T., El pacto...loc. cit., pp. 97-98; RIVERO YSERN, J. L., op. cit., pp. 75-76; SANTINI, G., op. cit., p. 338.

e) En la venta con entrega fraccionada, las prestaciones, al ser partes de un todo, no tienen autonomía entre sí. En el suministro, las diversas prestaciones, gozan de cierta independencia (205).

f) en la venta con la entrega fraccionada, nos encontramos ante una sola obligación que tiene por objeto una sola prestación y en el suministro una pluralidad de obligaciones, a cada una de las cuales le corresponde una prestación

Esta línea también ha sido mantenida por numerosas sentencias, entre las que podemos observar: Cass., sez. I, 22-XI-1971, n. 3371, en Giust. civ. 1972, I, pp. 18 y ss.; Cass., 15-II-1958, n. 503, en Giust. civ. Mass. 1958, p. 175; Cass., 3-I-1967, n. 3, en Mass. Giur. it. 1967; Cass., 18-III-1941, n. 785, en Rep. Giur. it., voz: Vendita, n. 32; Corte d'appello di Milano, 29-III-1974, en Vita Notarile 1974, pp. 909 y ss.

205) DEVOTO, L., L'obbligazione...cit., p. 107; FERRI, G., Vendita...loc. cit., p. 461; FRANCESCHELLI, R., Dal vecchio...cit., p. 428; PAGANO, F., loc. cit., pp. 401-402; GARRIGUES, J., Tratado...cit., p. 417; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARTINI, A., Vendita a conseqne ripartite...loc. cit., pp. 669-674; Idem, Profili...cit., pp. 262 y ss.; Idem, voz: Obbligazione...cit., p. 657; MESSINEO, F., Manual...cit., p. 150; RAVA, T., loc. cit., c. 388.

Entre las decisiones jurisprudenciales italianas que han mantenido esta línea, podemos destacar: Cass., sez. III, 4-VII-1961, n. 1592, en Giust. civ. 1961, I, pp. 2069 y ss.; cass., 17-VI-1940, en Riv. dir. comm. 1941, II, pp. 225-226; Cass., sez. I, 22-XI-1971, n. 3371, en Giust. civ. 1972, I, pp. 18 y ss.; Cass., 3-I-1967, n. 3, en Rep. Foro it. 1967, voz: Vendita, n. 19; Corte d'appello di Milano, 29-III-1974, en Vita Notarile 1974, pp. 909 y ss.; Tribunale di Napoli, sez. VII, 17-I-1961, n. 159, en Dir. Giur. 1961, pp. 610 y ss.; Corte d'appello di Milano, 5-V-1981, en Arch. civ. 1981, p. 443.

diversa (206).

g) En la venta con la entrega fraccionada, el sinalagma se establece entre el complejo de las prestaciones, al cual las partes están obligadas una respecto de la otra, mientras que en el contrato de suministro periódico el sinalagma se establece entre las singulares prestaciones recíprocamente debidas en cada período (207).

h) En la venta con entrega fraccionada, la prestación global del vendedor, el número de las prestaciones concretas y el montante de cada una de ellas en particular, está predeterminado antes de comenzar la ejecución del contrato, mientras que en el suministro periódico estas predeterminaciones, en muchas ocasiones faltan (208).

206) BURDESE, A., op. cit., p. 479; FERRI, G., Vendita...loc. cit., pp. 461-462; OSTI, G., Appunti...loc. cit., p. 481; ROMANO, S., Vendita...cit., p. 237; SCHEGGI, R., op. cit., p. 109.

207) RAVA, T., loc. cit., c. 387.

208) CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., p. 409; CALABRESE, D., loc. cit., p. 67; CORRADO, R., voz: Somministrazione...cit., p. 885; COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 101; DALMARTELLO, A., I contratti...cit., p. 475; EULA, E., op. cit., p. 177; FERRI, G., Vendita...loc. cit., pp. 461-462; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352 (estos autores admiten este criterio no con carácter definitivo, pero sí como ayuda para identificar el contrato); DE MARTINI, A., Vendita a consegna ripartite...loc. cit., p. 670; Idem, voz: Obbligazione...cit., p. 658; Idem, Profili...loc. cit., p. 273; MESSINEO, F., Manual...cit., p. 151; RUBINO, D., La compravendita...cit., p. 375 (señala que este criterio nos mostrará un indicio fundamental para identificar el contrato

i) Para otros autores la diferencia reside en que, en la venta con entrega fraccionada, hay una cosa que se entrega por partes y en el suministro, muchas cosas que se entregan en diversas ocasiones (209).

j) En la venta con entrega repartida se produce el fraccionamiento de un único resultado contractual y en el suministro una repetición de un mismo resultado completo y definitivo para cada ejecución de las concretas prestaciones

de suministro).

También la jurisprudencia italiana ha considerado este criterio como diferenciador entre la venta con entrega fraccionada y el suministro. Así se puede observar en sentencias como las que a continuación se relacionan: Cass., sez. III civile, 13-XII-1962, n. 3343, en Foro it. 1963, I, cc. 406 y ss.; Cass., 18-V-1981, n. 3280, en Rep. Foro it. 1981, voz: Vendita, n. 24; Cass., sez. I, 23-IV-1955, en Giur. Tos. 1955, pp. 324 y ss.; Cass., 27-VII-1964, n. 2109, en Rep. Foro it. 1964, voz: Vendita, nn. 7 y 8; Cass., 15-XI-1976, n. 4228, en Rep. Foro it. 1976, voz: Somministrazione, n. 3; Tribunale di Firenze, sez. II, 5-I-1955, en Giur. Tos. 1955, pp. 113 y ss.; Corte d'appello di Bologna, 28-IV-1955, en Mon. Trib. 1955, pp. 287 y ss.; Corte d'appello di bologna 28-V-1969, en Giust. civ. 1970, I, pp. 1116 y ss.; Corte d'appello di Milano, 3-X-1978, en Foro it. 1979, I, cc. 819 y ss.; Tribunale di Firenze, 9-VII-1954, en Giur. Tos. 1955, p. 124; Corte d'appello di Firenze, 23-IV-1955, en Giur. Tos. 1955, pp. 325 y ss.; Tribunale di Catania, 24-I-1963, en Giur. it. 1963, I, 2, c. 710; Corte d'appello di Milano, 15-VII-1959, en Foro Padano 1959, II, c. 71.

209) Aunque algunos autores han considerado que el criterio diferenciador de una y otra figura era la unidad de cosa y la del precio, (vid. PERLINGIERI, P., Codice...cit., p. 836) ya ha sido puesto de manifiesto por la mayoría de la doctrina que no es esencial para diferenciarlos (vid. MOSSA, R., Il contratto...cit., n. 4 y RAVA, T., loc. cit., c. 388).

(210).

Algunos de estos criterios han sido justamente criticados por su insuficiencia (211).

En efecto, se puede señalar, frente a los que sostienen el argumento indicado en el apartado a), que éste adolece de imprecisión y claridad. ¿Qué significa que en el suministro el fraccionamiento se realiza en la formación del contrato? Si con ello quieren señalar que en el momento de celebrar el contrato ya se pacta el fraccionamiento, lo mismo puede ocurrir en una venta con la entrega fraccionada, aunque el fraccionamiento, como también ocurre en el suministro, se manifieste en la ejecución. Sin embargo, si lo que se quiere afirmar es que el fraccionamiento provoca una formación progresiva del contrato de suministro en función de la

210) D'AMELIO, M., Contratto di acquisto e contratto di somministrazione, en Riv. dir. comm. 1909, II, p. 591; D'AVACK, C., op. cit., p. 496 (expresamente este último autor señala, respecto del suministro: "Las obligaciones asumidas se mantienen íntegras y no vienen a perder nada de su fuerza y de su contenido, mientras que en la compraventa fraccionada con cada una de las sucesivas entregas se viene gradualmente vaciando de todo su contenido obligatorio"); DI BLASI, F. U., op. cit., p. 176; CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., p. 409; COTTINO, G., Diritto...cit., p. 394; Idem, Del contratto...cit., pp. 100-101; FERRI, G., Manuale...cit., p. 747; Idem, Vendita...loc. cit., p. 461; GINNATTASIO, C., La permuta...cit., p. 197; MARINO BORREGO, R. M., El suministro...cit., p. 37; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., p. 669; Idem, Profili della vendita...cit., p. 272; OSTI, G., Appunti...loc. cit., p. 477; RIVERO YSERN, J. L., op. cit., p. 73.

211) ALLARA, M., La vendita, Torino 1958, pp. 186 y ss.

cadencia de las prestaciones, ya nos hemos pronunciado sobre este extremo manteniendo que el suministro se perfecciona con el mero consentimiento y, desde este momento, nace una obligación duradera. La formación progresiva puede elegirse como en todo tipo de contrato, pero no es connatural al suministro.

Por otra parte, si con fraccionamiento en la formación del contrato se quiere indicar que en la voluntad de las personas que celebran un contrato de suministro está presente el factor de la periodicidad con carácter esencial, nos encontramos ante un elemento resbaladizo, ya que, aunque es verdad que en la venta fraccionada se podría realizar toda la prestación en un solo momento sin sufrir alteración ninguna el contrato, si las partes pactan un fraccionamiento y a los términos les atribuyen carácter esencial, se desdibujan los límites. Si se quiere afirmar que, en la venta fraccionada, este reparto es modalidad de ejecución y en el suministro es connatural al contrato, consideramos que con la forma elegida para expresarlo no queda clara esta idea. Incluso entendiendo este argumento en esta línea, se trataría más de una consecuencia o conclusión a la que se puede llegar después de un análisis de las diversas situaciones, pero no como premisa de todas ellas. Lo mismo se puede señalar de todos los argumentos que se han esbozado y de ahí, sobre todo, que

puedan ser objeto de crítica por su insuficiencia (212).

El argumento del apartado b) se encuadra en lo que acabamos de observar. Es consecuencia o efecto de una estructura distinta, pero no descubre la diferencia real. Lo mismo se podría afirmar de los demás intentos de distinción (213).

212) Esto ha llevado a OPPO (I contratti di durata...loc. cit., 1943, I, p. 170, nota 2) a criticar a MESSINEO cuando señala que, en los contratos de suministro, el fraccionamiento se realiza en el momento de la formación del contrato y en la compraventa con entrega fraccionada, en el de la ejecución. Para OPPO, "el fraccionamiento y la periodicidad de la prestación deben ambos estar previstos en el momento de la formación, y se llevará a efecto en la ejecución".

213) En este sentido vid. CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., p. 409. Este autor critica el que se entienda el criterio de la independencia de las prestaciones en el suministro como el criterio fundamental de diferenciación. "La independencia de las singulares entregas no es un dato apriorístico del que se deriva y sobre el que se funda la diferencia, sino un corolario del hecho de que se reconoce que, con el contrato estipulado en concreto, no se ha querido dividir la ejecución de la prestación debida, sino que son contempladas más prestaciones periódicas o una sola prestación continua en correspondencia a la satisfacción de una necesidad duradera".

Y en esta línea señala BIANCA, C. M., op. cit., pp. 380-381, respecto de la distinción entre el suministro y la compraventa con entrega fraccionada por el número de prestaciones, "el reenvío a la unidad o pluralidad de las prestaciones no ofrece, sin embargo, un dato seguro. La incerteza de este dato se vuelve evidente cuando se intenta deducir a su vez la unidad de la entrega haciendo referencia a la unidad del precio. Referencia, sin duda insuficiente, puesto que también en el suministro puede ser prefijado un precio global único. De otro lado, en la venta con entrega fraccionada el precio normalmente se paga en plazos correspondientes y proporcionales a las entregas".

Un tema en el que numerosos autores han basado la diferencia entre estas dos figuras contractuales es el de la pluralidad o unidad de obligaciones. Nosotros ya nos hemos pronunciado en contra de esta diferenciación, pues sostenemos que en el suministro también nos encontramos ante una sola obligación.

Este argumento, como los anteriores, pretende basar la diferenciación, entre estas dos figuras contractuales, en los distintos efectos que producen. Estos efectos son consecuencia de una diversa estructura de las obligaciones, que, a su vez, pondrá de manifiesto una diferente voluntad y un distinto interés en las partes contratantes. Pero no conduce a la explicación del fundamento de la diversidad una constatación de efectos dispares. Es decir, la pluralidad o unidad de la obligación podrá constituir una consecuencia de la diversidad en las intenciones de las partes al estipular un contrato, pero no explica la diversidad del contrato mismo.

Lo mismo se puede advertir de lo afirmado en el apartado f). Además, se puede añadir que el criterio que señala no afecta a elementos esenciales del suministro, lo cual nos impide atribuirle la calificación de criterio general diferenciador. En el suministro, como hemos tenido ocasión de resaltar, puede suceder que no haya una total correlación entre una prestación y la contraprestación correspondiente

sólo a ella. Incluso, puede ocurrir, que la obligación duradera sea sólo la del suministrador y el suministrado deba de cumplir en un solo momento.

Tampoco es esencial al suministro el que la prestación sea sólo determinable en el momento de la perfección del contrato, siendo determinada sólo posteriormente conforme se va desarrollando su ejercicio. El suministro puede ser perfectamente determinado desde el principio si las partes así lo quieren.

Consideramos, sin embargo, que el punto de vista clave en esta distinción se sitúa en los intereses subyacentes en los dos tipos de obligación. En la compraventa con entrega fraccionada nos encontramos con un interés a recibir una cosa, con una necesidad no duradera, y sólo por motivos ajenos a la obligación y al contrato, se fracciona la entrega por las partes (por ejemplo por imposibilidad de entregarla toda de una vez, por circunstancias de transporte, por dificultades en la recepción...). No se trata de una necesidad que se prolonga en el tiempo, en cuanto que se repite periódicamente o continuamente. Cada entrega es parte de la obligación y, por tanto, su cumplimiento tendrá las consecuencias de un cumplimiento parcial (art. 1169 del C.c.), que requerirá ser completada para la extinción de la obligación. Los efectos extintivos se producirán no

continuadamente, sino una vez que ha sido cumplida en su totalidad. Lo cual, a su vez, nos pone de manifiesto la naturaleza de parte que tiene cada entrega respecto del "todo", objeto de la obligación, con la subsiguiente dependencia de cada fracción respecto de las demás y respecto del conjunto. Deberán seguir todas la misma suerte y someterse al mismo régimen jurídico.

Frente a este esquema nos encontramos, en el suministro, una necesidad, como hemos visto, duradera en el sentido de que se repite continua o periódicamente en el tiempo. No se trata de una necesidad que se divide en partes, sino de una necesidad que se repite, y de la que cada manifestación puntual es un reflejo de ella. Cada manifestación de la necesidad requiere una satisfacción completa, para ello se realiza una prestación correspondiente, que no precisa ningún complemento para extinguir el interés que se ha dado a conocer en ese concreto período de tiempo. Serán extinguidos los intereses conforme vayan manifestándose. Esto concede a cada prestación una relativa independencia respecto de las demás. Independencia que se combina con los vínculos que unen a todas las prestaciones, ya que, por encima de las necesidades concretas localizables temporal y espacialmente, se distingue una necesidad duradera, de la cual, las demás, son reflejo de ella. Esta necesidad provoca que todas las prestaciones, que vienen a dar respuesta a cada una de sus

manifestaciones, tengan cierta unidad, pues la misma periodicidad forma parte de la necesidad. Incumplir la exigencia de periodicidad supone no satisfacer, en alguna medida, esa necesidad, de ahí que haya también una cierta dependencia de todas las prestaciones respecto del conjunto.

Es decir, características de la obligación del contrato de suministro, son por una parte, el ser respuesta a una necesidad duradera, que requiere una satisfacción duradera, y por otra, el estar inmersa en una dialéctica autonomía-dependencia en el tratamiento jurídico de las distintas prestaciones.

Como se puede observar, la diferencia estructural es clara: frente a una obligación de cumplimiento instantáneo, si bien con entrega fraccionada, tenemos una obligación de cumplimiento duradero, con entregas autónomas, susceptibles de ser sometidas, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, a tratamientos jurídicos diversificados (214).

214) La diferencia entre la compraventa con entrega repartida o fraccionada y el suministro, también, ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Así se puede advertir en sentencias como: 29-X-1955 (R.A. 3090), en la que expresamente se señala: "en la venta con exclusiva, las singulares prestaciones repetidas no aparecen como cumplimiento fraccionado a tracto sucesivo o generalmente parcial, de una prestación compleja única, que se haya establecido en el llamado contrato fundamental (como sucede por ejemplo en la venta con entregas repartidas), sino que por el contrario, cada una de dichas prestaciones es, respecto a toda otra que haya intervenido o intervenga durante la vida de la relación autónoma "per se stante"

Una vez aclarada la estructura de cada una de las prestaciones, reciben nuevo sentido algunos de los criterios de distinción que había ofrecido la doctrina y que habían sido criticados por insuficiencia por los autores anteriormente señalados. Nos encontramos ante los esquemas contractuales diversos. Producen, en consecuencia, efectos también diferentes. Estos efectos, precisamente por su naturaleza de efecto, explicarán las consecuencias

conservando el conjunto fundamental, después de cada una de dichas prestaciones, por todo el tiempo de su duración o vigencia, la misma riqueza de contenido que tenía al principio, surgiendo sin embargo dichas prestaciones homogéneas o heterogéneas de un modo particular y tomando una determinada dirección personal no en virtud de circunstancias contingentes y ocasionales, sino en cuanto cada una de ellas y todas en conjunto constituyen el desenvolvimiento y la ejecución de precisas obligaciones jurídicas, surgidas entre las partes con el contrato fundamental en el que se dispone no sólo sobre el "si" sino también, sobre el "cómo" de las sucesivas prestaciones, siendo la causa del contrato, más que la venta, la repetición de las prestaciones de venta". En esta línea, también se sitúa la S.T.S. de 9-IV-1973 (R.A. 1730), al observar: "Considerando que el negocio jurídico originario de la litis, es un contrato de los llamados "compraventa por suministro". "Contrato de suministro", que un sector doctrinal configura como una modalidad especial de la compraventa y que algunos autores regulan como contrato atípico, independiente, que aunque participa de las características de la compraventa, difiere de ella en que la contraprestación debida en el suministro no es única, sino que está integrada por varias y sucesivas prestaciones, conexas entre sí, pero autónomas (contrato de tracto sucesivo). Destaca también la S.T.S. de 30-XI-1984 (R.A. 5695), al señalar respecto del contrato de suministro: "carente como es sabido de regulación positiva en la legislación española, lo que implica la necesidad de recurrir a las normas generales de las obligaciones y contratos, pues aunque afín a la compraventa, en su forma de "con entregas repartidas o diferidas", es evidente que no puede identificarse con ella . . .

discrepantes de dos estructuras desiguales, pero nunca la raíz de esta desigualdad estructural. Servirán para evidenciar la separación entre los dos tipos de obligaciones. Y a esta función es necesario reducir su papel. En este orden de ideas podemos señalar cómo, por ejemplo, efectivamente en el suministro es muy frecuente la indeterminación relativa de la cantidad que se debe entregar. Imprecisión que se irá determinando a lo largo del contrato y en función, en la mayoría de los casos, de las necesidades del suministrado. Este pacto es muy usual en el suministro como contrato de duración que se prolonga en el tiempo, en cuanto se prolonga la necesidad a que viene a dar respuesta y cuya entidad es difícil e, incluso, en ocasiones, hasta privado de sentido económico prefijar, con anterioridad, cuantitativamente (215). Sin embargo, esto no ocurre en la venta con entrega fraccionada, ya que se trata de dar respuesta a una única necesidad, y de acuerdo con las reglas de la compraventa deberá señalarse, con anterioridad, al comienzo de la ejecución, la cantidad que deberá ser entregada. Esta cantidad viene condicionada por una necesidad que se manifiesta una vez, luego ya existe una acotación cuantitativa, aunque en un principio sea determinable solamente. Las fracciones responderán a otros criterios que no serán la necesidad tal y como se refleja en ese instante y

215) Vid. nota. 64, especialmente MEO, G., loc. cit., pp. 621 y ss.

si, a pesar de todo, es así como se determina, será como parte de una necesidad total, pero no como una necesidad que se repite, y, por tanto, limitada a una parte de esa necesidad global.

Consideramos, que, por tanto, tiene sentido el criterio de la determinación de la cantidad de la prestación "según necesidad del suministrado" en el contrato de suministro, no en el de compraventa con la entrega fraccionada.

Pero esta diferenciación es secundaria respecto de las diversas estructuras que hemos contemplado, ya que es posible un suministro en el que no se deje a la necesidad del suministrado la determinación de la cantidad, sino que se fije previamente cada una de las entregas (216).

De hecho se pueden dar casos en los que sea muy difícil determinar si nos encontramos ante un suministro o ante una compraventa con la entrega fraccionada, con los consiguientes distintos tratamientos jurídicos, sobre todo en cuanto al incumplimiento. El suministro puede ser a tiempo determinado y con previa fijación, por ejemplo de la cantidad que será

216) En este sentido se pronuncia la sentencia de Cass., 13-IX-1969, n. 3107, en Mass. Foro it. 1969, c. 916, al afirmar esta decisión jurisprudencial que la indeterminación o no de la prestación no es un criterio definitivo para diferenciar el suministro de la venta con entrega fraccionada, aunque sí puede servir como orientación.

entregada cada mes, y puede aparentemente ser igual que una venta con entrega fraccionada distribuida mensualmente en unas cantidades prefijadas.

En supuestos como el que acabamos de exponer, algunos de los criterios secundarios que se pueden señalar como colaboradores en la distinción, como puede ser el que se trate de un suministro celebrado sin fijación del tiempo, o el señalamiento en el contrato de la cantidad total junto con las fracciones (lo cual podría dar una pista sobre la intención de las partes de tratar el objeto de la obligación como un todo, y no como una repetición de una necesidad), o el dejar la determinación de la cantidad a la necesidad del suministrado, pueden perder eficacia, dada la insuficiencia de la que adolecen.

Consideramos, de acuerdo con BIANCA, más adecuado en estos supuestos dudosos, acudir al estudio de los intereses de las partes para intentar determinar si estamos ante un contrato de suministro o ante una compraventa con entrega fraccionada ⁽²¹⁷⁾. Necesidades muy distintas pueden adoptar

217) BIANCA, C. M., op. cit., pp. 380 y ss.

La jurisprudencia italiana ha resaltado, también, en numerosas ocasiones, la importancia de los intereses buscados por los contratantes en la cuestión de la diferenciación entre las dos figuras que estamos contemplando. Así lo podemos advertir en : Cass., sez. III, 4-VII-1961, n. 1592, en Just. civ. 1961, I, pp. 2069 y ss.; Cass., 27-I-1975, n. 327, en Rep. Foro it. 1975, voz: Vendita, n. 21; Cass., 3-I-

apariencias similares. Luego será necesario ir más allá de las apariencias y profundizar en los intereses que movieron a las partes (218).

El concepto de venta con entrega fraccionada que hemos mantenido, supone que cada prestación es una parte de un todo formado por la suma de las prestaciones. Como partes que son, el incumplimiento de una de ellas supondrá un cumplimiento parcial (art. 1169 del C.c.), que el acreedor no está obligado a aceptar (teniendo en cuenta, claro está, la observancia del principio de buena fe). En esta misma línea, el incumplimiento, en este contrato, puede ser total o parcial, según haya entregado o no una parte, que implica una porción del objeto de la prestación. En este último caso, para que proceda la resolución será necesario valorar si el incumplimiento es de importancia suficiente y dicha apreciación se deberá realizar en relación a la totalidad de la prestación objeto del contrato. Además, al tratarse de una obligación cuya ejecución está aplazada, debiéndose realizar en varios y diferentes momentos, si el deudor se encuentra en alguna de las situaciones contempladas en el art. 1129 del

1967, n. 3, en Rep. Foro it. 1967, voz: Vendita, n. 19; Cass., 4-VIII-1977, n. 3511, en Rep. Foro it. 1977, voz: Somministrazione, n. 1.

218) DI MAJO, A., La modalità...cit., pp. 636 y ss.; SCHERMI, A., Note in tema di vendita su campione, di garanzia per vizi e mancanza di qualità, di vendita a consegne ripartite e di "aliud pro alio", en Giust. civ. 1961, p. 2075.

C.c., el acreedor podrá alegar la pérdida del beneficio del plazo y exigir toda la prestación en un solo momento. Por otra parte la resolución tiene como efecto fundamental la restitución de lo que se ha entregado. Al ser cada prestación parte de una unidad, deberán, si se resuelve el contrato por incumplimiento de alguna de las prestaciones intermedias o finales, devolverse las cosas entregadas anteriormente ya que la extinción de la obligación no se produce sino hasta que se han cumplido todas. Lo mismo ocurrirá en caso de que se haya pactado una condición resolutoria y esta acaezca.

Sin embargo, en el suministro, cada prestación no es parte de un todo sino que se presenta como respuesta a una necesidad que tampoco es una fracción de otra superior, sino que es una manifestación de ésta, con cierta autonomía. Al cubrir esta necesidad sin precisar de otras prestaciones, existen efectos solutorios produciéndose así un cumplimiento extintivo duradero. Ello hace que cada prestación tenga cierta autonomía de tal forma que, si se solicita una resolución del contrato por incumplimiento de una prestación, ésta no tenga efectos retroactivos ya que respecto de las anteriores ya ha habido "solutio", extinción y, por tanto, no se pueden "resucitar".

Esta cierta independencia, además, hace que cada prestación pueda ser objeto de un tratamiento jurídico

independiente (un ejemplo de ello lo acabamos de ver con la irretroactividad de la resolución). Por otra parte, la pluralidad y la sucesión en el suministro es algo connatural a su estructura, y no producto de un aplazamiento, lo que conlleva que no puedan concentrarse todas las prestaciones en un solo momento, por aplicación del art. 1129 del C.c.

Estos diferentes efectos que señalamos, al igual que la diversidad de conceptos de donde provienen, se difuminan en la práctica (219). Buena muestra de ello la observamos en la

219) Incluso, algunos autores, aun reconociendo características peculiares a cada una de estas figuras, consideran que buscar una diferenciación en cuanto a la naturaleza, y a la regulación jurídica como la que hemos mantenido en este trabajo, por lo menos, resulta revisable. Y en este sentido advierten: BIANCA, C. M., *op. cit.*, p. 382 y ss.: "fijada la distinción respecto del suministro, es necesario todavía tener presente que también la venta con entrega fraccionada está muy sujeta a la disciplina dictada para el suministro". Y refiriéndonos, especialmente, a la cuestión de la resolución añade: "Siempre en lo que se refiere a la comparación de las dos disciplinas, insistimos en otro punto discutido, el de la eficacia retroactiva de la resolución. A primera vista, la venta con entrega fraccionada parecería sustraída a la regla, dictada para los contratos de ejecución periódica, que deja válidas las prestaciones ya cumplidas (art. 1458 C.c.). Una diversa conclusión puede, sin embargo, justificarse si se considera que en este punto la "ratio" de la ley tiene en cuenta la idoneidad de las particulares prestaciones para satisfacer definitivamente el interés del que tiene derecho a ser suministrado. Ahora bien, también en la venta con entrega fraccionada es posible comprobar que cada entrega puede ser válida para satisfacer una parte definitivamente del interés del comprador. Hay, por consiguiente, que admitir que la eventual resolución del contrato no afecte a las prestaciones ya cumplidas.

La eficacia retroactiva de la resolución debe, por el contrario, reconocerse, cuando las singulares entregas tengan por objeto cosas que pueden satisfacer el interés del comprador sólo en su globalidad; como, por ejemplo, cuando se

trate de partes que componen una máquina o también de cosas genéricas, si las particulares porciones no se prestan a ser usadas de forma útil para el fin al que son destinadas.

En este caso, sin embargo, la expresión de venta con entrega fraccionada aparece equívoca, haciéndose oportuna una indicación que haga entender como las singulares entregas son momentos incompletos de una única entrega, perfeccionada con la prestación de todo el bien vendido. En este sentido puede hablarse sin duda de una venta "con entrega provisional".

En esta misma línea, MESSINEO considera (Manual...cit., p. 151) que a la venta fraccionada es aplicable el art. 1564 del "Codice civile", que regula la resolución en el suministro.

Más radical se muestra SANTINI (op. cit., pp. 339 y ss.), el cual señala expresamente que es necesario denunciar "la excesiva contraposición que se ha querido establecer en el plano causal y el de la disciplina legislativa...entre venta con entrega fraccionada y suministro". Y añade: "no existe una conceptual incompatibilidad entre venta y relación de duración y, por tanto, aparece en línea de principio aplicable a todo cambio que permanezca en el tiempo la disciplina prevista para el suministro, como ocurre en los otros ordenamientos extranjeros, que ignoran una distinción entre los dos tipos". Para este autor es necesario "tener mínimamente en cuenta la distinción legislativa entre venta fraccionada y suministro, y utilizar independientemente una u otra disciplina concreta, cuando el cambio presente problemas resueltos en una o en otra sede".

Ante esta posición doctrinal, también, es necesario destacar la existencia de otra corriente de autores que se pronuncian rechazando, en cualquier supuesto, la posibilidad de que no se reconozcan efectos retroactivos a la resolución de una venta con entrega fraccionada. En este sentido destacan: BIGLIAZZI, G., y otros, op. cit. p. 360; CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., p. 410; CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 48; DALMARTELLO, A., I contratti...cit., pp. 476-477; GIANNATTAASIO, C., La permuta...cit., p. 197; DEgni, F., La compraventa...cit., p. 193; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., p. 670; Idem, Essenzialità o meno dei termini nella vendita a consegne ripartite, en Giur. compl. cass. civ. 1946, 2º Semestre, T. I, p. 701; PAGANO, F., loc. cit., p. 402 (este autor, incluso afirma que la resolución siempre deberá afectar a todo el contrato y no debe admitirse lo contrario, ni siquiera por razones de equidad ya que no es

pluralidad de posturas que han mantenido la jurisprudencia italiana que es la que ha estudiado más detenidamente el tema (220).

conciliable con la fundamental unidad del contrato); RAVA, T., loc. cit., c. 388; ROMANO, S., La vendita...cit., p. 237; SCHERMI, A., loc. cit., p. 2075.

220) La jurisprudencia italiana, que se ha ocupado de esta cuestión, no es unívoca, sino que ha seguido líneas, en ocasiones muy diversas.

Pueden advertirse numerosas sentencias en las que se afirma expresamente la imposibilidad de la aplicación a la venta con entrega fraccionada del principio de irretroactividad de los efectos de la resolución de los contratos duraderos. Así, por ejemplo, podemos citar: Cass., sez. III, 4-VII-1961, n. 1592, en Giust. civ. 1961, I, pp. 2069 y ss.; Corte di Cassazione del Regno, sez. I, civile, 11-XII-1939, n. 3289, en Foro it. 1940, I, c. 538; Cass., 17-VI-1940, en Dir. Giur., 1961, pp. 610 y ss.; Corte d'appello di Bologna, 28-V-1969, en Giust. civ. 1970, I, pp. 1116 y ss.; Tribunale di Napoli, sez. XI, 13-IV-1974, n. 5142, en Dir. Giur. 1976, pp. 288 y ss.; Tribunale di Napoli, 11-VI-1956, en Dir. Giur. 1957, pp. 401 y ss.

Sin embargo, en otras ocasiones considera que se puede afirmar la irretroactividad de los efectos de la resolución en el supuesto de venta con entrega fraccionada, por ejemplo: Corte di Cassazione del Regno, sez. II civile, 23-VII-1936, n. 2680, en Foro it. 1937, I, cc. 386 y ss. (en base a que el juez haya podido entender que las partes contratantes consideraron material y jurídicamente autónomas las singulares prestaciones deducidas en el contrato); Corte di Cassazione del Regno, 10-I-1939, en Riv. dir. comm. 1939, II, pp. 512-513; Cass. 28-X-1961, n. 2458, en Rep. Foro it. 1961, voz: Vendita, n. 144; Cass., 3-I-1967, n. 3, en Rep. Foro it. 1967, voz: Vendita, n. 124 (expresamente esta sentencia señala: "en la venta con entrega fraccionada, el incumplimiento en una prestación singular puede incidir en todo el complejo, aunque, análogamente a los contratos de ejecución continua la resolución de la relación, puede ser pronunciada limitadamente a la parte, todavía no ejecutada, dejando eficaces las demás"): Cass., 26-VII-1922, n. 2960, en Rep. Giur. it. 1929, voz: Vendita, n. 34; Cass., 12-V-1943, n. 1444, en Mass. Foro it., 1943, c. 282; Cass., 28-II-1956, n. 578, en Mass. Foro it., 1943, c. 282; Cass., 28-II-1956, n. 578, en Mass. Foro it., 1956, c. 109; Cass. 17-XII-1923, en Giur. it. 1924, I, 1, c. 120 (afirma esta sentencia que en

Este desvanecimiento de los límites entre estas dos figuras contractuales también se observa, incluso más agudizado, en la jurisprudencia española, en la que de forma reiterada se viene admitiendo implícitamente la irretroactividad de la resolución en la compraventa con entregas fraccionadas. Se pueden observar algunas sentencias

la venta con entrega fraccionada la resolución afectará a todo el contrato sólo si el incumplimiento puede producir desconfianza en el futuro); Cass., 12-V-1943, n. 1144, en Mass. Foro it., 1943, c. 282; Cass., 20-XII-1938, en Temì Lombarda 1939, p. 276; Cass., 30-VI-1934, n. 2363, en Rep. Giur. it. 1934, voz: Vendita, n. 29; Cass., 11-XII-1935, en Giur. it., 1936, I, 1, c. 52 (esta decisión señala que la resolución afectará a todo el contrato de venta con entrega fraccionada cuando el incumplimiento influya sobre la economía del contrato de tal forma que reste todo el aprovechamiento de las prestaciones futuras); Corte d'appello de Catanzaro, 4-VIII-1938, en Rep. Giur. it. 1939, voz: Vendita, n. 248; Corte d'appello di Milano, 24-II-1926, en Mon. Trib. 1926, p. 549.

Más oscilante es la jurisprudencia italiana respecto de la aplicabilidad del principio "inadimplenti non est adimplendum" en la hipótesis de incumplimiento circunscrito a las singulares entregas. Se afirma de un lado que no puede retenerse la contraprestación de una partida ya entregada por incumplimiento relativo a partidas sucesivas (Vid. Corte d'appello di Milano 22-I-1926, en Mon. Trib. 1927, p. 309; Corte d'appello di Milano, 21-VI-1922, en Mon. Trib. 1922, p. 497; Corte d'appello di Venezia, 20-V-1921, en Riv. dir. comm. 1922, II, p. 87; Corte d'appello di Genova, 22-XII-1926, en Riv. dir. comm. 1917, II, p. 455). Además también se ha señalado que el incumplimiento de una partida no puede afectar a las futuras en cuanto al principio "inadimplenti non est adimplendum" (Cass., 23-VII-1936, en Foro it. 1937, I, c. 386; Corte d'appello di Firenze, 17-V-1920, en Giur. it. 1920, I, 1, c. 887). Y en otras ocasiones se ha observado que el comprador está autorizado a retener el precio de las entregas hechas en caso de incumplimiento de partidas sucesivas por parte del otro contratante (vid. Cass., 14-IV-1926, en Mon. Trib., 1926, p. 727; Corte d'appello di Milano 8-VIII-1924, en Mon. Trib. 1925, p. 98).

en las que el Tribunal Supremo, basándose en la existencia como objeto de la compraventa de una pluralidad de bienes, que se deben entregar por partes, siendo cada una de estas fracciones susceptibles de un aprovechamiento, ha declarado cuando así se lo ha solicitado el demandante, la resolución del contrato respecto de las prestaciones no realizadas, dejando intacto lo ya realizado. Evidentemente el Tribunal Supremo ha tenido en consideración más que el puro esquema teórico, los intereses de las partes y la utilidad económica (221).

De todas formas, aunque esta línea de jurisprudencia, defendida por algunos autores (222), difumina los contornos fronterizos entre las dos figuras negociales, no se pueden confundir sus efectos, pues como hemos apuntado y tendremos ocasión de profundizar posteriormente, no sólo en esta cuestión, de la eficacia irretroactiva de la resolución, se diferencian (vease, por ejemplo: tratamiento del incumplimiento parcial, pérdida del beneficio del plazo, criterio de valoración del incumplimiento para que proceda la

221) Vid. S.T.S. 19-I-1983 (R.A. 251), 20-XII-1966 (R.A. 5836), 10-X-1959 (R.A. 3667), 26-XI-1956 (R.A. 3836), 26-IV-1956 (R.A. 1948).

Sin embargo, en otras ocasiones ha concedido a la resolución de este contrato efectos retroactivos, vid. 24-IX-1970 (R.A. 3769), 25-V-1974 (R.A. 2104)

222) Vid. ORTI VALLEJO, A., La protección del comprador, Granada, 1987, pp. 403 y ss.

resolución, efectos del incumplimiento de una prestación respecto de las demás, eficacia de la excepción de incumplimiento contractual...).

Algunos autores han pretendido poner de manifiesto las diferencias entre suministro y venta con entrega fraccionada desde otro punto de vista. Han acudido a figuras jurídicas del mismo Derecho Privado e, incluso, de otras ramas del Derecho, buscando un paralelo con el contrato de suministro y poder obtener, así, iluminación respecto a su naturaleza. De esta forma se ha intentado por algunos autores realizar un paralelo entre prestación repartida o fraccionada y cosa compuesta, de un lado, y entre prestación de duración y el concepto de "universitas rerum", por otro, en el sentido de contraponer "las partes del todo, a las prestaciones reiteradas del suministro, que serían, en realidad, un "quid compositum", cuya individualidad jurídica como tal no se armoniza con la individualidad de los singulares elementos que lo componen, los cuales coordinados entre ellos dan vida a una nueva realidad económica en la que los elementos no pierden su individualidad, aunque entren como componentes de un conjunto complejo, dirigido a un fin o función diversa de la de cada uno de los elementos considerados separadamente" (223).

223) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 48 y ss. establece un paralelismo entre entidades jurídicas que están constituidas por una suma de entidades simples, que

Consideramos, de acuerdo con OPPO, que este paralelismo es posible si solamente le concedemos un "valor descriptivo de situaciones ya técnicamente definidas y no se eleva a criterio técnico con fines de definición" (224).

La contraposición que establece CORRADO, principal defensor de esta tesis, para señalar la frontera entre una figura y otra, entre "autonomía física, ... que puede constituir el presupuesto de una valoración jurídica particular, compatible con su esencia de parte" y la "autonomía plena", pero sin embargo "no absoluta", de los singulares elementos que integran una "prestación unitaria compleja" (225), además de no ser neta, no nos indica cuando nos encontraremos en una situación o en otra. Debiendo, sin embargo, ser los esquemas de venta fraccionada y contrato duradero los que nos sirvan para distinguir los distintos grados de autonomía. Lo cual, nos lleva a la paradoja de que

pierden, de esta forma su individualidad para convertirse en partes de diversas entidades de estructura compleja; la venta con entrega fraccionada, por un lado, y entidades jurídicas distintas que resultan constituidas por una multiplicidad de entidades simples, que conservan su autonomía también en la estructura de entidades más complejas y el suministro, por otro. Este paralelismo también es mantenido en España por DE MARINO BORREGO, R. M., El suministro...cit., pp. 337-338.

224) OPPO, G., recensión al libro de CORRADO, en Riv. dir. civ., 1957, p. 835.

225) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 50.

los conceptos que pretendíamos definir nos ayudan a aclarar la definición.

Nos adherimos, por tanto, a las consideraciones observadas por COTTINO al respecto, al señalar que la tesis, aunque interesante, resulta artificiosa. Hace notar este autor que entre "universitas" y prestaciones continuas o periódicas existe una diferencia fundamental. "La primera es una realidad puramente lógica, el modo de ser de una pluralidad de cosas o de derechos, cuyo vínculo de destino unitario confiere una calificación jurídica distinta de las cosas que lo componen...Esta contraposición y con ella la posibilidad de considerar contemporaneamente de forma diversa los elementos separados de una situación y la situación en cuanto tal, son una típica expresión del procedimiento jurídico, rico, por otra parte de aplicaciones concretas y susceptible de notables desarrollos en la profundización y evolución de la teoría de los bienes" (226). El autor continúa señalando que lo anterior no sucede en el suministro en el que hay una pura suma de prestaciones. Y en la venta con entrega fraccionada, la prestación en su totalidad, también, es la suma de las fracciones que la componen. La diferencia entre las dos figuras está en la diversa función causal de tal fraccionamiento.

226) COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 102.

COTTINO añade, en su esfuerzo por separar el suministro del concepto de "universitas", que "la independiencia de las singulares porciones no es un dato apriorístico del que deriva y sobre el que se funda la diferencia, sino un corolario del hecho de que se reconozca que con el contrato estipulado en concreto no se ha querido dividir la ejecución de la prestación querida, sino que son contempladas varias prestaciones periódicas o una sola prestación continua, en correspondencia con la satisfacción de una necesidad duradera de la parte destinataria de la prestación misma" (227).

SANGIORGI, muy próximo al pensamiento de OPPO y COTTINO, considera que el paralelo no debe inducir a injustificadas generalizaciones, pero tiene, sin duda, el mérito de individualizar un aspecto esencial de las obligaciones que estamos estudiando (228). Añade este autor que, sólo en cuanto a la idea de resaltar la importancia de conciliar una unidad con la existencia de elementos que gozan de cierta independiencia puede resultar idóneo utilizar en una materia caracterizada por un fenómeno temporal, o mejor, cronológico, como es el sucederse de las prestaciones, los principios elaborados con referencia a un fenómeno espacial "como es el de combinación de una pluralidad de cosas distintas" (229).

227) COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 102.

228) SANGIORGI, S., op. cit., p. 33.

229) SANGIORGI, S., op. cit., pp. 33-34.

Tampoco nos parece adecuado atribuir a la característica de la independencia del régimen jurídico de las distintas prestaciones el alcance exorbitante que parecen atribuirle los autores que defienden el paralelismo que estamos analizando. No es que cada prestación pueda quedar sometida a un propio y autónomo régimen jurídico, como sucede en la "universitas" en la que, además del derecho unitario sobre el todo, existen derechos distintos y diversos sobre las partes (propiedad, usufructo, etc...).

Las prestaciones son debidas a un solo título y están todas sujetas al régimen jurídico del contrato de suministro. Sin embargo, dado que cada una de ellas produce efectos solutorios independientemente de las demás, ello hace que se pueda reaccionar de distinta forma ante una lesión del derecho de crédito manifestada en cada prestación; pero enmarcado dentro del esquema contractual, unitario e igual para todas ellas.

Por alguna parte de la doctrina también ha sido mantenido un paralelismo entre la figura del "delito continuado" y el contrato de suministro, como dos fenómenos encuadrables en la categoría de "acto continuado". Esta tesis ha sido defendida especialmente por DEVOTO (230).

230) DEVOTO, L., L'obbligazione...cit., p. 142.

Es necesario tener en cuenta que el contrato es un acto jurídico perteneciente al grupo de los negocios jurídicos. Sobre el contrato ya hemos estudiado en que manera incide la continuidad. Hemos tenido ocasión de examinar cómo la periodicidad afecta más propiamente a los efectos de este acto jurídico.

En la medida que se considere el concepto de contrato como abarcador de la relación jurídica a la que da lugar y no sólo como acuerdo de voluntades generador de obligaciones también podrá predicarse de él la continuidad. En este sentido y a este nivel consideramos que podría hablarse de "acto continuado". Todo ello, entendiendo el acto continuado como aquél que consiste en una serie de actos estructuralmente idénticos, lo que supone una pluralidad de objetos, pero identidad de causa, diferenciados solamente en cuanto al tiempo y al lugar (231).

La figura del delito continuado puede ser útil en cuanto

231) CARNELUTTI, F., Teoria Generale del Diritto, Padova 1940, p. 299; Idem, Teoria Generale del reato, Padova 1933, pp. 151 y ss.

Nos separamos, por tanto, de la noción de "acto continuado" mantenida por otro sector doctrinal que lo concibe como aquel acto que "se diferencia del acto simple por estar dotado de una pluralidad de causas y de una pluralidad de objetos entre ellos idénticos y sólo diferenciados en cuanto al elemento temporal y espacial" (DEVOTO, L., L'obbligazione...cit., pp. 138 y ss.).

que, en una primera aproximación, puede mostrarnos una pluralidad de acciones con una cierta autonomía, pero vinculadas por una intención o un "dolus delictum", que les da cierta entidad unificada y hace posible valorarlas de forma vinculada, aunque cada acción pudiera ser calificada separadamente como un delito y pudiera encontrarse una intención delictiva concreta y específica de cada acción.

Sin embargo, consideramos que estas asimilaciones pueden ser válidas a nivel general y para ofrecer categorías generales esclarecedoras del marco donde se puede encuadrar el contrato de suministro, pero sin mayores pretensiones en cuanto a una más profunda analogía. Son conceptos referentes a materias muy diversas entre las cuales pueden, a la vez, señalar numerosas diferencias, y cuyo paralelismo supone, en muchas ocasiones, un forzamiento de conceptos propios de cada rama jurídica específica, que no es necesario, como tampoco lo es la exagerada aproximación que algunos autores pretenden mantener (232).

232) DE MARINO BORREGO, R. M., El suministro...cit., p. 103, al examinar las diferencia entre las figuras, señala respecto del suministro: "La conducta posterior no es libre y su responsabilidad surge no por la realización del comportamiento, como en el delito continuado, sino por la no realización del compromiso. Hay un rígido ligamen entre los sucesivos actos debidos, que hace innecesaria la búsqueda de un ligamen ficticio o meramente psicológico, para justificar la predeterminación compleja hacia un solo y bien definido fin".

Las ideas expuestas nos conducen al análisis de otra función que, estrechamente unida a la anterior, realiza el tiempo en el contrato de suministro.

III.- LA PRESTACION. Su estructura. Su dimensión cuantitativa y cualitativa.

También es necesario destacar el tercer efecto del tiempo en el suministro. La prestación también queda afectada por la duración. Esencialmente en tres sentidos:

A) En primer lugar, es necesario poner de relieve la estructura peculiar que adopta la prestación en este contrato. Nos encontramos con una pluralidad de prestaciones o con una prestación continua. La pluralidad viene configurada por las propias características del interés de las partes contratantes, al existir un interés duradero, que refleja varias manifestaciones, cada una de ellas requiere una satisfacción mediante el cumplimiento de la prestación correspondiente. De ahí la necesaria pluralidad, sin la cual no se puede hablar de suministro, ya que sin necesidad duradera, que se manifiesta periódicamente o continuamente en el tiempo, no estamos ante un suministro.

No se trata, por tanto, de una pluralidad de

prestaciones contemporáneas, sino de una pluralidad de prestaciones de cumplimiento sucesivo. Cada una de estas prestaciones satisface una manifestación de esta necesidad, lo que le atribuye efectos extintivos (233).

Es decir, la realización de cada prestación supone un cumplimiento extintivo, lo cual le concede a cada prestación una cierta autonomía (234). Cada prestación no necesita de

233) Vid. epígrafe II del Capítulo I.

234) En este sentido se han pronunciado entre otros: BARASSI, L., Teoria...cit., vol. I, pp. 145 y ss.; BELMONTE, G., y otros, op. cit., p. 66; BIANCA, C. M., op. cit., p. 380; BROSETA PONT, M., Manual...cit., p. 410; CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., pp. 404-407; CASATI, E., y RUSSO, G., op. cit., p. 549; CASTAN, J., op. cit., T. IV, p. 74; CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 292; COTTINO, G., Del contratto...cit., pp. 102-103; EULA, E., op. cit., p. 173; DALMARTELLO, A., I contratti...cit., p. 475; FERRI, G., Manuale...cit., pp. 813-814; Idem, Vendita...loc. cit., p. 461; FRANCESCHELLI, R., Dal vecchio...cit., p. 428; GAETANO, G. P., op. cit., p. 227; GARRIGUES, J., Tratado...cit., p. 417; GIANNATTASIO, C., La permuta...cit., pp. 198-199; GRECO, P., La compravendita...cit., pp. 164, 167-168; GULLON, A., op. cit., p. 65; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, op. cit., T. II, vol. III, p. 89; MANGINI, V., y RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p. 352; DE MARINO BORREGO, R. M., Análisis...loc. cit., pp. 65-67; Idem, el suministro...cit., p. 35; MARIN MARIN, S., op. cit., p. 112; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., pp. 674-676; Idem, voz: Obbligazione...cit., pp. 657-659; MESSINEO, F., Manual...cit., p. 150; MIRABELLI, G., Dei singoli...cit., p. 237; MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 11; NASUTI, G., loc. cit., p. 109; NOVOA, E., loc. cit., pp. 612, 614-615; OPPO, G., I contratti di durata...loc. cit., 1943, I, pp. 244-250; PANDOLFELLI, G., y otros, op. cit., pp. 339-340; PAVARIN, G., op. cit., p. 653; PERLINGIERI, P., Codice civile...cit., p. 840; ROMANO, S., La vendita...cit., p. 237; RUBIO, D., La compravendita...cit., p. 373; SANCHEZ CALERO, F., Instituciones...cit., p. 452; VALERI, G., op. cit., p. 179.

La jurisprudencia italiana también ha insistido en esta peculiaridad del suministro, en numerosas ocasiones, por

ninguna otra para satisfacer la manifestación completa de la necesidad que se exterioriza. Sin embargo, al responder a un interés que va brotando repetidamente, pero que es uno sólo, y que lleva en sí mismo la exigencia de una seguridad en la satisfacción continua y periódica, al integrarse todas las prestaciones en una misma función socio-económica y jurídica, no se puede negar, junto a determinados grados de autonomía, que también hay un estrecho vínculo entre todas ellas. Esta dialéctica: autonomía-dependencia, se reflejará a lo largo de todo el régimen jurídico del suministro y, como veremos, de forma acusada en la regulación del incumplimiento.

Este especial efecto de la duración en el objeto de la

ejemplo: Corte d'appello di Milano, 27-XII-1937, en Il Foro de la Lombardia 1939, pp. 386-395; Corte di Cassazione, 10-I-1939, en Riv. dir. comm., 1939, II, pp. 512-513; Corte di Cassazione, 17-VI-1940, en Riv. dir. comm. 1941, II, pp. 225-226; Cass., 10-V-1951, en Riv. dir. comm. 1951, II, pp. 370-373; Cass., sez. I, 4-VI-1955, n. 1713, en Giust. civ. 1955, I, pp. 1831-1834; Corte d'appello di Bologna, 28-IV-1955, en Mon. Trib., 1955, pp. 287-288; Corte d'appello di Milano, 5-VI-1955, en Mon. Trib., 1955, pp. 417-418; Tribunale di Napoli, sez. VII, 17-I-1961, n. 159, en Dir. Giur., 1961, pp. 610 y ss.; Corte d'appello di Genova, 8-V-1963, n. 490, en Riv. Giur. degli idrocarburi 1964, pp. 31-39; Cass., sez. I, 22-XI-1971, n. 3371, en Giust. civ. I, 1972, pp. 18-35; Corte d'appello di Milano, 29-III-1974, en Vita Notarile, 1974, pp. 909-915;; Tribunale di Napoli, sez. XI, 13-IV-1974, n. 5142, en Dir. Giur., 1976, pp. 288-291; Corte d'appello di Milano 3-X-1978, en Giur. Mer., 1979, I, pp. 861-863.

También en esta línea se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en algunas ocasiones. Entre ellas destacamos: S.T.S. 11-VI-1919 (Col. Leg. n. 92), 27-V-1949 (R.A. 719); 29-X-1955 (R.A. 3090); 28-I-1967 (R.A. 420); 16-VI-1967 (R.A. 2921); 20-XII-1967 (R.A. 1102); 21-V-1976 (R.A. 2306); 26-VI-1976 (R.A. 3111); 22-XII-1982 (R.A. 7976); 16-VI-1984 (R.A. 3246), 20-V-1986 (R.A. 2734).

obligación, a su vez, permite distinguir distintos tipos de prestaciones según queden configuradas por el tiempo. Fundamentalmente se pueden observar dos tipos:

a) Un primer tipo constituido por una serie de prestaciones que se repiten continuadamente por un cierto tiempo. Prestaciones que se realizan ininterrumpidamente, "quotidie et singulis momentis", sin solución de continuidad (235).

b) Un segundo tipo constituido por la llamada "prestación periódica". Es aquella que se descompone en tantos autónomos actos de ejecución, repetidos en el tiempo a periodos fijos o variables. El término periódico, debe entenderse en el sentido de equivalente al de reiterado, de forma que comprenda en todo caso la repetición de prestaciones, ya sea a intervalos de tiempo constantes, o variables, según las necesidades del suministrado (236).

Existe una diferencia estructural entre prestaciones instantáneas reiteradas y las continuas: las instantáneas se repiten con alguna diferencia en cuanto al tiempo, lo que les concede una cierta individualidad y un particular y relativo grado de autonomía, que por lo menos permite su enumeración.

235) COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 110.

236) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 139.

Las prestaciones continuas no son susceptibles de una medición analítica de su efectiva cantidad sino haciendo referencia a una unidad de tiempo y a su duración (237).

Esta diversa estructura aparente hace que algunos autores hablen de pluralidad de prestaciones en el suministro periódico, y de una prestación en el continuo, y, sin embargo, otros autores señalan también una pluralidad de prestaciones en el continuo en función de la sucesión de la unidad de tiempo que se usa para cuantificar la prestación a efectos de ir ejecutando la contraprestación (238).

Consideramos que no saldríamos de esquemas abstractos y conceptuales, si nos adentrásemos en una diferenciación más o menos nítida y precisa de prestaciones continuas y periódicas en cuanto a su pluralidad o unidad. Se consideren de una u otra forma serán objeto del mismo tratamiento jurídico, y las peculiaridades de éste responden al papel del tiempo en la obligación, no en la prestación.

Nos encontramos, a nuestro juicio, por razones de lógica

237) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 140.

238) DONATI, A., op. cit., p.; GRECO, P., Lezioni di Diritto commerciale. I contratti. Vendita, riporto, contratto estimatorio, somministrazione, appalto. Roma 1955, pp. 274-275; OSTI, G., Appunti...loc. cit., p. 484; SCALFI, op. cit., p. 209; STOLFI, M., Appunti...cit., pp. 838 y ss.

y por huir de desmenuzamientos artificiosos e inoperantes, en el suministro continuo, con una sola prestación, aunque de forma imaginaria se divida a los efectos de ir estableciendo la correlativa contraprestación. Sin embargo, nada cambia por considerar, en esta figura, una pluralidad de prestaciones, pues la unidad de todas ellas está basada en la unidad de obligación. Esta última afirmación, igualmente, se puede referir a las periódicas.

En cuanto a su tratamiento jurídico, es también indiferente el que se considere una prestación o varias, ya que lo que hay que tener en cuenta es, en qué medida esa prestación ha encontrado su correlativa contraprestación, y por tanto ha habido un efecto solutorio. Tendrá importancia a la hora de que las partes determinen cómo quieren que se vaya actualizando la exigibilidad de la obligación. En este caso, será importante la cadencia de términos que ellos fijen (en cualquier momento que quiera el suministrado, sin previo aviso, con aviso, periódicamente, etc...), sin necesidad de determinar nítidamente si se trata de momentos de exigibilidad de una sola prestación, o términos de diversas prestaciones.

Los límites se difuminan al observar casos que se desarrollan en la realidad jurídica: ¿en base a qué se puede señalar que es continuo un contrato en el que un suministrado

puede tomar la energía eléctrica que quiera y cuando quiera, y no un contrato de suministro de materias primas en el que la entrega se hace cuando lo pida el suministrado? Podrían señalarse criterios como la necesidad de petición, etc... pero que al observarse en los casos concretos nos evidencian la debilidad de que adolecen.

COTTINO señala que, aunque la distinción parece conceptualmente correcta, puede presentar sin embargo alguna dificultad en la aplicación concreta, ya que prácticamente no existe, excepto en el caso de obligaciones negativas, una prestación exigida sin solución de continuidad. Estima que la idea de continuidad no es necesariamente un dato de la realidad física (239). De ahí que algunos autores hayan hecho más hincapié, al referirse a los suministros con obligaciones continuas, en que esta continuidad reside en la constante puesta a disposición más que en la efectiva realización de la prestación sin solución de tal continuidad (240).

B) Otro efecto del tiempo sobre la prestación consiste en que ésta es determinada en función de la duración. La determinación cuantitativa esta informada por el tiempo.

239) COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 111.

240) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 135 y ss.; SANGIORGI, S., op. cit., p. 67.

La duración funciona como nota individualizadora de la prestación y no sólo como modalidad de ésta (241).

Las prestaciones se determinan en su entidad cuantitativa en función de la duración y no ésta en función de aquella.

La entidad de la prestación depende del tiempo, a mayor tiempo corresponde mayor utilidad del contrato para los interesados, y, también, mayor cantidad de prestación.

Y ello ocurre, tanto si nos encontramos ante un contrato de suministro continuado, como periódico. en este segundo caso, el tiempo mide la repetición, el número o la cantidad de prestaciones. Y ello está íntimamente ligado al interés duradero que se pretende satisfacer con el suministro (242).

241) CORRADO, R., voz: Somministrazione...loc. cit., pp. 885-886; DALMARTELLO, A., I contratti...cit. p. 475; FERRI, G., Vendita...loc. cit., p. 381; HURTADO IZQUIERDO, R., op. cit., p. 20; DE MARINO BORREGO, R. M., El suministro...cit., p. 33; DE MARTINI, A., Vendita a consegne ripartite...loc. cit., p. 670; Idem, voz: Obbligazione...cit., pp. 657-658; MESSINEO, F., voz: Contratto...cit., p. 927; OPPO, G., I contratti di durata...loc. cit., 1943, I, pp. 148, 165, 169-174; OSTI, G., Appunti...loc. cit., p. 482; Idem, voz: Contratto...cit., p. 67; SANGIORGI, S., op. cit., pp. 7-8, 21; STOLFI, M., Appunti...cit., pp. 838, 864; TORRES VASQUEZ, A., op. cit., pp. 41 y ss.

242) El tiempo no sólo influye en la determinación cuantitativa de la prestación que hemos llamado (vid. notas 120 y 121) "prestación informadora del tipo", sino, que, lógicamente, también condiciona la determinación cuantitativa total de la contraprestación. Esta, normalmente, consistirá en una prestación de dinero. Además, se pueden observar

C) También afecta el tiempo a la prestación en otro sentido.

Estamos ante una prestación que, o se realiza de forma continua, o se repite sucesivamente. Es decir, se trata de una prestación que se realizará varias veces, en algunos casos sucesivamente, sin apenas solución de continuidad y en otros casos se irá repitiendo la prestación a determinados intervalos de tiempo. De ahí que hablemos de pluralidad de prestaciones.

Al tratarse de una necesidad que se prolonga en el tiempo, se precisa también una respuesta a esa necesidad que dure como dura ésta. De modo que, si la necesidad se manifiesta repetidamente o continuamente como se había previsto, la correspondiente prestación que viene a cubrir esa necesidad también se repite o se realiza continuamente.

algunos efectos específicos del tiempo sobre el precio. En la práctica, al prolongarse en el tiempo la ejecución y el cumplimiento del contrato, el objeto de éste puede sufrir oscilaciones en cuanto a su valoración económica, lo que lleva a variaciones en el precio a lo largo del contrato. Cuestión, ésta, que, aunque no depende directa e inmediatamente de la duración, si es en esta situación en la que se produce. Todo ello tiene importantes consecuencias en épocas de inflación, dando posibilidad a especulaciones. En el suministro se pactará un precio, conforme al cual se debe cumplir la contraprestación, variándose en los casos y en la medida pactados expresamente por las partes contratantes, según tarifas impuestas o autorizadas, o recurriendo a otros cauces jurídicos como supone la cláusula "rebus sic stantibus". Siempre supondrá, de todas formas, una situación diversa del que debe concluir un nuevo contrato cada vez que tiene necesidad de una prestación.

La misma existencia de pluralidad de prestaciones que se repiten o que se realizan continuadamente nos indica que todas las prestaciones concretas deberán ser iguales o similares (243), o que cada momento aislado de la continuidad de prestación debe tener el mismo objeto o similar.

Todo lo cual nos hace pensar que el objeto de una prestación no puede ser diverso de los otros. Ello requiere que este objeto (cuando lo sea de una prestación de dar (244)) forme parte de un grupo en el que haya otros idénticos a él, que puedan ser objeto de las sucesivas prestaciones o momentos de la continuidad de la prestación. Esta idea de grupo de idénticos objetos nos lleva a entender que las obligaciones del suministro, cuando sean obligaciones de dar, siempre deben ser genéricas (245). Podrán pertenecer a un

243) FERRI, G., Vendita...loc. cit., p. 463.

244) Señalamos esta posibilidad sin que por ello excluyamos que pueda el suministro tener prestaciones de hacer. Esta cuestión la abordaremos en el capítulo siguiente.

245) vid. BROSETA PONT, M., Manual...cit., p. 411; CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 140, 148; COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 112; Idem, Diritto...cit., p. 398; ENNECCERUS, L., Derecho de Obligaciones, en Tratado de Derecho civil por L. ENNECCERUS, T. KIPP Y M. WOLFF, 11ª ed. revisada por H. LEHMANN, trad. de la 35ª ed. alemana por B. PEREZ GONZALEZ Y J. ALGUER, T. II, vol. II, 1ª parte, 3ª ed. con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas de J. FERRANDIS VILELLA, Barcelona 1966, p. 23; FULA, E., op. cit., p. 170; GASTAÑAGA E IBARRA, op. cit., p. 58; GARRIGUES, J., Tratado...cit., pp. 419-420; GIANNI, T. C., loc. cit., p. 369; LANGLE Y RUBIO, E., La compraventa...cit., p. 612; SANCHEZ CALERO, F., Instituciones...cit., p. 452; VICENT CHULIA, F., op. cit., pp. 169 y ss.

género más o menos dilatado pero siempre serán genéricas. Pues, "lo que caracteriza la obligación genérica es que la cosa o el servicio objeto de la prestación está determinado por la pertenencia a un género" (246) y por "género se puede entender cualquier categoría de cosas en la cual queda comprendida una pluralidad más o menos amplia" (247). Además es "nota distintiva del género en sentido jurídico la homogeneidad de los elementos que lo componen" (248).

Estamos ante una prestación que se prolonga en el tiempo y su objeto siempre es el mismo o similar, o, ante unas prestaciones iguales entre sí, con la única diferencia de su localización temporal, pues no pueden, por la propia estructura del contrato, realizarse simultáneamente sino sucesivamente. De la continuidad e identidad del interés que la relación de duración satisface, desciende la identidad de las diversas prestaciones en la hipótesis de ejecución reiterada, o cuanto menos su equivalencia (249).

Por lo tanto nos encontramos ante obligaciones genéricas cuya función económica encuadra coherentemente con la función

246) SANCHEZ CALERO, F. J., Las obligaciones genéricas, en R.D.P. 1982, p. 644.

247) DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos...cit., vol. I, p. 494.

248) DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos...cit., vol. I, p. 495.

249) OPPO, G., I contratti...loc. cit., 1943, I, p. 229.

económica característica del contrato de suministro. Como hemos visto, la función económica del suministro es responder y dar satisfacción a un interés duradero, que se prolonga en el tiempo, en cuanto se manifiesta continua o periódicamente. Ello supone que la necesidad o el interés se cubrirá con un bien perteneciente al conjunto de objetos similares con los cuales se realizarán las prestaciones sucesivas. Es decir, que "el interés del acreedor queda satisfecho con cosas pertenecientes al género, sin necesidad de que, queden en el momento de constitución de la obligación individualmente determinadas las que habrán de prestarse" (250), en cada momento concreto de la sucesión.

Es, además, muy ilustrativo lo señalado por DIEZ-PICAZO al observar que "es claro que éste es el tipo" -el de las obligaciones genéricas- "normal de obligaciones en las operaciones de comercio al por mayor. Hoy en día se encuentra también muy extendido en operaciones de comercio al por menor o al detall, en las cuales, merced a un fenómeno de producción en masa, existen multitud de objetos de características idénticas" (251).

Una vez afirmado que nos encontramos ante obligaciones genéricas, puede surgir la duda de si también nos encontramos

250) DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos...cit., vol. I, p. 495.

251) DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos...cit., vol. I, p. 495.

siempre ante cosas fungibles, dada la relación que entre estas dos categorías se ha puesto de relieve por la doctrina.

Nos introducimos en esta cuestión con la falta entre los autores de un concepto unánime y claro de lo que es cosa fungible.

Nuestro Código parece que confunde las cosas fungibles o infungibles con las cosas consumibles o no consumibles.

En el Derecho común parece que prevaleció la idea de que las cosas fungibles son aquellas cosas muebles que para su tráfico se determinan, normalmente, por su número, peso o medida. Esta línea parece haber seguido nuestro C.c. en alguna de sus normas (arts. 1196.2, 1452, 1740) (252). Este criterio para determinar lo que es fungible o no, ha sido criticado por gran parte de la doctrina (253).

La mayor parte de la doctrina "esta de acuerdo en que fungibilidad significa sustituibilidad, es decir, aptitud de

252) También es seguido por el BGB, que en su art. 91, señala expresamente: "Cosas fungibles, en el sentido de la ley, son las cosas muebles que en el tráfico suelen ser determinadas según número, medida o peso".

253) Vid. BIONDI, B., I beni, 2ª ed., en Trattato di Diritto civile italiano, dirigido por F. VASSALLI, vol. IV, T. I, Torino, 1956, p. 51; COSSIO, A., La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas, en A.D.C. 1953, p. 612; ZARRELLI, A., Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione, Napoli 1969, pp. 24 y 25.

las cosas para ser recíprocamente sustituidas unas por otras.

La sustituibilidad es la consecuencia de la identidad, económica y social, de las cosas comprendidas dentro de una determinada categoría" (254).

Sin embargo, partiendo de estas ideas algunos autores consideran que genericidad y fungibilidad son categorías idénticas o sinónimas (255).

La mayoría de la doctrina piensa que se trata de conceptos distintos. La fungibilidad supone una característica objetiva de algunas cosas, mientras que la genericidad es una clasificación subjetiva (256).

254) SANCHEZ CALERO, F. J., Las obligaciones...loc. cit., p. 648.

255) Vid. BARBERO, D., Sistema...cit., vol. I, pp. 221 y ss.; BARASSI, L., La Teoría...cit., vol. I, pp. 246 y ss.; DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos...cit., vol. I, p. 496; GHIRETTI, P., Genericità e fungibilità nell'obbligazione, en Riv. dir. comm., 1974, pp. 265-267.

256) BONET RAMON, F., La prestación y la causa deuditoria, en R.D.P. 1968, p. 218; CAFFARENA LAPORTA, J., El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas, en A.D.C. 1985, p. 913; COSSIO, A., La transmisión...loc. cit., p. 612; ENNECCERUS, L., Derecho...cit., T. II, vol. I, p. 30; GARCIA VALDECASAS, A., Obligación genérica y cosa fungible, en A.D.C. 1948, pp. 1560 y ss.; HERNANDEZ GIL, A., Obras...cit., T. III, p. 77 y ss.; LARENZ, K., Derecho de obligaciones, T. I, trad. por J. SANTOS BRIZ, Madrid 1958, p. 162; VON THUR, A., Tratado de las obligaciones, trad. por W. ROCES, T. I, Madrid 1934, pp. 41-43.

Otros autores niegan esta característica objetiva a la cualidad de fungibilidad o infungibilidad, y consideran que supone fundamentalmente una valoración subjetiva que opera en el momento del cumplimiento (257).

Ante estas dos posiciones, algunos autores (258) partiendo también de ese concepto inicial de fungibilidad como sustituibilidad, consecuencia de la identidad económica y social de las cosas que integran una cierta categoría, señalan que esta cualidad de las cosas en sí mismas puede "ser alterada cuando tales cosas pasen a ser objeto de una relación obligatoria. La voluntad de las partes puede convertir una cosa fungible en infungible" y, sin embargo, "no puede, por el contrario, convertir en fungible cosas que socialmente y económicamente no lo son".

SANCHEZ CALERO deduce de lo anterior que pueden ser determinadas genéricamente tanto las cosas fungibles como las no fungibles. Luego, la genericidad es un concepto más amplio, y, además, distinto del de fungibilidad (259).

257) Vid. PANUCCIO, V., Obbligazioni generiche e scelta del creditore, Milano 1972, pp. 100-115; ZARRELLI, A., op. cit., pp. 79 y ss.

258) Vid. SANCHEZ CALERO, F. J., Las obligaciones...loc. cit., pp. 647-649 especialmente.

259) Las obligaciones...loc. cit., p. 648.

Enmarcamos nuestro razonamiento en esta última línea de distinción, pues consideramos que viene a dar respuesta a las dos anteriores.

Como hemos visto, en el suministro, siempre nos encontramos ante obligaciones genéricas. Y es conveniente no olvidar que, si bien al tratarse de prestaciones continuas o repetidas, normalmente habrá completa identidad económica y social de los bienes que comprenden la categoría de donde se extraen las cosas para cumplir las prestaciones (diferenciadas entre ellas, como mucho, en la determinación cuantitativa). Sin embargo, no se encuentran razones para excluir del suministro un contrato con pluralidad de prestaciones genéricas, pero en el que el género, del que han de extraerse las cosas que deberán entregarse, comprenda distintas calidades, y "se refiere, como dice KISCH, a deudas genéricas, en que el género determinado es tan amplio que comprende distintas categorías" (260). La posibilidad de este tipo de obligaciones genéricas nos lo pone de manifiesto el artículo 1167 del C.c. (261).

Luego, de acuerdo con el concepto de fungibilidad que hemos aceptado, podemos encontrarnos con suministros cuyas

260) CAFFARENA LAPORTA, J., La identidad...loc. cit., p. 915.

261) CAFFARENA LAPORTA, J., La identidad...loc. cit., p. 914.

prestaciones tengan por objeto dar cosas no fungibles determinadas genéricamente. Pertenecen a un género integrado por cosas de diferentes calidades, lo que hace, precisamente, que sean infungibles (262).

Y, además, esta diferencia de calidad no es contradictoria, consideramos, con la continuidad o repetición del suministro, pues no estimamos que se requiera una

262) MARIN MARIN, S., op. cit., pp. 108 y ss., ha mantenido, sin embargo, la posibilidad de un suministro (con prestación de dar) de cosa específica ya que señala que puede tener el objeto del contrato lo que él denomina "fungibilidad idealizada". Expresamente advierte este autor: (op. cit., pp. 109-110), "cuando se contrata o encarga una serie repetida de cosas cuya unidad se refiere a un tipo, si bien este tipo y su resultado, la cosa, no tienen para el comercio en general, no para las personas que están más allá de la linde del contrato, circunstancia y esencia de fungibilidad, es lo cierto que este tipo permite una serie, permite una repetición, permite la consideración de una fungibilidad idealizada entre las partes contratantes, que da lugar a que el contratista pueda sustituir uno de los resultados, una de las cosas, por otras, si la primera no se aviene al modelo y, en consecuencia, determina el alumbramiento de la fungibilidad. Por lo tanto, si no frente a terceros, entre las propias partes, la fungibilidad idealizada permite la configuración del contrato de suministro, puesto que permite la entrega de prestaciones sucesivas o periódicas sobre cosas que no existen, pero que hacen posible la composición de serie, de repetición a través del tipo." A pesar de estas palabras, consideramos que la misma idea de fungibilidad idealizada nos conduce a la idea de grupo formado de cosas que, aunque objetivamente no sean iguales o similares, como señala el propio autor, forman un tipo que permite una serie, y en cuanto que forman un tipo, suponen un conjunto que se agrupará en función de alguna característica común que lo determine, ya que no se pueden poner las partes de acuerdo sobre la cosa que se deberá entregar cada vez que se deba cumplir una prestación. Esto hará que la obligación de entregar sea genérica.

En definitiva, supone volver a afirmar que puede haber obligaciones no fungibles pero si genéricas.

identidad total y completa. Bastará una homogeneidad, una similitud, que ya, como hemos visto, debe existir en las obligaciones genéricas, incluso integradas por varias calidades. Por ejemplo una hipótesis de este tipo sería la siguiente: una bodega o un distribuidor de vinos puede celebrar con un restaurante un contrato de suministro de vinos de los que él distribuye, y una prestación puede ser de un tipo de vino y las demás de otros según las necesidades del suministrado.

CAPITULO IV: SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO. AMBITO
OBJETIVO DEL CONTRATO.

INTRODUCCION

Una vez que hemos estudiado la estructura del contrato de suministro, vamos a examinar la naturaleza de la prestación, para poder centrarnos posteriormente en los problemas que plantean las hipótesis de incumplimiento de este contrato, y correspondientes reacciones del ordenamiento jurídico. De esta manera, nos proponemos concretar aún más el tipo de obligaciones existentes en esta figura negocial, que hemos ido contemplando desde diversos puntos de vista.

Para analizar la naturaleza de la prestación, ya que no es un contrato tipificado legalmente, vamos a realizar primero un estudio de la cuestión en el Derecho comparado, pues algunos de los sistemas de otros países se han planteado ya el problema. Posteriormente nos centraremos en nuestro ordenamiento jurídico.

Comenzamos, por tanto, con el estudio de los derechos que podemos considerar más o menos próximos al nuestro. Haremos un breve y rápido repaso histórico de la evolución del contrato de suministro en estos ordenamientos, para llegar a comprender con más claridad las soluciones a las que han llegado en dichos países.

I. EVOLUCION HISTORICA

El primer autor que hace un análisis monográfico sobre este contrato, Mossa, al comenzar el estudio de sus antecedentes, ya advierte que una indagación histórica sobre el suministro encuentra, únicamente, pocos materiales y aislados (263). Sin embargo este mismo autor, a pesar de que la regulación de este negocio jurídico supone una gran laguna en las legislaciones de principios del siglo XX, afirma que el suministro no era ignorado en ninguna sociedad civil, ni siquiera organizada rudimentariamente, y deduce esto del hecho de que toda sociedad tiene un complejo de necesidades que no pueden satisfacerse sin la intervención de personas auxiliares, necesidades que se repiten, como el proveerse de víveres, vestidos etc... a ejércitos, o enfermos, u otros grupos humanos.

Mossa considera que se poseen datos suficientes para pensar que los primeros contratos de suministro, fueron celebrados por el Estado y que este contrato era conocido en toda sociedad organizada.

Del suministro en la época romana han llegado exclusivamente vagos ecos, y por ello algunos autores han

263) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 20.

negado su existencia en este tiempo, pero Mossa señala que el silencio de las fuentes respecto de este contrato no nos puede llevar, sin más, a negarlo, porque para negar la existencia de este negocio, incluso como hecho, es necesario señalar las razones que pudieron hacerla inútil o que impidieron su surgimiento (264).

Lo que sí parece más probable es que la mayoría de los contratos de suministro que se celebrasen tuviesen un carácter público, de abastecimiento al ejército, o para la ejecución y mantenimiento de las grandes construcciones de la época republicana, o para el funcionamiento de servicios públicos. Cuando aún la producción era limitada y artesanal, y, sobre todo, no habían cobrado empuje figuras de tipo asociativo que sostuviesen una organización privada poderosa y estable como para ser objeto de necesidades duraderas, el contrato de suministro, aun existiendo, por que, sin duda, necesidades duraderas existían, entre particulares no sería, en la realidad, tan usual como entre la Administración y los particulares. Estas circunstancias explican, además, el hecho de que el suministro fuese generalmente excluido de ordinarios controles judiciales y poco considerado por los jurisconsultos, lo que trae como consecuencia, a su vez, la

264) MOSSA, R., Il contratto...cit., pp. 22 y 23.

falta de constancia documental (265).

De la historia medieval de los contratos comerciales se poseen pocos documentos. El Derecho intermedio configura la categoría de los contratos de tracto sucesivo, como aquellos "qui habent tractum succesivum et dependentiam del futuro" y el suministro encuentra un marco más definido donde encuadrarse.

En este período, MOSSA observa que, en los países germánicos, sin embargo, se afirma una forma de contrato, considerada como venta, de la cual deriva, a su parecer, el contrato de suministro en derecho germánico; es "la venta con entrega o a suministro" ("Vorkoft"), que se caracteriza por que la entrega de la cosa siempre se realiza posteriormente a la celebración del contrato y posterior, también, generalmente, es el momento en que el vendedor se encuentra en posesión de la cosa que deberá entregar (266).

Mossa, analizando los antecedentes del suministro, estudia cómo se desarrolla, sobre todo, "la venta con suministro con riesgo marítimo", en la que el riesgo era para el enajenante. Las normas que se conservan concernientes a

265) DE MARINO BORREGO, R. M., Análisis...loc. cit., pp. 32-33; MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 25.

266) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 28.

este contrato son, en general, de índole prohibitiva, pues se advierte hostilidad a esta innovación que aparecía como una venta de cosa ajena. Incluso observa la existencia de auténticos suministros de títulos que preceden a las formas modernas de los negocios de bolsa (267).

En opinión de Mossa, esta aparición del suministro, que encuadraba directamente el negocio en las materias sujetas a los juicios mercantiles de las ferias y de los mercados, explica que no le venga asignada un apartado especial en la primera Ley Orgánica del comercio, es decir la Ordenanza francesa del 1673. Además, su persistente fisonomía de venta la incluirá fácilmente en el espacio que la Ordenanza dedicaba a la venta (268). Sin embargo, mientras el contrato no encontraba un reconocimiento oficial en la ley francesa, no tardaba en encontrarlo en una ley bávara de 1724 (269).

Incluso, el "Landrecht" prusiano (que entró en vigor el 1 de junio de 1794), vino a regular de forma particular el suministro, al cual le destinaban una combinación de normas

267) MOSSA, R., Il contratto...cit., pp. 30-33.

268) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 35.

269) Su vigencia duró hasta comienzos del siglo XIX. Esta ley se limitaba a regular la contratación de cerveza. Es decir, no tenía carácter general. Posteriormente se fueron dictando nuevas Ordenanzas (Ej: la de 25-IV-1811), que iban poco a poco regulando cada vez más aspectos de las relaciones entre los fabricantes, los cerveceros y el público.

del contrato de obra y de la compraventa. Sin embargo, ya se va perfilando un contrato en el que se tiene en cuenta la periodicidad en la ejecución y su carácter especulativo (270).

Más allá de estas dos aisladas normativas y basándose en los diversos significados que puede tener la noción técnico-económica del suministro, ya que no existe ningún punto de referencia positivo que lo delimite, algunos autores, estudiosos de estas cuestiones, han observado que se puede señalar en el siglo XIX y comienzos del XX una noción germánica y una noción latina de suministro (271), no necesariamente contrapuestas. Dos tendencias que valoran y ponen el acento, cada una de ellas, en aspectos diversos de esta figura negocial.

II. EL SUMINISTRO EN EL DERECHO COMPARADO.

II.1.-El Derecho alemán.

En esta línea, se observa una noción germánica, que se puede vislumbrar a través de los derechos regionales, y es, además, afirmada en el Código de Comercio General (1861), que destaca especialmente la circunstancia de que con el contrato

270) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 36 y ss.

271) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 4 y ss; MOSSA, R., Il contratto...cit., pp. 20 y ss, 28 y ss. y 46 y ss.

de suministro se pretende, normalmente subvenir a necesidades futuras, a garantizar prestaciones de cosas que se cumplirán en un futuro. Como ya hemos señalado, ventas, en las cuales raramente el vendedor en el momento de la celebración del contrato tiene la cosa objeto de la prestación y la entrega de ésta siempre se hará en un momento posterior. Así se va reafirmando la legitimidad de las ventas de cosas a término, incluso de cosas no actualmente en disponibilidad del vendedor (272).

Como vemos, por tanto, la noción germánica considera que el suministro supone siempre un traspaso de la propiedad de las cosas. Esta idea inspira y, además, es fortalecida por los escasos supuestos en los que el legislador se preocupa de este tema, así, el art. 271,2 del Código General de Comercio de 1861, entre los actos objetivos de comercio sitúa al suministro, y el parágrafo 1, n. 1, H. G. B., del 1897, el cual reconduce las cuestiones del suministro y de la venta especulativa, a la única categoría de "adquisiciones- (compras) para posterior reventa" (273).

272) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 5.

273) Se ha interpretado, en ocasiones, que el BGB "considera al suministro como una institución que abarca diversas figuras contractuales, y distingue entre el suministro de venta y el suministro de obra" (BADENES GASSET, R., op. cit., T. I, p. 79). Sin embargo, consideramos que esta terminología que nos viene dada por una traducción literal de las palabras en alemán, puede llevarnos a confusión. Lo que se ha traducido como "contrato de suministro de obra" (ENNECCERUS, L., Derecho...cit., T. I,

vol. II, p. 552), no se trata de un contrato en el que una parte esté obligada a realizar sucesivas prestaciones de obra sino de un contrato por el que una persona "se obliga a título oneroso a realizar una obra con material proporcionado por él mismo y a suministrar la cosa confeccionada al comitente... De acuerdo con esto, el derecho romano y común construía este contrato como compraventa y el Código civil parte, en principio del mismo punto de vista, por cuanto declara aplicable las disposiciones sobre la compraventa (§ 651, ap. 1)...sin embargo, al deber de construcción o confección que resulta de una compraventa semejante tienen que aplicarse por analogía, según los principios generales, ciertas disposiciones sobre el contrato de obra" (ENNECCERUS, L., Derecho...cit., p. 552).

Es decir, que nos encontramos con un contrato de obra con suministro de material, regulado en el párrafo 651 del C.c. Y al cual considera aplicables las normas de la compraventa y, en algunos casos y aspectos señalados, las del contrato de obra. Así, según el párrafo 651 BGB, si es fungible la cosa a fabricar con materia procurada por el empresario mismo para entregarla después, son aplicables las disposiciones sobre la compraventa, aunque si las normas de la compraventa tienen alguna laguna, cabe, en determinadas circunstancias, una aplicación por analogía de las normas del contrato de obra. "Si no es fungible la cosa que ha de hacerse con material a proporcionar por el propio empresario para suministrarla después, el concepto aplicable es ciertamente el de compraventa, pero las cuestiones relativas a la fabricación de la cosa y, en particular, a la responsabilidad por vicios de la cosa, traspaso de riesgo y deber de admitir o recibir la obra, se regulan por las normas del contrato de obra". El propio Enneccerus añade expresamente: "Dada esta notable diferencia, es conveniente y ha tomado ya carta de naturaleza el empleo de una denominación especial: contrato de suministro de obra (WERKLIEFERUNGSVERTRAG)" (ENNECCERUS, L., Derecho...cit., p. 553). De ahí que haya que tener en cuenta que, no obstante la terminología, no podemos considerar este contrato como un subtipo del suministro. A pesar de los términos usados no se quiere señalar una obligación de entrega periódica sino que se pretende indicar simplemente que el material necesario es proporcionado por la misma persona que debe entregar el resultado de la obra. Aún en el infrecuente caso de que se pueda observar un suministro, pues el constructor realiza entregas periódicas en función de las necesidades, y aún salvando la dificultad de poder señalar una necesidad de cumplimiento duradero, el contrato de suministro existiría de la misma forma que en cualquier otra hipótesis, independientemente de que posteriormente con todo lo

Es decir, la doctrina alemana, ya desde sus inicios, incluso contemporáneamente, sólo admite en el suministro una prestación de dar cosas con traspaso de la propiedad y una contraprestación consistente en un precio (274). En un principio, la concepción germánica del suministro ponía especialmente el acento en la característica de que el suministrador comenzaba a estar en posesión de las cosas que debía entregar después de celebrado el contrato, y, por lo tanto, el traspaso de las mismas también se hacía posteriormente. Sin embargo, hay que advertir que en la figura de suministro tal y como va siendo definida actualmente por los tratadistas, va cobrando cada vez más

entregado se haga una obra o no. O sea, que la prestación de trabajo sería independiente de lo que se conoce por suministro, pues la entrega de la obra se hace más allá del suministro y de una sola vez.

274) En esta línea podemos señalar además de los autores alemanes citados por CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 5 y ss; MOSSA, R., Il contratto...cit., pp. 21 y ss y 41 y ss, los siguientes: EMMERICH, V., Energielieferungsvertrag, en Gutachten Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd., III, Köln, 1983, p. 133; idem, Schuldrecht. Besonder Teil, Heidelberg, 1982, p.4; ENNECCERUS, L., Derecho...cit., T. II, vol. II, p.23; FIDENTSCHER, W., Schuldrecht, 6ª ed., Berlin 1976, p. 355; JAUERNIG, O., Bürgerliches Gesetzbuch, München, 1979, p. 236; MACARIO, F., La nuova disciplina tedesco-occidentale dei contratti di fornitura di energia, en Riv. dir. civ. 1985, I, pp. 353 y ss.; SCHMIDT-SALZER, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Bd. I, Heidelberg, 1981, parágrafo 6, n. 61.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de este país. Buena muestra de ello lo constituyen las sentencias: BGH, 2-VII-1969, en NJW, 1969, p. 1304 y BGH, 6-XII-1978, en NJW, 1979, p. 1305.

importancia la nota de la periodicidad, de la pluralidad de prestaciones sucesivas.

II.2.- Derecho francés.

Paralelamente a esta noción germánica se puede observar, como indicábamos, una noción que la doctrina ha llamado "latina" (275). Esta noción ha subrayado en el contrato de suministro, de forma particular, la característica de continuidad y reiteración de las prestaciones.

En 1807 el legislador francés se encuentra, una vez que ha sido abolida la organización corporativa en "métiers jurés" y es instaurado un sistema comercial libre, con el problema de determinar el ámbito de competencia de los tribunales mercantiles. Para ello, señala un elenco que contiene los actos y las empresas de cuyas cuestiones conocen estos tribunales en el "Code de Commerce" de 1808. Y en este elenco el legislador no ignora el fenómeno que estamos analizando y expresamente señala la "entreprise des fournitures" entre estas empresas (art. 632 n.6).

Inspirados en el "Code de commerce" francés, esta expresión de "empresa de suministro", y su breve aparición

275) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 6.

entre los actos que se reputan de comercio, aparece en otros Códigos, como el rumano de 1887 (art. 3, n. 7), el Chileno de 1867 (art. 3, n. 7), el mexicano de 1890 (art. 75, n.2), el belga de 1872 (art. 2), las Leyes de Excepción de las Dos Sicilias (art. 3) de 1819, los Códigos sardo y lombardo-veneto y los Códigos italianos de comercio de 1865 y el de 1882.

En un principio, la doctrina francesa incluye en esta categoría sólo el suministro de mercancías que el suministrador debe procurarse. Actividad de por sí comercial. Es decir, que se fijaba más en la operación, que sobre la idea de empresa.

Sin embargo, poco a poco, la convicción de que el elenco de actos que se consideran de comercio del art. 632 del "Code comm." era taxativo, en cuanto que establecía una norma que señala la competencia de una jurisdicción especial, lleva a la doctrina, consciente de las carencias de tal elenco, a buscar en su interior el "*locus minoris resistentiae*" para ejercitar una interpretación extensiva. Y la categoría que aparecía como la más factible para hacer entrar estos supuestos era la de "empresa de suministros", que termina por reagrupar, además de las hipótesis originarias, no sólo el suministro de bienes para usar y devolver, o de servicios

(276) sino, en general, todos los actos de difícil sistematización, pero, sin lugar a duda, comerciales (277).

Con posterioridad al "Code de commerce", no se realiza una regulación positiva de este contrato, lo que ha provocado que la mirada analizadora de la doctrina pasase sobre él sin detenerse, en numerosas ocasiones (278). También la jurisprudencia francesa sobre esta cuestión, advierte SEUBE, es rara. Este autor atribuye dicha escasez de decisiones jurisprudenciales a que los contratos de suministro, generalmente, contienen cláusulas de arbitraje que provocan que los conflictos sobre estas cuestiones, escapen a la jurisdicción ordinaria y es, también, la jurisprudencia limitada porque, en los supuestos en que ésta se pronuncia, lo hace sólo estrictamente sobre los puntos imprescindibles

276) En este sentido es muy significativo cómo G. M. PARDESSUS en la primera edición del Cours de Droit Commercial, Paris 1814, había limitado el suministro a una compra para revender y en la sexta edición (T. I, Paris 1856, pp. 169 y ss.) repite lo que había dicho, pero añade que la empresa de suministro puede tener como fin también un simple arrendamiento o tener por objeto un servicio público y pone como ejemplo una empresa de pompas fúnebres, y de iluminación de la ciudad.

277) DE NOVA, G., op. cit., pp. 178-179.

278) Esta indiferencia doctrinal ha sido constatada por CHAMPAUD, C., La concession...loc. cit., p. 467, y la ha justificado por la ausencia "de carácter y autonomía del contrato", ya que este autor considera que el suministro es una especie de la venta. SEUBE, A., op. cit., p. 6, observa, sin embargo, como causas de este fenómeno, por una parte la tendencia natural del jurista a subsumir el negocio en un tipo conocido y, por otra parte, la complejidad desconcertante del suministro.

para el caso concreto, dejando el resto de los aspectos del suministro a la sombra (279).

En Francia, pues, se puede observar una evolución poco lineal. El genérico concepto de "fournitures", su significado en la codificación y su extensión posterior, hacen que en la actualidad no exista unanimidad en la delimitación del contrato de suministro (280). De ahí que al lado de autores que definen este contrato solamente con una pluralidad de prestaciones idénticas a las de la compraventa (281), se pueden advertir otros que se han pronunciado en el sentido de definir las prestaciones del suministro como de dar la propiedad o el uso de ciertas cosas a cambio de un precio (282), e, incluso, autores que no restringen el objeto de las

279) op. cit., p. 14.

280) Al no ser regulado de forma autónoma, como hemos visto, no ha sido objeto de un estudio pormenorizado, y la mayoría de los autores cuando tratan esta figura contractual lo hacen con ocasión de la definición de "l'entreprises de fournitures" o "marché de fournitures", lo cual demuestra cómo se desplaza el centro de atención desde el contrato propiamente, a otra figura más amplia, de límites más difusos, comunicando así esta imprecisión al concepto de suministro.

281) CHAMPAUD, C., La concession...loc. cit., p. 467; WAHL, A., Précis Théorique et pratique de Droit commercial, Paris 1922, p. 31. Este último autor, muy influenciado por la doctrina alemana pone, incluso, el acento en la definición de suministro sobre la venta de objetos que todavía no se tienen.

282) JAUFFRET, A., voz: Acte de commerce, en Encyclopédie Dalloz, n. 177, p. 14; LYON-CAEN, C. H. Y RENAULT, L., Manuel de Droit commercial (y compris le Droit maritime), 14ª ed., Paris 1924, pp. 37 y ss.

prestaciones a las cosas sino que lo extienden también a las obras y a los servicios (283).

II. 3.-Derecho italiano.

En Italia este contrato ha sufrido una evolución muy peculiar. El código de comercio de 1865, primero y después el de 1882 incluyen en el elenco, que señala, de actos de comercio (art. 2, n. 3 del Cod. comm. 1865 y art. 3, n. 6, Cod. comm. 1882) la empresa de suministro ("imprese di somministrazione"). La doctrina y la jurisprudencia italiana, además de continuar concediendo el significado amplio que esta expresión recibía en Francia ampliaron todavía más el ámbito de la empresa de suministro, considerando incluido el contrato de hospedaje, las empresas para la limpieza de la nieve de las calles, las de pompas fúnebres, las de

283) GORÉ, F., Droit des affaires. Les commerçants et l'entreprise commerciale, Paris 1973, p. 69; GUYENOT, J., Les contrats de concession commerciale, Sirey 1968, p. 106; HAMEL, J., y otros, Droit commercial, T. I, vol. I, 2ª ed. Paris 1980, p. 257; JUGLART, M. de, IPPOLITO, B., Cours de Droit commercial, vol. I, 5ª ed., Paris 1974, p. 105; MERCADAL, B., Introduction a la pratique du Droit des affaires, Paris 1975, p. 82; RÉAU, R., RONDEPIERRE, J., Petit dictionnaire de droit, Paris 1951, pp. 809-810; VERGE, E., RIPERT, G., Répertoire de Droit commercial et des sociétés, T. I, Paris 1956, p. 14; SEUBE, A., op. cit., pp. 3, 87 y ss., 109 y ss.; RIPERT, G., Traité élémentaire de Droit commercial, 11ª ed. por R. ROBLOT, Paris 1933, p. 112, aunque define la empresa de "fournitures" con prestación de dar cosas solamente, reconoce que la jurisprudencia moderna considera que la "fourniture" puede consistir igualmente en prestaciones de servicios. En esta línea se puede señalar: Cass. com. 18-I-1966, D. 1966, 358.

iluminación de la ciudad, el suministro de agua, el de víveres a las tropas, etc...(284).

Consecuencia lógica de tan variado grupo de heterogéneas hipótesis reconducidas a la misma categoría, es que las definiciones que se dan de empresa de suministro se caracterizan por ser extremadamente genéricas (285).

En este mismo orden de ideas DE NOVA (286) nos señala otra segunda consecuencia, que consiste en que de esta forma "se atribuye la comercialidad, no tanto por la naturaleza de las diversas operaciones, sino por un fenómeno de empresa como actividad organizada". Toda la atención recae sobre la empresa de suministro, relegando el contrato a un segundo plano.

284) Ejemplos señalados por VIVANTE, C., Trattato di Diritto commerciale, 2ª ed., vol. I, Torino 1902, p. 112.

285) Así, por ejemplo, VIVANTE, C., Trattato...cit., vol. I, p. 113 define el titular de una empresa de suministro como aquel que "asume generalmente la obligación de entregar por un precio previamente convenido en época fija y normalmente periódica cosas o servicios, en propiedad o solo en uso". BOLAFFIO, L., Degli atti di commercio, en Il Codice di commercio commentato, vol. I, Verona 1902, art. 3, n. 6 p. 144, califica de suministro la empresa que, "a cambio de una contraprestación previamente fijada obliga su propia obra en provecho de los propios clientes, obligándose a suministrar a ellos aquellas cosas o servicios que son indispensables para la satisfacción de determinadas necesidades".

286) op. cit., pp. 179-180.

En definitiva, la doctrina consideraba dentro del concepto de suministro, contratos cuyas prestaciones tenían por objeto cosas, incluidas las energías, ya fuese con traspaso de propiedad o sólo de posesión, para gozar de la cosa y posteriormente restituirla, o incluso contratos con prestaciones que consistieran en un hacer (287).

a) Naturaleza de la prestación y autonomía contractual.

Las diversas hipótesis que se consideraban incluidas en la categoría de suministro, son clasificadas por la doctrina, en función de la naturaleza de las prestaciones, en suministros de cosas y suministros de servicios, y entre los primeros, se suelen hacer dos tipos de distinciones (usando terminología no siempre coincidente). Por una parte una distinción entre suministros para el consumo, y suministros para uso; y por otra, entre suministro con venta y suministro con arrendamiento (288).

ZINGARELLI explica que la diferencia entre suministro para venta y suministro para el consumo no se realiza por la índole de la relación jurídica contractual. El contrato es siempre el mismo, la compraventa, pero las modalidades y los efectos son diversos, según se trate de ventas puras y

287) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 6 y 7.

288) ZINGARELLI, R., op. cit., pp. 25 y ss. y N.D.I., pp. 615 y ss.

simples, o de consumo. "La diferencia entre las dos especies de suministro es esencialmente esta: el suministro con venta presupone una cantidad fija y predeterminada para cada vez". El suministro para el consumo "encuentra el límite en las necesidades del comprador, a menos que éstas no se hagan de tal entidad que aumenten desproporcionadamente el objeto de la prestación" (289). En cuanto a los suministros para uso y suministros con arrendamiento, "son suministros para uso", señala Marghieri (290), "los del chamarilero que suministra vestidos, trajes de disfraces y que, a veces, cuando el suministro se hace a teatros, asume la importancia de una verdadera y propia empresa de suministro, la del comerciante de muebles y tapices que decora salas y apartamentos, la del propietario de una biblioteca que suministra libros para leer, etc... Son suministros para arrendar, aquellos de los hoteleros".

Ante tan heterogéneo contenido, la doctrina mercantil intenta dar al contrato de suministro una configuración unitaria. Afronta la cuestión partiendo de la idea de que el tipo contractual se identifica por la naturaleza de la prestación principal. De esta forma la calificación que

289) ZINGARELLI, R., op. cit., p. 26.

290 MARGHIERI, A., Il Diritto commerciale italiano esposto sistematicamente, vol. II, Napoli 1887, nn. 1286 y 1287.

prevalece en la doctrina es la de contrato de obra (291).

Un paso decisivo en la evolución de la noción de suministro en Italia se produce con Mossa. Especialmente, a través del cambio de la perspectiva desde donde estudiar esta figura contractual, que fomenta este autor. Se distinguen, y se separan, la empresa de suministro del contrato de suministro, en el sentido de que hasta ese momento al referirse el código exclusivamente a la empresa de suministro, se había analizado solamente esta figura, dejando relegado lo que es propiamente el contrato. Y aunque en la doctrina ya se habían dado algunos pasos en este sentido, es Mossa quien profundiza esta cuestión y lo pone de manifiesto claramente (292).

291) BOLAFFIO. L., Degli atti...cit., pp.; ROCCO, A., Lezioni di Diritto commerciale, Padova 1913, p. 299.

En ello influyó decisivamente la incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de la electricidad (el considerarla o no cosa), lo que hacía que se le concediese un papel muy importante a la actividad de producción. De ahí, que numerosos autores calificaran el suministro de energía eléctrica como contrato de obra. Vid. por todos: AZZARITI, G., La figura del contratto di somministrazione dell'energia elettrica, en Giur. it. 1901, I, 1, c. 875; BARASSI, L., Ancora sulla natura del contratto per distribuzione dell'energia elettrica, en Mon. Trib. 1900, pp. 321 y ss.; BONFANTE, L., Comentario a la Sentencia: Cass. di Roma 14-V-1901, en Foro it. 1901, I, cc. 901 y ss.; Idem, Natura del contratto di somministrazione dell'elettricità, en Riv. dir. comm. 1904, II, pp. 497 y ss.; CARNELUTTI, F., Studi sulle energia come oggetto di rapporti giuridici, en Riv. dir. comm., 1913, I, pp. 354 y ss.

292) BOLAFFIO, L., Leggi ed usi commerciali, atti di commercio, dei commercianti, dei libri di commercio (art. 1 a 28 Cd. comm.), Torino 1935, pp. 274 y ss., aunque se propone

Mossa, separando el concepto de contrato de suministro de la empresa de suministro, analiza aquella figura y restringe su contenido, admitiendo de todas las hipótesis tan heterogéneas que se venían incluyendo en esta categoría, solamente las que suponen un traspaso de propiedad (293). Posteriormente cuando se plantea la naturaleza jurídica del contrato, se separa de la idea de que el tipo contractual se identifica por la naturaleza de la prestación principal. Expresamente lo califica de "método equivocado" (294) y pone el acento en la periodicidad de las prestaciones como índice de identificación del contrato de suministro (295). Advierte que "es necesario, por el contrario, poner en relación las prestaciones singulares con la periodicidad del contrato para poder juzgar si el contrato de suministro es un tipo por sí, o puede ser un aspecto, una combinación adaptable a diversos contratos....El hecho de la periodicidad lleva a una

distinguir netamente la empresa y el contrato de suministro, su estudio se hace fundamentalmente desde la perspectiva de la empresa.

Entre otros autores que han comenzado a destacar la diferencia podemos observar: D'AMELIO, M., loc. cit., pp. 591 y ss.; FRANCHI, L., Commentario al Codice di commercio, vol I, Milano 1900, p. 111; MONTESSORI, R., Intorno alle imprese di somministrazione, en Riv. dir. comm. 1911, II, p. 586.

293) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 121.

294) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 129.

295) MOSSA, R., Il contratto...cit., pp. 111-112.

modificación esencial de la relación que lo distingue de la venta, tal y como es regulada en la legislación" (296).

Sin embargo, esta evolución hacia el reconocimiento del suministro como contrato independiente y con individualidad autónoma, fomentada por el impulso de estudios como el de Mossa, se va a ver obstaculizada, pues prevalece en la doctrina de entonces la idea de que es la naturaleza de la prestación el elemento determinante del tipo. Partiendo, pues, de esta base se hace difícil separar el suministro como contrato distinto de aquellos, de los que toma el tipo de prestación. Esto hace que se entienda como una modalidad de la compraventa. Y de esta forma es considerado en los Proyectos de Código de comercio de Vivante de 1922 y en el de D'Amelio de 1925, en los que era contemplado el suministro en una sola norma (arts. 454 y 358 respectivamente).

Enmarcado en esta línea se encuentra también el Proyecto de Código unificado italo-francés de las obligaciones y de los contratos de 1925, en el que el suministro no era considerado autónomamente.

En la elaboración definitiva del Proyecto preliminar del Código de comercio (1941), se introduce un conjunto de normas (arts. 398 y ss.) que contemplan el suministro y que admiten

296) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 129.

la noción más amplia de este contrato, es decir, se incluyen prestaciones de cosas, con o sin traspaso de propiedad y de servicios.

Sin embargo, posteriormente, en la definitiva elaboración del Código civil aparece el art. 1559, que admite una noción más restringida, al señalar: " El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio a realizar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuas de cosas". Este artículo se complementa con el art. 1570 que expresamente dispone: " Se aplicarán al suministro, en cuanto compatibles con las disposiciones que preceden, también las reglas que disciplinan el contrato al cual corresponden las singulares prestaciones". Y con el art. 1677 por el que " si el "appalto" (297) tiene por objeto prestaciones continuas o periódicas de servicios, se observan, en cuanto compatibles, las normas de este Capítulo y las relativas al contrato de suministro".

Esta regulación ha sido valorada de distinta forma por la doctrina. Es decir, la normativa contenida en el art. 1559

297) No traduzco el término "appalto" ya que no tiene una exacta equivalencia con una expresión española. Los italianos observan una diferencia entre la "locazio opera" y el "appalto", aunque ambos contratos contengan una obligación de resultado. En España esta diversidad no se aprecia, por lo que, para evitar imprecisiones mantenemos el término en su idioma original.

del "Codice civile" y ss., que ofrece una noción de suministro limitada a los contratos que contengan prestaciones continuas o reiteradas de cosas, mientras que los contratos que tienen por objeto prestaciones continuas o reiteradas de servicios son considerados como subcategoría del "appalto", ha sido objeto de diferentes explicaciones y evaluación.

La doctrina considera que el legislador ha pretendido dar una mayor concreción a la categoría, puesto que se ha constatado en los contratos de suministro de cosa, una homogeneidad, que difícilmente se encuentra en la más amplia categoría de contratos de suministro de cosas y de servicios, especialmente en consideración a la múltiple variedad de servicios y de específicos problemas que la continuidad y la reiteración hacen surgir respecto de cada uno de ellos (298).

Sin embargo, se valora de distinta forma este intento legislativo.

Se puede observar una corriente doctrinal para la cual existen serias dudas sobre la oportunidad política y sobre el rigor lógico de la construcción de la nueva categoría, especialmente frente a la posible objeción de que se trate de

298) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 9 y ss.; COTTINO, G., Del contratto...cit., pp. 85 y ss.; GIANNATTASIO, C., La permuta...cit., p. 181.

una arbitraria delimitación conceptual, no respondiendo a una autónoma valoración normativa, pues el suministro de cosas y el de servicios permanecen todavía hoy sometidos a una misma disciplina, dado que el art. 1677 del C.c. relativo al "appalto" continuo o periódico de servicios, se remite a las normas del contrato de suministro, en cuanto compatibles.

El suministro de cosas está disciplinado, en su núcleo unitario, por las normas sobre el suministro, y en su contenido variable, en relación a la posible diversidad de las prestaciones, por las normas de los contratos de los que tales prestaciones son individualizadas. El "appalto" continuo o periódico de servicios es disciplinado por las normas del suministro, en lo que se refiere a la continuidad y reiteración de las prestaciones v, por las normas del "appalto" respecto a los aspectos dependientes de la particular naturaleza del servicio que se realiza.

De este modo, a juicio de esta corriente doctrinal, parece resultar una disciplina paralela de dos categorías de contratos, que divergen sólo en el nombre, lo cual en un tratamiento científico debería justificar una más amplia noción de suministro y la disolución del concepto en la más extensa categoría de contratos de duración, y las normas particulares deberían ser consideradas solamente con referencia a hipótesis específicas respecto de principios

generales.

Para estos autores, el término genérico de "prestaciones periódicas y continuas de cosas", hace referencia a una actividad que realiza el traspaso de la disponibilidad de ciertas cosas del suministrante al suministrado, y considera suficiente que el suministrante esté obligado a transmitir continuamente o periódicamente el poder de hecho sobre determinadas cosas, y que el suministrado tenga garantizado tal poder de hecho, no importa a que título. Por lo tanto, todavía tiene hoy sentido la diferenciación entre suministro de cosas para su consumo, y suministro de cosas para su uso.

Para esta posición doctrinal, el legislador ha delineado una figura de suministro, diversa de toda noción lógica, económica o legislativa, usando ampliamente y con dudosa oportunidad su arbitrio (299).

Frente a la opinión expresada, es posible advertir otra corriente doctrinal, para la cual merece una consideración distinta la forma de regular el suministro, contenida en el "Codice civile" (300). Estos autores estiman que hubiera sido inadecuada una disciplina rígida del contrato de suministro

299) Vid. CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 9 y ss.

300) COTTINO, G., Del contratto...cit., pp. 85-86.

ante la variedad de la fenomenología, pero también lo hubiera sido, y hubiera resultado dispersiva, una reglamentación que pretendiese incluir en un arduo intento clasificatorio todas las hipótesis que de algún modo pudieran ser reconducidas a la noción de suministro. No obstante, el "Codice civile" de 1942 no ha cedido a estas tentaciones y ha adoptado un criterio menos ambicioso, pero más eficaz y concreto, que permite conciliar la inamovilidad de las normas jurídicas con el dinamismo de la realidad económica. Este resultado, a juicio de Cottino, ha sido perseguido por el legislador de dos modos:

a) A través de un núcleo contractual suficientemente claro y reconocible, formado por normas que definen la especie típica del suministro. Normas que constituyen su disciplina marco, limitada a los aspectos del contrato que están en directa conexión con el carácter de duración y con la función de este negocio.

b) Y a través, también, de dos normas elásticas de conexión, los artículos 1570 y 1677 del C.c. La primera intenta integrar la disciplina del contrato en relación al variable contenido que pueda tener la prestación. La segunda realiza una remisión a las normas del "appalto" y del suministro, para regular la controvertida hipótesis del "appalto" periódico de servicios.

Consideramos que esta corriente doctrinal, con su

explicación y valoración de la normativa del "Codice", se aproxima decididamente a la problemática del suministro en la realidad, cambiante, herogénea y evolutiva, del tráfico jurídico, destacando los necesarios márgenes elásticos de una figura en la que estas características están presentes de forma determinante, huyendo, así, de clasificaciones estáticas que se adaptan mal a un contrato como el suministro. Insisten, además, en lo que, en definitiva, entendemos como la cuestión definitiva: la necesidad de restar importancia a la falta de una clasificación rígida. En este sentido, han puesto de manifiesto que "la posibilidad de aplicar la disciplina del suministro sin sacrificar las normas propias de los contratos a los que corresponden las singulares prestaciones, hace todavía menos determinante la elección. La elasticidad de las soluciones concretas suaviza el tecnicismo de la formulación inicial. Concilia la abstracción de la norma con la fluidez de las situaciones particulares, supera los inconvenientes que derivan de las interferencias con situaciones diversas, neutraliza en la práctica las incongruencias que descenderían de un férreo respeto a las distinciones, por las cuales jurídicamente una prestación periódica de cosa es suministro, una prestación de servicios es "appalto", cuando en términos económicos son prácticamente la misma cosa, evitando al intérprete resbalar hacia las más grises zonas de la atipicidad contractual"

(301).

Por otra parte, más allá de los elogios y críticas que ha merecido dicha normativa, es necesario destacar que el art. 1559 del C.c. es objeto de interpretaciones diversas, al señalar escuetamente como objeto de las prestaciones, cosas y precio. Así algunos autores consideran que sólo se admite dentro del suministro prestaciones de dar cosa en propiedad a cambio de un precio (302). Otra parte de la doctrina, sin embargo, solo incluye prestaciones de dar, pero admite que la cosa sea entregada transmitiendo la propiedad o solo el uso (303). Incluso algunos autores no limitan el objeto de la

301) COTTINO, G., Del contratto...cit., pp. 85-86. En esta misma línea, GIANNATTASIO (La permuta...cit., p. 181), al tratar sistemáticamente los artículos 1570 y 1677 C.c. observa que "esta especie de fluidez o de vasos comunicantes ha sido deliberadamente querida por el legislador, que no se ha preocupado del aspecto dogmático del problema y de dar, por eso a cada uno de los dos contratos una fisonomía bien definida, sino que ha puesto, sobre todo, su mirada en la necesidad de tener en cuenta la infinita variedad de contratos con los que viene asegurada una continuidad o periodicidad de servicios."

302) ETTORE, C., y RUSSO, G., op. cit., p. 549; FERRARA, L., op. cit., p. 280; GAETANO, G. P., op. cit., p. 223; GALGANO, F., op. cit.; MESSINEO, F., Manual...cit., p.; POGGI, M. E., Brevi considerazioni sul "contratto librario", en Giur. it., 1971, I, 2, c. 749; RUBINO, D., Natura del contratto per l'illuminazione pubblica di una città, en Giust. civ. 1960, I, pp. 192 y ss.; idem, La compravendita...cit., p. 375.

303) BELMONTE, G., y otros, op. cit., p. 67; CAGNASSO, O., La somministrazione...cit., p.; CASATI, E., y RUSSO, G., op. cit., p. 549; COTTINO, G., Del contratto...cit., p. 79; Idem, Diritto...cit., n. 127; DALMARTELLO, A., I contratti...cit., n. 17; FERRI, G., Manuale...cit., p. 746; GRAZIANI, A., y MINERVINI, G., op. cit., p. 195; GRECO, P.,

prestación a cosa para consumir o usar a cambio de un precio (304). Entre estos autores destaca CORRADO (305). Destaca, especialmente, el análisis que este autor ha realizado de una cuestión respecto de la que el legislador italiano guarda silencio y sobre la que raramente la doctrina se ha detenido: la clasificación de un contrato en el que una parte asume la

La compravendita...cit., p. 190; Idem, Lezioni di diritto commerciale. I contratti. Vendita, riporto, contratto estimatorio, somministrazione, appalto, Roma 1955, n. 154; LORDI, L., Istituzioni...cit., p. 167; MANGINI, V., RUDAN BRICOLA, M., op. cit., p.; MICHELON, G., op. cit., n. 2; PAVARIN, G., op. cit., pp. 653-654; RESCIGNO, P., op. cit., p. 792; SCHEGGI, R., op. cit., p. 109; STOLFI, M., Appalto. Trasporto, en Trattato di diritto civile, dirigido por G. GROSSO y F. SANTORO PASSARELLI, vol. V, fasc. IV, Milano 1961, pp. 11 y ss.; TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., op. cit., p. 588.

Incluso en esta línea se pronuncia la Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile en su parágrafo 683.

304) BURDESE, A., op. cit., p. 479, admite que la naturaleza de la prestación del suministro puede ser idéntica a la de la venta, el arrendamiento de cosa, el contrato de obra, e incluso la permuta. Este último tipo de prestación también es admitido por ALLARA, M., op. cit., p. 188.

GIANNATTASIO, C., La permuta...cit., pp. 310-313, al estudiar las normas a las que da entrada el art. 1560 señala las normas del "appalto", del comodato, del mandato, del arrendamiento, del depósito. En esta misma línea PERLINGIERI, P., Codice civile...cit., p. 854, señala con el mismo motivo las prestaciones y sus normas correspondientes de la venta, el arrendamiento y el depósito. MANCINI, T., loc. cit., admite también que en el suministro pueda haber una serie de prestaciones iguales a la que hay en un contrato de obra. Y en este sentido también se ha manifestado TAMBURRINO, G., op. cit., p. 397.

305) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 9 y ss., admite todo tipo de prestación. Reconoce que con la actual redacción del Código queda excluida la prestación de servicios, aunque para este autor esta regulación es criticable en cuanto a su coherencia y oportunidad.

obligación de realizar una cierta obra reiteradamente. Para Corrado, la tesis menos probable es aquella de quienes excluyen que subsista la posibilidad de un "appalto" que obligue a la reiteración de una determinada obra, señalando que aquel contrato en el que una persona se obliga a realizar no un único resultado, sino una pluralidad de resultados de un trabajo, no constituyen un contrato de obra, sino un arrendamiento de servicios.

Sin embargo, para este autor, el hecho de que el art. 1677 del "Codice" se refiera expresamente a los servicios, cuando en la regulación del "appalto" se ha preocupado el legislador de distinguir entre "appalto" de obra y de servicios, y en el suministro sólo habla de prestación de cosa, hace pensar que el suministro comprende toda hipótesis en que se haga una continua o periódica puesta a disposición de cosas, como consecuencia de una transmisión de la propiedad sobre las mismas, o por razones diversas. Y en su razonamiento CORRADO observa que la antigua doctrina italiana, cuando hablaba de suministro de cosas, se limitaba a poner de relieve que una parte se obligaba a procurar a la otra los medios para satisfacer la necesidad, que había determinado la demanda, y la expresión era aceptada por los que admitían sólo prestación de dar cosa en propiedad, o sólo en uso, y los que además, admitían la realización de una obra. También se basa este autor en la "Relazione al progetto

preliminare al codice di commercio" de 1941, la cual señala, refiriéndose al art. 398 del Proyecto, que contiene una noción de suministro, en lo que se refiere a esta cuestión, que ahora examinamos, idéntica a la actual, que con este artículo no se ha tomado ninguna posición entre las distintas interpretaciones sobre el objeto de la prestación de este negocio jurídico, y que, en definitiva, no es indispensable excluir unas determinadas hipótesis del conjunto de prestaciones posibles en el suministro (306).

La jurisprudencia italiana, al interpretar el art. 1559 del "codice civile", ha mantenido una línea bastante uniforme. En numerosas ocasiones ha señalado que el suministro, de acuerdo con el artículo antes citado, es un contrato de cambio, un contrato oneroso (307).

306) "No se ha podido pretender y no se ha tomado ninguna posición en torno a cuestiones más discutibles o de carácter dogmático. En este sentido, sobre la cuestión de establecer si las prestaciones de suministro deben reconducirse unitariamente al tipo de la venta o a aquel del contrato de obra. Probablemente la noción no es indispensable, ni desde el punto de vista lógico, ni muchos menos por exigencias prácticas. En base a la variada naturaleza de las prestaciones, el contrato de suministro puede concebirse según una u otra hipótesis. Y ni siquiera se pueden excluir figuras más complejas, en las cuales a la venta o el contrato de obra se asocien, e incluso, figuras en las que prevalezca el arrendamiento de cosa" (Cfr. parágrafo 83) (CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 9-15).

307) En esta línea se pueden observar, por ejemplo, las siguientes sentencias: Cass., 9-I-1970, n. 61, en Giur. it. 1971, I, 1, c. 1500; Corte d'appello di Bologna, 28-V-1969, en Giust. civ. 1970, I, pp. 1116-1117; Corte d'appello di Milano, 5-VI-1955, en Mon. Trib., 1955, pp. 417-418; Tribunale S. M. Capua Vetere, 10-VI-1957, en Giur. it. 1958,

También ha insistido la jurisprudencia italiana en que el objeto de la prestación del suministro es la entrega de cosas, sin especificar con traspaso forzoso de propiedad, como tampoco lo hace el "Codice civile". Todo ello ha inducido a la doctrina de este país a pensar que cuando la ley no especifica, el intérprete no debe restringir el contenido de dicha disposición normativa (y en este caso de dicha decisión jurisprudencial) (308). De forma reiterada la jurisprudencia italiana ha advertido que la obligación del suministro, siempre, es de dar cosas y no le interesa a las partes contratantes el proceso de producción o fabricación de dichos bienes (309). En este mismo sentido la jurisprudencia se ha preocupado mucho en poner de manifiesto que los servicios, la prestación de "hacer" no forma parte del objeto

I, 2, c. 554; Corte d'appello di Roma, 13-VII-1957, en Giust. civ. Mass. app. 1957, p. 118.

308) En esta línea se pueden observar: Cass., 13-IX-1969, n. 3107, en Giust. civ. Mass. 1969, p. 1594; Corte d'appello di Bologna, 28-V-1969, en Giust. civ. 1970, I, pp. 1116-1121; Corte d'appello di Bologna, sez. I, 10-II-1962, en Temi 1962, pp. 153-160; Tribunale di Napoli, 13-IV-1974, en Dir. Giur., 1976, p. 288.

309) Así se afirma en: Cass., sez. I, civ., 4-III-1931, en Giur. it. 1981, cc. 494-495; Corte d'appello di Genova, sez. I, civ., 8-VI-1968, n. 360, en Riv. Giur. degli idrocarburi, 1969, pp. 369-373; Corte d'appello di Bologna, sez. I, 10-II-1962, en Temi 1962, pp. 153-160; Corte d'appello di Bari, 20-IV-1951, en Giust. civ. 1952, p. 743; Tribunale di Roma, 20-VI-1967, en Riv. Giur. degli idrocarburi 1967, p. 341.

del suministro (310).

II.4.- Derecho peruano.

El Código civil peruano de 1984 ha regulado autónomamente el contrato de suministro, para lo cual se ha seguido muy de cerca la normativa contenida en el "codice civile" italiano (311). En esta línea, define el art. 1604 dicho contrato considerando objeto de la obligación de suministrar, prestaciones periódicas o continuas de bienes (312). Esta norma ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que las prestaciones posibles en el suministro son aquellas "que tienen por contenido la transferencia de bienes en propiedad o en uso o en goce, excluyendo las prestaciones de servicios" (313). La Exposición de Motivos de este Código

310) Vid. Cass., sez. II, civ., 13-VI-1965, n. 1473, en Foro it. 1966, cc. 726-728; Cass., 26-VII-1974, n. 2269, en Rep. Foro it. 1974, voz: Somministrazione, n. 3; C. Stato (sez. I,) 21-I-1958, en Rep. Foro it. 1958, voz: Somministrazione, n. 19; Corte d'appello di Milano, 5-VI-1955, en Mon. Trib. 1955, pp. 417-418; Tribunale di Roma, sez. II, civ., 20-VI-1967, n. 4725, en Riv. Giur. degli idrocarburi 1967, pp. 341-342.

311) ARIAS SCHREIBER PEREZ, M., y otros, op. cit., p. 255, muestra como esta influencia es reconocida en la propia Exposición de Motivos del Código civil.

312) Art. 1604: "Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuas de bienes".

313) ARIAS SCHREIBER PEZET, M., y otros, op. cit., pp. 258-259; GUZMAN FERRER, F., Código Civil, T. III, Lima, s. d., p. 353; PALACIO PIMENTEL, H. G., op. cit., p. 453.

civil también se ha expresado en esta dirección (314).

TORRES VASQUEZ, A., op. cit., p. 23. Expresamente excluye las prestaciones de obra y de servicios (p. 125). No obstante, observa: "Esto no es tan conforme con nuestra realidad social que con frecuencia nos presenta contratos por los cuales una de las partes se obliga a suministrar personal de trabajo en cantidad, calidad y plazos fijados por la otra parte contratante de acuerdo a sus necesidades, conviniéndose que la relación laboral de dicho personal es con el suministrante y no con la parte para quien trabajan; así el beneficiario del suministro de servicios no personales se asegura de poder contar en momento oportuno con el personal obrero, técnico o profesional que necesita para el desarrollo de su empresa.

Fuera del supuesto de los servicios no personales que pueden ser materia del contrato de suministro, no es posible configurar un contrato de suministro de servicios personales en el cual la relación laboral se da entre el suministrante prestador del servicio y el beneficiario de ese servicio (suministrado), debido a que hay imposibilidad de diferenciar entre contrato de servicios y suministro de servicios. Es por eso que para nuestra ley, negocios de esta índole, en los cuales la prestación consiste en la provisión de actividad humana (servicios) y no de bienes, no constituyen contratos de suministro sino de locación de servicios, sujeto a sus propias normas, pero que estimamos bien pueden integrarse analógicamente con las normas particulares del suministro".

314) "Un tema que ha sido y continúa siendo motivo de reflexión es el relativo a la extensión del suministro. En efecto, existe a este respecto tres concepciones.

Una primera, de carácter restrictivo, circunscribe el ámbito del suministro sobre la totalidad de los derechos, pasando su propiedad al suministrado. Esta tesis excluye, por lo tanto, el suministro de uso, goce y servicios.

Una segunda tendencia, de tipo intermedio, denominada en doctrina ex vendito y ex locato, considera la traslación de todos los derechos sobre el bien, sea por la vía de propiedad o también por uso y goce.

Finalmente, la concepción más amplia y extensiva lo hace aplicable a los bienes, usos, goces y servicios en general.

Se ha considerado pertinente recoger la concepción intermedia, limitando el suministro a las prestaciones sobre los bienes que se transmiten en propiedad o en uso o goce. La tendencia limitativa es excesivamente rigurosa, en tanto que

No obstante, la legislación peruana mantiene una diferencia importante respecto de la italiana y consiste en que la primera admite la posibilidad de suministros gratuitos, es decir, no sólo no se exige la necesidad de un precio en la definición que se realiza del contrato, sino que además expresamente se refiere a esta hipótesis en el art. 1605 (315). Asimismo, la Exposición de Motivos del Código explica que el contrato de suministro, en principio, es

la extensiva sería muy difícil diferenciar el suministro de la locación de servicios". (Cfr. GUZMAN FERRER, F., op. cit., pp. 352-353).

315) Art. 1605.- "La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad."

Es interesante observar la evolución que ha sufrido la noción del contrato de suministro. El Anteproyecto de la Comisión Reformadora (Dr. Max Arias Schreiber Pezet) de 1980 disponía: Artículo 1.- "Por el suministro el suministrante se obliga a ejecutar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de cosas, a cambio de un precio". El Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, se expresaba, en su artículo 1636, en los siguientes términos: "Por el contrato de suministro el suministrante se obliga a ejecutar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de cosas a cambio de un precio". Y, sin embargo, el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, en su artículo 1567, contenía un proyecto de norma idéntico al que se plasmó definitivamente en el Código civil, es decir, suprimiendo toda referencia, en la definición de suministro, a la necesidad de un precio (Cfr. COMISION ENCARGADA DE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL, REVOREDO DE DEBAKEY, D., y otros, Código Civil. Antecedentes legislativos. Comparación con el Código de 1936, T. II, Lima 1985, pp. 410-411).

oneroso, si bien no hay ningún impedimento para que se celebre a título gratuito (316).

II.5.- Derecho soviético.

Otro ordenamiento jurídico que ha regulado, de forma autónoma, el suministro es el ruso. El artículo 41 del Código civil ruso de 1923, ya ofrecía un concepto de suministro, en el que parecían primar las notas de pluralidad de plazos, y como objeto de las prestaciones, "productos" y precio (317).

El 1 de mayo de 1962 fueron promulgados los Principios de la legislación civil de la U.R.S.S. y de las Repúblicas federadas, en cuyo art. 44 se define el "contrato de abastecimiento". Ofrece una noción en la que sigue primando el objeto de las prestaciones contenido en el Código de 1923, pero pierde importancia la circunstancia de la pluralidad de

316) y en este sentido se ha pronunciado la doctrina. Vid. PALACIO PIMENTEL, H. G., op. cit., p. 453; TORRES VASQUEZ, A., op. cit., pp. 33, 83 y ss.

317) "En virtud del contrato de suministro, la organización suministradora se obliga a transferir a la organización compradora, dentro de los plazos convenidos, determinados productos de acuerdo con el plan de suministros, y el comprador se obliga a aceptar los productos y a pagarlos a los precios establecidos. El suministro de productos sin celebración de contrato se realizará tan solo en los casos establecidos por el consejo de Ministros de la U.R.S.S. o por el Consejo de Ministros de una República Federada". (Cfr. TORRES VASQUEZ, A., op. cit., p. 20).

prestaciones sucesivas (318). En esta misma línea se regula en los arts. 258-266 del nuevo Código civil de 1964 (319).

No obstante dejar constancia de esta normativa, el marco jurídico en el que se encuadra queda tan alejado de nuestro sistema jurídico que únicamente la señalamos con ánimo de contemplar más completo el panorama ofrecido por las legislaciones positivas que han regulado, hasta la

318) Este artículo dispone que "por el contrato de abastecimiento, la organización proveedora se obliga a entregar, en plazos determinados o en un solo plazo a la organización compradora (cliente) en posesión o, conforme a los artículos 21 y 30 de los presentes Fundamentos, en administración operativa, una producción determinada en acuerdo con el plan de distribución de la misma, que es obligatorio para ambas organizaciones; la organización compradora se obliga a aceptar la producción y a pagarla con arreglo a los precios establecidos. Es también contrato de suministro el concertado, a su arbitrio, entre organizadores y por el cual el proveedor se obliga a transmitir al comprador, en un plazo no coincidente con el momento de la firma del contrato, una producción que no se distribuye en forma planificada. El suministro de la producción sin conclusión de contrato se realiza tan sólo en los casos señalados por el Consejo de Ministros de la URSS o por el Consejo de Ministros de la República Federada". (Cfr. MARIN PEREZ, P., El nuevo Derecho civil de la Rusia soviética (Principios de la Legislación civil de la U.R.S.S. promulgados el 1 de mayo de 1962), en R.G.L.J., 1962, p. 28; TORRES VASQUEZ, A., op. cit., p. 20).

319) Vid. FLEISHITS, Y., y MAKOVSKY, A., The civil Codes of the Soviets Republics, Moscow, 1976, pp. 147 y ss.; GRAY, W., Soviet Civil Legislation, The University of Michigan Law Scholl Ann Arbor, 1965, pp. 65 y ss.; IOFFE, O. S., Soviet Civil Law, en Law in Eastern Europe, n. 36, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1988, pp. 219 y ss.; SADIKOV, O. N., Sovetskoe grazhkanskoe pravo, Moskva, 1983, ahora disponible en traducción inglesa, aparecida como: Soviet Statutes & Decisions, vol. XXI, nn. 1, 2, 3, 4 y vol. XXIII, n. 2 (1984, 1985, 1987), dirigido por SHARPE, M. E., y SCHULTZ, A., y, en la actualidad se ha publicado autónomamente con el título: Soviet Civil Law, Armonk, N. Y.- London, 1988, pp. 235-249.

actualidad, de forma autónoma, el contrato de suministro.

III. SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO DE SUMINISTRO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

En nuestro ordenamiento jurídico la evolución ha sido diversa a la observada en el Derecho comparado. Y este diverso tratamiento del suministro parte ya del Código de comercio de 1885. Este cuerpo legal se enmarca en la concepción objetivista que se extendió por todos los países que, al codificar su Derecho Mercantil, siguieron como modelo el Código francés de 1807 (320). Sin embargo, no ha continuado el sistema empleado por éste de definir qué sea acto de comercio a través de un elenco cerrado de los que considera como tales. Nuestro Código ha hecho una definición abierta y sin pretender realizar ningún tipo de elenco (321).

320) La propia Exposición de Motivos de nuestro Código de comercio, señala que, el mismo, responde a una concepción objetiva del Derecho Mercantil, aunque han sido muchos los autores que han puesto de manifiesto como "nada sería más erróneo que ver en el Código de comercio español un código de carácter netamente objetivo", aunque este carácter se pueda deducir del art. 2 del Código, "el articulado posterior del código traiciona esa aparente concepción objetiva" (URIA, R., op. cit., p. 19).

321) Art. 2,2: "Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga".

Ello ha hecho que nosotros no nos encontráramos con ninguna fórmula indeterminada como la de "empresa de suministros" dentro de un elenco cerrado de actos de comercio. Como hemos visto, tanto los franceses como los italianos, al quedarse estrecho este elenco usaron aquella vaga fórmula para dar entrada, en el campo positivo mercantil, a tipos heterogéneos de actividades patrimoniales. Esto hizo que, al intentar definir el contrato de suministro, un contrato que hundía sus raíces en la compraventa, apareciese contaminado de otras muchas operaciones patrimoniales que forzaban una definición más amplia del suministro, para dar cabida a tan numerosas hipótesis.

Todo ello no sucedió en España. En nuestro ordenamiento no ha habido necesidad de usar la fórmula legislativa de "empresa de suministros" para encubrir fenómenos heterogéneos. En nuestro sistema jurídico no han intervenido circunstancias de este tipo que se hayan interferido claramente entre las raíces del suministro en la compraventa y su desarrollo posterior.

III.1.- Estado de la doctrina.

No ha sido objeto, este contrato, de serias investigaciones monográficas, salvo en contadas ocasiones.

Cuando la doctrina y la jurisprudencia española han intentado dar un concepto de suministro ha sido muy avanzado el siglo XX, entonces esta figura contractual estaba ya consagrada en la práctica cotidiana. Se han encontrado, pues, con un contrato que era deudor en sus orígenes de la compraventa, que se había hecho muy común y del que no existía ningún concepto positivo que vinculara al intérprete. Por nuestra doctrina y jurisprudencia se ha venido considerando casi siempre como un contrato que tiene como objeto una prestación de dar cosa genérica, con traspaso de la propiedad, a cambio de un precio en dinero, como ocurre en la compraventa. No obstante, hay autores que se separan de esta idea, pero son minoritarios y excepcionales. La gran mayoría encuadran el suministro en el marco jurídico-legal de la compraventa de cosa genérica.

En este sentido ya se referían a la figura del suministro ALVAREZ DEL MANZANO, BLANCO CONSTANS y DIAZ DOMINGUEZ, al tratar de la compraventa "de abastos", mediante la cual "una persona (asentistas) surte por determinado tiempo artículos de consumo a un establecimiento, población o grupo de personas, ya sea por un precio alzado o por un tanto por ración" (322).

322) citado por LANGLE y RUBIO, E., El contrato...cit., p. 192.

Posteriormente la doctrina mercantilista, sin duda, ha seguido considerando el suministro como una figura contractual que se enmarca en los márgenes de la compraventa o que, por lo menos, la prestación del suministro tiene el mismo contenido que la de la compraventa (323).

323) VICENTE Y GELLA, A., califica el suministro como un "supuesto típico de venta a término", añadiendo que "en general, suele resolverse que se trata de una simple modalidad de la compraventa, y éste es a nuestro juicio el criterio más acertado" (Introducción al Derecho Mercantil comparado, 4ª ed., Zaragoza 1960, p. 452-453).

Posteriormente en 1947, se publican tres importantes obras en la literatura española sobre el suministro y los tres autores señalan, en este contrato, un tipo de prestación, en cuanto a su objeto, idéntico al existente en la compraventa. Estos autores son: NOVOA, que expresamente señala que el suministro "indudablemente se trata de una compraventa especial por razón de la cosa" (loc. cit., p. 612). GASTAÑAGA E IBARRA, en esta misma línea, manifiesta que "el suministro entraña una compraventa con transmisión de la propiedad de la cosa suministrada", y, expresamente, excluye de su objeto los servicios (op. cit., p. 56). Y HURTADO IZQUIERDO (op. cit., p. 10), sin separarse de esta concepción, califica el suministro de "una especial compraventa". Este autor define el contrato de suministro de calefacción como "aquel en virtud del cual una de las partes (suministrador) se obliga a transferir a otro (suministrado) periódicamente, por tiempo regular y en sucesivas prestaciones, la propiedad de cosa mueble genérica o calor a cambio de compensación o precio cierto" (op. cit., p. 16).

En esta misma línea, BORRELL Y SOLER resalta claramente que, en el suministro, la entrega se realiza con traspaso de la propiedad y en este sentido observa que "en todos los casos el que recibe las cosas no se limita a usarlas sino que las consume en una u otra forma, por lo cual este contrato es una modalidad de compraventa, y no del arrendamiento" (op. cit., p. 63).

LANGLE también señala como fin del suministro el "de transmitir la propiedad... con lo que se aparta del arrendamiento" (El contrato...cit., p. 194. En el mismo sentido se pronuncia en Manual...cit., p. 202).

GARRIGUES hace un estudio detenido de este contrato y

manifiesta: "Teóricamente, cabe admitir que la prestación sea de servicios o de cosas. En el primer caso el contrato se parecerá a un arrendamiento de servicios, en el segundo se parecerá a una venta.

a) si hacemos extensivo el suministro a la hipótesis en que lo que se suministra sea un servicio, será imposible distinguir este contrato y el arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo, dado que en el concepto legal del arrendamiento caben las notas propias del suministro....De aquí se deduce que hemos de inclinarnos por la concepción del suministro como una variante o especialidad de la venta de cosas muebles." (Tratado...cit., p. 416).

Posteriormente muchos autores han ido, implícita o explícitamente, sumándose a la idea puesta de manifiesto por Garrigues. Entre ellos destacan: BROSETA PONT (Manual...cit., p. 411, se manifiesta en los siguientes términos al referirse al suministro: "compraventa especial por la naturaleza y por la continuidad de la entrega de las cosas vendidas". Aunque es también interesante tener en cuenta que, después de la afirmación realizada, señala: "cuando el objeto del suministro son cosas o servicios prestados en régimen de monopolio o de servicios públicos, los formularios y las tarifas del suministro suelen ser aprobados por la Administración pública"; PUENTE MUÑOZ (El pacto de exclusiva...loc. cit., p. 97, considera al suministro un contrato traslativo de dominio y cuya finalidad genérica es la misma que la compraventa), SANCHEZ CALERO (Instituciones...cit., p. 452, expresamente observa: "se estima que es una variante de la compraventa cuya disciplina se aplica en lo que no esté en contradicción con su carácter peculiar"), URÍA (op. cit., p. 526). Incluye el suministro en el epígrafe de contratos afines a la compraventa. Lo define de la siguiente manera: "es aquel por el que una parte (suministrador) se obliga a realizar a favor de otra (suministrado) entregas sucesivas y periódicas de una determinada cosa a cambio de un precio", VICENT CHULIA (Compendio...cit., p. 169. Advierte este autor: "coincide con la compraventa en que la obligación del suministrador, como la del vendedor, es la de dar o entregar cosas, corporales o incorpóreas,... y la del suministrado la de pagar el precio de ellas. A diferencia de la prestación de servicios, que no puede constituir contrato de suministro...y a diferencia del arrendamiento de obra con suministro de material, en el que la empresa encargada de realizar la obra responde del resultado final y no sólo de la entrega de materiales".).

SECO CARO, E., op. cit., pp. 205 y ss, considera este contrato como una compraventa especial, si bien posteriormente, cuando recuerda que GARRIGUES excluye de este

Unicamente, algunos autores, que forman una clara minoría se han pronunciado en otro sentido. Entre ellos destaca BENITO ENDARA que continúa calificando el contrato de suministro como una forma particular de compraventa pero advierte que "en ocasiones puede tener por objeto un arrendamiento de cosas" (324).

También son numerosos los civilistas que se han preocupado del tema y consideran el suministro dentro del marco de la compraventa (325).

contrato las prestaciones de servicios por considerar que, entonces, se confundiría este negocio jurídico con el arrendamiento de servicios, afirma que este argumento no es muy convincente pues "tanto la compraventa como este otro contrato estarían en las fronteras del suministro y la misma confusión se daría de éste con aquélla" (op. cit., p. 208).

324) BENITO ENDARA, L., op. cit., "El suministro es una forma particular de compraventa, por la que el comprador se asegura anticipadamente para un cierto tiempo el aprovisionamiento regular y periódico de determinadas mercaderías, cuyo precio se fija de antemano y de una sola vez para todas las entregas sucesivas, o se regula en cada una de estas entregas con arreglo a las condiciones pactadas" (p. 321). "El suministro puede también, en ocasiones, tener por objeto un arrendamiento de cosas" (p. 323).

325) Así podemos observar: DEL ARCO TORRES, M. A., PONS GONZALEZ, M., loc. cit., pp. 343-343; BADENES GASSET, R., op. cit., pp. 76 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, J., op. cit., T. IV, p. 73 y ss. (se refiere a este contrato como "compraventa por suministro" y lo define del siguiente modo: "el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a proporcionar a otra, a cambio de un precio, determinadas cosas que han de ser objeto de entregas sucesivas en períodos determinados o determinables a posteriori".); GULLON, A., op. cit., p. 65 (incluye el suministro en el capítulo dedicado a las compraventas especiales); LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, op. cit., T. II, vol. III, expresamente respecto del

La especial complejidad de ciertos suministros como son el de electricidad, el de gas, o el de calor, y la dificultad que se ha observado en el intento de precisar el verdadero objeto de las obligaciones en este tipo de negocio, ha llevado a algunos autores a advertir la existencia en el suministro de una pluralidad de tipos de prestación. Así, DE FUENTES, al plantearse la naturaleza fisicojurídica de la electricidad, realiza algunas reflexiones sobre el contrato de suministro y admite que pueda tener como objeto de las prestaciones "cosas, productos o servicios" (326). Esta concepción se encuadra en la discusión sobre la naturaleza de la electricidad, que en los primeros años del siglo XX se desarrolló. Al no determinarse con claridad la naturaleza de la prestación del suministro de electricidad, se admiten todos los tipos.

suministro observan: "es, como la compraventa, contrato de cambio de cosa por precio y traslativo de dominio, coincidiendo con ella en su estructura y función y, sustancialmente, en su contenido y efectos, por lo que no veo inconveniente insalvable en que el suministro siga siendo compraventa aunque especial, evidentemente". (p. 89). PUIG BRUTAU, J., Fundamentos...cit., T. II, vol. II, pp. 125 y ss.

326) Define el contrato de suministro, como negocio jurídico en virtud del cual "el contratista, suministrador o proveedor, se compromete a facilitar en una o en sucesivas prestaciones, a la Administración o a un particular, cosas, productos o servicios. En los dos primeros casos se ofrece este contrato como una compraventa reiterada; en el último como una locación de servicios" (Naturaleza fisicojurídica de la electricidad, en R.C.D.I., 1934, p. 840).

BLANCO, al estudiar el suministro, distingue dos subtipos: el del contrato de suministro en general, y el del suministro de energía eléctrica, de calor, de gas, etc... Señala expresamente que en "la primera hipótesis nos encontramos con un supuesto de compraventa del que se derivan obligaciones sucesivas para ambas partes". Sin embargo, el segundo tipo lo califica de "contrato propiamente atípico, de un contrato que va a participar de las características de varios: compraventa, arrendamiento de cosas, arrendamiento de servicios." (327).

Desde otras ramas del Derecho se ha estudiado, también, el concepto de suministro en el campo jurídico privado. El análisis de las consideraciones de estos autores nos confirman cómo el sentir de la doctrina hacia el suministro es el encuadrarlo dentro de la compraventa (328). Destaca, especialmente, RIVERO YSERN, por el estudio que ha realizado sobre el contrato administrativo de suministro, en el que se detiene a analizar "la sustantividad del contrato de

327) BLANCO, A., op. cit., pp. 63-65.

328) En este sentido podemos señalar: AMOROS RICA, N., Los contratos de suministro y de ejecución de obra desde el punto de vista fiscal, Madrid 1960, p. 5.; POVEDA MODESTO, D., Contratos de ejecución de obras y suministro. Conferencia pronunciada el día 14-I-1958, en el Salón de Actos de la Cámara de Comercio de Madrid. Mutualidad benéfica del Cuerpo de Inspectores técnicos de timbre del Estado. VI Semana de Estudios de Derecho financiero, Madrid 1958, p. 91.; MARIN MARIN, S., op. cit., pp. 99-100; OLMEDILLA MARTINEZ, J., loc. cit., p. 304.

suministro desde la perspectiva iusprivatista". En este sentido afirma expresamente que el contenido de la prestación del suministrador es la entrega de bienes muebles, pudiéndose deducir de toda su exposición que el objeto de cada una de las prestaciones es, en realidad, idéntico al de una compraventa (329).

Excepción a esta forma de concebir el Suministro como una modalidad o especialidad de la compraventa supone la tesis de Marino Borregó. Este autor señala que la doctrina

329) Tiene mucho cuidado en señalar los puntos que lo separan de la compraventa, y define el contrato de suministro, poniendo de relieve los aspectos fundamentales que le hacen alcanzar autonomía y sustantividad respecto, sobre todo, de este contrato, del siguiente modo: "puede, como decimos, definirse el contrato de suministro como aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes, suministrante, se compromete a asegurar a la otra, suministrado, la satisfacción de una necesidad duradera mediante entregas sucesivas de bienes muebles, cuya cuantía va a determinarse en función de las necesidades del adquirente sobrevenidas en la fase de ejecución del contrato". Llama la atención observar cómo, en la definición en la que ha intentado el autor contener y resaltar las principales características del contrato, para nada habla del objeto de la prestación, solo se refiere genéricamente a las cosas muebles. Sin embargo, aunque en la definición nada señala al respecto, afirma posteriormente que esta noción del contrato de suministro efectuada en el campo del derecho privado va a tener acogida en la legislación administrativa y en la reciente jurisprudencia contencioso-administrativa de nuestro Tribunal Supremo. Y si acudimos a la Ley de Contratos del Estado, en su art. 83 define el suministro, a efectos de esta ley, como "la compra de bienes muebles por la Administración en la que concurran algunas de las siguientes características...". Luego aunque no se señalaba explícitamente en la definición parece latente la idea de que el objeto de la prestación es idéntico al de la compraventa de bienes muebles (RIVERO YSERN, J. L., op. cit., pp. 70 y ss.).

jurídica sobre el tipo de prestación en el suministro adopta 3 posturas: a) la tendencia restrictiva que "reduce el ámbito del suministro a las prestaciones sobre cosas, y dentro de éstas, a las que tienen lugar sobre la totalidad de los derechos, pasando la propiedad al suministrado". Reconoce que en esta tendencia se encuadra la mayoría de nuestra doctrina jurídica. b) Por otra parte "la tendencia intermedia" no establece distinción alguna dentro de las prestaciones que tienen por objeto cosas y comprende en el suministro las prestaciones ex vendito y ex locato. c) Y por último señala la tendencia que califica de "amplia" que "extiende este contrato a las prestaciones "ex vendito" y "ex locato", incluyendo dentro de estas últimas no solamente las que versan sobre cosas, sino también las que recaen sobre obras y servicios".

Este autor se suma a esta última concepción del suministro pues, según él, "existen más razones para una noción amplia que para un concepto restringido, sobre todo teniendo en cuenta la ausencia de regulación legislativa que fuerce la opinión en otro sentido". Fundamenta su posición en dos tipos de argumentos esencialmente: en la "posibilidad técnico-jurídica" de esta concepción "pues siendo la esencia del suministro la duración, con reiteración o continuación de la prestación, tanto puede darse este elemento en prestaciones ex vendito como ex locato, y lo mismo si se

refieren a un dare, que si versan sobre un facere. No obsta la aparente heterogeneidad de su contenido, pues, todo él se halla unificado por el común denominador de la duración, que tiene por sí virtualidad suficiente para dar unidad a la variedad de prestaciones contempladas".

El segundo argumento esgrimido por Marino consiste en la "utilidad práctica y sistemática de esta construcción, que permite someter a normas comunes multitud de figuras contractuales de naturaleza discutida, siempre que concurra en ellas la duración de las prestaciones y no se hallen específicamente reguladas como contratos típicos distintos". Señala, además una Sentencia del Tribunal Supremo de 7-IV-1960, en la que, este autor interpreta, se contempla un aparente contrato de suministro de trabajo, y, aunque considera dudoso si el supuesto de hecho de la decisión jurisprudencial es una figura de repartición y fraccionamiento o de duración la "aplicación de la terminología" -pues, la sentencia señala "suministrarlo" refiriéndose al trabajo- "a supuestos cuyo objeto son servicios cuenta ya con apoyos jurisprudenciales" (330).

II.2.- Referencias del Derecho positivo al contrato de suministro.

330) DE MARINO BORREGO, R. " , Análisis...loc. cit., pp. 52-53.

Paralelamente a la evolución doctrinal en esta materia, se han ido produciendo algunas, aunque escasas y aisladas, la mayoría de las veces, alusiones al contrato de suministro en nuestro Derecho positivo, así podemos observar la Ley de 5-XII-1940 sobre contratación en zona republicana, que alude a este contrato al tratar las cuestiones relacionadas con la alteración de las circunstancias contractuales y la devaluación monetaria, la Ley y Tarifas del timbre del Estado de 1960 (art. 9 y 4). La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984 (arts. 11, 27). Normas que no han dado un concepto de suministro.

También se han dictado reglas aplicables a suministros muy concretos como el Reglamento del Suministro de gas de 27-I-1956, y toda la normativa posterior sobre esta materia, o el Reglamento de Verificaciones y de regulación en el suministro eléctrico de 12-III-1954, y las siguientes disposiciones que, respecto a este tipo de contrato, se han puesto en vigor.

En el campo administrativo también se acusaba la ausencia en esta figura de una regulación jurídica unitaria y específica y quedaba su normativa constituida por los diversos pliegos de condiciones administrativas elaborados concretamente para cada modalidad de suministro, en base a su

objeto, en primer lugar, y por la normativa general de la contratación administrativa prevista en su mayoría para el contrato de obra pública, en segundo lugar (331).

La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública de 1 de julio de 1911 (Capítulo V) apenas alude al contrato, y la reforma de este capítulo por la ley de 20-XII-1952, continua dedicando poquísima atención a esta figura.

El texto refundido del Impuesto de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes de 28-IX-1927 sí presenta un concepto de suministro pero, como el mismo texto refundido advierte, se trata de un concepto a efectos fiscales solamente. Por tanto, con este ámbito de operatividad, el concepto de suministro que se ofrece es el siguiente: aquel contrato "por cuya virtud 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".

Posteriores definiciones del suministro en sucesivas regulaciones del Impuesto suprimen la nota de

331) RIVERO YSERN, J. L., op. cit., p. 83.

indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones y en lo demás siguen a la definición de 1927 (332).

Sin embargo, esta característica queda incorporada a la definición del suministro a efectos fiscales en el art. 2, párrafo I de la Ley del Impuesto de Derechos Reales y Transmisión de bienes, de 21 de marzo de 1958 (333) y su Reglamento de 15 de enero de 1959, hoy ya derogados.

Esta trayectoria del concepto de suministro en el Derecho fiscal se refleja en el campo del Derecho administrativo. Y así, en la Ley de Bases de Contratos del Estado, recoge la nota de "sucesividad" pero no la de "indeterminabilidad inicial del objeto de las prestaciones". Sin embargo, el legislador la tendrá en consideración al

332) La Ley de 11 de marzo de 1932, a efectos del impuesto, define el suministro como aquel contrato "en virtud del cual una persona se obliga respecto a otra a entregar en plazos sucesivos, y mediante precio o compensación de otra especie, una pluralidad de objetos muebles o unidades métricas de agua, gas o electricidad que se pesen, midan o cuenten".

De igual modo es definido el suministro en el texto refundido del impuesto de 21 de abril de 1941 y la ley de 7 de noviembre de 1947.

333) Esta Ley lo definía como "aquel por cuya virtud una persona se obliga a entregar a otra, mediante precio en dinero o signo que lo represente, en plazos sucesivos y cuantía que, condicionada a las necesidades del adquirente, no puede fijarse de antemano más que, en términos sujetos a rectificación, una pluralidad de objetos muebles, unidades métricas de agua, gas, electricidad u otras cosas susceptibles de ser pesadas, mediadas o contadas".

definir en el art. 83 el suministro (334).

Al intentar buscar más alusiones jurídico-positivas al suministro, nos encontramos con una dificultad que se acentuará de forma notabilísima al analizar la jurisprudencia y consiste en que el término "suministro" y sus derivados son muy utilizados pensando exclusivamente en su significación semántica, es decir, como equivalente a aprovisionamiento, abastecimiento, surtimiento por medio del cual se proporciona, se facilita a una persona lo que necesita para un fin o para satisfacer una determinada necesidad. Esta noción de suministro, abarca muchísimos esquemas jurídicos a través de los cuales se da, se proporciona algo, los cuales, obviamente, no coinciden con el concepto jurídico de contrato de suministro. Se usa como sinónimo de aprovisionamiento, sin

334; "A los efectos de esta Ley se considerará contrato de suministro la compra de bienes muebles por la Administración en la que concurra algunas de las siguientes características:

1. 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 negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.
2. Que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.
3. Que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas, or el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración.

Las restantes adquisiciones de bienes se regirán por la Ley del Patrimonio del Estado.

referirse concretamente a ningún contrato en especial.

El hecho de usar esta expresión con su significado propiamente semántico, dificulta el análisis de las alusiones a este contrato realizadas por normas jurídico-positivas. Así, por ejemplo, con este significado parece emplearse el término en el art. 1588 del C.c., y así se usaba en los arts. 52 y 54 de la Ley de 21 de julio de 1955 y de 3 de abril de 1956 sobre suministro de materiales a viviendas de renta limitada, y en las numerosas disposiciones sobre abastecimientos militares que desde 1870 hasta la actualidad se observan.

La doctrina, consciente de esta dificultad, ha puesto de manifiesto que se puede encontrar una noción económica de suministro, empleada para señalar operaciones destinadas a satisfacer necesidades futuras, de las que se prevé su existencia, y, dentro de ciertos márgenes, su entidad (335). Y lo que se ha llamado también "noción jurídica" del suministro (336), que identifica el suministro con "toda prestación típica de carácter reiterado, contenido de obligaciones derivadas de fuentes diversas y no solamente contractuales". Por ejemplo, el suministro de alimentos dispuesto en testamento a cargo del heredero y a favor de un

335) CORRADO, R., La somministrazione...cit., p. 4.

336) DE MARINO BORREGO, R. M., Análisis...loc. cit. p. 40.

tercero. También así lo empleaba el art. 95 de la L.A.U. de 13 de abril de 1956.

Evidentemente ninguna de estas fórmulas está haciendo referencia al contrato de suministro, pero la terminología dificulta la labor de análisis de las alusiones a este contrato en la legislación española.

III.3.- Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de suministro.

Junto a esta evolución doctrinal y jurídico-positiva veamos lo que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha manifestado sobre el contrato de Suministro. Al respecto, se puede observar una línea jurisprudencial bastante uniforme que considera el suministro como una modalidad o especialidad de la compraventa. Sin embargo, también es necesario tener presente que, en algunas ocasiones, se ha dejado entrever iniciaciones a nuevas líneas doctrinales.

Incluidas dentro de esta línea uniforme de la que hablábamos podemos destacar especialmente: STS. de 9-V-1957 (R. A. 368), en la que el Tribunal expresamente señala: " el contrato de suministro constituye esencialmente una modalidad de compraventa". Mención destacada también merece la STS de 9-IV-1973 (R. A. 1730), en la que el Tribunal se expresa en

los siguientes términos: "Considerando que el negocio jurídico originario de la litis, es un contrato de los llamados "compraventa por suministro" o "contrato de suministro", que un sector doctrinal configura como una modalidad especial de la compraventa y que algunos autores regulan como contrato atípico, independiente, que aunque participa de las características de la compraventa, difiere de ella en que la contraprestación debida en el "suministro" no es única, sino que está integrada por varias y sucesivas prestaciones, conexas entre sí, pero autónomas (contrato de tracto sucesivo).

Considerando que el único cuerpo legal que en nuestro ordenamiento jurídico define el "contrato de suministro" es el Texto Refundido del Impuesto sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, de 6 de abril de 1967, que dice que....". Reconoce que el suministro se acerca a la compraventa, pero añade: "prescindiendo de si en debido rigor técnico el contrato objeto de controversia es propiamente de suministro, o si se trata de compraventa con prestación dividida mediante entregas sucesivas aunque no periódicas, figuras negociales distintas en el sentir de la doctrina científica y de la jurisprudencia aunque puedan ser conceptuadas modalidades de una tipología contractual básica...".

En esta misma línea se han pronunciado STS 28-IV-1961 (R. A. 1845), 2-III-1965 (R. A. 1238), 9-IV-1973 (R. A. 1730), 30-IV-1985 (R.A. 2007), 27-XII-1980 (R. A. 5098). En esta última sentencia el Tribunal se pronuncia en similares términos: "no se trata de un contrato atípico de suministro o de compraventa por suministro con prestaciones repartidas y autónomas aunque conexas entre sí, que constituyen sus notas definidoras (S. 9-IV-1973 (R.A. 1730)- sino de un ordinario contrato de compraventa con prestación única por parte del vendedor con la modalidad particular en lo referente a la entrega de que ésta se ha realizado de manera fraccionada o repartida, a lo largo de un período de tiempo sin embargo, de esa unicidad del objeto y en principio del precio". En este mismo orden de ideas, el TS en la S. de 6-XII-1979 (R. A. 4657) ha puesto de manifiesto que el suministro "cubre un cierto número de operaciones que lo diferencian de la compraventa, especialmente por su finalidad previsora en orden a la obtención, mediante precio, de unos bienes con la periodicidad pactada y, por esta diferencia con la compraventa, solamente le son aplicables aquellas reglas que no contradigan su carácter de contrato normativo de duración y de prestaciones múltiples...".

La STS de 25-I-1985 (R.A. 198), en este mismo sentido, observa:" entre las partes existe un contrato de suministro de energía eléctrica, contrato que tiene un predominante

carácter de servicio público sometido a una rígida intervención administrativa....contrato, en definitiva, notablemente diferente del de suministro de cosas corporales por implicar venta de la prestación de un servicio a través de una instalación o red especial, todo lo que le da cierta atipicidad y le convierte en una venta con fisonomía especial". Y en esta línea se han pronunciado también las STS 28-I-1960 (R.A. 443) y 12-VI-1960 (R. A. 503). Especialmente destaca la STS de 28-IV-1961 (R. A. 1845), que advierte: "el contrato de suministro de fluido eléctrico, celebrado entre las partes que hoy litigan no puede legalmente ser encuadrado en los clásicos términos de una compraventa o de un arrendamiento, sino más bien en el de los innominados, y siempre como un negocio perfecto e irrenunciable". Sin embargo, posteriormente en la misma sentencia calificará, en diversos momentos, el contrato de suministro como compraventa "sui generis" o compraventa especial.

Destaca, también, la STS de 3-V-1985 (R. A. 2257), la cual ante la sentencia recurrida de la Audiencia que calificaba el contrato de suministro, sobre el que versaba el litigio, como un contrato especial de "compraventa continuada semejante al contrato de cuenta corriente mercantil" a la que adjudica los efectos peculiares de esta última figura, con la consecuencia de que sólo podrá haber saldo exigible al cierre de la cuenta (por liquidación de créditos y deudas),

prescinde de esta tesis de la Audiencia, que el T.S. califica "de excesiva o desorbitada, en punto a la asimilación de la compraventa continuada, en sus efectos, a la cuenta corriente mercantil" y, sin embargo, añade : "lo cierto es que dicha resolución, sin alterar los supuestos de hecho ni los datos constitutivos del contrato, no deja de calificar el mismo como de compraventa."

Un análisis separado merece la STS de 30-XI-1984 (R.A. 5695) en la que se observa: "el de suministro, carente como es sabido de regulación positiva en la legislación española, lo que implica la necesidad de recurrir a las normas generales de las obligaciones y contratos, pues aunque afin a la compraventa, en su forma de "con entregas repartidas o diferidas", es evidente que no puede identificarse con ella, admitiéndose pacíficamente por la doctrina, tanto la científica como jurisprudencial, la definición contenida en el artículo mil quinientos cincuenta y nueve del vigente Código italiano, según el que 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", su contenido es, por tanto, una serie de prestaciones duraderas o de ejecución continuada o sucesiva -que recuerda la vieja fórmula de los contratos "qui habent tractum successivum et dependentem de futuro"- cuya función, económica y jurídica, es la satisfacción de necesidades continuas, para atender al

interés duradero o continuado del acreedor, con la inevitable exigencia básica en los contratos determinados por un fin, de que las cosas que se entreguen -cuando se trate de obligaciones de dar, sirvan o sean, idóneas para el fin pactado que, lógicamente, no puede constatarse con la simple entrega material, y en los que el requisito de cumplimiento íntegro, puntual y exacto, determinado con carácter general para todo el contrato". Esta Sentencia admite un concepto de suministro en el que no viene especificada la obligación de transmisión de la propiedad. Sólo exige prestaciones de entregar cosas, periódica o continuamente, a cambio de un precio. Admite un concepto que ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de Italia de forma que encuentran cabida en él prestaciones de dar cosas para el uso solamente, con obligación de restitución. Y nuestro T.S. a ello no hace ninguna observación o limitación. Señala, además, que este concepto es admitido pacíficamente por la doctrina jurisprudencial. Por último llama la atención en esta decisión del T.S. la expresión: "cuando se trate de obligaciones de dar..." ¿Acaso admite suministros con otro tipo de obligaciones?

Vemos, por tanto, que excepto esta última sentencia que parece abrir una puerta en otro sentido, la jurisprudencia mayoritariamente considera que las prestaciones del suministro consisten en la entrega de cosas genéricas, con el

traspaso de la propiedad, a cambio de un precio. Esta línea jurisprudencial se encuentra, de alguna manera reforzada por una continua asimilación implícita que hace el TS del suministro en el marco de la compraventa. A pesar de ello no podemos olvidar que en esta materia es muy difícil y arriesgado deducir conclusiones por esta vía, dado que es muy frecuente y usual utilizar la expresión "suministro" o cualquiera de sus derivados en su acepción vulgar y simple como sinónimo de aprovisionamiento ⁽³³⁷⁾. De todas formas y

337) Este hecho dificulta considerablemente el análisis del tratamiento jurisprudencial del suministro realizado por el TS, ya que, como hemos señalado, este término el TS lo usa, en muchas ocasiones, con un significado vulgar sin buscar una precisión técnico-jurídica. Así, por ejemplo, emplea el término suministro o alguno de sus derivados, cuando se refiere a figuras negociales en las que sólo se debe y se realiza una entrega: STS 26-X-1978 (R.A. 3286), 14-II-1977 (R.A. 365), 15-II-1974 (R.A. 575), 31-I-1910 (R.A. 33), 19-X-1961 (R.A. 3606), 28-IV-1960 (R.A. 1695), 21-V-1982 (R.A. 2587), 22-XI-1980 (R.A. 4209).

En la STS de 7-XII-1977 (R.A. 4663), usa también esta terminología en un supuesto de un contrato por el que una parte se obliga a realizar dos entregas cada una de cosas distintas.

En otras ocasiones como en la STS 31-III-1975 (R.A. 1405), después de excluir expresamente la calificación de suministro, observa textualmente: "...suministró a la demandada". Califica el contrato de compraventa y, sin embargo, utiliza terminología derivada de la palabra "suministro". Lo mismo se puede notar en otras sentencias, por ejemplo: STS 2-VI-1983 (R.A. 3287), 7-III-1983 (R.A. 1425), 19-XII-1984 (R.A. 6134), 6-III-1985 (R.A. 1108), 20-V-1985. Esta última ha sido comentada por RAMS ALBESA, J., en Cuadernos civitas de jurisprudencia civil, n. 8, Abril-agosto 1985, p. 2673, el cual observa: "se produjeron relaciones de compraventa de cemento básico a granel entre las partes, es decir, considera cada operación aisladamente, por lo que cuando se emplea el término "suministro" a lo largo de toda la sentencia se está empleando la acepción vulgar del término y no la técnica. Se refiere a las relaciones habituales entre

sin considerar estas observaciones definitivas, aunque si reveladoras, de alguna manera, de un sentir general, podemos observar numerosas sentencias en las que el TS, en una misma decisión, indistintamente, habla de compras o de suministro (338). En otras ocasiones el TS califica el contrato, de suministro, y luego se refiere a las partes como comprador y vendedor (339).

Podemos concluir, por tanto, que la doctrina y la jurisprudencia españolas consideran, en definitiva, que el tipo de prestación del suministro, en cuanto a su objeto y contenido es idéntico al del contrato de compraventa.

III.4.- Nuestra posición.

Además de tener en cuenta el estado de la doctrina, la

fabricante y cliente y no a una conducta debida, propia de una prestación obligacional, que por sus características está llamada a repetirse periódicamente".

338) STS 21-XII-1984 (R.A. 6288), 15-X-1985 (R.A. 4897), 5-IV-1986 (R.A. 1794), 21-IV-1986 (R.A. 1865), 3-III-1981 (R.A. 883), 21-X-1980 (R.A. 3631), en esta última sentencia el TS usa indistintamente el término "compraventa", "suministro" y "fornitura". 14-III-1980 (R.A. 1117), 18-II-1980 (R.A. 423), 14-IV-1978 (R.A. 1271), 20-II-1978 (R.A. 587), 14-II-1978 (R.A. 296), 19-X-1977 (R.A. 3900), 26-VI-1976 (R.A. 3111), 28-I-1974 (R.A. 340), 17-II-1971 (R.A. 1341), 13-XII-1963 (R.A. 5318), 24-I-1959 (R.A. 440), 10-II-1936 (R.A. 325), 21-XII-1934 (R.A. 2192), 27-X-1983 (R.A. 5331), 22-II-1985 (R.A. 741), 4-VI-1969 (R.A. 3198), 14-X-1968 (R.A. 4388), 19-VI-1969 (R.A. 3276), 20-II-1968 (R.A. 1156), 17-III-1958 (R.A. 1434).

339) 16-VI-1984 (R.A. 3246), 30-X-1985 (R.A. 5132).

normativa jurídico-positiva y la jurisprudencia sobre el objeto de la prestación del suministro que hemos observado, consideramos que para poder deducir el contenido de la prestación de este contrato en nuestro ordenamiento, es necesario analizar el por qué del surgimiento de esta figura negocial. En definitiva, la necesidad a la que vino a dar respuesta el contrato de suministro. Como ya hemos podido comprobar, el contrato de suministro apareció como respuesta a necesidades que no se manifestaban en un solo momento sino que se prolongaban en el tiempo, es decir, que duraban. Necesidades que ocasionaban manifestaciones concretas y localizables, temporal y espacialmente, pero que se repetían continua o periódicamente. Ante la inseguridad, incomodidad e, incluso, el enorme gasto que provocaba el tener continuamente que celebrar contratos idénticos, se fue celebrando y configurando un contrato que abarcaba todas las prestaciones necesarias para cubrir ese interés duradero y la regulación de su cadencia periódica, sin tener que acudir a nuevos contratos. El suministro, aunque pudiese haber comenzado a celebrarse entre particulares, para satisfacer necesidades privadas y propias, no destinadas a ningún fin lucrativo (ej: suministro de alimentos para consumirlos) está claro que cuando ha recibido su principal impulso ha sido con la potenciación de la industria, el comercio y la empresa. Estos dos elementos han provocado que el suministro cobrase un papel destacado en el tráfico patrimonial, pues conllevan

e implican necesidades que duran como dura la actividad que desarrollan.

Se tienen necesidades que se repiten periódicamente y se pretende encontrar un esquema jurídico-contractual que asegure la satisfacción de esa necesidad cada vez que se manifieste. Los sujetos, con este contrato, quieren garantizarse que van a tener a su disposición aquello que es preciso para satisfacer su necesidad, en el momento en que ésta se presente. Esta es la esencia del suministro.

En las sociedades artesanales, en las que poco a poco el comercio va conociendo mayor florecimiento, van apareciendo las circunstancias favorables para el arraigo del contrato de suministro entre particulares. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que en esta época, en la cual todavía no se puede hablar de industria, las necesidades de un particular que se repiten reiteradamente son necesidades de cosas consumibles, y, por tanto, de las que se adquirirá la propiedad. Por otro lado, en este mercado, el papel de la compraventa es imperante. El más usual de los contratos realizados. De ahí que no sea difícil comprender por qué el suministro en sus orígenes está estrechamente vinculado con la compraventa, ya que fue, sin duda, el desarrollo de actividades comerciales o productivas que se despliegan en el tiempo y que requieren periódicamente determinados bienes que se pueden conseguir a

cambio de un precio, lo que impulsó la celebración de estos contratos. Se concibió, así, un nuevo contrato, distinto de la compraventa en virtud de la cual se realiza un único intercambio de cosa por precio.

Estas circunstancias y el hondo arraigo que ha tenido en la doctrina la idea de que la naturaleza de la prestación era el criterio tipificador, por excelencia, de las figuras contractuales, explican perfectamente por qué se consideró en su inicio el suministro como una modalidad de la compraventa. En realidad, de una u otra forma, todos los autores reconocen que el suministro hunde sus raíces en dicho contrato. Se necesitan objetos continuamente y objetos cuya comercio se desenvuelve en este tiempo, normalmente, a través de la compraventa.

Una vez observado que, en sus orígenes, las individuales y concretas prestaciones del contrato de suministro tienen el mismo objeto que las prestaciones de la compraventa, es necesario plantearse, en orden a la calificación jurídica de esta nueva figura, si ésta puede considerarse incluida dentro de la posible "elasticidad" del tipo contractual de la compraventa.

Ya hemos tenido ocasión de referirnos a este punto y de observar cómo la duración, en el suministro, es un elemento

de la causa del contrato y la configura de tal forma que la separa de la causa de la compraventa. Se trata de una causa distinta, lo que, sin duda, hace que este nuevo negocio jurídico quede fuera del tipo contractual de la compraventa.

Una vez alcanzada esta conclusión será necesario, en orden a la calificación de esta nueva figura negocial, preguntarnos si constituye un contrato mixto. Consideramos que no puede ser interpretado así, pues falta la principal característica de dicha categoría: la confluencia de elementos que pertenezcan a tipos de contratos diferentes.

Nos encontramos ya, una vez rechazada la calificación de compraventa y de contrato mixto, con la calificación de contrato atípico. Categoría dentro de la cual, entendemos, debe incluirse el suministro.

De un lado observamos, por tanto, un conjunto de hipótesis contractuales en las que un sujeto se obliga a entregar a otro, periódicamente o continuamente, bienes a cambio de un precio. Por otro lado es necesario tener en cuenta que, a medida que se desarrollan la industria, la actividad empresarial y productiva, y han ido evolucionando y encontrándose o redescubriéndose necesidades duraderas que podían ser cubiertas por la entrega de cosas con traspaso de, sólo, la facultad de uso o disfrute sobre dichas cosas,

contemporáneamente han ido apareciendo, en el tráfico patrimonial, esquemas contractuales duraderos que permiten la transmisión del uso o disfrute, de forma periódica o continua, sobre cosas de nueva creación, o cosas de las que anteriormente se había pensado que sólo se podía transmitir, "de facto", la propiedad. En efecto, estas figuras han ido apareciendo cuando, por razones financieras, sobre todo, o de organización empresarial o productiva, se ha ido manifestando como más económico, útil y rentable, el que algunas necesidades duraderas se cubran con la entrega de las cosas precisas, transmitiendo sólo el uso o disfrute sobre ellas, lo justo para satisfacer su interés. Ello, además, ha tenido rápida expansión, ya que ha permitido, precisamente por las razones apuntadas, el acceso de un mayor número de sujetos a bienes que no habrían podido usar o gozar si hubieran tenido que adquirir, para ello, la propiedad sobre estas cosas.

El actual panorama contractual nos ofrece significativos ejemplos: contratos de alquiler de videos por una empresa de transportes públicos, contratos de alquiler de programas de ordenador, etc...

Nos encontramos con un panorama contractual formado, en lo que a nosotros, ahora, nos interesa, por: un contrato de suministro que ha surgido en el tráfico jurídico para cubrir una exigencia a la que no daba adecuada respuesta el contrato

de compraventa: el intercambio periódico o continuo de cosas genéricas a cambio de un precio; y un contrato que se caracteriza por la existencia de una obligación duradera de entregar periódica o continuamente cosas para su uso y disfrute, teniendo presente, además, que cada una de estas prestaciones son, a su vez, duraderas.

Siguiendo el mismo procedimiento adoptado hasta ahora, el primer paso para calificar la nueva figura que, hemos observado, ha surgido en la práctica jurídica, será analizar si queda incluida dentro del tipo caracterizado por la misma naturaleza del objeto de las prestaciones individuales de este nuevo negocio. En concreto, nos referimos al contrato de arrendamiento de cosa.

Es necesario, por tanto, preguntarse si esta peculiar actuación del tiempo da lugar a una figura que entra en lo que podríamos llamar "elasticidad" del tipo del arrendamiento de cosa.

Uno de los autores italianos que más firmemente defendió la consideración del objeto de la prestación del suministro como idéntico al de la compraventa, antes del Código civil de 1942, ha sido MOSSA. Se planteó expresamente la posibilidad de la entrega de las cosas, transmitiendo sólo el uso y no la propiedad. Excluyó esta hipótesis del esquema del suministro.

Consideró que esta prestación es típica del contrato de arrendamiento de cosa, y en este tipo ya está previsto el elemento de la duración en la causa del contrato, por lo que la hipótesis planteada quedaría incluida en el contrato de arrendamiento de cosa. No ocurre así con la figura de la entrega periódica con transmisión de la propiedad a cambio de un precio, pues en la compraventa la duración no entra en la causa, y al incidir, sin embargo, en la causa del contrato, esta figura tiene una causa nueva, que la separa del esquema de la compraventa (340).

El contrato de arrendamiento de cosa es de tracto sucesivo, luego su causa ya prevé, ya contiene el elemento de la duración. Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de observar, la actuación del tiempo en la nueva figura jurídica descrita, además de abarcar el papel que la duración realiza en el arrendamiento de cosa, va más allá. Como señalábamos, en su momento (341), entre el esquema causal de un contrato con una única prestación, aunque sea duradera y un contrato en el que la duración no se puede satisfacer con una sola prestación sino con una pluralidad, si bien éstas, como en el caso anterior, sean de cumplimiento duradero, existen importantes diferencias. En este sentido es necesario tener en cuenta que en el arrendamiento de cosa tipificado, existe

340) MOSSA, R., Il contratto...cit., p. 119 y ss.,.

341) Vid. epígrafe I del Capítulo III.

un deber positivo de entregar una cosa y una obligación negativa de dejar gozar de la cosa, y así como la primera es de cumplimiento instantáneo, la segunda es duradera. En la hipótesis formulada, lo que se produce, es que existe una pluralidad de dichas prestaciones duraderas, cada una con un objeto distinto y el citado deber positivo instantáneo, se hace duradero, lo cual provoca un cambio en el esquema causal del contrato y en el contenido de las obligaciones, que nos lleva a considerar que la hipótesis, que ahora examinamos, no es una simple modalidad del tipo legal del arrendamiento.

Una vez que hemos considerado que este nuevo negocio jurídico queda fuera del tipo del arrendamiento, es necesario seguir analizando, de acuerdo con el "iter" o fases a través de las cuales se va separando una figura comercial nueva del contrato más afín, si constituye un contrato mixto, es decir, un contrato que toma elementos de varios contratos. Ante este interrogante consideramos que debe responderse de forma negativa, pues no supone una combinación de elementos pertenecientes a otros contratos. Llegamos, pues, al estadio último en este proceso de separación entre una nueva figura y los contratos más próximos: la categoría de contrato atípico.

Observamos dos figuras atípicas: la que hemos llamado, en principio, contrato de suministro y esta última figura contractual descrita. Dos figuras que tienen en común la

obligación de entrega periódica de cosas a cambio de un precio. Y es precisamente esta obligación de "dar" duradera lo que les ha hecho separarse de las figuras afines.

Un esquema contractual al que hemos llamado, en principio, suministro ha nacido por la necesidad de disciplinar el intercambio periódico de cosas a cambio de un precio.

El planteamiento acerca de la normativa que regule esta segunda hipótesis descrita debe partir de una serie de consideraciones previas. Un tipo contractual, en realidad, no es sino una disciplina jurídica aplicable a una serie de supuestos que tienen unas determinadas características en común, que les llevan a plantear los mismos problemas necesitados de una regulación. Para saber si una determinada figura comercial forma parte un tipo será preciso analizar si los problemas necesitados de una disciplina, planteados por esta figura comercial, son similares a los que resuelve dicho tipo, si los conflictos de intereses a los que da una respuesta la norma jurídica, son iguales, pues, entonces, una misma norma contemplará todas aquellas figuras jurídicas y formarán un grupo homogéneo de hipótesis a las que se referirá una misma disciplina que constituirá, en definitiva, un tipo.

Es necesario, por tanto, observar si esta nueva figura descrita en último lugar plantea las mismas exigencias de disciplina que las planteadas por el contrato que hemos llamado, en principio, de suministro y determinar, así, si tiene sentido o no formar un tipo que englobe a ambos supuestos, es decir, observar si una misma disciplina puede regular estas dos figuras.

Un análisis de las exigencias de disciplina provocadas por las circunstancias que tienen en común, es decir, por el hecho de contener una obligación de dar duradera a cambio de un precio, nos lleva a considerar que estas exigencias de disciplina, que les han hecho permanecer fuera de los tipos a los que pertenecen los respectivos objetos de sus prestaciones, son iguales, reconducibles a una misma norma jurídica. Las cuestiones planteadas por lo que no queda regulado por la disciplina correspondiente a sus respectivos tipos de prestaciones responden a un esquema común.

No podemos ignorar, sin embargo, que en estas figuras constatamos: -unos elementos comunes que exigen también una normativa que es común y que no está tipificada (las circunstancias o cuestiones que derivan de la duración, o mejor, del carácter duradero de la obligación cuyo objeto consta de una pluralidad de prestaciones sucesivas) y -unos elementos diferentes que exigen una normativa diferente

tipificada legalmente (las circunstancias o cuestiones que se derivan de la sustantividad objetiva concreta de las prestaciones individuales que están tipificadas en el C.c., en diferentes lugares, compraventa, arrendamiento de cosa).

Dos clases de elementos, cuya combinación en cada una de las concretas figuras contractuales no impide que las exigencias de disciplina derivadas de los elementos comunes pueden ser reguladas de igual forma.

Ante este panorama nos encontramos con la necesidad de realizar una elección. Esta necesidad de elegir queda, a nuestro modo de ver, desdramatizada por el hecho de que la disciplina aplicable no varía, sea cual sea la solución preferida. Se puede crear un tipo al que llamaremos suministro, cuyas obligaciones sean: una obligación duradera de dar cosas con el fin de transmitir la propiedad y otra de pagar un precio por las cosas recibidas. Junto a este tipo, se puede crear otro, distinto, cuyas obligaciones sean: una obligación duradera de dar cosas para su uso o disfrute y otra de pagar un precio por ese disfrute. Los dos tipos tendrán la misma disciplina en lo que respecta a la regulación de las exigencias planteadas por la periodicidad. Se puede, optar, sin embargo, por crear un contrato único que contenga este último núcleo de normas a que hemos hecho referencia, y una norma que reenvíe a la normativa que disciplina el tipo

legal que contiene prestaciones idénticas a las que forman el objeto de la obligación duradera del suministro, en todo lo que sea compatible con esas normas comunes, ya que han sido precisamente las exigencias de dichas normas lo que le ha hecho quedar fuera de aquellos tipos a los que luego se debe remitir.

Los italianos y los peruanos, como hemos visto, los únicos ordenamientos que han regulado positiva y autónomamente el suministro, han elegido esta última posibilidad. Consideramos que, efectivamente, es la solución preferible pues permite crear un tipo no estático, sino con la elasticidad necesaria y requerida por la misma creatividad y rapidez del tráfico jurídico, y, por tanto, acorde con las exigencias de la realidad.

Nos encontramos con figuras contractuales que responden a la misma esencia que hemos delimitado en el suministro: celebración de un contrato que obliga a la realización de una pluralidad de prestaciones que vienen a satisfacer una necesidad que se prolonga en el tiempo, manifestándose periódicamente. Deducimos, por tanto, que no es imprescindible para que haya un suministro, que la entrega se realice con la intención de transmitir la propiedad ⁽³⁴²⁾. No

342) Un ejemplo similar a aquellos que hemos señalado como hipótesis de esta modalidad de suministro, en concreto, el contrato de alquiler de videos por una empresa, ha sido

es esencial al suministro (343). En esta figura contractual, en la que lo fundamental es la entrega continua o periódica de cosas para cubrir una necesidad duradera, no es incompatible con su esencia el que sobre las cosas entregadas no se transmita la propiedad, si sólo con la facultad de uso o disfrute se satisface el interés del suministrado (344).

comentado por GIANNATTASIO (La permuta...cit., pp. 220 y ss.) que descarta la calificación de suministro por considerar que no se trataría de un verdadero suministro en cuanto que el objeto no es genérico. Esta objeción, efectivamente se podría oponer a los contratos de alquiler de películas que contrata una sala de cine con un distribuidor. Como puede comprobarse, este tipo de contratos tienen por objeto un lote de un cierto número de películas que están determinadas específicamente. Se contrata el lote íntegro repartiéndose posteriormente la entrega. Sin embargo, sí cabe, en el concreto supuesto que ofrecemos como ejemplo, la figura del suministro, pues una compañía de autobuses públicos, por ejemplo, puede contratar con un video club el suministro de películas mensualmente con el único límite, por ejemplo, de que sean toleradas para menores de 18 años, y, dobladas al castellano. La obligación será de dar cosa genérica.

343) Incluso, viene a corroborar nuestra posición la hipótesis en la que, por ejemplo, una empresa necesita una determinada maquinaria o, unos determinados vehículos y para poder tener acceso a ellos, realiza un contrato por el que una empresa va a entregárselos cada año o cada dos años en leasing. Sería absurdo pensar que sólo al final del cada período por el que se haya determinado el leasing se podrá saber si era suministro o no, en función de que haya o no adquirido la propiedad, si aceptáramos la teoría de que el suministro sólo tiene prestación idéntica a la de la compraventa.

344) Posición ésta que ha sido admitida en algunas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro T.S., como lo ha demostrado la citada STS de 30-XI-1984 (R.A. 5695), al definir el suministro admitiendo el concepto que ofrece el Código civil italiano. En éste sólo se observa el requisito de que la prestación sea de cosa y la característica de la periodicidad o continuidad de esta prestación. Señalar, además, como hace el T.S., que se admite pacíficamente por la doctrina científica y jurisprudencial el concepto que contiene el anterior cuerpo legal significa que se acepta tal

Puede suceder, sin embargo, que lo que satisface esa necesidad duradera que sufre un sujeto sea el resultado de un trabajo, de un proceso de producción. Nos encontramos, pues, ante una serie de prestaciones que tomadas en consideración aisladamente constituirían objeto de un contrato de obra. Un posible ejemplo de este tipo de negocio jurídico puede ser el supuesto de un contrato celebrado entre un fabricante de

y como la doctrina de ese país y su jurisprudencia lo han interpretado.

En este sentido es interesante observar la sentencia de nuestro TS de 11-VI-1919 (Col. Leg. n. 92), en la que en el primer Resultando se señala que "...suscribieron...un contrato para el suministro del fluido eléctrico...con las condiciones siguientes: 1 D. Ricardo Fernández...., arrienda a la Sociedadel suministro de energía que le sea precisa para dicho alumbrado....6) que sería de cuenta de D. Ricardo Fernández la adquisición o instalación de los transformadores..... que creyera conveniente establecer para la aplicación de la energía que arrienda".

Independientemente del mayor o menor acierto de la sentencia al considerar que la energía eléctrica se arrienda o, mejor, que el suministro de electricidad es un arriendo, lo que sí es digno de resaltar es que admite la existencia de un suministro con entrega sucesiva de una cosa sin traspasar la propiedad. Esta sentencia nos demuestra que no es incompatible el suministro con la prestación de dar una cosa para usarla solamente, sin transmitir la propiedad. No estimamos oportuno derivar más consecuencias de esta decisión pues se enmarca en la compleja polémica sobre la naturaleza del suministro de electricidad, respecto del cual algunos autores consideran que se trata de un contrato de arrendamiento porque lo más importante es el alquiler de todo el entramado eléctrico para hacer llegar la energía. Y se encuadra también esta sentencia, por la fecha en que fue emitida, en plena discusión sobre si la electricidad puede ser considerada como "cosa" o no. Dejando a un lado estas consideraciones que no vienen al caso que nos ocupa, queremos destacar la idea ya subrayada.

coches que realiza un diseño especial de vehículo, en el cual incluye una serie de piezas que responden a un proyecto totalmente original como puede ser la batería, la caja de cambios, etc... y otro fabricante de piezas de automóvil, pero de características distintas a las de las exigidas por aquél. El primer sujeto encarga al segundo que le fabrique y le entregue cada mes un número determinado de piezas especiales, de acuerdo con el diseño acordado. Estas piezas serán distintas a las que el segundo fabricante elabora normalmente y que constituyen el ordinario objeto de su producción. No obstante, se compromete a construir las piezas requeridas por el primer sujeto en el número que ha sido pactado.

El hecho de que se deba repetir el proceso de producción, ya que no se trata de fabricar una cosa, ni siquiera una sola vez, puede llevarnos a la idea de producción en serie y con ella al interrogante de si nos encontraremos, en este tipo de casos, y frente a cada una de las prestaciones individuales, ante una prestación idéntica a la de la compraventa, o a la del contrato de obra. Consideramos que será de este segundo tipo, pues el concreto proceso productivo deriva directamente del contrato, ya que ni siquiera pertenece a un "genus" producido periódica y profesionalmente por el constructor, en cuyo caso merecería una calificación diferente, pues dicha elaboración perdería

todo relieve (345). Al ser una fabricación específica para ese encargo, fuera de la producción ordinaria del fabricante, adquiere un papel especial la construcción de dichos resultados.

En definitiva, es posible observar la hipótesis de una figura negocial en virtud de la cual un sujeto se obliga a entregar periódicamente a otro, una pluralidad de resultados idénticos o similares de una serie de elaboraciones o construcciones, también, iguales.

Ante el interrogante de si es posible o no considerar este supuesto de hecho incluido en el del contrato de suministro, como hemos hecho anteriormente, será necesario comenzar por plantearnos si esta hipótesis entra dentro de la "elasticidad" del tipo del contrato de obra, al cual pertenecen, claramente, las prestaciones consideradas en su individualidad. Para ello será preciso acudir a las normas que disciplinan dicho contrato e interpretar si éstas contemplan este supuesto, si la "ratio" de este conjunto normativo es la misma de la disciplina exigida por la hipótesis que examinamos, o dicho de otro modo, si en este último ejemplo de contrato se puede encontrar algún elemento

345) Sobre los distintos criterios ofrecidos por la doctrina y la jurisprudencia para diferenciar el contrato de obra del de compraventa, vid. SANCHEZ CALERO, F. J., El contrato de obra. Su cumplimiento, Madrid 1978, pp. 150 y ss.

que no sea compatible con las notas configuradoras del tipo del contrato de obra.

Este análisis nos hace detenernos en el art. 1.592 del C.c., que dispone: "El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha". Este artículo nos demuestra que la normativa que regula el contrato de obra contempla dentro de este tipo un cierto efecto del tiempo en la ejecución y cumplimiento del contrato. Sin embargo, no puede ignorarse que la hipótesis de hecho de esta norma se refiere a los contratos de obra en los que en su objeto, es decir, en la obra, entendida en su totalidad, pueden distinguirse partes separables. El efecto jurídico que este artículo atribuye supone la concesión de efectos extintivos a cada entrega, lo cual es verdad que le atribuye a cada una de éstas cierta autonomía. Sin embargo, al tratarse de una obra compuesta, divisible en partes, consideramos que de esta norma no puede deducirse más efectos que los que se establecen para el resto del contrato con la peculiaridad señalada respecto de los resultados parciales entregados. Todo ello tiene consecuencias sustanciales pues el incumplimiento de una prestación parcial, por ejemplo, puede justificar una acción de resolución respecto de todo el contrato, y el contratante lesionado podrá negarse a aceptar

las sucesivas prestaciones dado que ya no es posible el resultado unitario y completo a causa de la falta de cumplimiento de una parte constitutiva de aquella.

En definitiva esta norma regula la realización de una obra por partes o por medida. La circunstancia tenida en cuenta es la divisibilidad de un resultado en unos resultados parciales, susceptibles de ser entregados separadamente (346). Supuesto de hecho distinto al constituido por una sucesión de diversas obras que responden a una necesidad duradera.

Es cierto que en determinados casos será difícil distinguir una sola obra de una pluralidad de obras, especialmente, cuando los objetos de las prestaciones lo constituyan una cierta cantidad de unidades. Para llegar a una distinción, que ya reconocemos difícil en la práctica, es necesario acudir, como en su lugar observamos en materia de compraventa con entregas repartidas o fraccionadas y el suministro, a los intereses de las partes. Será necesario observar cuándo están movidos por un interés duradero que tendrá manifestaciones independientes y sucesivas a lo largo del tiempo y cuándo el contrato no responde a este tipo de

346) Vid. LUCAS FERNANDEZ, F., Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XX, vol. 2º, artículos 1.583 a 1.603 del C.c., Madrid 1986, pp. 369 y ss.

interés y la pluralidad de prestaciones se debe a la material divisibilidad de su objeto de la obligación.

El art. 1592 del C.c. no tiene en cuenta el elemento de la duración en los intereses de las partes, sólo la divisibilidad del objeto. Ello da lugar a que, a pesar de que se puedan observar algunos efectos comunes, como es el efecto extintivo que produce cada entrega realizada, no sean dos hipótesis que respondan a la misma "ratio" y que tengan las mismas exigencias de disciplina. En este sentido, la hipótesis del art. 1592 del C.c., plantea, respecto de las lesiones del derecho de crédito en una prestación y su relación y consecuencias con el resto del contrato, la misma cuestión que plantea la lesión en una parte de una única prestación respecto de la totalidad, con la salvedad que observa este artículo y para cuya fijación está, precisamente, dictado. Este tipo de relación es muy distinto, como hemos podido comprobar ya, con la existente en un contrato de duración. Otro ejemplo en el que se muestra el diferente tratamiento que implica cada uno de estos esquemas contractuales se puede también observar en materia de pérdida del beneficio del plazo. Como tendremos ocasión de indicar, en un contrato duradero no podrá aplicarse esta institución y acumular las prestaciones que queden por cumplir, reclamación, ésta, que sí puede hacerse, sin embargo, en el caso de plazos a los que se han establecido un término de

ejecución diverso, correspondiendo cada uno de ellos a una parte de una unidad.

Si analizamos el resto de la normativa que regula el contrato de obra podremos constatar que ésta disciplina el conflicto de intereses entre el comitente que encarga la obra y el contratista que debe realizarla, así como la especial relación, que caracteriza esta última obligación, entre la actividad, el "hacer" y el "opus" o resultado que debe entregarse. Con excepción de la norma antes indicada, esta normativa contempla únicamente el contrato cuyo cumplimiento es instantáneo, si bien su preparación requiera una cierta actividad desarrollada durante un período de tiempo. En definitiva, podemos concluir que la disciplina del contrato de obra no contempla dentro de este tipo contractual el supuesto de hecho de un negocio jurídico por el que un sujeto se obliga a realizar periódica o continuamente sucesivas obras, correspondiendo a una necesidad o interés duradero.

De nuevo el siguiente paso será plantearnos la posibilidad de que se trate de un contrato mixto. Calificación que rechazamos, en un principio, por las mismas razones aducidas en los casos anteriores, si bien, no excluimos la posibilidad de volver sobre nuestros pasos en esta cuestión.

Llegamos a la consideración, por tanto, de que estamos ante una nueva figura contractual atípica. Siguiendo con las advertencias previas de las que hemos partido al plantearnos la inclusión o no de los anteriores supuestos de hecho en el tipo del suministro, será preciso examinar si las exigencias de disciplina, si las cuestiones necesitadas de regulación son las mismas, son reconducibles al mismo esquema contractual. En definitiva, tendremos que analizar si la disciplina que regula los problemas y conflictos de intereses planteados por las dos hipótesis anteriores responde igualmente a las cuestiones que suscita esta nueva figura, pues, si es así, la lógica impondrá crear un tipo que englobe a todos estos supuestos de hecho. En caso, sin embargo, de que no sea así, consideramos que no tiene mucho sentido pretender construir un tipo que, en definitiva, no es sino una disciplina normativa, que englobe a hipótesis que no son reconducibles a la misma normativa y que hacen necesario distinguir subtipos o disciplinas diferentes.

Un examen de las cuestiones que requieren una respuesta normativa en la última hipótesis contractual descrita, si bien nos muestra numerosos puntos en común con lo que, hasta el momento, hemos llamado suministro, nos pone de manifiesto cómo este nuevo esquema plantea determinados interrogantes que no es posible observar en el esquema contractual de las hipótesis anteriores.

En el contrato con pluralidad de prestaciones sucesivas de "hacer" y entregar un resultado se plantean algunas cuestiones, en lo que se refiere, no ya sólo a ese núcleo de elementos y normas que contemplan el conflicto de intereses que se deriva de la sustantividad objetiva del contrato de obra, al cual se asemejan cada una de las prestaciones individuales, sino respecto de ese núcleo que debería estar formado por los elementos comunes a las hipótesis incluidas bajo la misma disciplina y que es, precisamente, lo que origina y da sentido a esa concreta normativa y, por ende, a ese tipo contractual.

En esta última hipótesis, el hecho de que se trate cada una de las prestaciones individuales de una prestación similar a la de un contrato de obra provoca una serie de problemas que requieren una respuesta normativa a nivel de la sucesión de las distintas prestaciones periódicamente o continuamente, distinta de aquella que exigen las anteriores hipótesis entre las que sí hemos observado, en cambio, una identidad en la disciplina requerida. Ejemplos de estas distintas cuestiones pueden ser, entre otros, la problemática de la incidencia de un posible desistimiento unilateral de una concreta prestación en el resto del contrato, o el posible ejercicio del derecho de retención en una prestación individual, etc...

Todo lo anterior nos lleva a considerar que, quizás, para ser más exactos es preciso entender como hipótesis englobables dentro del tipo que podemos denominar como suministro, las dos primeras ya que se someten a la misma disciplina y entender que la hipótesis que hemos descrito en tercer lugar merece otra calificación, ya que exige una disciplina, en algunos puntos distinta. Podrá considerarse un contrato mixto, porque toma elementos del contrato de obra y del contrato de suministro, si bien quedarán ciertas cuestiones sin resolver o admitir que se trata de otro contrato atípico, cuya normativa, en numerosas ocasiones acudirá por analogía al suministro, en concreto, para todas aquellas cuestiones que se planteen por el hecho de tratarse de un contrato con una obligación de cumplimiento duradero cuyo objeto consta de una pluralidad de prestaciones sucesivas, pero que requerirá una investigación hermenéutica específica para todos aquellos interrogantes que no encuentran respuesta ni en la normativa del contrato de obra, ni en la del suministro.

Continuando este análisis del ámbito objetivo del contrato de suministro, es necesario tener presente que también es posible encontrar un contrato en virtud del cual para una persona surge una obligación duradera con prestaciones de servicios. Como ya ha puesto de manifiesto la

doctrina, el contrato por el cual una persona tiene la obligación de realizar periódicamente o continuamente un servicio a cambio de un precio queda incluido en el tipo del arrendamiento de servicios o del contrato de trabajo, según las características, que, además, se puedan observar en la relación entre los dos contratantes (347).

347) Así lo ha puesto de manifiesto ya GARRIGUES, J., Tratado...cit., p. 416. Y en este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del TS que de forma reiterada viene calificando de arrendamiento de servicios, supuestos que podrían ser incluibles en este hipotético "suministro de servicios", por ejemplo: STS 7-IV-1960 (R.A. 1276), 12-XI-1934 (R.A. 1795), 10-XI-1944 (R.A. 1184), 30-IV-1955 (R.A. 1558), 22-X-1957 (R.A. 3390), 4-VI-1959 (R.A. 3025), 11-XII-1959 (R.A. 4930), 30-V-1964 (R.A. 2980), 3-IV-1968 (2033).

Respecto de la sentencia del TS que señalaba Marino Borregó para indicar que "la aplicación de la terminología a supuestos cuyo objeto son servicios cuenta ya con apoyos jurisprudenciales" (DE MARINO BORREGO, R. M., Análisis...cit., p. 53), es decir la STS de 7 de abril de 1960 (R.A. 1276), parece, como el mismo autor indica, que "se trata más de una figura de repartición que de duración, con lo que en rigor, habríamos de excluirlo del suministro". La simple utilización de la terminología derivada del suministro nos parece una argumentación demasiado frágil como para basar una argumentación que contrasta con la línea jurisprudencial seguida mayoritariamente y con la misma lógica sistemática del ordenamiento. Máxime cuando, como hemos señalado en diversas ocasiones, éste es un tema donde el uso de la terminología debe ser verificado atentamente pues es muy normal el empleo de los términos en su acepción vulgar, sin pretender referirla a un tipo de contrato en particular. Y esto es lo que consideramos que sucede en la sentencia señalada al indicar: "pues por ellos el actor se compromete a poner a disposición de la entidad demandada un número determinado de unidades de trabajo por un tanto alzado fijo o invariable por cada unidad, y por ello se designaba con la frase usual en esos negocios de prestación de jornales que lleva a confundir el verdadero objeto del contrato con el módulo para su medida o cómputo, suministro o prestación que necesita prepararse y calcularse sobre la base económica de los gastos que debe hacer ese contratista para disponer de las jornadas de trabajadores que va a suministrar...".

Como hemos señalado, para deducir si una determinada hipótesis forma parte o no del contrato de suministro es necesario analizar, especialmente, si las exigencias de disciplina que plantea tal hipótesis son las mismas de aquellas a las que viene a dar respuesta la figura del suministro, pues de otro modo no tiene sentido crear un tipo que englobe a hipótesis tan heterogéneas que requieran disciplinas diferentes, cuando, en definitiva, un tipo contractual no es sino un conjunto normativo aplicable a una pluralidad de supuestos en función de sus caracteres comunes. Partiendo de esta premisa, podemos ya deducir que en el contrato de suministro, hasta ahora, hemos entendido que podían encontrarse obligaciones duraderas de dar cosas genéricas, con el fin de transmitir la propiedad o sólo para el uso y disfrute, siempre a cambio de un precio.

La normativa que formará el tipo del suministro será aquella que venga a dar respuesta a la problemática planteada en esta clase de relaciones jurídicas. Por lo tanto, en principio, podrá calificarse como un contrato de cambio.

Ante la pregunta de si es posible que existan hipótesis de contrato de suministro celebrado a título gratuito, entendemos que la respuesta debe partir de las consideraciones hechas anteriormente.

La normativa que viene a dar respuesta a las exigencias de disciplina planteadas por las figuras negociales que contienen las obligaciones duraderas de dar, antes indicadas, a cambio de un precio, son muy diversas respecto de las que puede plantear un contrato celebrado a título gratuito cuya obligación consiste en un dar cosas genéricas periódicamente. La duración afecta precisamente a la relación existente entre las obligaciones de ambos contratantes y serán los interrogantes que plantea dicha relación y las vicisitudes que pueden afectarla al prolongarse durante un período de tiempo lo que hace necesaria una normativa particular. Disciplina que, además de ser muy diferente de la que requerirá un contrato duradero celebrado a título gratuito, constituye, fundamentalmente, el conjunto normativo que antes hemos calificado de "común" pues es aplicable a cualquier modalidad de suministro.

Todo ello nos convence de la inutilidad de englobar en un mismo tipo dos normativas esencialmente diferentes. Lo cual no es óbice para que las normas del suministro, en cuanto, compatibles puedan ser aplicadas, en caso de necesidad, a una hipótesis de contrato duradero celebrado a título gratuito, si bien, como se puede deducir de lo dicho, esto podrá tener lugar en contadas ocasiones, dada la disntita "ratio" de las normas aplicables en cada supuesto.

Asimismo es posible observar un contrato en el que hay una obligación duradera de entregar cosas genéricas a cambio de otra obligación de entregar cosas en lugar de un precio en dinero. Se trata de una hipótesis posible. De hecho algunos supuestos de este tipo se pueden observar en sentencias de nuestro TS. Así por ejemplo: STS 9-I-1951 (R.A. 581). En esta sentencia el TS habla de contrato de suministro en un supuesto en el que existía un contrato por el que una persona se obligaba a entregar, sucesivamente, frutos, para cambiarlos por aceite, que también sucesivamente debería serle entregado.

En las STS de 24-II-1983 (R.A. 1069), sin embargo, nos encontramos con un contrato con pluralidad de prestaciones sucesivas que el TS califica de "una compraventa de productos manufacturados, con entregas de cantidades a cuenta, y suministro de materiales" y en la de 18-X-1978 (R.A. 3080) expresamente señala: "un contrato verbal celebrado entre las partes ...consistente en el intercambio de mercancías, como consecuencia del cual, la entidad que ahora figura como recurrente, suministró a la hoy recurrida 20 toneladas de polietileno, que ésta compensó con diversos envíos de mercaderías, que fué aceptado a pleno satisfacción desde noviembre de 1973 hasta junio de 1974, quedando cancelada y liquidada la operación convenida; después de lo cual y

concretamente a partir del 13-septiembre-1974, continuaron las relaciones, pero sin acuerdo en cuanto a su catalogación jurídica, pues mientras que la demandada -recurrente- estimó que se trataba de una permuta, por el contrario, la demandante -recurrida- sostuvo la tesis de la compraventa, con base en la cual y ante el fracaso de las gestiones amistosas, interpuso demanda...". El TS señala que "las controvertidas relaciones comerciales deben enmarcarse en la figura de la compraventa" y lo justifica por el hecho de que "no se especifican o determinan las mercancías que habrían de darse a cambio de lo enviado, lo que significaría tanto como dejar su determinación a la voluntad de una de las partes, en contra de lo establecido en el art. 1449 del C.c.). Y además porque esa especificación de lo que hay que dar a cambio, es exigida como elemento esencial del contrato de permuta en el art. 1450, también aplicable a tenor de lo que dice el antes citado art. 1541."

Estos dos últimos ejemplos, aunque son calificados por el TS como compraventas, nos muestran, cómo respecto del suministro, nada cambia si en lugar de haber primado en la contraprestación el dinero, hubiese primado la parte en especie, y hubiesen sido prestaciones típicas de la permuta. Respecto a la cuestión de si este supuesto de hecho puede incluirse en el suministro, será necesario que realicemos un examen para determinar si las exigencias de disciplina que

provoca la sucesión de la pluralidad de prestaciones son las mismas que se observan en los supuestos de hecho que, hasta ahora, hemos englobado en lo que llamamos suministro. De nuevo, comprobamos que, en efecto, las cuestiones que requieren una respuesta, por la existencia de una pluralidad de prestaciones que se cumplen sucesivamente, son idénticas, y, por tanto, reconducibles a la misma disciplina, luego, al mismo tipo contractual.

Encontramos en el suministro, un contrato atípico, con márgenes muy elásticos, que se resiste a ser encuadrado en los moldes y estructuras formales a los que estamos habituados.

Consideramos, de acuerdo con COTTINO (348), que la delimitación del suministro respecto del objeto de su prestación, responde más a criterios de oportunidad que a una pura técnica jurídica. Es decir, responderá a la búsqueda de una homogeneidad de supuestos enmarcables bajo el "nomen iuris" de suministro. Se intentará, así, evitar excesiva heterogeneidad que comporta siempre una mayor confusión, y una menor unificación normativa, por la abundancia de subclasificaciones que provoca.

Es necesario desdramatizar el tema de pretender encerrar

348) COTTINO, G., Del contratto...cit., pp. 85-86.

el suministro en unos límites precisos y exactos, definiendo detenidamente el objeto de su posible prestación. Podemos denominar a cada figura diferente, de las que hemos considerado incluídas en el tipo, según el objeto de la prestación, de forma distinta, pero la regulación, en cuanto a lo que se refiere a periodicidad y cumplimiento duradero, es común, y precisamente, consiste en la esencia del suministro. Las disposiciones que son propias del suministro obedecen, justamente, a este elemento de periodicidad y cumplimiento duradero. Las demás, que serán de aplicación en un supuesto concreto, deberán ser tomadas de la normativa correspondiente a otros contratos con los que guarde mayor afinidad (como corresponde a los contratos atípicos); así, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento de cosa, etc...

En principio, criterios sistemáticos, las razones que explican su nacimiento, así como la evolución histórica de este contrato, nos llevan a considerarlo como un negocio jurídico en el que sus obligaciones tienen por objeto una prestación de dar cosas genéricas (obligación del suministrador), ya sea con transmisión de la propiedad, o sólo de la facultad de uso y disfrute, y otra prestación de pagar un precio. Y a este tipo de contrato nos referiremos en el resto del trabajo. No obstante, nada impide que pueda existir, como hemos visto, una obligación periódica de entregar cosas o resultados de un trabajo a cambio de un

precio o una obligación duradera a título gratuito y serán objeto de unos regímenes jurídicos que se remitirán en numerosas ocasiones al mismo tipo de régimen que regula el contrato de suministro, si bien, en algunas cuestiones, que afectan también al aspecto de la duración o periodicidad, requerirán una normativa específica y que no comparte la uniformidad que se observa entre los anteriores supuestos citados.

En definitiva, no pretendemos hacer del suministro una general modalidad de ejecución de cualquier tipo de contrato, ni incluir en el suministro todo tipo de prestación cuando se repita periódicamente, como hemos observado ya. Únicamente las prestaciones de "dar" quedan incluidas, dar cosas genéricas a cambio de un precio, por supuesto, siempre que reúnan las características que hemos señalado esenciales en el suministro. Quedan excluidas las obligaciones duraderas de este tipo pero que ya están incluidas en otros contratos tipificados, como pueden ser la renta vitalicia, el contrato de cuenta corriente, etc...

CAPITULO V

LA RELACION SINALAGMATICA EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS.

I. Sinalagmaticidad en el contrato de suministro: relación jurídica sinalagmática entre las obligaciones principales de los contratantes y entre las concretas prestaciones de cada momento ejecutivo y "solutorio".

Hemos analizado los intereses que están presentes en el suministro, la estructura del contrato y de las obligaciones de los contratantes y la naturaleza del objeto de la prestación. Ha motivado esta exposición el ánimo de precisar los puntos básicos necesarios para comprender la cuestión a la que, en última instancia, pretendemos dar respuesta: el régimen jurídico del incumplimiento en el contrato de suministro.

Con la misma intención, que ha presidido nuestro estudio hasta ahora, examinamos a continuación cómo estos elementos se armonizan, se combinan a lo largo del desarrollo del contrato.

De acuerdo con lo advertido en el capítulo anterior, analizaremos el contrato de suministro tal y como, en principio, lo hemos definido, es decir, como aquel contrato en virtud del cual una persona se obliga a realizar, continua o periódicamente, sucesivas prestaciones de dar cosas genéricas a cambio de un precio.

Se trata, por tanto, de un contrato oneroso en el cual sobresalen dos obligaciones, una a cargo del suministrador, que será, como hemos analizado, forzosamente de dar y de carácter duradero, y otra, debida por el suministrado, que también será de dar, aunque no necesariamente duradera.

Encontramos, pues, dos obligaciones que se insertan y se integran en una relación jurídica sinalagmática u obligación recíproca (349).

349) y con ello no pretendemos afirmar que onerosidad equivale a sinalagmaticidad. La doctrina, aun partiendo de conceptos distintos de sinalagma, se ha preocupado de distinguir estas dos características del contrato. En este sentido, DIEZ-PICAZO, L., (Fundamentos...cit., vol. I, p. 558) ha manifestado que la onerosidad de un contrato significa que éste engendra atribuciones patrimoniales para los dos contratantes y, sin embargo, el sinalagma se refiere a la obligación y se forma por la interdependencia, el vínculo o nexo causal que liga a los dos deberes de prestación. Este autor, por tanto, observa que la onerosidad se predica de la estructura del contrato y la sinalagmaticidad, esencialmente, de la estructura y funcionamiento de la obligación.

Ha insistido, también, ESPIN CANOVAS, D., (Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral, en Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, T. I, Madrid 1959, pp. 457 y ss.) en que no puede identificarse bilateralidad y

onerosidad.

ALONSO PEREZ, M., (Sobre la esencia del contrato bilateral, Salamanca 1967, pp. 7 y ss.) estima que la idea de sinalagma como relación entre dos obligaciones interdependientes comienza a ser insuficiente y califica como "error de interpretación histórica y una consecuencia de ideas parajurídicas que nada tienen que ver con la significación etimológica y jurídica del término" el considerar que entre las obligaciones que forman el sinalagma hay una causalidad recíproca de las mismas (p. 27). Considera que la esencia de la relación sinalagmática es la reciprocidad entre las obligaciones. Reciprocidad que no debe entenderse como causalidad, condicionalidad o interdependencia sino como correlación, como lazo que se establece en perfecta simetría y a modo de contrapartida entre las obligaciones (pp. 32 y ss). Desde este concepto de la esencia del sinalagma, responde al problema de la coincidencia entre contrato a título oneroso y el bilateral, afirmando que éste último se caracteriza por engendrar "obligaciones correlativas, que funcionan como contrapartida y suponen un cambio mutuo de prestaciones. Y el contrato oneroso, procura el simple cambio de atribuciones en una situación de equilibrio." De ahí que la onerosidad sea considerada como una categoría unívoca y de mayor amplitud que la bilateralidad (pp. 53 y ss.).

Este último autor reconoce que la jurisprudencia del T.S. y la mayoría de la doctrina entienden la reciprocidad al "modo clásico", es decir, como interdependencia entre las obligaciones de tal modo que una es causa de la otra (p. 47). Y, en este sentido, se pueden señalar numerosas sentencias de nuestro más alto Tribunal: STS 5-I-1935 (R.A. 198), 9-III-1948 (R.A. 767), 8-VII-1952 (R.A. 1553), 5-V-1953 (R.A. 1630), 3-XII-1955 (R.A. 3604), 28-X-1961 (R.A. 3612), 7-III-1983 (R.A. 1424). Aunque también en alguna ocasión ha hablado de reciprocidad como contraposición de obligaciones (STS 25-II-1931 (R.A. 2061).

Muy próximo a la opinión de ALONSO PEREZ, se sitúa expresamente VATTIER FUENZALIDA, C., Sobre la estructura de la obligación, Palma de Mallorca, 1980, pp. 265 y ss.

Ya se acepte un concepto de sinalagma u otro, como relación de interdependencia o causalidad, o como relación de correlación sin las características antes señaladas, en el contrato de suministro que estudiamos, las obligaciones de ambas partes se integran en una relación jurídica sinalagmática.

Sin embargo, el efecto del tiempo, o mejor, de la duración en las obligaciones, también repercute lógicamente en el desenvolvimiento de esta relación de bilateralidad, en su manifestación y consecuencias.

Cuando la obligación del suministrador es duradera y la del suministrado instantánea, es posible observar que el nexo existente entre estas obligaciones actúa en dos campos o momentos distintos, pudiéndose distinguir un sinalagma genético y un sinalagma funcional. Un sinalagma genético, pues, en la génesis de la relación obligatoria, cada uno de los deberes de prestación constituye para el otro contratante la causa por la cual se obliga a realizar su propia prestación. Y un sinalagma funcional, porque ambos deberes, funcionalmente entrelazados, deben cumplirse simultáneamente. En este caso, el sinalagma funcional se manifestará, o mejor, se perfeccionará en un determinado momento, pues, al realizarse en un único acto la prestación del suministrado, será solamente en ese momento en el que se perfecciona en materia de ejecución y cumplimiento el nexo que existe entre estas dos obligaciones recíprocas, si bien uno de los deberes de prestación se ha prolongado en el tiempo.

Cuando ambas obligaciones, la del suministrador y la del suministrado, son duraderas, estamos, asimismo, en presencia

de un sinalagma genético. Ahora bien, esta interdependencia o, si se prefiere, esta correlación, se manifestará en una pluralidad de momentos, que serán, a la vez, de ejecución y de cumplimiento de ambas obligaciones, tantas cuantas sean las prestaciones que deberá realizar el suministrador y que implicarán otras tantas contraprestaciones a cargo del suministrado. De ahí, que algunos autores hayan observado que en las obligaciones duraderas y, en concreto, en el suministro, existe un sólo sinalagma genético y una pluralidad de sinalagmas funcionales (350). Consideración, ésta última, que ha sido criticada por algún sector de la doctrina, que califica de contradictorio el que un sólo sinalagma genético dé lugar a una pluralidad de sinalagmas funcionales, si se entienden estos últimos como desarrollo del primero (351).

Sin embargo, consideramos que no hay que pretender comprender, en la expresión "pluralidad de sinalagmas funcionales", diferentes y separadas relaciones sinalagmáticas entre dos obligaciones, sino más bien, de acuerdo con el propio significado del concepto de sinalagma funcional, numerosos momentos en los que se manifiesta el

350) FERRI, G., Venta...loc. cit., p. 504; DONATI, A., op. cit., p. 195; OPPO, G., I contratti di durata...loc. cit., 1944, I, pp. 41 y ss.

351) CORRADO, R., La somministrazione...cit., pp. 56 y 57; DEVOTO, L., Appunti...loc. cit., p. 300.

nexo que existe entre las obligaciones recíprocas en materia de ejecución y cumplimiento, con ocasión de la actualización del deber de realizar cada concreta prestación y su correspondiente contraprestación (352). Y en este sentido, y con esta limitación, sí se puede hablar de pluralidad respecto del sinalagma funcional (353).

La relación sinalagmática se establece, pues, entre las obligaciones de los dos contratantes y entre cada prestación concreta y particular y su correspondiente contraprestación (354).

II. El cumplimiento en el contrato de suministro.

Reconocida la relación existente entre la obligación del suministrador y la del suministrado, examinaremos, en primer lugar, el normal desarrollo de la ejecución de esas

352) En esta línea se orientan los autores que hemos señalado como opuestos a la pluralidad de sinalagmas funcionales.

353) En esta misma línea se ha pronunciado DE MARINO BORREGO, R. M., El suministro...cit., p. 36. Este autor expresamente observa: "Hemos de distinguir dos momentos: genético y funcional. En el primero la sinalagmaticidad aparece única... En el segundo, a pesar de ser actuación del anterior, se manifiesta múltiple porque en el aspecto funcional hay varios momentos ejecutivos.". En este sentido, vid. también, TORRES VASQUEZ, A., op. cit., p. 72.

354) Debido a esta actuación del sinalagma CORRADO, R., voz: Somministrazione...cit., p. 891, hace especial hincapié en que, en el suministro, el nexo sinalagmático aparece de una forma totalmente particular.

obligaciones. Es decir, la perfecta y correcta realización de las diversas prestaciones: el cumplimiento del contrato de suministro.

El cumplimiento en esta figura contractual, dado el tipo y estructura de las obligaciones que contiene, recibe una peculiar fisonomía.

La necesidad, que los contratantes pretenden satisfacer celebrando un contrato de suministro, se prolonga en el tiempo, se manifiesta repetidamente de forma periódica o continua. Exige, por parte del deudor, una actividad dirigida a su satisfacción cada vez que alguna manifestación de esta necesidad se exterioriza. El interés, que el suministrado encauza a través del contrato de suministro, se concentra en la obtención de un comportamiento orientado al cumplimiento periódico o continuo. Dicho comportamiento se despliega a lo largo del tiempo y viene a satisfacer las diversas manifestaciones de una necesidad duradera presente en el suministrado.

Una vez realizada cada prestación, se extingue la concreta manifestación de la necesidad a la que venía a dar respuesta, aunque no ocurrirá lo mismo con la necesidad duradera, la cual volverá a exteriorizarse de nuevo en períodos sucesivos.

Esta necesidad y el interés en su cobertura sólo se extinguirá una vez satisfechas todas sus manifestaciones, es decir, todas las que se hayan exteriorizado durante el período de tiempo que se ha previsto en el contrato, o hasta que alguno de los contratantes desista, en caso de que no se haya previsto un término final.

II.1.- El cumplimiento duradero y su relación con el contenido de la obligación duradera.

Consecuencia, además, de esta estructura que observamos en la obligación duradera y en su cumplimiento, es que la obligación del suministrador, aun cuando haya realizado alguna o algunas prestaciones como respuesta a concretas manifestaciones ya exteriorizadas de la necesidad duradera, "conserva durante todo el tiempo que tiene de vida, la misma riqueza de contenido que tenía al principio" (355). Es decir, que el contenido de la obligación es siempre el mismo, tanto si no se ha realizado ninguna prestación, como si se ha iniciado el cumplimiento, e, incluso, si se ha prolongado por un cierto tiempo (356).

355) FRANCESCHELLI, R., Dal vecchio...cit., p. 428.

356) Si una obligación duradera nos compele a entregar 100 litros de aceite de una determinada clase el primero de cada mes, por un período de tiempo no establecido en el

Esta última afirmación es necesario entenderla desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo. Desde esta última perspectiva, efectivamente hay cierta disminución respecto de la cantidad objetiva de la prestación que queda por entregar, cuando se realiza algún acto de cumplimiento. Además, el tiempo, como hemos tenido ocasión de señalar en numerosas ocasiones, sirve de medida cuantitativa de la prestación en su totalidad, lo cual hace que con el transcurso de éste, mientras se realizan las prestaciones correspondientes, la cantidad total objetiva de la obligación de entregar disminuya.

Las prestaciones que se han realizado han extinguido concretas manifestaciones de la necesidad duradera y, por lo tanto, han producido efectos "solutorios" que es necesario reconocer. Las prestaciones realizadas no obtienen la eficacia extintiva al producirse la completa ejecución de la obligación, como ocurre en una obligación de cumplimiento instantáneo, sino que, conforme se realizan las distintas prestaciones, se van extinguiendo las manifestaciones de la necesidad que aparecen y que van actualizando la obligación. Cada prestación tiene efectos "solutorios".

contrato, cumplida la prestación en enero, cuando llega el primero de febrero se actualiza de nuevo nuestra obligación.

Nos encontramos, pues, ante una obligación cuyo cumplimiento es duradero, es decir, son varios los actos de cumplimiento, todos ellos con eficacia extintiva y, sin embargo, a la vez, esta obligación tiene, durante toda su vigencia, la misma riqueza de contenido.

Todo lo anterior nos pone de manifiesto que el cumplimiento progresivo de un número determinado de concretas prestaciones es esencialmente distinto del cumplimiento parcial, tal y como se entiende en las obligaciones instantáneas, y, por tanto, objeto de distinto régimen jurídico.

Ante un cumplimiento parcial de una obligación de cumplimiento instantáneo, ya sea de ejecución fraccionada o no, la realización de parte de la prestación debida no produce de por sí efectos extintivos, pues no se ha producido un cumplimiento completo y regular. Este supuesto queda contemplado expresamente por el art. 1.169 del C.c., en virtud del cual al acreedor no podrá "compelérsele a recibir parcialmente las prestaciones en que consistía la obligación". Es decir, el acreedor está en su derecho de rechazar un cumplimiento parcial y de pretender la exacta e íntegra satisfacción de su interés. En este mismo sentido, se expresa el art. 330 del C. de co. Estas normas deberán armonizarse con el principio de la buena fe en los contratos,

lo que haría necesario estudiar, especialmente, los casos en los que el resto de la prestación no cumplida sea de escasa importancia, para determinar hasta qué punto el acreedor no actúa de acuerdo con este principio, al rechazarla.

En las obligaciones duraderas las prestaciones realizadas han producido efectos extintivos "solutorios", que hacen imposible la pretensión del acreedor, que viendo incumplida una prestación posterior, intente rechazar todas las realizadas, pues respecto de éstas ha habido un cumplimiento regular y completo, como se observará con más detenimiento en los capítulos siguientes. En este tipo de obligaciones, la disciplina que contempla el cumplimiento parcial será de aplicación respecto de cada concreta y particular prestación. Podrá el acreedor rechazar un cumplimiento parcial de una prestación. Es decir, el concepto de parte se entenderá respecto de esa prestación aislable, pero no pueden trasladarse estos conceptos y consecuencias al contrato de suministro en su totalidad.

En las obligaciones duraderas el cumplimiento de varias prestaciones no provoca una proporcional liberación del deudor, en el sentido de que al perfeccionarse el contrato tenía que entregar 100 y posteriormente, por el cumplimiento de algunas partidas, ya sólo debe 50, por ejemplo. En estas obligaciones lo que se advierte es que "mientras que estaba

obligado a entregar periódicamente determinadas cosas, durante un tiempo X, ahora está obligado sólo (después de haber cumplido, en un cierto período, varias prestaciones) por un tiempo Y, o por lo menos (si el contrato no tiene determinado un término final) no está obligado a prestar por el tiempo Z" (357).

En este sentido, algunos autores han señalado que la obligación duradera es "inconsumible" (358). En esta línea, CORRADO (359) observa que, cuando se sostiene que la obligación duradera es "inconsumible", se pretende indicar únicamente que la prestación, que constituye su objeto, es cualitativamente diversa de los singulares actos ejecutivos de los cuales consta. Este autor advierte que la obligación duradera es sustancialmente diversa de la suma de las prestaciones que por el mismo período de tiempo pueden pactarse, a través de una pluralidad de obligaciones de vencimiento sucesivo. El cumplimiento de la obligación duradera es un cumplimiento progresivo, pero no provoca la extinción gradual y proporcional de aquella obligación, que es intrínsecamente diversa de la suma de las prestaciones, que se van realizando.

357) OPPO, G., I contratti di durata... loc. cit., 1943, I, p. 238.

358) Entre estos autores destaca GESCHNITZER, loc. cit., p. 324.

359) La somministrazione... cit., p. 81.

Otros autores, sin embargo, admiten las proposiciones de las que parte el razonamiento antes indicado, pero ha considerado que a las obligaciones duraderas correspondería "la metáfora contraria, pues los singulares actos de ejecución si no extinguen la relación jurídica (ya que también se admite que "el cumplimiento parcial no correspondería a una proporcional liberación del deudor, sino que dejaría en vida íntegramente la obligación sin extinguirla ni siquiera en parte) la consumen, es decir, la reducen en el tiempo" (360).

En realidad, estas dos consideraciones no se contradicen, a pesar del juego de palabras. Si se analiza el cumplimiento desde una perspectiva cualitativa la obligación duradera no se "consume", si se observa desde su despliegue temporal sí se "consume". Por tanto, se puede concluir, de acuerdo con los autores citados, que la obligación duradera cualitativamente tiene un contenido y una entidad de la que no se pueden separar partes, identificadas con las particulares prestaciones. De ahí, que no se vea mermada esa entidad al realizarse alguna de estas prestaciones. Sin embargo, no se puede negar efectos extintivos a la ejecución correcta de las distintas prestaciones. De nuevo estamos

360) OPPO, G., I contratti di durata... loc. cit., 1943, I, pp. 237 y ss.

inmersos en la difícil dialéctica entre la unidad y la pluralidad. Unidad de obligación que no se reduce a la suma de las diversas prestaciones y que no ve disminuído su contenido por el cumplimiento de las diversas prestaciones que, sin embargo, tienen efectos solutorios. Efectivamente, como señalaban los autores citados, la obligación duradera lo que ve disminuido es el espacio temporal durante el cual se despliega su vigencia. Espacio temporal que, a su vez, se entremezcla con la perspectiva cuantitativa, pues si el tiempo es medida cuantitativa de la prestación, a menor tiempo, menor número de prestaciones y, por tanto, menos objetos que se deben entregar.

II.2.- Extinción del contrato de suministro por el cumplimiento y el transcurso del tiempo.

Estas consideraciones nos introducen en otra cuestión debatida por la doctrina. Respecto del cumplimiento de las obligaciones duraderas se ha afirmado por algún autor (361) que, mientras los contratos de ejecución instantánea se extinguen por el cumplimiento, en los contratos duraderos, la obligación duradera se extingue sólo con el transcurso del tiempo.

361) Destacan: VON GIERKE, O., loc. cit., pp. 355 y ss., especialmente, p. 359; KRÜCKMANN, loc. cit., pp. 1 y ss. Y FRANCESCHELLI, R., Natura giuridica...loc. cit., p. 250.

Esta consideración ha sido fuertemente contestada y ha merecido las críticas de la mayoría de la doctrina que se ha ocupado del tema y que considera que este tipo de obligación no se extingue por el mero transcurso del tiempo desde que se celebró el contrato o comenzó la ejecución, sino por la realización, durante este tiempo previsto, de los sucesivos actos de cumplimiento, de tal manera que, si el tiempo pasa sin que se hayan efectuado las correspondientes prestaciones, la obligación subsiste. Al menos estaremos ante un incumplimiento temporal. Si es posible un cumplimiento tardío "in natura", podrá reclamarse, y, en todo caso, restará vigente una obligación de indemnizar daños y perjuicios.

Es cierto que es necesario el transcurso del tiempo para que se lleve a efecto el cumplimiento de una obligación duradera, ya que ésta no puede, por su propia naturaleza y estructura, quedar extinguida por una actividad "solutoria" realizada en un concreto y particularizado momento. Es necesario un comportamiento dirigido a satisfacer, a lo largo del período de tiempo, todas las manifestaciones de una necesidad duradera que se irán exteriorizando sucesivamente y cada una de las cuales requiere una prestación, en un momento distinto del correspondiente a las demás. Cada prestación tiene una sede temporal diversa y todas se suceden, lo cual exige un espacio de tiempo.

Con lo afirmado no pretendemos rechazar ninguna de estas dos posiciones señaladas, ya que consideramos que no son antagónicas. En realidad, lo que ocurre es que la postura doctrinal, señalada en segundo lugar, ha partido, en su crítica, de una simplista reducción de la primera. Esta última construye su razonamiento desde una distinción entre lo que son las prestaciones individuales y concretas y lo que es la obligación duradera, que no consiste en la mera acumulación de aquellas. La progresiva extinción se produce de las sucesivas prestaciones, pero no de la obligación duradera (desde esta perspectiva ya hemos visto que se considera "inconsumible"), cuya extinción sólo puede tener lugar por el mero transcurso del tiempo, después de haberse extinguido por cumplimiento las distintas prestaciones singulares en que la misma se ha manifestado (362).

En realidad, pues, no consideramos que exista

362) Vid. nota 361.

Algunos autores que se aproximan a esta línea doctrinal, se han desviado de ella en sus últimas conclusiones como GESCHNITZER (loc. cit., pp. 317 y ss.), que advierte que sólo se estará ante una extinción total en caso de desistimiento unilateral de la obligación, o, LARENZ (Lehrbuch...cit., vol. I, p. 18.). Este último autor considera que la extinción puede tener lugar solamente por acuerdo posterior de las partes o por desistimiento unilateral.

Estas últimas afirmaciones, sin embargo, olvidan que el tiempo puede ser fijado desde el inicio del contrato.

contradicción entre las dos posiciones señaladas. Sí se observa, en cambio, entre éstas y la opinión de aquellos autores, que consideran que la obligación duradera se va extinguiendo parcialmente, en la medida en que se van cumpliendo las prestaciones (363).

En definitiva, todo esto nos reconduce, de nuevo, a lo estudiado anteriormente sobre el mantenimiento de la obligación duradera en toda su entidad, a pesar de la realización de las prestaciones concretas. Respecto a la discusión, en torno a las respuestas que se han dado a esta problemática, no es tan controvertida como puede parecer, si distinguimos las conclusiones extraídas desde la perspectiva de la obligación duradera o desde el punto de vista de las concretas prestaciones.

Todo lo anterior ha llevado a algún autor a manifestar que el cumplimiento de las obligaciones duraderas constituye un ejemplo de supuesto en el que existe "un acto volitivo de cumplir y, sin embargo, no se produce una verdadera extinción de la relación jurídica obligatoria". Es decir, "existe cumplimiento (de la prestación aislada) pero no puede decirse que se produzca verdadera extinción de la obligación

363) POLACCO, V., Tratatto delle obbligazioni, vol. I, 2ª ed., Roma 1915, pp. 248 y ss.

(conjunto de la relación obligatoria)" (364).

II.3.- Término del cumplimiento.

1'. Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas en el contrato de suministro.

Una consecuencia directa de la reciprocidad o correlación entre las prestaciones, que caracteriza el sinalagma funcional, es la obligación de que los deberes de prestación de cada uno de los contratantes se cumplan simultáneamente, en caso de que no se haya pactado nada en contrario (365).

364) BELTRAN DE HEREDIA, J., El cumplimiento de las obligaciones, Madrid 1956, pp. 164 y 167. En esta misma línea se ha pronunciado LUMBRERAS VALIENTE, P., El cumplimiento de las obligaciones, en R.G.D. 1974, p. 11.

365) ALBALADEJO, M., Derecho...cit., T. II, vol. I, pp. 101 y ss.; COSSIO Y CORRAL, A., Instituciones de Derecho civil, T. I, Revisado y puesto al día por M. COSSIO Y MARTINEZ, Y J. LEON ALONSO, Madrid 1988, p. 294; DIEZ-PICAZO, L., Fundamentos...cit., vol. I, p. 559; ESPIN CANOVAS, D., La excepción de incumplimiento contractual, en A.D.C., 1964, pp. 543 y ss.

Esta regla no está recogida expresamente en nuestro Código civil, pero se desprende de los principios que lo inspiran, especialmente de lo establecido en los arts. 1.124, 1.100, último párrafo, del Código civil. En ella se informan, por ejemplo, los artículos 1466 y 1500 del C.c., referidos al contrato de compraventa. Además es aceptada por la opinión común de la doctrina y por la jurisprudencia (entre otras STS: 3-XII-1955 (R.A. 3604), 12-III-1965 (R.A. 1452), 9-IV-1976 (R.A. 1711), 20-IV-1978 (R.A. 1508), aparte de todas las sentencias que al aplicar el art. 1.124, niegan

En este sentido, se advierte que la realización de la contraprestación, por parte del suministrado, se debe hacer en el mismo término en el que está previsto que se realice la entrega del bien, es decir el cumplimiento de la prestación del suministrador. Como, además, dispone el art. 1445 del C.c. para la compraventa. Luego, a falta de pacto en contrario, no se puede considerar que el vencimiento de la deuda del suministrado está subordinado al cumplimiento de la prestación por el suministrador, sino que ambos deberes deben cumplirse simultáneamente.

En el contrato de suministro, este principio se observará en cada uno de los actos de cumplimiento. En cada momento en el que se manifiesta el interés duradero, en el que se actualizan las obligaciones de ambos contratantes, se deberá realizar una concreta prestación, que tendrá efectos extintivos. Y esto supondrá un acto de cumplimiento, que se repetirá sucesivamente, a través del cual se va desarrollando el cumplimiento duradero, que caracteriza al suministro. Pues bien, en cada uno de estos momentos "solutorios" regirá el principio del cumplimiento simultáneo. Los términos de ejecución de cada una de las prestaciones del suministrador coincidirán con los términos de las del suministrado.

la resolución al que la pide si, a su vez, ha incumplido, justificando el incumplimiento del demandado por el del demandante.

Todo lo cual supone, además, que, en ausencia de un pacto que disponga una disciplina diversa, la obligación del suministrado será también duradera, y el ritmo de vencimiento de la obligación, en cuanto deber de realizar una pluralidad de prestaciones sucesivas, coincidirá con el de la obligación del suministrador.

Este principio general tiene carácter dispositivo. Los sujetos pueden establecer en su contrato una regulación diversa. Pueden alterar la cadencia con la que la obligación del suministrado se hace exigible, y alejar en el tiempo sus correspondientes prestaciones en relación a la distancia temporal que les separa del vencimiento de las del suministrador (366). Incluso, como ya señalamos en su momento, pueden configurar la obligación del suministrado como una obligación de cumplimiento instantáneo.

Por tanto, los términos de cumplimiento de las distintas prestaciones, representan los momentos en los que se manifiesta la necesidad duradera del suministrado. En dichos términos deberán ser realizadas las correspondientes prestaciones por ambas partes.

366) Por ejemplo, puede pactarse un suministro mensual de un objeto que se pagará trimestralmente, un suministro diario que se pagará, sin embargo, mensualmente.

De acuerdo con el principio que preside nuestro Código civil en esta materia (art. 1127), el término establecido para el cumplimiento de las singulares prestaciones se considera pactado en beneficio de ambos contratantes a no ser que, de lo establecido en el contrato o de las circunstancias que envuelven la relación jurídica, pueda deducirse que se estableció en favor de uno o del otro (367). Significa, pues que la prestación no podrá ser exigida por el acreedor hasta que llegue el término de cumplimiento y el deudor tampoco podrá pretender liberarse cumpliendo, por su exclusiva voluntad, su obligación antes de dicha fecha.

Es posible, sin embargo, que las partes contratantes hayan acordado que el plazo esté establecido en beneficio del deudor o del acreedor.

En el primer caso, el deudor de la obligación de suministrar será el suministrador, y el de la obligación de pagar el precio, el suministrado. Cada uno de los sujetos que gozan de tal beneficio podrán realizar anticipadamente la entrega del objeto de su obligación. No obstante, si el beneficiario es el suministrador podrá adelantar la entrega

367) En este mismo sentido y referido expresamente al suministro el Código civil italiano declara en su art. 1563 que el término establecido para las prestaciones individuales se presume pactado en interés de ambas partes. Y el Código civil peruano también en esta línea observa en su art. 1611: "El plazo establecido para las prestaciones singulares se presume en interés de ambas partes".