



Universidad
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Pablo-Romero Gil-Delgado, María Concepción. La ejecución de la obligación de entrega en el contrato de suministro en el ACM. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1613-1632. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20943>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA EJECUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA EN EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL ACM

MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO*

Resumen

El contrato de suministro no tiene regulación propia en las normas de la contratación privada. El ACM lo incorporará al elenco de contratos que regulan el intercambio de bienes como un contrato afín a la compraventa con la que tiene muchísimas conexiones. La principal obligación del suministrador - suministrar - puede identificarse con la obligación de entrega de los bienes en la compraventa si bien tiene algunas características propias derivadas del carácter de ejecución continuada del contrato. A estas especialidades recogidas en el texto proyectado dedicaremos este estudio.

Contenido

1. Introducción. – 2. La noción de suministro en el ACM. – 2.1. El suministro como contrato de intercambio de bienes. – 2.2. El suministro como contrato único y duradero. – 2.3. El suministro como contrato mercantil. – 3. La obligación de suministrar. – 3.1. La entrega de los bienes. – 3.1.1. La entrega conforme. – 3.1.2. La entrega libre de pretensiones de terceros. – 3.2. La delimitación de las prestaciones concretas. – 3.2.1. Tipo y calidad de los bienes. – 3.2.2. Cantidad o volumen de los bienes. – 3.2.3. El momento de la realización de las prestaciones. – 4. Alteraciones en la ejecución de las prestaciones. – 4.1. La falta de conformidad. – 4.2. Derechos del suministrado por incumplimiento del suministrador. – 4.2.1. Marco general. – 4.2.2. El incumplimiento general en el suministro. – 4.3. Excesiva onerosidad del contrato.

1. INTRODUCCIÓN

El ACM incorpora como novedad la regulación de materias que como el contrato de suministro que carecía de normativa aplicable¹. Y cierto es que no la tiene en derecho privado patrimonial pero no es un contrato desconocido en absoluto en nuestro Derecho que lo regula en el ámbito de la Administración Pública² y en algunas normas sectoriales como el sector energético³, y lo incluye en el TRDCU⁴ o en la CNUCCIM⁵.

* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Pública de Navarra. .

¹ I-29, VI-12 y VI 54 de la Exposición de motivos ACM.

² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público

³ Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, art. 43-52; RD 1434/2002 de 27 Dic. Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en su art. 31 y otras normas complementarias dispersas que puede encontrarse en la base de datos articulada

En concreto los artículos 9 y 290 a 300 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que con una perspectiva más amplia que el mero intercambio de bienes, califica de suministro no solo los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes sino también el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. Y de esta forma, se consideran contratos de suministro aquellos en que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sino también los arrendamientos y cesión de equipos y sistemas de telecomunicaciones o tratamiento de la información y los de fabricación y entrega de productos especialmente encargados por la administración, con o sin aportación de los propios materiales.

Por su parte, el suministro de energía eléctrica se define como la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles.

Y por lo que se refiere a la contratación con consumidores, el art. 115.1 se refiere a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse de manera semejante a como lo hace el art. 3.1 de la CNUCCIM que considera compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas.

Pero si bien el suministro no es desconocido en nuestro derecho no tiene en el derecho privado patrimonial un texto normativo que pueda servir de patrón general para este contrato frecuentísimo en el tráfico comercial y utilizado tanto para la adquisición de bienes de consumo como de mercaderías o materias primas para abastecimiento de diferentes actividades empresariales.

En la regulación que propone el ACM se encuadra el suministro en el libro V, título I entre los contratos de intercambio de bienes, asimilado a la compraventa, con la que guarda, dice la Exposición de Motivos, una vinculación evidente en cuanto a la prestación principal del contrato y se encuentra sistemáticamente situado detrás de la regulación general de la compraventa, como un contrato afín a ella.

Y, de esta forma, el régimen propuesto no hace una regulación completa del suministro sino tan solo regula aquellos aspectos que lo hacen diferente de la compraventa en cuanto que la característica esencial del suministro es el modo de entrega de los bienes, que se hace de forma periódica o continuada, siendo el factor tiempo un elemento clave en el desarrollo del contrato. Y para reforzar la afinidad con la compraventa, la regulación propuesta se cierra con una norma de remisión, el art. 513-9 que bajo el epígrafe de “Regulación subsidiaria” se dispone que “En todo lo no

mediante el sistema integral de información sobre normativa energética de la CNMC. Sobre estos contratos puede verse, MENDOZA LOSANA, Ana Isabel, “Contratos de suministro de gas y electricidad” en AAVV, AAVV (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel, *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, 2013, págs. 771-784.

⁴ Art. 115.1 TRLGDCU.

⁵ Art. 3.1 CNUCCIM. Sobre el concepto de compraventa internacional y las características del suministro de productos que deban fabricarse, PERALES VISCASILLAS, María Pilar, “Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo”, *AC*, 4, 2003, pp. 1199 a 1224.

previsto en este capítulo serán aplicables al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa contenidas en este Código”.

2. LA NOCIÓN DE SUMINISTRO EN EL ACM

La noción del suministro se encuentra en el artículo 513-1 ACM que nos dice que “Por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar, a favor del suministrado, prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio. El contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil”.

2.1. El suministro como contrato de intercambio de bienes

En esta definición del contrato aparece destacada el modo de ejecución de las prestaciones, periódicas o continuadas y con ello se destaca la idea de contrato duradero en el tiempo que no agota su cumplimiento en su solo acto sino que se ejecuta durante el tiempo que las partes hayan acordado.

Pero, sin embargo, sorprende que en la definición no se haga referencia a la entrega de bienes, sino a prestaciones relativas a los bienes objeto del contrato. Y sorprende por varias razones.

En primer lugar, la obligación principal de suministrar que corresponde al suministrador, recogida en el art. 513-2., parece identificarse con la entrega de bienes, de forma que se dice que “el suministrador deberá entregar bienes⁶”.

Por otro lado, en el conjunto del contenido del contrato destacan las prestaciones relacionadas con la entrega: entrega conforme, entrega en cantidad y calidad, entrega en plazo.

En tercer lugar, el contrato de suministro está sistemáticamente situado dentro de los contratos de intercambio de bienes, en el Capítulo Tercero del Título I, del Libro Quinto del ACM, inmediatamente después de la regulación de la compraventa, y como contrato afín a la misma.

Y por último, al remitir a la compraventa la regulación no prevista, hay que pensar en la transmisión de la propiedad de los bienes, lo que necesariamente lleva a la entrega de los mismos.

Cabe interpretar que cuando se refiere el art. 513-1 a prestaciones se está refiriendo al tiempo de cumplimiento y no a la posibilidad de realizar otras prestaciones distintas a la entrega de los mismos. Y que las distintas referencias a “las prestaciones” que se hacen en el texto no significan otra cosa que la concreta y puntual entrega de los bienes pactados en el contrato.

⁶ Lo cierto es que lo habitual parece ser identificar suministro y entrega en las normas que lo regulan. Sobre ello, ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Jochen “Los contratos de suministro de materiales”, AAVV, (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel, *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, 2013, págs. 141-150.

No parece, tal como está redactado el ACM, que se esté admitiendo la posibilidad de que la entrega de los bienes se haga a título de uso y se asimile a un contrato de arrendamiento. Personalmente creo que no plantearía ningún problema admitir esta posibilidad en algunos supuestos aunque en otros sería difícilmente admisible por la propia naturaleza de los bienes suministrados. No sería posible en el suministro de materias primas o componentes que se incorporan a productos más complejos. Pero si en aquellos otros, como pudiera ser mobiliario o vehículos o elementos de decoración, que deban ser sustituidos cada cierto tiempo no veo el inconveniente por ninguna parte. Y me surge la duda porque el arrendamiento es al igual que la compraventa un contrato de intercambio de bienes pero en el que no se transmite la propiedad de la cosa y, a pesar de que se reenvía la regulación al contrato de compraventa ex art. 513-9, entre las obligaciones del suministrador no se incluye la transmisión de la propiedad de los bienes suministrados. La opción asimilarlo a un contrato de arrendamiento no plantearía ningún problema si en vez de remitirse a las normas reguladoras de la compraventa se reenviara, como hace el art.1570 del Codice civile italiano a las normas que regulan el contrato al que corresponde las prestaciones individuales⁷ pero no lo es cuando el art. 513-9 está redactado de una manera tajante en el que no cabe duda de la intención del legislador de asimilarlo a la compraventa en todo lo no previsto.

Y en este sentido, con más o menos independencia de la compraventa se ha movido siempre nuestra doctrina y jurisprudencia⁸. La interpretación tradicional en la jurisprudencia lo ha vinculado a la compraventa, ya sea como una “modalidad” de la misma o como una “compraventa sui generis” o situando la “la relación entre las partes en el ámbito del contrato de compraventa mercantil, en su modalidad de suministro, regulada en los art. 325 a 345 del Cco” o cuando lo califica de “compraventa por suministro”⁹. No obstante, aunque vinculado con la compraventa, más modernamente se considera como un contrato afín a la compraventa pero en el que hay marcar ciertas especialidades propias, derivadas del hecho de la pluralidad de prestaciones y su

⁷ Art. 1570. Rinvio. *Si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni.*

⁸ ALONSO SOTO, Ricardo, (“Los contratos de distribución comercial” en URÍA, Rodrigo – MENÉNDEZ, Aurelio (drs.) *Curso de Derecho Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167 y ss.) lo incluye entre los contratos de distribución, por la finalidad económica a la que sirven, sobre todo en aquellos casos en que va unido a pacto de exclusiva como es el caso que resuelve la STS de 18 de marzo de 1991 (comentada por LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio, “Resolución unilateral por incumplimiento en el suministro con pacto de exclusiva. Comentario a la STS de 18 de marzo de 1991”, *LL*, 1991, 3, pp. 388-398) y en donde puede resultar difícil deslindarlo de la concesión. La SAP Madrid 17.05.2004 (JUR 2004,246277) distingue el suministro de la distribución cuando no está en la intención de las partes la transmisión del dominio del material que se entrega, ni se recibe el precio pagado por su adquisición, sino el de su comercialización, ni el suministrado actúa como propietario del material suministrado, limitándose a intermediar en la transmisión.

⁹ SsTS 10 marzo 1994(RJ 1994,1734): compraventa en la modalidad de suministro; 28 febrero 1996 (RJ 1996,1268): compraventa por suministro.

Un caso especial es el que se recoge en la STS 21 septiembre 1998 (RJ 1998,7285), en la que se plantea si suministro de combustible para hacerse un buque a la mar está incluido en los conceptos de proporcionar pertrechos y avituallamiento de las naves. En este caso el suministro no es facilitado para un viaje sino que se repite varias veces en distintos puertos lo que convierte las cargas de combustible en operaciones susceptible de ser calificadas de contrato de suministro con entregas sucesivas,

carácter de contrato de duración¹⁰. Por ello, viene diciendo la jurisprudencia, aun siendo el suministro un contrato diferenciado de la compraventa pero afín al mismo, su regulación se rige en su mayor parte por las reglas de la compraventa, contenidas, hoy por hoy, en el Código de Comercio si es mercantil, siempre que no sean opuestas a su específica naturaleza¹¹.

2.2. El suministro como contrato único y duradero

Es notorio que el suministro es un contrato muy habitual en el tráfico económico porque facilita la posibilidad de obtener la satisfacción de necesidades periódicas que se repiten en el tiempo pero se vinculan a un contrato único¹² que evita que haya que realizar un contrato cada vez que surge la necesidad de una prestación, con lo que ello supone de ahorro en la contratación. Por otra parte, se asegura para el suministrado aquello que precisa para el normal desarrollo de su actividad y se pueden evitar problemas de abastecimiento y, al mismo tiempo, al suministrador le permite hacer un cálculo aproximado de la salida de sus productos. Es frecuente, además, que el pago del precio no se realice cada vez que se haya efectuado la prestación sino que quede aplazado, liquidándose en periodos determinados, con lo que en cierto modo se obtiene por parte del suministrado una financiación del precio del suministro.

En este sentido, ha destacado la jurisprudencia la esencia del suministro es la función de “la satisfacción de necesidades continuas para atender al interés duradero del acreedor”¹³ para lo cual “una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra prestaciones periódicas y continuas”¹⁴. Vemos, por tanto, que se considera elemento esencial del contrato la entrega sucesiva o periódica de bienes muebles a cambio de un precio pactado¹⁵. Se genera aquí una relación obligatoria duradera que debe mantenerse a lo largo de un cierto periodo de tiempo y se integra, por consiguiente, por una pluralidad de prestaciones que presentan también un carácter continuado¹⁶. Y que la jurisprudencia ha calificado como paradigma del contrato de tracto sucesivo¹⁷.

¹⁰ BERCOVITZ ALVAREZ, Raúl, “El contrato de suministro” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto (Director) *Contratos Mercantiles*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 3º ed. 200, pp. 387.

¹¹ La jurisprudencia se ha inclinado desde hace varios años a distinguir ambas figuras entre otras en las STS 30 de noviembre de 1984 (RJ 1984,5695), 8 de julio de 1998 (RJ1998, 5589), 7 de febrero (RJ 2002, 2237), 3 de abril de 2003 (RJ 2003,340), que lo califica como contrato diferenciado de la compraventa pero afín al mismo y en igual sentido la de 27.09.2006 (RJ 2006,8631), de 23 enero 2009 (RJ 2009,1270). La 24 de febrero de 1992 (RJ 1992,1425) aborda el problema de la distinción con las compraventas individualizadas aunque sean plurales y continuadas, señalando que si bien cabe su encuadre jurídico y genérico en la compraventa, el suministro presenta peculiaridades que le dan una fisonomía pues se trata de un convenio único y previo que ejercita mediante prestaciones periódicas y continuas.

¹² Las SSTS 30 noviembre 1984 (RJ 1984,5695), 8 julio 1988 (RJ 1988,5589) lo califican como contrato único.

¹³ STS 8 julio 1988 (RJ 1988,5589).

¹⁴ STS 13 junio 2002 (RJ 2002, 4897). En el mismo sentido, STS 7 febrero 2002 (RJ 2002,2237), 3 abril 2003 (RJ 2003,340), 23 enero 2009 (RJ 2009,1270) o la más reciente de 21 marzo 2012 (RJ 2012,5570).

¹⁵ AVILEZ GARCÍA, J, “*Compraventa por suministro*”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., *Tratado de Contratos, Tomo II, 2009, p... 2004*.

¹⁶ DÍEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol. IV, 2010, pg. 175.

¹⁷ STS 21 marzo 2012 (RJ 2012\5570).

2.3. El suministro como contrato mercantil

El ACM propone la calificación del suministro como contrato mercantil, en la línea de considerar que son mercantiles los contratos que así se califiquen atendiendo a la atribución de la mercantilidad de la materia mercantil¹⁸ que según la Exposición de Motivos (I-10), “vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retornan las más modernas formulaciones positivas” y que el art. 001-3 delimita categóricamente diciendo que “1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo”. Pero si podía quedar algún resquicio a la discusión de la mercantilidad el propio ACM establece en su artículo 411-1 que “Las normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Y la mercantilidad del suministro viene expresamente determinada en el párrafo segundo del art. 513-1 que dice que “El contrato de suministro tiene siempre carácter mercantil”.

No es este el momento de entrar en la conveniencia o no de este criterio de atribución de la mercantilidad de los contratos, que ha sido fuertemente criticada en la doctrina civilista¹⁹. Tiempo habrá para ello si finalmente se aprueba el texto propuesto. Pero si quiero destacar, que hoy por hoy, sigue siendo importante la calificación del contrato como civil o mercantil.

La verdad es que ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se han planteado casi dudas acerca de la mercantilidad del contrato que se acepta con carácter general cuando se realiza entre comerciantes, siendo además un contrato necesario para el funcionamiento de la organización empresarial. Por otro lado, se dice, al ser un contrato atípico cabe es preciso acudir al expediente de la analogía del art. 2 Cco y, acercándose a la compraventa, el suministro deberá ser calificado de civil o mercantil siguiendo los criterios del art. 325 Cco²⁰. Aunque, se han planteado casos en los que se ha discutido la aplicación de la prescripción trienal del art. 1967. 4 del Cc cuando el suministro es para uso o consumo empresarial. Se trata de evitar la aplicación de este artículo en los casos de suministros entre empresarios en los cuales lo suministrado no se dedique a la reventa sino que se incorpore a los procesos de producción y explotación en la empresa. Los tribunales no se planteaban la cuestión y aplicaba literalmente el art. 1967, 4º tratándose de suministros entre comerciantes o empresarios que se dedicasen a tráfico distinto del suministrador. Pero las dudas vienen cuando el suministrado es un

¹⁸ VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes, “La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la propuesta de Código Mercantil”, RDM, 292, 2014, pp. 11-21.

¹⁹ Por todos, GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, nº 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, pp. 7-27.

²⁰ SECO CARO, Enrique, “El contrato mercantil de compraventa”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús (coord.) *Derecho Mercantil*, II, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 273 y ss.

empresario que adquiere los bienes para elementos de su actividad como ha sucedido en algún caso²¹.

3. LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRAR

El art. 513-2 regula la principal obligación del suministrador: suministrar. Y lo hace desglosando los distintos aspectos que deben tenerse en cuenta para determinar detalladamente su contenido de la siguiente manera:

Artículo 513-2. Obligación de suministrar.

1. El suministrador deberá entregar bienes cuya calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él.
2. Cuando no se haya fijado la cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato.
3. Si los contratantes determinan únicamente los límites mínimos y máximos para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponderá al suministrado establecer, dentro de estos límites, el volumen de lo debido.
4. Cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días.

3.1. La entrega de los bienes

Debe el suministrador entregar bienes conforme a lo estipulado en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él.

3.1.1. La entrega conforme

La entrega conforme al contrato aparece en primer plano de la obligación de suministrar con lo que ello tiene de importante y significativo en lo que debe ser un elemento esencial del mismo que de no cumplirse dará derecho al suministrado a exigir el cumplimiento conforme a lo estipulado²².

²¹ UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Contrato de suministro de carburante para uso y consumo empresarial. Pago con tarjeta: Reclamación de cantidad. Inaplicación de la prescripción trienal del artículo 1967.4 CC", *CCJC*, nº 48, sept.-dic. 1998, pp. 927-936. En relación con STS 6 octubre 1997 (RJ 1997,7091), en la que el suministrado es un empresario de transportes que adquiere carburante para sus vehículos. En este caso, el TS no rechazó la aplicación de la prescripción trienal basándose en la argumentación de que el art. 1967.4 Cc nació con el objetivo de beneficiar exclusivamente a los particulares, sino que entendió que en este caso el precio derivado del contrato no lo era por un contrato de suministro sino de un contrato de crédito, ya que la suministradora había emitido unas tarjetas para que los vehículos pudieran repostar sin necesidad de realizar entregas de dinero en efectivo. La calificación del contrato como de crédito, y no como de suministro, lleva al TS a afirmar que a esta figura contractual no le resulta aplicable el art. 1967. 4 Cc que tiene un ámbito distinto.

²² GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, ("La compraventa mercantil", *RDM*, 287, 2013 pp. 9-26) ha señalado la conveniencia de que la futura regulación de la compraventa debiera instituir como primera obligación del vendedor la entrega de bienes cuya cantidad, calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato de manera que la garantía que tiene el comprador de recibir lo convenido deja

La noción de conformidad es sin duda una de los elementos más importantes en el derecho contractual que refleja el principio básico de que las obligaciones contractuales deben cumplirse de acuerdo con los términos del contrato. Tal como se regula en el ACM para el contrato de compraventa, que entiendo aplicable aquí, la conformidad se refiere a las condiciones materiales de los bienes que deban entregarse y se pretende que en ella queden incorporados todos los supuestos de falta de cumplimiento, reuniendo en un único concepto todas las anomalías que sufra el bien entregado²³ y se señala en el art. 511-7 las circunstancias a las que debe referirse la conformidad y los criterios para determinar su falta.

La incorporación del principio de “conformidad con el contrato” se ha ido imponiendo en el ámbito nacional o internacional, como un mecanismo de protección del comprador y significa que la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, con independencia de que la ejecución sea o no imputable al deudor. La noción de conformidad del bien presenta la ventaja no sólo de reunir en un único concepto todas las posibles anomalías que sufra el bien entregado, sino la de aunar el régimen jurídico de la responsabilidad del vendedor si se produjera cualquiera de ellas²⁴. En el ámbito internacional el principio de conformidad se establece en la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980. En el ámbito europeo se encuentra recogido en la Directiva 1999/44/CE, y estos mismos criterios son los propuestos, con vistas a la unificación, en los Principios de Derecho Contractual Europeo en los PECL, o en el Marco Europeo de Referencia²⁵.

Lo que representa el principio de conformidad es, en palabras de MORALES MORENO que en la compraventa, la cosa entregada debe ser adecuada, en cantidad,

de ser un elemento natural del contrato para convertirse en un elemento esencial que es la obligación de entrega.

²³ Artículo 511-7. Entrega conforme al contrato.

Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, o que, por las circunstancias del caso, alguno de ellos no resulte aplicable, el bien entregado será conforme al contrato siempre que se cumplan los requisitos que se expresan a continuación:

- a) Que se ajuste a la descripción realizada por el vendedor.
- b) Que sea apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo y presente la calidad y proporcione las prestaciones habituales que, conforme a su naturaleza, el comprador pueda fundadamente esperar.
- c) Que sea apto para cualquier uso especial precisado por el comprador y conocido o debido conocer por el vendedor.
- d) Que posea las cualidades de la muestra que el vendedor haya presentado al comprador.
- e) Que esté envasado o embalado en la forma adecuada para su conservación y transporte.
- f) Que esté correctamente instalado. La incorrecta instalación del bien se equipara a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad; o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo.

²⁴ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: “La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, 11, pg. 68.

²⁵ La conformidad con el contrato se recoge en el DCFR en los arts. IV.A.-2:301 a 2:304, que se refiere a los defectos materiales, mientras que los legales vienen recogidos en los arts. IV.A.-2:305 y 2:306. Sobre esta cuestión, puede verse mi comentario al “Libro IV.A. Compraventa” en AAVV, *Unificación del Derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, dirigido por de la CUESTA RUTE, J. M^a, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, págs. 219-238.

calidad y tipo, a lo que requiere el contrato y, en función de ello, el comprador dispone de los remedios propios de incumplimiento²⁶. Este sistema de protección del comprador es, como es sabido, totalmente distinto al sistema de protección del comprador por defectos de la cosa de nuestros Cc y Cco en los que para la protección del comprador corresponde el régimen de saneamiento por vicios ocultos y no coincide con el de conformidad ni en su naturaleza ni en sus efectos. Y es que el régimen del saneamiento es distinto del incumplimiento y ofrece menor protección que éste. El principio de conformidad, sin embargo, no es ajeno al Derecho español, que lo introdujo por primera vez para las compraventas internacionales mediante la ratificación en 1991 de la CNUCCIM y, posteriormente, en la trasposición de la Directiva 1999/44/CE mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, hoy incorporada al TRLGDCU, pero al estar previsto sólo para algunos casos de compraventa se produce una concurrencia de remedios entre ella y el sistema de protección del CC. Este hecho ha motivado que se haya reclamado por parte de la doctrina civilista una reordenación del sistema de protección del comprador, derogando el sistema de saneamiento propio del Cc o, al menos, clarificando la relación existente entre ellos²⁷.

Con la superación del sistema de saneamiento por el régimen de conformidad con el contrato se ponía de manifiesto la necesidad de su incorporación al régimen de la compraventa con carácter general²⁸. Y es en este sentido, que el ACM lo incorpora para la compraventa mercantil. De aprobarse el ACM en los términos propuestos, el sistema de saneamiento de los artículos 336 y 342 del Cco, que tantos quebraderos de cabeza ha dado a los mercantilistas y a los tribunales, quedará derogado, dejando atrás la interpretación forzada y derogatoria de este régimen que venían haciendo los tribunales mediante la extensión de las reglas del incumplimiento a supuestos de cumplimiento defectuoso intentando buscar para ello los razonamientos jurídicos que le permitieran solucionar de la manera más justa posible los conflictos de los intereses en juego, y en especial, buscando una salida para la protección del comprador.

²⁶ Son palabras textuales de MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa”, *ADC*, 2003, pg. 1613.

²⁷ FENOY PICON, Nieves, “La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 717-836, en especial, pp. 732-734.

²⁸ Es bastante numerosa la bibliografía sobre la falta de conformidad en la compraventa de bienes de consumo. Baste citar aquí a ORTÍ VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa vendida en la compraventa civil y mercantil*, Comares, Granada, 2002; MORALES MORENO, Antonio Manuel: “La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE”, en AAVV, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pg. 161 a 188; SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: “La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, 11, pg. 61 a 91 y más recientemente, aunque explícitamente referido a la garantía, LLACER MATA CAS, María Rosa: “La garantía por falta de conformidad y el cumplimiento no conforme: el derecho español a la luz del marco común de referencia” en AAVV *Derecho Contractual Europeo*, BOSCH CAPDEVILA, Esteve (director) Bosch, Barcelona, pp. 465 a 478; COSTAS RODAL, Lucía, “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, *ADC*, 2004, 2, pp. 1 y ss.

3.1.2 La entrega libre de pretensiones de terceros

Los bienes deben igualmente entregarse libre de pretensiones de terceros, aspecto este al que se refiere el art. 511-10, incluyendo aquí los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual²⁹.

La entrega libre de pretensiones de terceros, que aparece como obligación del vendedor en el contrato de compraventa, no se exige específicamente para el suministrador. Es claro que, si hay obligación de transmitir la propiedad habrá que transmitir la cosa libre de cargas y gravámenes de forma que el nuevo titular no se vea perturbado en su tenencia. Ahora bien, si el suministrador no estuviera obligado a transmitir la propiedad, sino solo la posesión de los bienes, ¿podría aplicarse esta misma regla?

Se plantea aquí una cuestión importante, que habrá que resolver acudiendo a la regulación del contrato de arrendamiento de cosas del Cc. En este punto, hay que hacer una precisión no por sabida menos importante. Y es que el Cc dedica los art. 1542, 1543 y 1545 al arrendamiento de cosas, sin regular específicamente el de cosas muebles sino que se centra en el de fincas rústicas y urbanas; sin embargo, la doctrina es pacífica en aplicar la regulación del Código sobre los arrendamientos rústicos y urbanos a los restantes arrendamientos de cosas, regulado en los art. 1546 y ss., por supuesto, con las debidas matizaciones según la naturaleza de su objeto³⁰.

Y el art. 1554 establece como obligación del vendedor “mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato”³¹. En la propuesta de derecho europeo de contratos, DCFR se exige al arrendador la puesta a disposición de los bienes (IV.B.- 3:101) y utiliza el término *availability*, que puede traducirse como disponibilidad. Esta obligación de disponibilidad, que se exige al comienzo del arrendamiento se extiende a todo el tiempo que éste dure, debiendo los bienes permanecer disponibles libres de cualquier derecho o reclamación que pueda ejercer un tercero. Y si el arrendatario utilizara los bienes en su beneficio o permitiera que terceros puedan utilizarlos se produciría una interferencia en el uso de los bienes por el arrendatario que será considerada como falta de conformidad con el contrato. Es decir, el arrendatario tiene la obligación de garantizar el goce pacífico y conforme de los bienes.

²⁹ Artículo 511-10. Entrega libre de derechos y pretensiones de terceros.

1. El vendedor deberá entregar los bienes libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, incluyendo los basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

2. La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que, en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador

³⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, II, 9ª edición, Tecnos, Madrid 2002, pg.328. En el mismo sentido CAMARA LAPUENTE, Sergio: *El arrendamiento de bienes muebles*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p...207 y ss.

³¹ En el DCFR que se ocupa del arrendamiento de bienes muebles puede encontrarse como equivalente la “availability” u obligación de disponibilidad

3.2. La delimitación de las prestaciones concretas

Las prestaciones pueden estar delimitadas exactamente en el contrato o bien puede dejarse la determinación para un momento posterior. No hay en ello inconveniente alguno, salvo que la redacción del contrato lleve a una indeterminación absoluta bien del objeto o bien de la frecuencia. Habrá que fijar, por tanto, los criterios objetivos sobre los que haya que hacerse la delimitación de la concreta prestación.

Vaya por delante una precisión, que se entenderá más claramente después analizar con detalle el texto del art. 513. Y es que al analizar las soluciones previstas por el legislador, la idea principal que parece subyacer es que el suministro está enfocado hacia la satisfacción de las necesidades del suministrado. Me resisto a creer que el suministro solo tienda a satisfacer la necesidad de una de las partes. Y no acabo de ver, cual sea la razón de inclinar la balanza a favor del interés del suministrado, cuando principio general de nuestro derecho es que los contratos bilaterales deben ejecutarse en beneficio de ambos contratantes e interpretarse nos dice el propio ACM art. 414-1 “conforme a la intención común de las partes” teniendo en cuenta todas las circunstancias”.

El texto del art. 513-2 recoge una serie de supuestos que ya se vienen dando en la práctica y les da carta de naturaleza, de forma que en caso de indeterminación se apliquen los criterios legales aquí establecidos. Criterios que hacen referencia al volumen o periodicidad pero no a la calidad o tipo de los bienes.

3.2.1. Tipo y calidad de los bienes

Recae el suministro sobre cosas muebles, y otros como gas o electricidad, generalmente de naturaleza genérica, que puedan ser contadas o medidas, pero no hay inconveniente alguno para que se trate de cosas específicas, aún dotadas de acentuada individualidad. Desde luego la variedad de bienes susceptibles de suministro es enorme, y basta con repasar las sentencias más recientes del TS para darse cuenta de ello. Algunos, como el gas o la electricidad tienen una regulación específica, otros –casi todos- se rigen por las normas generales.

Ahora bien, con la evolución de las tecnologías están apareciendo nuevos productos, inimaginables hace unos años, que son además de gran consumo, que no tienen claramente definido su categoría a efectos de la posible delimitación como contrato de suministro o prestación de servicios. Es el caso de los contenidos digitales que son tratados de manera diferente si están o no en soporte material o se utiliza para acceder a ellos la descarga, y más complejo aún, si ésta se hace en tiempo real (*streaming*) que en unos textos se califican servicio y en otros como compraventa³². En este mismo bloque se encuentra la utilización de redes de telefonía o accesos a internet, aunque este caso, entiendo que es más difícil su calificación como contrato de suministro sino que es más apropiado incluirlos entre los contratos de prestación de

³² GARROTE FÉRNANDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Compraventa y suministro de contenidos digitales en la Directiva 83/2011 y CESL”, AAVV (dir.) CARRASCO PERERA. Ángel, *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol. 1, 2013, págs. 753-763.

servicios a menos que nos refiramos solamente a suministro como simple abastecimiento material.

Un tercer grupo lo constituyen los productos que deben ser manufacturados o producidos, que pueden calificarse como contrato de obra o como contrato de suministro. En la CNUCCIM o en el DCFR, se incluyen entre los contratos de compraventa, por lo que son susceptibles de ser objeto de un contrato de suministro, del mismo modo que lo hace el art. 115.1 del TRLGDCU, mientras que en nuestro Cc podrían tener más fácil encaje entre los contratos de obra y así será en determinados casos³³.

Si hablamos de su delimitación en el contrato, supuesto que no esté especificado con detalle – en la práctica suele estar extremadamente detallado – puede hacerse mediante su descripción, muestras, referencias a calidad conocida en el comercio, a exigencias de importación...etc., siempre que se establezcan y del contrato se deduzcan los criterios objetivos para su determinación, de la misma manera que en el contrato de compraventa. Porque lo que resulta claro de manera indiscutible es que la entregadas cosas diferentes a lo especificado en el contrato supondrá el incumplimiento con la consecuencia que el suministrado podrá exigir el cumplimiento o la resolución del contrato³⁴.

Ahora bien, la conformidad con el contrato, para cuya determinación se estará a los circunstancias del art. 511-7 va a exigir una actitud diligente del suministrado. En primer lugar, porque tendrá que detallar que tipo de bien espera recibir, y en segundo lugar, porque para determinar si el bien es o no conforme el art. 511-11 le impone el deber de examinar los bienes que se han puesto en su poder.

3.2.2. Cantidad o volumen de los bienes

En cuanto a la determinación de la cantidad o volumen, su determinación se hará fijando el número de unidades, su peso o medida de forma directa o indirecta. Si de

³³ PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, María Concepción, "Libro IV.A. Compraventa" en AAVV, Unificación del Derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español, dirigido por de la Cuesta Rute, J. M^a, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, págs. 219-238; PERALES VISCASILLAS, María Pilar, "Hacia un nuevo concepto"...cit.; y más recientemente, Klaus Jochen "Los contratos de suministro de materiales"...cit.; ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Jochen "Los contratos de suministro de materiales"...cit. La STS de 8 julio. RJ 2011\5009 (suministro de aerogeneradores) califica el contrato como de suministro y no de obra. Se refiere a "el suministro por parte del vendedor" de los mismos, que serán "diseñados por el vendedor"; el "comprador" se obliga, entre otras cosas, a la construcción de las cimentaciones y obra civil que se requiera y el "vendedor" se compromete a transportar los aerogeneradores, a supervisar la instalación, puesta en marcha y puesta en operación; se pacta la entrega y el pago del precio; no es un contrato de obra, porque no hubo contrato de obra entre EHN y LAGERWEY sino de suministro, variante de la compraventa.

³⁴ Con la regulación actual, se ha considerado incumplimiento, por regla general si están detalladas las características de los productos, así en los casos de las SsTS 10 marzo.1994 (RJ 1994,1734) o la de 20.12.2005 (RJ 2006,291). Mientras que la STS 28.10.2005 (RJ 2005,7353), considera que no hay incumplimiento cuando en un suministro de baldosas estas se entregan con una tonalidad diferente que solo constituye un defecto estético. REGLERO CAMPOS, Fernando, "Compraventa. Demanda reconvenzional de saneamiento por vicios ocultos. Plazo: prescripción y caducidad", *CCJC*, n^o 35, ab.-ag. 1994, pp. 701-716.

alguna manera pudiera deducirse de lo manifestado en el momento de la celebración del contrato cuales son las necesidades del suministrado, habrá que atender a lo que resulten ser los intereses de este y no del suministrador, dice el art. 513-2.

Las dudas se plantean en una doble dirección: si del contenido del contrato se deduce una total indeterminación de la cantidad que el suministrador se obliga a entregar y que el suministrado acepta recibir. O si solo puede deducirse la voluntad del suministrador y su capacidad para entregar una determinada cantidad.

En el primer caso, podríamos pensar que estamos ante un contrato cuyo objeto resulta indeterminado en cuyo el contrato resultaría nulo por falta de objeto. En el segundo, si no sabemos la voluntad del suministrado difícilmente podremos afirmar que este se ha comprometido a recibir las cantidades que el suministrador le entregue y si le obligamos a recibir dichas cantidades estaremos dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

Esta ventaja que se le da al suministrado en la determinación de la cantidad entiendo que debe corregirse de la misma manera que se ha previsto en el nº 4 de este mismo art. 513-2 para la determinación del momento de la entrega, y que deberá concretarse en la necesidad de que el suministrado comunique con una antelación nunca inferior a siete días, y yo creo que esta antelación no será suficiente en aquellos casos en los que, por la naturaleza del producto o su transporte, hiciera muy gravoso o de difícil cumplimiento la entrega por parte del suministrador. Como siempre, en estos casos, y a pesar de la incertidumbre que ello genere a habrá que estar a lo que resulte razonable según las circunstancias.

Es frecuente que no pueda determinarse exactamente en el momento de la celebración del contrato la cantidad exacta que debe ser suministrada. En estos casos, suele fijarse en el contrato un mínimo y un máximo dentro de cuyos límites se determinará la concreta prestación. Es un criterio que si bien deja el cumplimiento del contrato en una cierta indeterminación resulta conveniente para ambas partes. Pero, ¿a quién corresponde fijar la cantidad concreta en cada momento de la ejecución de la prestación singular? Y en estos casos, corresponderá al suministrado, dentro de estos límites, establecer el volumen de lo debido, nos dice el art. 513-2.3.

3.2.3 El momento de la realización de las prestaciones

El momento de la realización de cada una de las prestaciones concretas es un elemento de vital importancia y deberá estar igualmente determinado. Pero, al igual que sucede con la determinación de la cantidad, puede no saberse con exactitud el momento de su ejecución. Y volvemos a la cuestión inicial: si hay criterios para su determinación, estese a ellos. Si no los hubiera, el ACM ha fijado como criterio que si no se ha fijado su periodicidad, se entiende que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato. De esta redacción parece que corresponda al suministrado determinarlo, y si esto fuera así, el propio art. 513-2 en el nº 4 nos dice que “Cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a siete días”. Lo que

evidentemente se pretende es evitar al suministrador una demanda intempestiva para la ejecución. El plazo aquí se propuesto es un plazo mínimo que habrá que adaptar a las circunstancias del caso concreto.

4. ALTERACIONES EN LA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES

Al referirme a las alteraciones de las prestaciones quiero incluir aquellos supuestos en los que el suministrado no llega a recibir los bienes convenidos tal como se pactó en el contrato: bien porque no sean conforme a las especificaciones del producto, bien porque no se entrega todo, bien porque se entrega tarde o bien porque no se entrega en absoluto, que son casos de incumplimiento. Pero también incluyo aquí aquellos supuestos en los que aun siendo posible el cumplimiento su exigencia al suministrador resultaría excesivamente gravosa debido a la alteración de las circunstancias en que se pactó el contrato.

La regulación prevista para el contrato de suministro es una regulación limitada a las especialidades propias que se derivan de su especial naturaleza con relación al contrato de compraventa al que se reenvía su regulación para las cuestiones no especialmente relacionadas con sus características de contrato único y duradero o de ejecución continuada.

En relación con el no cumplimiento de las prestaciones la regulación del suministro solo incluye una norma específica: el art. 513-8 referida a la extinción del contrato por incumplimiento. Pero, dado que tenemos que encuadrar el resto de las cuestiones derivadas de la no ejecución en las normas de compraventa y, en general en las disposiciones generales sobre los contratos mercantiles, conviene hacer un análisis conjunto – aunque sea somero – de toda la rica problemática de la no ejecución.

Con carácter general podemos decir que hay tres tipos de normas aplicables. Primero, las propias del suministro: art. 513-8; segundo, las propias de la compraventa: tanto el art.511-9 que establece la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad y que resultarán aplicables al suministrador, como los art. 511-16 a 511-20 que recogen las medidas concretas que corresponderán al comprador, a nuestros efectos el suministrado, en caso de incumplimiento; y por último, el art. 416-2 relativo a la excesiva onerosidad del contrato.

4.1 La falta de conformidad

El suministrador está obligado, como hemos visto, a la entrega de los bienes conforme a lo estipulado en el contrato al decir del art. 513-2.1.

La conformidad de los bienes al contrato debe referirse a todas las circunstancias incluidas en el art. 511-7, cuya aplicación al caso concreto debe hacerse teniendo en cuenta lo pactado en el contrato y las demás circunstancias del caso.

Las consecuencias de la falta de conformidad se regulan en el art. 511-9 que hace al vendedor –suministrador- responsable de cualesquiera falta de conformidad salvo aquellas que el comprador –suministrado- conociera o no hubiera podido ignorar

en el momento de la celebración del contrato y las producidas después de la transmisión del riesgo. Responderá igualmente de aquella otras que aun siendo anteriores a la celebración se manifiestan con posterioridad, o siendo posteriores deriven de un incumplimiento de sus obligaciones, incluidas las obligaciones de garantía que pudiera haber asumido en relación con la aptitud del bien para su uso – sea este un uso ordinario o especial-.

Para poder exigir la responsabilidad al suministrador deberá el suministrado haber examinado los bienes entregados y haber efectuado la correspondiente comunicación al suministrador de la falta de conformidad, según lo previsto en los arts. 511-11 y 511-12 para la compraventa.

No procede hacer aquí un análisis pormenorizado de su contenido pero no quiero dejar pasar la oportunidad de manifestar mi perplejidad por los breves plazos de tiempo, – 5 días – a contar a partir de distintos momentos, que se dan al comprador para el examen y la comunicación posterior al suministrador³⁵. Cuando además, de no hacerla perderá, dice el art. 511-20 el derecho a exigir el cumplimiento o la resolución del contrato aunque le queda el recurso de exigir la reducción del precio o la a indemnización de daños, si aduce una excusa razonable.

Pero hay otra segunda cuestión, y es que el juego de los plazos para hacer la denuncia y el de la pérdida de todos los derechos por no hacerla no me parece un modelo de claridad. Por un lado, hay 5 días de plazo para hacer la denuncia, por otro, se pierden todos los derechos si esta no se ha efectuado en el plazo de un año que entiendo que se refieren al derecho a la reducción o a la indemnización de daños porque la resolución del contrato o la exigencia de su cumplimiento se pierden de no haber hecho la denuncia en el momento correspondiente³⁶.

4.2 Derechos del suministrado por incumplimiento del suministrador

4.2.1 Marco general

De lo previsto para la compraventa tenemos que el incumplimiento del suministrador puede ser de dos tipos: esencial y no esencial. En general, en caso de incumplimiento, el Artículo 511-16. Dispone que “Si el vendedor no cumple alguna de sus obligaciones, el comprador podrá, en virtud de la denuncia a que se refiere el artículo 511-12, exigir al vendedor el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes”.

Por situar la cuestión, puede decirse brevemente, que en primer lugar, cabe exigir el cumplimiento que se traducirá en la reparación de los bienes o su sustitución por otros conformes, siempre que sea posible y proporcionado (511-17.1). Sólo después

³⁵ Ni la CNUCCIM en su art. 38 ni el DCFR en IV.A.-4:301 imponen plazos concretos sino el “más breve posible”

³⁶ Veo aquí una clara influencia de la CNUCCIM, arts. 38 y 39 y del DCFR arts. y 4:302. En ellos sin embargo solo se habla de plazo razonable y no de plazos concretos, dándose un plazo máximo de dos años que se considera como plazo máximo razonable. Pero desde el momento en que se establece un plazo concreto, resulta extremadamente difícil extender luego un plazo máximo sin que se descuadre el mecanismo provocando una disfunción.

de exigir el cumplimiento, podrá pedir la reducción de precio (511-18.1). La entrega parcial o parcialmente conforme, será tratada como incumplimiento sólo respecto de la parte no entregada (511-19).

Si el incumplimiento fuera esencial el suministrado tendrá derecho, según lo previsto por el art. 511-18.2, a la resolución del contrato. En otros casos, solo procederá exigir el cumplimiento o reducir el precio. En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios que procediere conforme a la legislación civil y mercantil.

Esta redacción obedece a la idea de que todo aquello que pueda repararse o cambiarse, repárese o cámbiese y solo cuando esto no sea posible extíngase el contrato mediante su resolución. En definitiva, se pretende reparar el perjuicio causado, conservando el contrato como parte integrante y necesaria de la actividad que se desarrolla³⁷.

El incumplimiento esencial del contrato no se encuentra definido en el ACM pero es un término utilizado en textos internacionales y nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de su significado e importancia para determinar cuándo procede la resolución por incumplimiento³⁸. Su definición podemos encontrarla tanto en la CNUCCIM como en los Principios UNIDROIT. Así vemos que el art. 25 de la CV lo define como “aquel que cause a la otra parte un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación”³⁹. De manera algo distinta pero con arreglo a la misma idea principal de que la importancia del incumplimiento produce la frustración del contrato lo encontramos en los Principios UNIDROIT⁴⁰,

La calificación de esencial, y con ello la posibilidad de resolver del contrato, deriva del perjuicio que se produzca para la otra parte no de la magnitud del

³⁷ VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “La regulación...cit., p. 17.

³⁸ STS 17 febrero 2010 (RJ 2010,1284), STS 28 de junio 2012 (RJ 2012,8353), STS 18 noviembre 2013 (RJ 2014,2233), STS 23 mayo 2014 (RJ 2014,3878), STS 12 noviembre 2014 (RJ 2014,5697).

³⁹ (GOÑI URRIZA, Natividad, *El incumplimiento fundamental del contrato en la Convención de Viena*, (tesis doctoral) p. 84; y “El incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa internacional de mercancías”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y AREAL, Santiago, *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 633 y ss.; LAUROBA LACASA, M^a Elena, “El estándar del incumplimiento esencial en la compraventa internacional”, AAVV (dir.) CARRASCO PERERA. *Ángel Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo*, Vol. II, 2013, págs. 1429 y ss.).

⁴⁰ La noción de incumplimiento esencial se recoge en los Principios UNIDROIT (versión 2010), cuyo art. 7.3.1. dice:

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

- (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
- (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
- (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
- (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
- (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

incumplimiento en sí mismo⁴¹. Pero la interpretación auténtica de su significado en el ACM la encontramos en el comentario de VÉRGEZ⁴² que señala que será esencial el incumplimiento de un contrato cuando haga inviable la finalidad que le es propia.

Se exige, además, un segundo elemento que conforma la noción del incumplimiento esencial como es la imprevisibilidad de sus efectos. Es decir, que la gravedad de las consecuencias derivadas del incumplimiento fuesen imprevisibles por la parte incumplidora o por una persona razonable de idéntica situación y condiciones⁴³.

4.2.2 El incumplimiento esencial en el suministro

Trasladando lo anterior al contrato de suministro, es importante determinar cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta para que el incumplimiento resulte esencial toda vez que se trata de un contrato de ejecución continuada. Y aquí es donde, creo yo, entra el juego del art. 513-8. que nos dice que “El incumplimiento por cualquiera de los contratantes de las prestaciones singulares dará derecho a la otra a declarar resuelto el contrato sin necesidad de preaviso si, en atención a su entidad o reiteración, constituye un incumplimiento esencial del contrato o disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos. La extinción por esta causa no afectará a las prestaciones anteriores cumplidas”.

El art. 513-8 viene a confirmar lo que ya venía haciendo la jurisprudencia y que no es, ni más ni menos, que decir que no basta con el incumplimiento de una sola de las prestaciones concretas, por grave que este sea, sino que será necesario atender a otras circunstancias de forma que pueda afirmarse que se ha producido para el suministrado la inseguridad de que el suministrador vaya a seguir cumpliendo, produciendo con ello la pérdida de confianza respecto del comportamiento del suministrador. Ni que decir tiene que la determinación de esta circunstancia es una cuestión de hecho que deberá decidirse en cada caso⁴⁴.

⁴¹ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique, (*La compraventa internacional*, Bosch, Barcelona, 1994 p. 132) nos indica que, de este modo, un incumplimiento aparentemente intrascendente, como puede ser el retraso de unos pocos días, se convierte en esencial si del mismo se deriva la imposibilidad del comprador de utilizar las mercaderías con posterioridad a la fecha inicialmente pactada para la entrega, deviniendo inútil el contrato.

⁴² VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “La regulación...cit., p. 17.

⁴³ VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, (*La Compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 162-166) indica que la jurisprudencia ha considerado como casos de incumplimiento esencial en los siguientes supuestos: 1) cuando se produce el incumplimiento de una obligación impuesta de forma indubitada por una de las partes del contrato y así por ejemplo se citan los casos de violación de una obligación impuesta en el contrato porque permitía pensar que no se cumplirían las demás (OLG Frankfurt Sentencia de 17.09.91, caso Marloto); la violación de una prohibición de destino de las mercaderías; el desconocimiento de un plazo esencial (Amtsgericht Oldenburg in Holstein, Sentencia de 24.04.90, caso bañadores, y OLG Hamburgo Sentencia de 22.08.97, caso acero-molibdeno) y la entrega de una mercancía muy inferior a la pactada 2) cuando las mercancías tienen defectos que hacen que no sean susceptibles de reventa en el mercado, por ejemplo, la entrega de mercaderías no aptas para el uso al que ordinariamente se destinan (Landgericht Baden-Baden, Sentencia 14.08.91, caso cerámica decorativa).

⁴⁴ Entre los casos resueltos por la jurisprudencia pueden citarse, las SsTS de 28 febrero 1986 (RJ 1986,862), supuesto en el que el suministrador cesa en su actividad; 15 febrero 2005 (RJ 2005,1922), en el que se produce retraso relevante en la entrega; 24 febrero 2006 (RJ 2006,8197), caso de falta de entrega, defectos y entrega tardía o en cantidad inferior de materiales.

Se trata de corregir las consecuencias de la manifestación clara y patente de la voluntad del suministrador de no cumplir. Esta apreciación exige, además de la actitud del deudor demostrada en sus acciones, la persistencia y plena conciencia de su comportamiento dirigido a la falta de cumplimiento. Los actos del suministrador serán, por tanto, de tal naturaleza que de manera expresa o por hechos concluyentes – será la situación más habitual – quede probado⁴⁵.

Una solución tal parece fundamentarse en la idea de que el contrato de suministro constituye un factor esencial la confianza y la seguridad en la continuidad en el cumplimiento, que es un elemento esencial en el momento de la celebración. Cuando se produzcan uno solo o varios supuestos de incumplimiento que destruyan el elemento esencial de la confianza deberá entrar en juego el mecanismo de la resolución para la extinción del contrato. Mientras no se produzca esa falta de confianza e inseguridad en el cumplimiento cada una de las prestaciones debe considerarse de manera aislada.

Por otra parte, y así lo hace el ACM, la resolución por incumplimiento afectará a las prestaciones futuras, pero no a las ya cumplidas.

Finalmente, hay que señalar que queda intacto el derecho a ser indemnizado en los perjuicios que la falta de suministro le haya ocasionado.

4.3. Excesiva onerosidad del contrato

A lo largo de la duración del suministro, y precisamente por ser un contrato duradero, puede suceder que se hayan modificado de tal manera las circunstancias en las que se pactó el contrato que si el acreedor exige el cumplimiento se produciría una dificultad u onerosidad excesiva. Desde luego que no se trata de un cambio de circunstancias digamos previsibles o razonables sino de una alteración de tal importancia que llegue a afectar al mismo cumplimiento del contrato por su gravedad, imprevisibilidad y alteración del equilibrio de las prestaciones. Se trata entonces de buscar una solución para estos casos en los que, a pesar de que sea posible el cumplimiento este es tan gravoso para una de las partes que origina un desequilibrio contractual.

En casi todos los ordenamientos jurídicos se han articulado mecanismos para hacer frente a esta situación de manera que se busque una modificación equitativa del contrato y, si ello no fuera posible, se arbitre su resolución⁴⁶.

El mecanismo tradicionalmente utilizado en nuestro ordenamiento no ha venido propiciado por el legislador sino desde aplicación por los jueces y tribunales de los principios contractuales para configurar la cláusula *rebus sic stantibus* para la equitativa modificación del contrato.

Ahora bien, a pesar de que la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido alegada con mucha frecuencia en los contratos de ejecución aplazada o de ejecución continuada y duradera y, por lo que aquí interesa, a los contratos de suministro, la jurisprudencia siempre ha sido cautelosa al aplicar este mecanismo reiterando que la posible alteración

⁴⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes. *El contrato de suministro. El incumplimiento*. Madrid, 1991, pp. 292-296.

⁴⁶ Un panorama muy completo de los distintos sistemas en Europa en HONDIU, Ewoud y GRIGOLET, Hans, *Unexpected circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2014.

de las condiciones del contrato es algo consustancial a los de ejecución diferida y que toda obligación diferida se ve afectada por un aleas, aunque el contrato no sea de naturaleza aleatoria⁴⁷. En consecuencia, la revisión del contrato como consecuencia de la alteración de las circunstancias, como mecanismo compensatorio para evitar un resultado injusto, debe hacerse teniendo a) se haya producido una desproporción o desequilibrio importante entre las prestaciones recíprocas de las partes; b), debe tratarse de una alteración grave de las circunstancias comparando las del momento actual con las existentes en el momento de la celebración del contrato; c) la alteración de las circunstancias y sus efectos fueran imprevisibles; y d) que los efectos anómalos producidos no puedan subsanarse por los medios previstos en las normas positivas⁴⁸.

Las estrictas exigencias de la jurisprudencia en su aplicación han dado en los últimos años un giro importante⁴⁹ debido principalmente a la gravísima crisis financiera mundial y si bien no se ha generalizado su uso, sí que se ha abierto una vía para la normalización de la figura y deje de verse como excepcional y anómala y tiendan a consolidar su normal aplicación sin tener en cuenta más que sus presupuestos y requisitos de aplicación⁵⁰.

No ha sido solo la crisis económica la causante de los cambios sino también la influencia de los proyectos europeos en materia de unificación de contratos como los Principios UNIDROIT, los PECL o el DCFR que incluyen en su contenido la excesiva onerosidad o *hardship*⁵¹.

El ACM va a significar toda una novedad, apartándose de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al incluir en su regulación las consecuencias de la excesiva onerosidad del contrato para los contratos mercantiles⁵², todo él influido como nos

⁴⁷ STS de 17 mayo 1957 (RJ 1957,2164)

⁴⁸ Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en las sentencias 16 junio 1983, (RJ 1983,3632) 13 marzo 1989, 23.04.91 (RJ 1991,3023), 06 junio 1992, 14 diciembre 19.93 (RJ 1993,9881).

⁴⁹ A partir de 2012 se han resuelto varios casos, no todos de forma favorable, pero que demuestran la importancia de que exista un mecanismo para la corrección de estos problemas, desde la de 20 febrero 2012 (RJ 2012,4044) hasta la más reciente de 30 junio 2014, RJ 2250,2012 en la que el TS fija doctrina sobre la caracterización y régimen jurídico de la cláusula «rebus sic stantibus». Son las de STS 17 de enero de 2013 (RJ 2013,1819) y STS 18 de enero de 2013 las que constituyen el punto de inflexión en el cambio de posición del TS.

⁵⁰ Así lo expresa BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel “La «moderna» caracterización y régimen jurídico de la cláusula rebus sic stantibus”, *Actualidad Civil*, nº 11, 2014, pp. 13-14. Pero no es esta más que una muestra de la importancia de la figura en estos tiempos de crisis a la que se han dedicado varios estudios y comentarios: ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, MARTINEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013; ALCOVER GARAU, Guillermo, “La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula rebus sic stantibus: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil?” *LA LEY mercantil*, nº 4-5, Julio-Agosto 2014; AGÜERA, Sergio, MARTÍN, ADRIANA, “La cláusula “rebus sic stantibus” y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales”, *Aranzadi digital*, nº 1/2014; de los SANTOS, Carlos, MARTIN GOMEZ, Eduardo, “Rebus sic stantibus: una figura antigua de plena actualidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 872/2013; GARCÍA-CEREZO, Alejandro, LUNA YERGA, Álvaro y XIOL BARDAJÍ, María, “Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 (RJ 2013\1819)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2013 (junio).

⁵¹ Art. III. - 1.110 del DCFR; arts. 6.2.1 a 6.2.3 Principios UNIDROIT.

⁵² Aunque no es una novedad absoluta en el Derecho de contratos, ya que La ley 493 de la Compilación Foral Navarra, lo regula como una situación especial en el cumplimiento de la obligación en los

informa la Exposición de Motivos, por los Principios UNIDROIT y los Principios Derecho europeo de los contratos (PECL). Entiendo que la opción de la regulación de la excesiva onerosidad obedece también a la necesidad de tener en un texto legal los criterios por los que debe regirse su aplicación y sus consecuencias. Desde luego que la interpretación y aplicación a cada caso corresponde a los tribunales pero no debe haber, de partida, la misma incertidumbre que si nos atenemos solamente a la evolución jurisprudencial.

Por otra parte, en la regulación propuesta se configura como un remedio tendente en primer lugar a la modificación del contrato que es principio reconocido por el ACM. Su misión es intentar restablecer el equilibrio entre los contratantes y no utilizarlo, salvo que no fuera posible otra cosa, como fundamento para la resolución del contrato y extinción de la relación contractual.

De esta forma, el art. 416-2. Establece los requisitos y las consecuencias de la excesiva onerosidad.

Dice el art. 416-2.2. que “se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”.

Y la solución propuesta, en estos casos no es la resolución del suministro sino que dice el art. 416-2-1 que “en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde”.

No obstante, “Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale”.

siguientes términos “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución.