



Universidad  
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Maroño Gargallo, María del Mar y García Vidal, Ángel. El contrato de suministro en el anteproyecto de Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1373-1387. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21016>

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/)

# EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO\*  
ÁNGEL GARCÍA VIDAL\*\*

## Resumen

Uno de los contratos, actualmente atípicos en el Derecho mercantil, que el Anteproyecto de Código Mercantil pasa a regular es el contrato de suministro. El presente trabajo analiza las disposiciones contenidas en el Anteproyecto en relación con esta figura contractual, a la vez que presta atención a los casos de competencia desleal por explotación de la posición de dependencia económica (también regulados en el Anteproyecto), por ser el contrato de suministro una de las relaciones contractuales paradigmáticas de la existencia de este tipo de dependencia.

## Contenido

1. Preliminar. – 2. Concepto y naturaleza. – 3. Obligaciones de las partes. – 3.1. Obligaciones del suministrador. – 3.2. Obligaciones del suministrado. – 4. Otros pactos. – 5. Extinción del contrato. – 5.1. Extinción por transcurso del tiempo. – 5.2. Extinción por denuncia unilateral en contratos de duración indefinida. – 5.3. Extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales y la posibilidad de suspensión del suministro. – 6. El contrato de suministro y la explotación de la dependencia económica.

## 1. PRELIMINAR

Una de las principales características del Anteproyecto de Código Mercantil aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2014 (en adelante, el Anteproyecto) es el hecho, destacado en el apartado I-29 de su Exposición de Motivos, de que “la mayor parte del Código incluye la regulación de materias que carecían de normativa aplicable y que, por lo tanto constituyen una innovación en el ordenamiento jurídico”. Pues bien, entre la regulación de materias nuevas se encuentra la relativa al contrato de suministro, una modalidad contractual que hasta el momento no cuenta con regulación expresa en el ámbito de nuestro Derecho privado positivo<sup>1</sup>. De ahí que ya la mera inclusión de una

---

\* Profesora Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Santiago de Compostela.

\*\* Profesor Titular de Derecho Mercantil acreditado como Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Sí existe regulación en el ámbito administrativo (vid. el 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). Vid. LACRUZ LOZANO, M<sup>a</sup>. T., “El contrato de suministros y el contrato de servicios. Notas prácticas

regulación específica para este contrato en el Anteproyecto de Código Mercantil (en adelante, el Anteproyecto) merezca una valoración positiva.

En la actualidad, a falta de una regulación expresa, para determinar las reglas aplicables al contrato de suministro hay que atender, en primer lugar, a la voluntad de las partes contratantes reflejada en las cláusulas del respectivo contrato (artículo 1255 del Código civil); en su defecto, y por analogía, a la normativa relativa al contrato que se considera más afín, que es el de la compraventa; y, por último, a las normas generales sobre obligaciones y contratos<sup>2</sup>.

La afinidad del contrato de suministro con el de la compraventa ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia<sup>3</sup>, si bien se ha precisado -con acierto- que la afinidad no implica la identificación de ambos contratos<sup>4</sup>. Por este motivo, la inclusión en el Anteproyecto de una regulación expresa para el contrato de suministro puede servir para dotarle de una regulación que atienda a las especificidades propias de esta modalidad contractual.

Debe advertirse, con todo, que la nueva regulación se apoya en esa señalada afinidad, y lejos de agotar los distintos aspectos de la regulación del contrato de suministro, remite en lo no previsto específicamente para este contrato a las reglas que el propio Anteproyecto fija para el contrato de compraventa (vid. el art. 513-9 del Anteproyecto<sup>5</sup>). Porque, como se destaca en el apartado VI-12 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el contrato de suministro, y de igual modo el contrato de permuta, son “tipos contractuales distintos de la compraventa con vinculación evidente en cuanto a la prestación principal del contrato”.

Al tipificarse como un contrato afín a la compraventa, el contrato de suministro se incluye en el capítulo III del Título I (relativo a los contratos de intercambio de bienes) del Libro Quinto del Anteproyecto, tras regular la compraventa mercantil y las modalidades especiales de compraventa mercantil. Esta nueva regulación se formula, según se reconoce en la propia Exposición de motivos del Anteproyecto (VI-54), “a la vista de las soluciones jurisprudenciales y del Derecho Comparado, en particular, el italiano”.

Fijado así el régimen normativo del contrato, la libertad contractual sigue teniendo su espacio desde que, conforme a lo dispuesto en el artículo 411-1 del Anteproyecto, las normas reguladoras de los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tendrán un carácter dispositivo “salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa”.

---

aproximativas a su regulación en la Ley de contratos del sector público para su aplicación a las entidades locales”, en COLÁS TENAS, J; MEDINA GUERRERO, M. (coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, IFC - Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 419 ss

<sup>2</sup> En este sentido, por ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 91/2002 de 7 febrero (RJ\2002\2237), núm. 340/2003 de 3 abril (RJ\2003\3002), o la de 28 de octubre de 2005 (EDJ 2005\171677).

<sup>3</sup> Vid STS (Sala de lo Civil) núm. 340/2003 de 3 abril (RJ\2003\3002) o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 551/2011 de 8 julio (RJ\2011\5009).

<sup>4</sup> Vid SSTS (Sala de lo Civil) de 30 noviembre 1984 (RJ\1984\5695), y de 20 mayo 1986 (RJ\1986\2734).

<sup>5</sup> Según este precepto: “En todo lo no previsto en este capítulo serán aplicables al contrato de suministro las reglas del contrato de compraventa contenidas en este Código”.

## 2. CONCEPTO Y NATURALEZA

El Anteproyecto no se aparta de las definiciones que de este contrato vienen danto tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>6</sup>. De esta suerte, en el artículo 513-1 del Anteproyecto se define el contrato como aquel contrato por el que “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”.

Es un contrato del que se deriva la obligación del suministrador de realizar un conjunto de prestaciones periódicas o continuadas, consistentes en la entrega de un determinado bien al suministrado, en las condiciones y épocas fijadas en el contrato, o en atención a las necesidades del suministrado<sup>7</sup>. Es un contrato bilateral, conmutativo, sinalagmático y de duración, que recae sobre cosas muebles, incluidos el gas o electricidad<sup>8</sup>, nunca sobre servicios<sup>9</sup>.

En la actualidad el contrato de suministro es un contrato consensual en el que, al no estar expresamente regulado, rige la libertad de forma conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Código de comercio. El Anteproyecto no varía la condición de contrato consensual y, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 413-1 y 413-8, puede adoptar cualquiera de las formas válidamente admitidas en Derecho, sin perjuicio de los problemas probatorios que pueda acarrear en su caso el hecho de que el contrato no se recoja por escrito.

Por otra parte, el contrato de suministro se califica por la doctrina como contrato de intercambio de bienes, y así se recoge en el Anteproyecto. La principal diferencia con el contrato de compraventa reside en el carácter sucesivo y periódico de la obligación de entrega, pues en la compraventa la entrega se verifica de una sola vez<sup>10</sup>. Como destaca la STS de 20 de mayo de 1986, el contrato de suministro “cubre un cierto número de operaciones, que lo diferencian de la compraventa, especialmente por su finalidad previsoras en orden a la obtención, mediante precio, de unos bienes con la periodicidad pactada”.

---

<sup>6</sup> Vid., entre otras las SSTS (Sala de lo Civil) de 30 noviembre 1984 (RJ\1984\5695), de 8 julio de 1988 (RJ\1988\5589), la de 7 febrero de 2002 (RJ\2002\2237), o la de 13 junio de 2002 (RJ\2002\4897). Así en la STS de 8 de julio de 1988 se concluye que “atendiendo a la doctrina jurisprudencial y a la científica en general, es factible estimar como notas características del contrato del suministro la existencia de un solo contrato comprensivo de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en periodos de tiempos determinados o a determinar, con posterioridad y por un precio de la forma preestablecida por las partes”. Y en la doctrina PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., “Contratos de intercambio de bienes”, en CUESTA RUTE, J. M. (Dir.); *Contratos mercantiles*, I, 2ª ed., 2009, Bosch, pp. 163 y ss. (p. 253); o BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (Dir.), Tomo I, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 517 y ss. (p. 518).

<sup>7</sup> En este caso, esas prestaciones no pueden estar totalmente determinadas en el contrato, ya que si no sería imposible diferenciarlo de la compraventa con entregas repartidas o fraccionadas (donde existe una prestación única, aunque se fracciona su cumplimiento). En el suministro se contemplan varias prestaciones, debiendo determinar el suministrado, dentro de los límites del contrato, la periodicidad y cantidad en función de sus necesidades. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 521.

<sup>8</sup> PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., “Contratos de intercambio de bienes”, cit. p. 228. El objeto suministrado, son, pues, bienes generalmente genéricos, que puedan ser contados y medidos, aunque no hay inconveniente en que sean cosas específicas.

<sup>9</sup> Así, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 527.

<sup>10</sup> Vid. STS de 3 de abril de 2003 (EDJ 2003\6543).

Por otra parte, aun cuando el suministro con pacto de exclusiva se asemeja en ciertos aspectos a contratos como el de agencia o el de concesión, se diferencia de ellos pues el suministrado actúa con total independencia, sin estar sujeto a una política o estrategia de distribución del suministrador.

Tipificado, como se ha dicho, como un contrato de intercambio de bienes, el Anteproyecto dispone que se le aplican, en lo no previsto, los preceptos relativos a la compraventa que se recogen en el propio Código Mercantil. Sin embargo, y al contrario de lo que hace el artículo 511-1 del Anteproyecto con la compraventa<sup>11</sup>, el artículo 513-1 del Anteproyecto proclama la naturaleza siempre mercantil del contrato de suministro.

En la actualidad, la jurisprudencia entiende que cuando en la regulación del contrato de suministro haya que acudir por analogía a la normativa sobre la compraventa, se deberán aplicar los artículos 1445 y ss. del Código Civil y, en su caso, si es mercantil, los artículos 325 y ss. del Código de Comercio. No obstante, la capacidad organizativa que exige el cumplimiento de la obligación asumida por el suministrador, necesaria para poder cumplir con sus obligaciones de entregas periódicas o continuadas, parece identificarse fácilmente con una empresa y con el cumplimiento de las exigencias que se derivan del artículo 325 del Código de Comercio<sup>12</sup>.

Evitando esta disyuntiva, el Anteproyecto fija con carácter imperativo la naturaleza mercantil del contrato de suministro. A este respecto, debe recordarse que a la hora de determinar la aplicación de las normas del futuro Código, será preceptivo atender a sus ámbitos de aplicación objetiva y subjetiva (recogidos en los artículos 001-2 y 001-3 del Anteproyecto). Y en concreto la mercantilidad del contrato de suministro parece corresponderse con el supuesto recogido en la letra b del apartado primero del artículo 001-3 que, al delimitar el ámbito de aplicación objetivo del nuevo Código, señala que “son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código: (...) b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles”; sin perjuicio de que cuando en el contrato intervenga un consumidor se aplique la legislación protectora de los consumidores (artículo 001-3, apartado 2 del Anteproyecto).

### **3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

#### **3.1. Obligaciones del suministrador**

El contrato de suministro es un contrato sinalagmático del que se derivan obligaciones para ambas partes. La obligación esencial del suministrador es entregar al suministrado las cosas objeto del contrato en la cantidad, calidad y plazo convenidos. De ahí que el

---

<sup>11</sup> Según el artículo 511-1 del Anteproyecto “Mercantilidad. Es mercantil la compraventa realizada en el ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-2 de este Código, siempre que, además, estén sujetos al propio Código el comprador o el vendedor.

Si la compraventa tiene naturaleza mercantil en razón de una de las partes contratantes, ambas quedarán sometidas por igual a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor”.

<sup>12</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 520.

suministro recaiga normalmente sobre bienes muebles de naturaleza genérica susceptibles de ser objeto de entregas periódicas o continuadas.

El artículo 513-2 del Anteproyecto perfila la obligación de entrega, al precisar que 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”. De esta suerte, son las partes las que, mediante las cláusulas contractuales han de fijar el tipo y la calidad del bien que ha de ser suministrado, lo que además reviste especial importancia para poder luego determinar si hay o no un incumplimiento del contrato<sup>13</sup>.

En lo que atañe a la cantidad de bienes que han de ser suministrados en cada entrega, en el contrato se deberán fijar reglas o pautas que permitan su determinación. El Anteproyecto trata de evitar que el contrato no tenga un objeto cierto, disponiendo que, a falta de determinación contractual, se entenderá que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas en el momento de la celebración del contrato (artículo 513-2.2). Lo mejor será, sin embargo, que las partes fijan algún tipo de regla que, respetando la necesidad de flexibilidad que pueda tener el suministrado, evite la indeterminación al respecto. Podrán establecer reglas concretas, o la determinación de un límite máximo y un límite mínimo, siendo el suministrado el que dentro de los señalados límites fije en cada entrega la cantidad a suministrar (solución que es la acogida en el artículo 513-2 del Anteproyecto).

También deberá determinarse en el contrato el momento de las sucesivas entregas, o las reglas para su determinación. Buscando en cualquier caso un equilibrio entre las obligaciones de las partes, el apartado cuarto del artículo 513-2 del Anteproyecto precisa 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. Este plazo mínimo de preaviso es necesario para que el suministrador pueda organizarse y planificar la entrega

En relación con este plazo de preaviso, debe tenerse presente que el artículo 411-1 del Anteproyecto dispone 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”. Por este motivo, dado que el apartado 4 del artículo 513-2 del Anteproyecto no establece expresamente el carácter imperativo de dicho plazo de preaviso, cabría entender que nada impediría que las partes pactasen un plazo inferior. Ahora bien, tampoco se puede desconocer que el artículo 513-2, apartado 4, del Anteproyecto contiene algunos elementos de los que se puede deducir su carácter

---

<sup>13</sup> Según PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., “Contratos de intercambio de bienes”, cit. p. 231, la entrega de cosa de calidad distinta podrá suponer incumplimiento y posibilidad de resolución del contrato, aunque el Tribunal Supremo haya mantenido en ocasiones que no se trata de entrega de cosa distinta sino de vicio o defecto (como hace la sentencia de 10.3.94)

Por su parte, Raúl BERCOVITZ señala que si el suministrado no determina la calidad en el contrato, deberá resignarse a recibir un género de calidad media (por aplicación del art. 1167 CC). Además le será más difícil rescindir el contrato con base en el incumplimiento del proveedor, pues tal incumplimiento debe darse con base en una condición esencial del contrato (y cita diversas sentencias en referencia a supuestos concretos) (BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 528).

imperativo. Porque, en efecto, según su dicción literal, “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”. Y es muy significativo, y un elemento en el que fundar el carácter imperativo de la norma, el hecho de que se indique que la antelación del preaviso “nunca” no puede ser inferior a la recogida en la norma. Ahora bien, también cabría negar tal carácter imperativo argumentando que el artículo 411-1 del Anteproyecto exige un establecimiento expreso de la imperatividad de la norma (como se hace, por ejemplo, en el artículo 542-3 en relación con las normas del contrato de agencia), de modo que no bastase la utilización del adverbio “nunca” para concluir la naturaleza imperativa de la norma.

El Anteproyecto no fija la forma en que deberá realizarse el preaviso, por lo que las partes podrán fijar cualquier medio que estimen conveniente, o no fijarlo en el contrato y permitir la elección del medio a emplear. En la elección del medio deberán tenerse en cuenta los problemas probatorios que se puedan generar (por ejemplo, si se hace oralmente) o la necesidad de determinar el momento en que se considera hecho el aviso y empieza a correr el plazo (caso de que se utilice un medio de comunicación a distancia). En todo caso, en relación con esta última cuestiones entendemos de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 413-7 del Anteproyecto en relación con la perfección de los contratos mercantiles.

El Anteproyecto no regula expresamente las demás circunstancias de la entrega de los bienes objeto del contrato de suministro, tales como el lugar o el tiempo de la entrega, los problemas que puede generar la entrega con expedición, la transmisión de riesgo en la entrega, o la responsabilidad por saneamiento y evicción de los bienes objeto del contrato. No obstante, estas cuestiones son disciplinadas en los preceptos dedicados en el Anteproyecto a regular la compraventa mercantil (artículos 511-3 y ss. del Anteproyecto), y resultan de aplicación al suministro en virtud de la remisión del artículo 513-9 del Anteproyecto.

### **3.2. Obligaciones del suministrado**

La obligación esencial que corresponde al suministrado es el pago del precio pactado en el contrato. Y a esta obligación hay que sumar la obligación de facilitar al suministrador la entrega de las mercancías o bienes objetos del contrato.

A propósito de la obligación de pagar el precio pactado, el artículo 513-3 del Anteproyecto diferencia según el suministro consista en entregas periódicas o continuadas. En el primer caso, el suministrador realiza prestaciones individualizadas en el tiempo y cantidad determinados y de ahí que se disponga en el Anteproyecto que el precio se abonará en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas<sup>14</sup>. El segundo caso, el del suministro continuado (como ocurre con el gas o la electricidad, que precisan de un aparato para medir la cantidad suministrada) será necesario determinar la forma y momento en que se liquide el precio, por lo que se

---

<sup>14</sup> La Propuesta de Código Mercantil también establecía que en el suministro periódico el precio se abonará en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas, pero matizaba que esto sería así, “a falta de pacto”.

dispone en el Anteproyecto que el precio se abonará, a falta de pacto, de acuerdo con los usos. En cualquier caso, y dado el carácter dispositivo de estas normas, cabe pensar que las partes podrán pactar el momento de efectuar los pagos conforme a sus necesidades.

El precio puede ser fijo durante todo el contrato, o variable en función de elementos externos (por ejemplo, precio de mercado) y en contratos de larga duración suelen incluirse cláusulas de revisión del precio para mantener un equilibrio entre las prestaciones de las partes<sup>15</sup>.

#### 4. OTROS PACTOS

Además de las obligaciones esenciales derivadas del contrato, las partes son libres para concertar cláusulas en las que asuman nuevas obligaciones. En el contrato de suministro en la praxis se observan pactos como el pacto de exclusiva o el pacto de preferencia; estipulaciones que, en cualquier caso, han de respetar las exigencias derivadas de las normas reguladoras de la libre competencia.

En lo que se refiere al pacto de exclusiva, éste puede afectar al suministrador o al suministrado. En el primer caso el suministrador se obliga a no suministrar a ninguna otra persona en la zona geográfica delimitada; en el segundo, el suministrado se obliga a no recibir los bienes objeto del contrato a través de otros proveedores diferentes. Hay que señalar que el pacto de exclusiva en el contrato de suministro era objeto de regulación en la propuesta de Código Mercantil<sup>16</sup>. Sin embargo, en el Anteproyecto se suprimió el precepto dedicado a regularlo, al mismo tiempo que se suprimía la regulación dedicada a los contratos de distribución<sup>17</sup> (probablemente con la idea de regularlo de alguna forma cuando se afronte la cuestión al hilo de los contratos de distribución).

Lo que sí se regulaba en la Propuesta de Código y se sigue regulando en el Anteproyecto, es la opción de que las partes establezcan un pacto de preferencia (artículo 513-5.1 del Anteproyecto). Aunque el pacto de preferencia puede pactarse, en principio, a cargo de cualquiera de las partes, el Anteproyecto solo regula la opción de

---

<sup>15</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 531 y 532.

<sup>16</sup> Vid, al respecto, ALONSO SOTO, R., “Los contratos de distribución en la Propuesta de Código mercantil”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, N° 14, 2014, pp. 13 y ss.

<sup>17</sup> A tenor del artículo 513-6- de la Propuesta de Código Mercantil (no incluido luego en el Anteproyecto) el pacto de exclusiva concertado en beneficio del suministrador obliga al suministrado a no abastecerse de las cosas objeto del contrato a través de terceros, ni, salvo pacto en contrario, a elaborarlas con medios propios (dicho pacto no podrá tener una duración superior a la establecida en las normas de defensa de la competencia). Este precepto de la Propuesta de Código Mercantil establecía como regla general la imposibilidad de que el suministrado elaborase los bienes con medios propios, en contra de la opinión actual de un sector doctrinal, que parte de la regla contraria, esto es; que en ausencia de pacto expreso prohibitivo el suministrado podrá elaborar para sí los bienes suministrados (así, por ejemplo, BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 537).

En lo que se refiere al pacto de exclusiva concertado en beneficio del suministrado, en la propuesta se delimitaba como aquel que obliga al suministrador a no suministrar a terceros, ni directa ni indirectamente, cosas de la misma naturaleza que aquellas que son objeto del contrato en la zona geográfica delimitada en él.



que el pacto de preferencia recaiga sobre el suministrado. Conforme a la normativa contenida en el Anteproyecto el pacto de preferencia, que habrá de respetar las exigencias que se derivan del Derecho de la libre competencia, implica que el suministrado se obliga a conceder preferencia al suministrador en la celebración de un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto<sup>18</sup>. Si el suministrado recibe otras ofertas de contrato en condiciones más ventajosas, en virtud del pacto deberá comunicar al suministrador las condiciones propuestas por los terceros, para que las iguale o mejore, debiendo el suministrador manifestar al suministrado su voluntad de ejercitar la preferencia adaptando el contrato a las nuevas condiciones en el término pactado en el contrato o, en su defecto, en un plazo de siete días; extinguiéndose en otro caso la preferencia.

A este respecto, y como destaca Raul Bercovitz, el pacto de preferencia solo tendría sentido en los contratos de suministro con pacto de exclusiva<sup>19</sup>, pues en cierto modo se trata de establecer un derecho de tanteo sobre el derecho de exclusiva.

## 5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La regulación que sobre el contrato de suministro se contiene en el Anteproyecto se ocupa de tres causas de extinción del contrato: la extinción por transcurso del tiempo, por denuncia unilateral en contratos de duración indefinida y por incumplimiento de las obligaciones contractuales.

### 5.1.- Extinción por transcurso del tiempo

El contrato de suministro se extingue, en primer lugar, por transcurso del tiempo, en caso de que el contrato tenga una duración determinada. Facilitando la permanencia del contrato, el artículo 513-6 del Anteproyecto prevé que los contratos por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto se considerarán contratos de duración indefinida. De esta suerte, sin necesidad de pronunciamiento expreso, y por la continuidad en la ejecución del contrato, éste se entiende automáticamente prorrogado y convertido en indefinido.

Cabe pensar, sin embargo, que las partes puedan pactar otra cosa, por ejemplo que se prorrogue por otro período igual al inicial, ya sea de forma automática al expirar el plazo inicialmente fijado, o por pronunciamiento expreso de cualquiera de las partes. En ese caso las partes deberían fijar las condiciones en que se habrían de ejercitar estos pronunciamientos expresos o tácitos (necesidad de un preaviso, posibilidad de oposición por la otra parte en caso de prórroga automática, etc.).

---

<sup>18</sup> En la propuesta de código decía: 1. “Por el pacto de preferencia el suministrado se obliga a conceder preferencia al suministrador en la celebración de un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto”

<sup>19</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., “El contrato de suministro”, cit., p. 540.

## 5.2.- Extinción por denuncia unilateral en contratos de duración indefinida

El segundo supuesto regulado en el Anteproyecto es el de la extinción de los contratos de suministro que tengan una duración indefinida. El carácter indefinido del contrato podrá venir determinado por la voluntad de las partes expresada en la correspondiente cláusula contractual; por la transformación en un contrato de duración indefinida por la continuidad de las prestaciones de las partes tras cumplirse el plazo inicialmente pactado (en virtud de lo dispuesto en el art. 513-6 del Anteproyecto); o por silencio contractual respecto a la duración del contrato, supuesto en el que el contrato se califica como de duración indefinida (artículo 513-7 del Anteproyecto).

En caso de duración indefinida cualquiera de las partes podrá denunciar el contrato y pedir la extinción del contrato. En este supuesto, la buena fe en el cumplimiento de los contratos exige que dicha parte notifique a la otra su voluntad de que se extinga el contrato con un preaviso suficiente. Aquí el Anteproyecto fija el plazo mínimo para notificar el preaviso en tres meses, salvo que el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, supuesto en que el plazo de preaviso será de un mes (art. 513-7.2). Estos plazos mínimos, que son válidos para ambas partes contratantes, pueden ser ampliados en el contrato en virtud de la libertad de pactos. Así, según el artículo 513-7.3, “los contratantes podrán pactar plazos mayores de preaviso”. Por lo tanto, y en sentido contrario, no se permiten los pactos que acorten el plazo de preaviso, porque, aunque expresamente no se diga que estamos ante una norma imperativa, es claro que esa es su naturaleza (pues de lo contrario quedaría privada de todo sentido).

Por lo demás, también es posible que en el contrato de suministro se fijen plazos de preaviso para cada parte. La única limitación a este respecto se encuentra en el artículo 513-7.3 del Anteproyecto, según el cual el plazo de preaviso del suministrado no podrá ser inferior en ningún caso al establecido para el preaviso del suministrador. En consecuencia, lo que sí se permite es que el plazo del suministrado sea mayor que el del suministrador. Estamos, de nuevo, ante una norma que debe entenderse imperativa (pues el legislador preceptúa que el plazo del suministrado no puede ser inferior al del suministrador “en ningún caso”). Se tiene probablemente en cuenta que, si alguna de las partes puede no poseer la condición de empresario, ese será el suministrado dotándose así de protección a la parte considerada más débil en el contrato.

El precepto termina reconociendo, en su apartado cuarto, que el incumplimiento por cualquiera de los contratantes de lo dispuesto en este precepto en relación con el preaviso dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de ello.

Hay que advertir, sin embargo, que la regulación contenida en el Anteproyecto prevé una hipótesis en la que la falta de preaviso no será penalizada: en el caso de extinción del contrato por incumplimiento, en las condiciones fijadas en el artículo 513-8 del Anteproyecto, al que nos pasamos a referir a continuación.

### 5.3. Extinción por incumplimiento de las obligaciones contractuales y la posibilidad de suspensión del suministro

a) El Anteproyecto se refiere al incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de suministro en dos supuestos: al regular el incumplimiento como causa de extinción del contrato, y al regular la suspensión del suministro en el artículo 513-4.

En lo que se refiere al suministrador, es claro que éste incumple sus obligaciones cuando no entregue los bienes, o no lo haga en las condiciones de calidad<sup>20</sup>, frecuencia o continuidad, o cantidad aplicables. Asimismo, habrá que tener igualmente en cuenta la responsabilidad del suministrador por vicios o evicción del bien suministrado, o las consecuencias sobre la morosidad en el cumplimiento (aspectos éstos en los que habrá que estar a la regulación del contrato de compraventa). Y el incumplimiento por parte del suministrado tendrá lugar, sobre todo, cuando no se produzca el pago del precio pactado<sup>21</sup>.

Al ser un contrato de duración, pueden surgir situaciones en que proceda la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. La jurisprudencia viene exigiendo para su aplicación la concurrencia de circunstancias excepcionales<sup>22</sup>, y por eso la normativa general sobre contratación mercantil, en el artículo 416-2 del Anteproyecto, no permite suspender el cumplimiento de las obligaciones con base en una excesiva onerosidad sobrevenida, aunque se le reconoce a la parte perjudicada el derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde<sup>23</sup>.

b) En todo caso, el artículo 513-8 del Anteproyecto reconoce que, en determinados casos, el incumplimiento por parte de uno de los contratantes dará derecho a la otra parte a declarar resuelto el contrato sin necesidad de preaviso. La cuestión es determinar cuándo existe un incumplimiento con entidad suficiente para permitir resolver el contrato, teniendo presente que el suministro es un contrato de duración que genera prestaciones periódicas y continuadas para las partes. Esto es, se trata de determinar si basta o no con incumplir una de las prestaciones, y de qué tipo de incumplimiento debe tratarse.

---

<sup>20</sup> Es muy significativa a este respecto la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 35/2010 de 17 febrero (RJ\2010\1284), según la cual “La doctrina aliud pro alio, aplicable a los contratos mercantiles de suministro (STS de 23 de enero de 2009 , RC n.º 1086/2004), es aplicable en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato , pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato”.

<sup>21</sup> Como destaca la STS (Sala de lo Civil) núm. 340/2003 de 3 abril (RJ\2003\3002), es esencial la obligación del suministrado-comprador de pago del precio.

<sup>22</sup> Vid. la STS (Sala de lo Civil) núm. 1059/2000 de 17 noviembre (RJ\2000\9343), en la que el Alto Tribunal reafirma la no aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula «rebus sic stantibus» (cambio excepcional de circunstancias que habilita para no cumplir el contrato) por no concurrir las circunstancias excepcionales que exige la jurisprudencia para aplicar tal doctrina.

<sup>23</sup> Conforme al apartado segundo del artículo 416-2 del Anteproyecto considera 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

Pues bien, conforme al artículo 513-8, el incumplimiento por parte de cualquiera de los contratantes de las prestaciones singulares a que está obligado dará derecho a la otra parte a declarar resuelto el contrato 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.

El artículo 513-8 del Anteproyecto concluye señalando que la extinción por esta causa no afectará a las prestaciones anteriores cumplidas. Se sigue con ello la línea jurisprudencial y doctrinal que afirma la irretroactividad de la resolución de los contratos duraderos de suerte que se produce una eficacia “ex nunc” respecto a las prestaciones cumplidas y que han recibido contraprestación<sup>24</sup>.

c) Por otro lado, el artículo 513-4 del Anteproyecto, bajo la rúbrica “suspensión del suministro”, se refiere la suspensión del suministro como consecuencia del incumplimiento por parte del suministrado de sus obligaciones;

De este modo, el Anteproyecto dispone que “el incumplimiento por el suministrado de cualesquiera obligaciones que le incumben facultará al suministrador a suspender la ejecución del contrato, previa notificación al suministrado con una antelación mínima de siete días. Vigente el contrato y cumplida que sea la obligación, el suministrador reanudará el suministro en plazo no superior al indicado para el preaviso”.

Este es el único supuesto en que el Anteproyecto permite la suspensión de la ejecución de su obligación de entrega. De hecho, en el apartado tercero del artículo 513-4 del Anteproyecto (no hay número segundo, y es un error de numeración llamativo en tanto que ya se producía en la propuesta de código mercantil), se dispone que “en cualquier otro caso” (es decir, cuando la suspensión de suministro no se fundamente en el incumplimiento por parte del suministrado de sus obligaciones contractuales), “la suspensión del suministro obligará al suministrador, salvo fuerza mayor, a indemnizar los daños y perjuicios causados al suministrado”.

## **6.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y LA EXPLOTACIÓN DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA**

A la hora de referirse a la regulación del contrato de suministro en el Anteproyecto de Código Mercantil merece una especial atención el artículo 322-14, dedicado a regular la “dependencia económica”. Según el segundo apartado de este precepto, “se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”. Se trata de un

---

<sup>24</sup> Vid. al respecto, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, L., *El contrato de suministro. El suministro*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 390 y ss.

precepto que recoge –parcialmente– lo dispuesto actualmente en el artículo 16, apartados 2 y 3, de la Ley 3/1991, de competencia desleal<sup>25</sup>.

Este acto de competencia desleal requiere que se manifiesten dos condiciones para que concurra el acto de competencia desleal en él tipificado: 1) Situación de dependencia de una empresario cliente o proveedor de otro, y 2) explotación por parte de un empresario de la situación de dependencia en que se encuentra otro empresario.

a) Pues bien, es indudable que, tanto los suministradores como los suministrados pueden estar sujetos a una situación de dependencia económica. Y de hecho, el contrato de suministro es uno de los contratos paradigmáticos determinantes de este tipo de situación.

Sobre todo si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo ha establecido que los concesionarios o los distribuidores no pueden estar sujetos a la dependencia económica relevante para el artículo 16.2 LCD, por no tratarse ni de clientes, ni de proveedores<sup>26</sup>.

Así las cosas, habrá que prestar especial atención a aquellos contratos de suministro en que una de las partes no dispone de alternativa, en el sentido del artículo 322-14 del Anteproyecto. Y a este respecto, y en relación con la actual LCD, en la doctrina se han dado distintas interpretaciones sobre la noción de ausencia de alternativa: desde la que entiende la ausencia de alternativa equivalente como aquella situación en la que, sin esa relación, el otro empresario no puede permanecer en el mercado<sup>27</sup>, hasta la tesis que sostiene que para que no exista alternativa equivalente bastaría con que la capacidad competitiva se viese “afectada”, sin exigir que lo sea “seriamente”<sup>28</sup>; pasando por los que consideran que para que no exista alternativa

---

<sup>25</sup> En efecto, el artículo 16 LCD, apartados 2 y 3, coincide en el apartado 2 del artículo 322-14 del Anteproyecto, aunque la LCD añade aclaraciones y disposiciones ulteriores: “2. Se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. 3. Tendrá asimismo la consideración de desleal: a) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. b) La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”.

<sup>26</sup> Así lo hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8439) y en la posterior sentencia núm. 270/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 14 marzo. (RJ 2007\2229) “Por todo ello decae el submotivo por cuanto no hay infracción del apartado 1 del art. 16 LCD, como tampoco la hay del apartado 2 del mismo artículo, dado que no había la situación de dependencia económica a que se refiere el precepto, pues la misma no concurre en los supuestos de contrato de concesión o distribución (S. 30 noviembre 1999 [RJ 1999\8439])”.

No obstante, y como destaca GARCÍA PÉREZ, R. *La Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 409, “las Audiencias han hecho caso omiso de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

<sup>27</sup> GARCÍA ALONSO, J. A., «El abuso de la situación de dependencia económica en el Derecho español», en AA.VV., *Derecho de la Competencia europeo y español. Curso de iniciación*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 389 ss (393) o J. BELLIDO [“Artículo 16. Discriminación y dependencia económica” en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Thomson-Aranzadi, 2011, p. 450.

<sup>28</sup> ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 230.

equivalente es preciso que se vea seriamente afectada la capacidad competitiva del empresario dependiente<sup>29</sup>.

En todo caso, la determinación de la existencia de dependencia económica requiere atender previamente al mercado relevante, pues la existencia o no de alternativas equivalentes a favor de las partes del contrato de suministro debe valorarse en un determinado mercado<sup>30</sup>, aunque no es precisa una posición dominante en el mercado. La posición dominante implica una situación absoluta en un mercado, normalmente computada con un porcentaje de la cuota de mercado. En cambio, la dependencia económica puede tenerse en relación con un empresario que no es dominante en el mercado, pero que, en la medida en que otro empresario depende de él, tiene un poder relativo<sup>31</sup>.

b) Ahora bien, debe tenerse muy presente que en modo alguno es reprochable el hecho de que un empresario mantenga una relación de suministro con otro que depende económicamente de él. Porque, siendo la existencia de una situación de dependencia económica requisito imprescindible para la existencia de un acto de competencia desleal de los ahora analizados, no es requisito suficiente. La existencia de dicha dependencia económica no es, *per se*, desleal. Lo desleal es que se abuse de la misma.

En definitiva, y como ha destacado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007<sup>32</sup> “*lo que no puede hacerse derivar de tal Ley es una especie de "monopolio" o "aseguramiento" en el suministro, de modo que la empresa dominante esté obligada siempre y en todo caso a seguir suministrándose de la empresa en posición de dependencia económica, o que lo sancionable sea el propio hecho del dominio relativo de mercado, aunque no se explote ni se abuse injustificadamente del mismo*”.

Por lo que respecta a las posibles conductas abusivas de la posición de dependencia económica, en el marco del contrato de suministro, cabe destacar el tratamiento desigual, de modo arbitrario<sup>33</sup>, la negativa de suministrar<sup>34</sup>, la animosidad o

---

<sup>29</sup> Así, MIRANDA SERRANO, L. M./PAGADOR LÓPEZ, J., «Soluciones contractuales y concurrenciales a la problemática de la PYME en el sector del transporte terrestre de mercancías», en *DN*, núm. 214-215, julio-agosto 2008, pp. 41 ss (53) o PÉREZ DE LA CRUZ (*Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 174).

<sup>30</sup> Así lo destaca la SAP Barcelona 14 de mayo de 2007 (JUR 2007, 333292): En sentido similar, la SAP Castellón de 1 de junio de 2006 (JUR 2006,253538).

<sup>31</sup> Vid., por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 1 de diciembre de 2004 (LA LEY 208/2005). En el mismo sentido: SAP Barcelona de 13 de marzo de 2006 (AC 2006,340 o SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2006/45092), o la SAP de Pontevedra núm. 26/2006, de 23 de enero (AC 2006, 175), según la cual: “*la diferencia con el abuso de posición dominante sancionado en el derecho antitrust radica en que en este último la posición dominante se refiere al conjunto del mercado, de manera que el interés prometido es caso de abuso sobre la clientela cautiva, cuando no exista una posición dominante en el mercado, la prohibición no responde ya al interés público en el funcionamiento del mercado en su conjunto, sino que cobra mayor relevancia la exigencia de un comportamiento correcto en el mercado*”.

<sup>32</sup> AC 2007, 1813.

<sup>33</sup> SAP Barcelona 14 de mayo de 2007 (JUR 2007, 333292).

<sup>34</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2004 (LA LEY 208/2005)

intención de asfixiar la economía de la empresa dependiente<sup>35</sup>, o las conductas obstaculizadoras<sup>36</sup>. Dentro de estas últimas se encuentra la introducción de cláusulas que supediten la contratación de un producto o servicio a la aceptación de otros adicionales, sobre los que no se ostenta poder relativo de mercado, o de cláusulas de exclusiva en virtud de las cuales se impide suministrar a otros competidores, o ser suministrados por ellos, según el caso<sup>37</sup>.

Por lo demás, en relación con los actos de abuso es relevante el hecho de que en el Anteproyecto de Código Mercantil desaparezca la tipificación expresa, como actos de abuso, de las conductas actualmente recogidas en el artículo 16.3 LCD<sup>38</sup>; a saber: a) la ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor, y b) la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

A nuestro juicio, no cabe dudar de que la segunda de las conductas continuará siendo considerada un acto de competencia desleal. Pero más dudas surgen en relación con la primera conducta. Sobre todo teniendo en cuenta que –como hemos explicado– el Anteproyecto establece, en el artículo 513.7, unos plazos de denuncia del contrato de suministro inferiores a los seis meses (tres meses, o un mes, si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año).

---

<sup>35</sup> AAP de Madrid 1 de febrero de 2005 (JUR 2005/1110145)

<sup>36</sup> En el Derecho comparado se enumeran en la Ley los principales supuestos de conductas abusivas. Así, es especialmente relevante el artículo 8.2 de la Ordenanza francesa nº 86-1234, de 1 de diciembre, Ordenanza sustituida por el Nuevo Código de Comercio Francés, cuyo artículo L-420.2 regula la situación de dependencia. Según la referida Ordenanza, el abuso de la situación de dependencia económica *“peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées”*. Y según el artículo L-420.2 del Code: *“Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme”*.

En Italia también existe una legislación similar, L.192/1998, cuyo artículo 9, aclara, en su segundo apartado que *“l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”*.

<sup>37</sup> En este sentido, por ejemplo, J. BELLIDO, “Artículo 16. Discriminación y dependencia económica”, cit., p. 457

<sup>38</sup> Aunque no faltan posiciones contrarias [por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 10 de noviembre de 2004 (JUR 2005/51535), o la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 8 de febrero de 2005 (AC 2005/236)], la mayoría de los pronunciamientos judiciales la jurisprudencia viene exigiendo la existencia de una relación de dependencia económica para poder aplicar el art. 16.3 LCD, basándose en el hecho de que los supuestos del apartado 3 del artículo 16 se hallan bajo la rúbrica general de todo el artículo 16 de “Discriminación y dependencia económica”, y dado que el art. 16.1 LCD se refiere a la discriminación, se entiende que los apartados 2 y 3 hacen referencia a la “dependencia económica”. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 noviembre 2005 (EDJ 2005/284930), SAP Barcelona de 13 septiembre de 2010 (EDJ 2010/365204), AAP Santa Cruz de 20 junio de 2007 (EDJ 2007/349790), SAP Madrid de 30 marzo de 2006 (EDJ 2006/294654), o SAP Valencia de 12 marzo de 2008 (EDJ 2008/55501).