

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Marzo de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación interpuestos por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación número 395/2006 , dimanante de los autos de incidente concursal número 27/2005 del Juzgado de lo Mercantil número uno de Murcia.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., representada por el Procurador de los Tribunales don ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLÉN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. El Procurador don LUIS HERNÁNDEZ PRIETO, en nombre y representación de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU, interpuso demanda de incidente concursal contra ESPAÑOLA DEL ZINC, SA y la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ESPAÑOLA DEL ZINC, SA.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

SUPLICO AL JUZGADO que habiendo por presentado y admitido este escrito con los documentos a él unidos y sus copias, tenga por hechas las manifestaciones que en el mismo se contienen, se sirva admitirlo, acordando en su virtud:

1.- Tenerme por personado y parte en la representación que ostento en el procedimiento concursal seguido en ese Juzgado con el nº 11/05, relativo a la empresa ESPAÑOLA DE ZINC. S.A., acordando se entiendan con este Procurador todas las sucesivas notificaciones y diligencias que recaigan en su sustanciación, y dándome vista de lo actuado a los efectos oportunos.

2.- Tener por interpuesta demanda incidental contra ESPAÑOLA DE ZINC, S.A., en concurso de acreedores, y contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de dicho concurso, integrada por el abogado D. Domingo , el auditor o titulado mercantil que designe a tal efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y el acreedor BANESTO para, tras los trámites legalmente previstos dictar en su día Sentencia acordando:

2.1. Declarar resuelto el contrato de suministro de energía eléctrica identificado en la parte expositiva de este escrito y aportado como documentos números 1 y 2, suscrito entre la empresa concursada e IBERDROLA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, S.A.U., con el alcance y efectos establecidos en el artículo 62 de la Ley Concursal , autorizando a mi mandante a cortar de forma definitiva el suministro objeto de dicho contrato.

2.2. Subsidiariamente, para el caso de que se desestimase la pretensión anterior, declarar la subsistencia del referido contrato y la continuidad del mismo, ordenando igualmente, conforme a lo establecido en el artículo 62.3 de la citada Ley , que se satisfagan a mi mandante con cargo a la masa del concurso las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada, así como las que se devenguen con posterioridad a dicha declaración.

2.3. *En ambos casos, condenar a los demandados a estar y pasar por el pronunciamiento declarativo que estimado. Condene en cualquier caso a la sociedad demandada a soportar las costas derivadas del presente procedimiento si se opusiera a las pretensiones planteadas por esta parte.*

3. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia admitió a trámite la demanda, siguiéndose el procedimiento con el número Incidente Concursal número 27/05 planteado en el Concurso Necesario 11/05.

SEGUNDO: LAS CONTESTACIONES

4. En el incidente compareció ESPAÑOLA DEL ZINC, SA representada por la Procuradora de los Tribunales doña CRISTINA LOZANO SEMITIEL que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito, lo admita, me tenga por comparecido y por parte en el presente incidente en la representación que ostento de la concursada ESPAÑOLA DE ZINC, S.A., mandando que en tal concepto se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones bajo la dirección letrado del Abogado D. José Querol Sancho; tenga por contestada la demanda y por opuesta esta parte a las pretensiones que en ella se deducen; y en su día, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia desestimando en su integridad la demanda, con expresa imposición a la demandante de las costas del incidente.

5. También compareció en el incidente la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ESPAÑOLA DEL ZINC, SA, por medio del administrador y Letrado Domingo , que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

AL JUZGADO PIDO, que por presentado este escrito, lo admita, tenga por formulada CONTESTACION A LA DEMANDA INCIDENTAL presentada de contrario, en los términos previstos en el artº 405, de la LEC, tenga asimismo a esta Administración Concursal como parte en el incidente concursal y de conformidad con lo dispuesto en el artº 194.4 de la Ley Concursal continúe el procedimiento por los trámites del Juicio Yermal citando a las partes a vista y una vez celebrada dicte Sentencia en la que se desestime íntegramente el petitum de la demanda incidental, en primer lugar, el apartado 2.1 en que se solicita se declare resuelto el contrato de suministro de energía eléctrica aportado con dicho escrito, concertado entre las partes y consiguientemente desestime la petición que traerá efecto de lo anterior, es decir, la petición para cortar definitivamente el suministro eléctrico.

Igualmente, deberá ser desestimada la segunda parte de la petición recogida en el apartado 2.2 del petitum de la demanda. Es decir, en el supuesto de que, como así esperamos, por la juzgadora se acuerde la subsistencia del contrato, si la actora reconvenzional al solicitar que se les satisfagan con cargo a la masa del concurso las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada, está pidiendo la calificación de estas como créditos contra la masa del artículo 84.2 de la Ley Concursal .

Solicitando esta Administración Concursal que al resolver la Juzgadora este apartado, a diferencia de lo resuelto en la sentencia que de adverso se aporta, y para evitar erróneas interpretaciones, expresamente se diga que las prestaciones debidas a la demandante incidental son créditos concursales y no créditos contra la masa.

En relación al resto de peticiones son superfluas por cuanto que la Ley en los preceptos citados tanto en los hechos como en los Fundamentos de Derecho prevén los efectos de las distintas situaciones en ellos contemplados que incumben además a la calificación de los créditos vigente, justicia que pido.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

6. En los expresados autos de Incidente Concursal número 27/05 planteado en el Concurso Necesario 11/05 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia recayó sentencia el día veintiseis de abril de dos mil cinco

FALLO: Que desestimando la demanda promovida por el Procurador D. Luis Hernández Prieto, en nombre y representación de Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU., declaro la subsistencia del contrato, atendiendo al interés del concurso, y que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad Española del Zinc, SA, son créditos concursales, y que las debidas con posterioridad a tal declaración son créditos contra la masa; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Contra la presente sentencia no cabe recurso, pero las partes podrán formular protesta en el plazo de cinco días contados a partir de la notificación de la presente para reproducir la cuestión en la apelación más próxima

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

7. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de IBERDROLA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, SAU, y seguidos los trámites ante la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia con el número de recurso de apelación 395/2006 , el día veintiuno de julio del año dos mil ocho recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Hernández Prieto, en nombre y representación de Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU, contra la sentencia dictada en el juicio incidental seguido con el número 27/05 ante el Juzgado de Primera de lo Mercantil número Uno de Murcia, y estimando la oposición al recurso sostenida por los Procuradores Sres. Sevilla Flores y Lozano Semitiel, respectivamente en nombre y representación de D. Cesar y D. Enrique (el primero) y Española del Zinc, SA (la segunda), debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

QUINTO: EL RECURSO

8. Contra la expresada sentencia dictada en el recurso de apelación 395/2006 por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia el día veintiuno de julio del año dos mil ocho, el Procurador de los Tribunales don LUIS HERNÁNDEZ PRIETO , en nombre y representación de IBERDROLA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, SAU, interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 62.3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio),

Segundo: Infracción por inaplicación del artículo 84, también de la precitada ley concursal .

Tercero.- Infracción de los artículos 68 , 69 y 70 de la ley concursal .

SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO

9. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 272/2009.

10. Personada IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU bajo la representación del Procurador don ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLEN, la Sala declarado desierto el recurso por auto fecha 9 de junio de 2009, por falta de personación de la recurrente.

11. Formulado por el Procurador don ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN en nombre y representación de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU incidente de nulidad de actuaciones, la Sala dictó auto el uno de diciembre de dos mil nueve cuya parte dispositiva es la que sigue:

LA SALA ACUERDA: DECLARAR LA NULIDAD del Auto de fecha 9 de junio de 2009 dictado por esta Sala en el que se declara desierto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil "IBERDROLA DISTRIBUCION ELÉCTRICA, S.A.U." contra la Sentencia dictada, con fecha 21 de julio de 2008, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 395/06 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 27/05 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Murcia. Procédase al examen de admisibilidad del mismo.

12. el día cuatro de Mayo de dos mil diez. la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA SAU, contra la Sentencia dictada, con fecha 21 de julio de 2008, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Cuarta) en el rollo de apelación nº 395/06 , dimanante del incidente concursal nº 27/05 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia.

2º) Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación interpuesto.

De acuerdo con lo previsto en el art. 483.5 de la LEC , contra esta resolución no cabe recurso alguno.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

13. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintitrés de febrero de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTAS PREVIAS:

Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

En los fundamentos de esta sentencia se han utilizado los siguientes signos:

Art. Artículo

CC Código Civil

ESPAÑOLA DEL ZINC ESPAÑOLA DEL ZINC, SA

IBERDROLA IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA,

SAU

LEC LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Hechos

14. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

1) Con fecha 25 de noviembre de 1997, IBERDROLA suscribió con ESPAÑOLA DEL ZINC un contrato de suministro de energía eléctrica para las instalaciones de dicha compañía de la calle Hondón Torreciega de Cartagena.

2) ESPAÑOLA DEL ZINC fue declarada en situación legal de concurso necesario por auto de 2 de febrero de 2005 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia .

3) En la fecha de la declaración del concurso, ESPAÑOLA DEL ZINC adeudaba a IBERDROLA por suministros anteriores la cantidad de 6.014.675,91 # (seis millones catorce mil seiscientos setenta y cinco euros con noventa y un céntimos de euro).

4) El 3 de febrero de 2005, al amparo de la normativa reguladora del sector eléctrico, IBERDROLA notificó a ESPAÑOLA DEL ZINC su intención de cortar el abastecimiento a partir del siguiente día 8 de febrero.

5) Por resolución de 7 de febrero, el Juzgado de lo mercantil que conocía del concurso requirió a IBERDROLA a fin de que se abstuviese de proceder al corte anunciado y siguiese con el suministro, bajo el apercibimiento de que de no verificarlo podría incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial.

6) En acatamiento a la decisión judicial IBERDROLA mantuvo el suministro.

7) En el desarrollo del contrato se produjeron nuevos impagos de ESPAÑOLA DEL ZINC.

2. Posición de la demandante

15. IBERDROLA interpuso demanda de incidente concursal en el que solicitó, con carácter principal, que se declarase resuelto el contrato de suministro eléctrico que le vinculaba con la concursada ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el mismo y, subsidiariamente, que se declarase su subsistencia así como que se hiciera frente a las deudas anteriores y a las futuras con cargo a la masa, al amparo de lo dispuesto en el art. 62.3 de la Ley Concursal .

3. Posición de la demandada

16. La demandada suplicó la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia, por entender: 1) que el cese del suministro eléctrico provocaría la paralización de la actividad de la fábrica; y 2) que los créditos anteriores a la declaración de concurso debían considerarse créditos concursales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84.2 de la Ley Concursal .

4. La sentencia de la primera instancia

17. La sentencia de la primera instancia: 1) rechazó la resolución del contrato, por entender que debía mantenerse su vigencia en interés del concurso; y 2) declaró que las deudas anteriores a la declaración del concurso, derivadas del suministro eléctrico, eran créditos que debían incluirse en el concurso, siendo los posteriores a tal declaración a cargo de la masa.

5. La sentencia de la segunda instancia

18. Centrado el recurso en la determinación de si las deudas anteriores derivadas del contrato de suministro debían satisfacerse con cargo a la masa o debían considerarse deudas concursales, la sentencia de la segunda instancia desestimó el recurso interpuesto por IBERDROLA y confirmó la sentencia de la primera instancia.

6. El recurso

19. Contra la expresada sentencia IBERDROLA interpuso recurso de casación con base en los motivos que seguidamente analizaremos de forma conjunta.

SEGUNDO: PRIMERO, SEGUNDO Y TERCER MOTIVOS DEL RECURSO

1. Enunciado y desarrollo del motivo

20. El primero de los motivos del recurso se enuncia en los siguientes términos:

Infracción por inaplicación de lo dispuesto en el art. 62. 3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), en virtud del cual, cuando existe un contrato incumplido por una parte que se encuentra en concurso de acreedores, aunque exista causa de resolución, el Juez atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

21. El segundo motivo se formula como sigue:

*Infracción por inaplicación del art. 84, también de la precitada ley concursal que enumera con carácter de *numerus apertus* los créditos frente a la masa.*

22. El tercer motivo lo hace en los siguientes:

Infracción de los artículos 68 , 69 y 70 de la ley concursal , que regulan supuestos de rehabilitación de relaciones crediticias y contractuales atribuyendo a los acreedores la condición de acreedores frente a la masa por los créditos tanto anteriores como posteriores al concurso, y que la sentencia ha aplicado de un modo contrario a derecho al no considerar sus principios aplicables analógicamente al supuesto de hecho del art. 62-3 de la ley concursal .

23. En el desarrollo de los tres motivos la recurrente afirma que cuando el Juez del concurso deniega la resolución de contratos de tracto sucesivo por causa de incumplimiento anterior a la declaración de concurso, pese a concurrir causa, las deudas anteriores a la declaración de concurso son a cargo de la masa.

2. Valoración de la Sala

2.1. *El contrato de tracto sucesivo de suministro de energía eléctrica.*

24. En nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo, afirmando la doctrina que tiene tal carácter aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes.

25. A diferencia de otros ordenamientos que recogen un concepto general del contrato de suministro -como el italiano que en el art. 1559 CC establece que *"[l]a somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose"*. (suministro es el contrato por el que una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar a favor de otro, una prestación continua o periódica)-, nuestro Código Civil carece de una definición general de dicho contrato, si bien el art. 9.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público , aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone que *"[e]n todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente"*.

26. La jurisprudencia se ha referido al contrato de suministro en repetidas ocasiones -la sentencia 91/2002, de 7 febrero , afirma que *" en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables"* ; la 590/2002, de 13 junio, que *"el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra «prestaciones periódicas o continuas» cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor"* ; la 340/2003, de 3 abril, que el contrato de suministro es un *"contrato único que da lugar a prestaciones periódicas"*; y la 22/2009, de 23 de enero, que *"la sociedad demandante satisfacía las necesidades periódicas (...) con carácter duradero; todo ello, en base a una relación contractual por la que el suministrador o proveedor se había obligado a entregar sucesivas y periódicas cosas muebles a la segunda (suministrado) que se obligó a pagar un precio cierto y determinado"*.

27. Partiendo de lo expuesto, cabe afirmar:

1) Que, sin perjuicio de que su afinidad con el contrato de compraventa, permite ,dentro de ciertos límites, aplicar las reglas que disciplinan esta, ambos contratos no pueden

identificarse (en este sentido, sentencias 91/2002, de 7 de febrero , 590/2002, de 13 de junio , 340/2003, de 3 de abril, 924/2006, de 27 de septiembre , y 22/2009, de 23 de enero .

2) Que los contratos de suministro constituyen el paradigma de los de tracto sucesivo.

28. El contrato de suministro de energía eléctrica, con independencia de que tiene un indudable aspecto administrativo, en cuanto servicio público prestado por empresas privadas bajo control de la Administración -de ahí que la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 exija a los *Estados miembros el deber de garantizar en determinados supuestos "el derecho a un servicio universal "*-, en todo caso, se caracteriza civilmente como aquel por el que la proveedora se obliga a proporcionar al abonado, de manera continua, energía eléctrica en la potencia contratada y el abonado a pagar por ella el precio pactado en las fechas estipuladas. En lo que interesa para la decisión del recurso, le resultan aplicables las reglas referidas en la Ley Concursal a los contratos de tracto sucesivo (como contrato de tracto sucesivo califica la sentencia 1170/2002 de 11 diciembre , citada por la Audiencia, un contrato de suministro de combustible reiterada en la 1319/2007 de 20 diciembre).

2.2. La facultad de resolución en el concurso de los contratos de tracto sucesivo por incumplimiento.

29. La Ley Concursal, inspirada en el principio de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado -de forma expresa la Exposición de Motivos afirma que *"la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa"* - dispone en el art.62.1 que *"[l]a declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del art. precedente [contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte] por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes."*

Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso" .

30. Lo expuesto permite afirmar que, en general, la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de tal forma que, a tal fin es irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se haya producido antes o después de la declaración de concurso, ya que tal declaración no produce efectos depuradores de incumplimientos anteriores ni expropia al contratante cumplidor de la facultad de resolución para caso de incumplimiento resolutorio de la contraparte.

31. Dicho de otra forma, dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma.

2.3. Efectos de la continuidad del contrato de tracto sucesivo pese a la concurrencia de causa de resolución.

32. El art. 62.3 LC dispone que *"[a]unque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado"*.

33. La doctrina y las decisiones de los tribunales de instancia se muestran divididas sobre el significado que debe darse a la expresión "prestaciones debidas" ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que "deba realizar el concursado" y, en consecuencia, las generadas después de declarado en concurso, otro sector sostiene que debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de todas las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores.

34. Aunque el precepto dista de tener la claridad que pretende la recurrente, dado que la posible utilización de la conjunción "o" en función de equivalencia, es lo cierto que el contraste con el apartado 4 para los supuestos en los que se acuerda la resolución -*"[e]n cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa"* , apunta a la interpretación literal del precepto "prestaciones debidas", dado que en otro caso la previsión devendría absolutamente superflua, máxime teniendo en cuenta lo previsto en el art. 84.2. LC a cuyo tenor *"[t]endrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 5. Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (...) 6. Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (...)"*.

35. Ciertamente, un crédito potencialmente concursal cristaliza, a raíz del mantenimiento del

contrato, en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia de la facultad de resolver obligándole a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma tozuda y notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.

36. Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los artículos 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien como precisa la Audiencia no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, responden a una misma idea: la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto y responde a la exigencia de "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos *"en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento"*.

TERCERO: COSTAS

37. De conformidad con lo previsto en el art.398.2 LEC no procede la condena en las costas del recurso.

38. Las divergencias doctrinales y la inexistencia de jurisprudencia sobre la cuestión litigiosa, justifica que no haya lugar a la imposición de las costas de la primera instancia.

39. No ha lugar a la imposición de las costas de la apelación que debió ser estimada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero: Estimamos el recurso de casación interpuesto por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU contra la sentencia dictada por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia el día veintiuno de julio del año dos mil ocho, en el recurso de apelación 395/2006, dimanante de los autos de incidente concursal número 27/2005 planteado en el Concurso Necesario 11/05, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia.

Segundo: Casamos la expresada sentencia y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda interpuesta por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. contra ESPAÑOLA DEL ZINC, S.A., en concurso de acreedores, y contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ESPAÑOLA DEL ZINC, S.A., declaramos que deberán satisfacerse con cargo a la masa del concurso tanto las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada, como las devengadas con posterioridad a dicha declaración.

Tercero: No ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación. Cuarto: No ha lugar a la imposición de las costas de ninguna de las instancias. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.