

Roj: **STS 3075/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:3075**Id Cendoj: **28079110012009100355**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/05/2009**Nº de Recurso: **1736/2003**Nº de Resolución: **392/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 1316/2003,**
STS 3075/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Sevilla y la Diputación Provincial de Sevilla, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 4 de abril de 2003 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) en el rollo número 376/2000, dimanante del Juicio Ordinario 121/2001 seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Sevilla. Es parte recurrida en el presente recurso la entidad MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE HUELVA Y SEVILLA representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Estrugo Muñoz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de los de Sevilla, conoció el juicio ordinario nº 121/01 , seguido a instancia de "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla" frente a la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla y la Excmo. Diputación Provincial de Sevilla.

Por la representación procesal del "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla"

se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia en la que se condene mancomunadamente a las demandadas a: 1. Adquirir de mi representada el paquete de 18.069 acciones de la sociedad "Estadio Olímpico de Sevilla, S.A." que le fueron adjudicadas en el procedimiento de ejecución prendaria descrito en los hechos de la demanda y formado por las acciones número 309.418 a 327.486, ambas inclusive. La compra habrá de ser realizada por el precio global de doscientos tres millones trescientas ochenta mil ciento dos pesetas (203.380.102 pesetas), es decir, a razón de once mil doscientas cincuenta y cinco pesetas con setenta y cinco décimos (11.255, 75 pesetas) por acción correspondiendo a cada Administración la compra de una tercera parte de las acciones, es decir, 6.023 acciones por un precio global de 67.793.367,33 pesetas. Todo ello tal y como fue pactado por las partes.- 2. De forma subsidiaria, y en caso de incumplimiento de la obligación asumida, indemnizar a mi mandante, en concepto de daños y perjuicios en la cantidad equivalente al precio de las acciones (203.380.102 pesetas), debiendo cada entidad demandada indemnizar a mi representada en una tercera parte de dicha cantidad, es decir, 67.793.367,33 pesetas.- 3. En cualquiera de los casos anteriores, el pago de los intereses moratorios preprocesales y procesales siguiendo las pautas descritas en el Fundamento de Derecho VI de la presente demanda."

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, el Letrado del Ayuntamiento de Sevilla, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y



fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dicte en su día sentencia por la que: 1.- Principalmente: Declare la incompetencia de jurisdicción del Juzgado para conocer los presentes autos y la nulidad de todo lo actuado en sede jurisdiccional incompetente, previniendo a la parte actora de que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa; con expresa condena en costas a la demandante.- 2.- Declare la nulidad de las actuaciones, por haber causado el Juzgado indefensión material a esta parte al haberle deducido doce días del plazo para contestar la demanda, retrotrayendo las actuaciones al momento de la subsanación de la infracción del derecho fundamental del Ayuntamiento a tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.- 3.- Más subsidiariamente: Desestime la demanda y absuelva al Ayuntamiento, con expresa condena en costas al demandante."

Por el Letrado de la Excma. Diputación Provincial de Sevilla, se contestó igualmente la demanda, en la que terminaba suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia por la que: 1. Se desestime totalmente la pretensión deducida en la demanda de adquisición de acciones de "Estadio Olímpico de Sevilla, S.A.".- 2.- Se declara la inadmisibilidad de la acumulación de acciones llevada a cabo en la demanda, respecto de la pretensión subsidiaria indemnizatoria de daños y perjuicios, por corresponder su conocimiento al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.- 3.- Desestime el resto de los pedimentos de la demanda.- 4.- Imponga las costas a la parte actora."

Con fecha 12 de julio de 2002, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que debo desestimar por Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla contra Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla y la Excelentísima Diputación Provincial de Sevilla debo declarar que no ha lugar a adquirir al Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla el paquete de 18.069 acciones de la sociedad "Estadio Olímpico de Sevilla S.A." que le fueron adjudicadas en el procedimiento de ejecución prendaria descrito en los hechos de la demanda y formado por las acciones nº 309.418 a 327.486, ambas inclusive. Que no ha lugar al pago de los intereses moratorios en su consecuencia. Que no ha lugar a pronunciarse en lo concerniente a la Comunidad Autónoma Andaluza al haber efectuado el compromiso contraído durante el procedimiento. Que no ha lugar a pronunciarse sobre el punto segundo: "De forma subsidiaria, y en caso de incumplimiento de la obligación asumida, indemnizar a mi mandante, en concepto de daños y perjuicios en la cantidad equivalente al precio de las acciones (203.380.102 ptas), debiendo cada entidad demandada indemnizar a la demandante en una tercera parte de dicha cantidad, es decir, 67.793.367,33 ptas." al haberse desistido la actora durante el procedimiento. No se hace expresa imposición de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Décimo Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia en fecha 4 de abril de 2003 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por el Procurador don José Enrique Ramírez Hernández en representación de El Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Quince de Sevilla., Resolución que revocamos.- Estimamos parcialmente la demanda promovida por dicha representación frente a el Excelentísimo Ayuntamiento de Sevilla y la Excelentísima Diputación Provincial de Sevilla. Organismo a Públicos a los que condenamos a satisfacer, cada uno de ellos, a la Entidad actora, la cantidad de trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos de euro; con los intereses legales de esa cantidad, incrementados en dos puntos, desde la presente sentencia hasta su completo pago.- No se hace declaración sobre costas de la demanda ni de este recurso.- Desestimamos la impugnación del recurso de apelación formulada por la representación de los Organismos demandados; a los que imponemos las costas de su recurso."

TERCERO .- Por la representación procesal de la Excma. Diputación Provincial de Sevilla, se presentó escrito de preparación del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y posteriormente de formalización ante la Audiencia Provincial de Sevilla, con apoyo procesal en los siguientes motivos por infracción procesal:

Primero : "Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, al haber incidido la dictada en apelación en incongruencia, al conceder una pretensión inexistente, vulnerando los arts. 216, 218 y 465/4 LEC "

Segundo : "La Sentencia de apelación ha infringido las normas procesales reguladoras de tal tipo de resoluciones, incidiendo en el ordinal 2º del art. 469/1 LEC , en relación con el art. 398/2 del mismo cuerpo legal".

Tercero : "La sentencia de apelación ha incurrido asimismo en infracción de las normas procesales reguladoras de tal tipo de resoluciones, según resulta del art. 218 LEC a tenor de lo previsto en el ordinal 2º del art. 469/1 de la misma."

Cuarto : "La sentencia ha infringido asimismo las normas legalmente establecidas sobre Jurisdicción (ordinal 1º del art. 469 LEC) como resulta de los arts. 36/1 de la precitada Ley , en relación con el art. 9/4 de la Ley



Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 , en su modificación por L.O. 6/1998, de 13 de julio y art. 2-e) de la Ley 23/98, de 13 de Julio , reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Y con apoyo procesal en los siguientes motivos de casación:

Primero : Al amparo del art. 477/1 LEC , infracción por inaplicación, de los arts. 9/3 y 120/3 de la Constitución Española, así como 218/2 LEC, que establecen la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como infracción de la jurisprudencia que se cita".

Segundo : Al amparo del art. 477/1 LEC : Infracción por inaplicación del art. 576/3 LEC , que remite a los arts. 45 y 36 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por R.D.L. 109/88, de 23 de septiembre , que establece que el interés a satisfacer por las Administraciones Públicas en ejecución de Sentencia es el legal del dinero y no el establecido en el art. 576/1 LEC que lo incrementa en dos puntos".

Igualmente, por la representación procesal del Letrado del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, presentó su escrito de formalización del los recursos extraordinario por infracción procesal y de Casación, ante la Audiencia Provincial de Sevilla, amparado en los siguientes motivos por infracción procesal:

Primero : "Infracción expresa en la sentencia del artículo 465.4 LEC y en general de las reglas de la congruencia, con manifiesta incongruencia extra-petita (216 y 218 LEC)."

Segundo : "Por infracción del artículo 218 LEC por incongruencia omisiva".

Y al amparo de los siguientes motivos de casación:

Único : "Al amparo del artículo 477.1 por infracción de las normas aplicables a la indemnización de daños, por infracción del artículo 217 LEC y las reglas del Onus probandi e infracción del artículo 1103 del Código Civil ".

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a este Tribunal Supremo y personadas las partes, por Auto de esta Sala de fecha 13 de noviembre de 2007 , se acuerda:

En cuanto al Excmo. Ayuntamiento de Sevilla: No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal en cuanto a la tercera de las infracciones planteadas a que se refiere el fundamento 2º.- No admitir el recurso de casación en cuanto a los dos motivos del escrito de interposición, y admitir el recurso extraordinario por infracción procesal en cuanto a la primera y segunda de las infracciones planteadas en el escrito de interposición.

En cuanto al recurso de la Excm. Diputación Provincial de Sevilla: No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal en relación al motivo segundo y tercero del escrito de interposición. Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal en cuanto al primero y cuarto motivo del escrito de interposición y Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la indicada parte, en cuanto a las infracciones planteadas en los dos motivos del escrito de interposición; y evacuados los traslados conferidos, por la representación procesal de la parte recurrida, se presentó escrito de oposición al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día trece de mayo del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sierra Gil de la Cuesta** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Como datos necesarios para el estudio del actual recurso de casación hay que tener en cuenta lo siguiente.

En fecha 1 de febrero de 2001, el "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla" interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Ayuntamiento de Sevilla y la Diputación Provincial de Sevilla en la que se solicitaba, con carácter principal, que se condenase a las demandadas a adquirir el paquete de 18.069 acciones de la sociedad mercantil "Estadio Olímpico de Sevilla, S.A." que le fueron adjudicadas a la actora en un proceso de ejecución prendaria seguido contra la entidad "Sevilla Fútbol Club, S.A." Subsidiariamente, se solicitaba la condena a indemnizar al actor en concepto de daños y perjuicios con la cantidad equivalente al precio de las referidas acciones, esto es, 203.380.102 pts. por iguales terceras partes. En ambos casos, se reclamaba el pago de los intereses y las costas. Dicha reclamación tenía su fundamento en un contrato instrumentado en escritura pública, de fecha 31 de octubre de 1997, en el que la actora, conjuntamente con la "Caja de Ahorros Provincial de San Fernando de Sevilla y Jerez", concedía un préstamo a la mercantil "Sevilla Fútbol Club, S.A.", garantizado con la prenda de 36.138 acciones de la sociedad "Estadio Olímpico de Sevilla, S.A." tituladas por la entidad prestataria. En el mismo acto, las demandadas se



comprometían a adquirir las acciones pignoras en el documento para el caso de que la prestamista tuviese que ejecutar la garantía por impago de la deuda, al consignar en el contrato que dichas Administraciones Públicas estaban interesadas en la viabilidad futura del objeto social de la mercantil "Estadio Olímpico de Sevilla, S.A." Posteriormente, se otorgó escritura de concreción de acciones con la sola presencia de la actora y la otra Caja prestamista, pese a haber requerido en forma a las demandadas, con lo que la actora vio garantizado su crédito con un paquete de 18.069 acciones. Ante el impago de la deuda por parte de la entidad prestataria, "Sevilla Fútbol Club, S.A.", se llevó a cabo el correspondiente procedimiento de ejecución de la garantía prendaria sin la comparecencia de las entidades demandadas, pese a haber sido oportunamente requeridas, por lo que la actora consideraba, a tenor del resultado de dicho procedimiento, que las entidades demandadas debían asumir su compromiso de adquisición de las acciones pignoras en la cantidad de 203.380.102 pts. (11.255,75 pts. por acción); cantidad a la que ascendía la deuda contraída por la entidad prestataria con la actora.

El Ayuntamiento de Sevilla, tras la presentación de declinatoria de jurisdicción a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que fue desestimada, contestó a la demanda, oponiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción, así como aduciendo una pretendida indefensión del Ayuntamiento, al habersele conferido un plazo de sólo doce días para contestar a la demanda. En cuanto al fondo, se esgrimía la nulidad del contrato cuyo cumplimiento se reclamaba en el procedimiento puesto que aquél recogía la condición para su efectividad de que debían adoptarse los preceptivos acuerdos y obtenerse las autorizaciones que procediesen, lo cual no se había producido, así como la incorrecta liquidación de los intereses reclamados.

La Diputación Provincial de Sevilla contestó en los mismos términos en los que lo hiciera el Ayuntamiento de Sevilla, al entender que no se había producido la confirmación del negocio mediante la adopción de los preceptivos acuerdos por las respectivas Administraciones Públicas representadas y la obtención de las autorizaciones procedentes. En cuanto a la competencia y jurisdicción, únicamente opuso que, en relación a la pretensión subsidiaria de la demanda, correspondería su conocimiento a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La Junta de Andalucía no contestó a la demanda, al haber llegado a un acuerdo extraprocésal con la demandante, la cual desistió de la acción ejercitada contra aquella.

Es necesario destacar, por lo que más adelante se dirá, que en el acto de la Audiencia Previa celebrado el día 3 de abril de 2002, la entidad actora desistió de la petición subsidiaria, manteniendo la litis sólo respecto de la pretensión principal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó tanto las excepciones procesales como la demanda. En relación al rechazo de la falta de jurisdicción de los tribunales civiles, el Juez de Primera Instancia, haciendo suya la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1986, concluyó que *«Es claro el artículo 5 del texto refundido de la ley de contratos, teniendo carácter privado los contratos de compraventa ... y valores negociables cuando no tengan por objeto o estén vinculados al giro o tráfico de la Administración para satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública. Es claro, que la adquisición de acciones en determinados supuestos en relación con el Estadio Olímpico de Sevilla no estaba vinculado con el giro o tráfico específico de la Administración contratante, ni satisfacía de forma inmediata una finalidad pública. El "contrato" es privado y los órganos competentes para dilucidarlo son los civiles»*. En cuanto al fondo del asunto, la sentencia entendió, acogiendo la postura de los demandados, que los acuerdos administrativos preceptivos para la eficacia del negocio, en ningún caso fueron adoptados, por lo que la mera presencia de la Alcaldesa de Sevilla y del Presidente de la Diputación en el acto de la firma ante el Notario no suponía que representasen a ambas instituciones, ya que carecían de autorización y no existía un acuerdo previo de los referidos Entes Públicos en los que se aprobase su actuación en el referido negocio. Por ello concluía afirmando que *«Entendemos que en este caso no se da ningún vínculo jurídico entre las partes en tanto no llegue la ratificación por parte en este caso del órgano municipal o provincial competente, en tanto el órgano municipal no efectúe la aceptación de la oferta a través de los órganos competentes. En definitiva lo acordado es una entidad jurídica inacabada, un negocio incompleto formando parte de un iter negociacional completo. Le falta aún el consentimiento del "dominus" de las Corporaciones Locales que es la ratificación»*.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por la entidad demandada, con estimación parcial de la demanda en cuanto a su pretensión subsidiaria, desestimando la impugnación de los organismos demandados, quienes sostenían la incompetencia de Jurisdicción de los órganos civiles. Tras el mantenimiento de los argumentos de la primera instancia para desestimar tanto la excepción de falta de jurisdicción como la desestimación en cuanto al fondo de la pretensión principal de la demanda, por faltar las preceptivas autorizaciones y acuerdos de los órganos públicos competentes, entrando en la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, entendió que había de darse importancia a los tratos o conversaciones preliminares previos a la perfección del contrato, pues de éstos ha de derivarse



necesariamente una responsabilidad. De ahí que argumentase que «*si medió fundada confianza contractual por la conducta manifiesta y normal en el ámbito negocial de los intervinientes, y por mala fe del posible obligado futuro, o por circunstancias que el mismo estaba en condiciones de decidir y orientar a la perfección del contrato y se incurre en un tipo determinado de infracción sustantiva que pueda generar daños, surge la obligación de indemnizar*». Por ello, entendía indemnizable el perjuicio ocasionado a la entidad actora por parte de los entes públicos demandados al haber creado una confianza que posteriormente se vio defraudada, si bien moderó la indemnización solicitada.

Contra dicha sentencia presentaron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación el Ayuntamiento de Sevilla y la Diputación Provincial de Sevilla, los cuales fueron admitidos parcialmente. En concreto: se admitieron sólo los motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal del Ayuntamiento de Sevilla -con rechazo del tercero y de los dos que configuraban el recurso de casación- así como los motivos primero y cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal y los dos motivos del recurso de casación de la Diputación Provincial de Sevilla.

SEGUNDO .- Ante todo hay que decir y en aplicación de lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, regla sexta, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, corresponde a esta Sala resolver, en primer lugar, los recursos extraordinarios por infracción procesal como requisito previo para, caso de ser desestimados, poder entrar a analizar el recurso de casación planteado por la Diputación Provincial de Sevilla.

Por otra parte, el art. 476.2 LEC, obliga, en primer lugar, a examinar y decidir sobre las cuestiones que se refieran a la infracción de normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional con carácter previo al resto de cuestiones. Habiendo formulado ambas partes recurso extraordinario por infracción procesal denunciando la falta de jurisdicción de los tribunales civiles (motivo primero del recurso del Ayuntamiento de Sevilla y motivo cuarto del recurso de la Diputación Provincial de Sevilla), ha de comenzarse por dicha cuestión antes de analizar el resto de denuncias procesales.

A lo largo de todo el procedimiento, el Ayuntamiento de Sevilla y, más tarde y en menor medida, la Diputación Provincial de Sevilla, mantienen la falta de Jurisdicción de los tribunales civiles para el conocimiento del asunto, al considerar que el contrato suscrito por las partes ante Notario el día 31 de octubre de 1997 era un contrato administrativo, regido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refundida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Se mantiene que, por exclusión de la definición legal, además de los contratos reconocidos por la ley como administrativos -en definitiva, los que tradicionalmente han sido contratos administrativos-, son contratos de esta naturaleza los que está directamente vinculados al desenvolvimiento de un servicio o cuando por sus características se haga precisa la tutela del interés público. Por ello, y según mantiene la parte recurrente, según la jurisprudencia de las Salas Civil y Contencioso-administrativa del Alto Tribunal, al ser los demandados Administraciones Públicas; haber firmado el contrato con fines de interés público (la viabilidad futura del objeto social de la firma "Estadio Olímpico de Sevilla, S.A."); actuar dichas Administraciones en la esfera de sus competencias públicas relacionadas con el Deporte y con la promoción de unos juegos olímpicos en la ciudad de Sevilla; no pretender nada privado en su actuación; ser necesaria la interpretación amplia de la vinculación al tráfico o giro administrativo de los negocios suscritos por las Administraciones; y estar el Estadio construido por las Administraciones Públicas, debía concluirse necesariamente que el contrato elevado a público el 31 de octubre de 1997 era un contrato público y, por ello, sujeto a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La Diputación Provincial, por su parte, ante el pronunciamiento de la Sala de Apelación en relación con la acción ejercitada subsidiariamente, recuerda en el motivo lo que ya adujo en su contestación a la demanda: que las cuestiones que se refieran a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se derive, no pueden ser conocidas por el Orden Jurisdiccional Civil, sino por el Contencioso-administrativo. Esta última cuestión no va a ser analizada en este fundamento, puesto que, al haber renunciado la parte actora a la acción subsidiaria en la Audiencia Previa, no fue objeto de debate en el juicio, ni fue resuelto en la primera instancia, por lo que su enjuiciamiento en la apelación debe ser examinado en otro fundamento aparte.

Sentado lo anterior, el artículo 9.4 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye a los tribunales del orden contencioso-administrativo el conocimiento, entre otras cuestiones, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo y de las que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. La enumeración que realiza este precepto -incluso tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio-, no atribuye un título competencial cerrado y riguroso que permita obtener fácilmente la respuesta de cuál ha de ser el orden jurisdiccional que ha de conocer de cada cuestión objeto de debate. Por ello, la Ley



29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 2 , contiene un listado de atribución competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa más preciso, y, a los efectos del presente recurso, en su apartado b, asigna a los tribunales contencioso-administrativos el conocimiento de las cuestiones relativas a «*Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas*».

La interpretación de qué ha de entenderse por contrato administrativo, pasa por interpretar lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas -régimen legal aplicable al contrato suscrito por las partes en 1997- relativo al carácter administrativo o privado de los contratos celebrados por aquellas, el cual establecía que

«1.- Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

2.- Son contratos administrativos:

a.- Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b.- Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

3.- Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos».

En igual sentido, con las precisiones necesarias de adecuación a la normativa legal vigente en el momento de la aprobación de su texto, el artículo 5 del vigente Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , que derogó la Ley 13/1995, establece que «1 . Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado. 2. Son contratos administrativos: a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos. b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley. 3 . Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos».

Visto el régimen legal aplicable, la cuestión jurídica se reduce a determinar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes que ha dado origen a la demanda, puesto que, de ser considerado un contrato administrativo, habría de aceptarse la falta de Jurisdicción del orden civil para conocer de la demanda, con estimación del motivo y casación de la sentencia a los efectos de lo dispuesto en el artículo 476.2 Ley de Enjuiciamiento Civil .

Tradicionalmente, la doctrina y la Jurisprudencia han dado respuesta desigual a la calificación de los contratos cuya naturaleza no está claramente atribuida al Orden Contencioso-administrativo. Al margen de aquellos considerados típicamente administrativos, se hallan aquellos denominados atípicos o especiales que tienen naturaleza administrativa y cuyo conocimiento compete asimismo a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pero que, en ocasiones, son de difícil identificación por sus semejanzas con los contratos privados otorgados por las Administraciones Públicas. Con carácter general, tanto la Jurisprudencia -Sentencia 24 de enero de 2007 , entre otras- como la doctrina han considerado que, fundamentalmente, el elemento



diferenciador de un contrato celebrado por una Administración Pública con un tercero es la finalidad del mismo, pues se anuda la naturaleza administrativa del negocio a la consecución de un interés público dentro del ámbito competencial de la Administración otorgante. El problema radica en la amplitud con la que quiera verse dicho elemento teleológico, puesto que, por el mero hecho de ser Administraciones Públicas, resulta coherente la búsqueda de un interés público en sus actos, siquiera de forma indirecta. Por ello, al margen de interpretaciones amplias de la visión finalista del negocio -sentencia de 9 de octubre de 1987 -, la Jurisprudencia más reciente ha exigido otros elementos adicionales del contrato celebrado por las Administraciones Públicas para dotarle de una naturaleza administrativa. En términos de la antedicha Sentencia de 24 de enero de 2007, *«La visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de "imperium" la actuación de la Administración y justifican las facultades -interpretativas y modificativas- de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato -artículos 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, y 4 de la Ley de Contratos del Estado -, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública»*. Por tanto, no basta con que, en última instancia, exista una finalidad pública, sino que es preciso que el objeto público sea el elemento esencial y principal del contrato para su consideración como administrativo.

El legislador, por su parte, también pretendió perfilar el ámbito de unos y otros contratos en el marco de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con el fin, entre otras cosas, de determinar el procedimiento a seguir y el órgano competente para su conocimiento. En el citado artículo 5 de la Ley 13/1995, se establecía una delimitación de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, distinguiendo, en primer lugar, aquellos que siempre serán públicos o administrativos; en segundo lugar, aquellos que, no siendo necesariamente públicos tienen tal calificación por *«resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley»*; y, finalmente, aquellos que son privados, definidos doblemente por el precepto. Así, en sentido negativo, serán privados aquellos que no sean públicos y son públicos todos los anteriormente definidos. En sentido positivo, serán siempre privados *«los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos»*.

En el presente caso, siendo indiscutido que el contrato celebrado por las partes no se encuentra dentro de los típicamente administrativos, al no versar sobre ejecución de obras, gestión de servicios públicos, realización de suministros, consultoría, asistencia o servicios, queda determinar si es, como asegura la parte recurrente, de los comprendidos en el apartado b del art. 5.2 -contratos administrativos especiales por su finalidad o por definirlo así la ley-, o, como sostiene la Sentencia de Apelación, de los considerados privados en aplicación del art. 5.3. Y la respuesta no puede ser otra que la de confirmar la conclusión de ambas instancias, puesto que el negocio jurídico celebrado no sólo no puede integrarse dentro de la categoría de contratos administrativos especiales, sino que ha de ser entendido como contrato privado por formar parte del enumerado excluyente del art. 5.3 de la Ley 13/95. Así, el otorgamiento de la garantía de compra de acciones pignoradas en una operación de crédito suscrita entre unas entidades financieras y la entidad "Sevilla Club de Fútbol, S.A.D." no tiene una finalidad puramente pública, pues la pretendida finalidad de promoción de Sevilla como sede olímpica supone un fin secundario o mediato, siendo el favorecimiento de una operación de préstamo a un Club deportivo de la ciudad -a la sazón, entidad mercantil de titularidad privada- la finalidad inmediata, lo cual, en aplicación de la Jurisprudencia más reciente y atendiendo al espíritu del legislador de 1995, lleva a rechazar la acepción amplia de la calificación de administrativa del contrato celebrado. A mayor abundamiento, el compromiso de compra de unas acciones de una entidad privada caso de producirse el impago del préstamo constituye una garantía sobre valores negociables, lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5.3 de la Ley 13/95, lleva a su calificación específica como contrato privado.



TERCERO .- Siguiendo el orden del artículo 476 en relación con el art. 469.1.2º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde analizar ahora los motivos segundo y primero de los recursos del Ayuntamiento de Sevilla y de la Diputación Provincial de Sevilla, respectivamente.

Ambos recurrentes aducen que la sentencia de fecha 4 de abril de 2003 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla adolece de incongruencia *extra petita*, con vulneración de lo dispuesto en los artículos 216, 218 y 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estos motivos deben ser estimados con las consecuencias que más tarde se dirán.

La congruencia es la relación del suplico de la demanda con el fallo de la sentencia. Así ha sido tradicionalmente definido por la Jurisprudencia en Sentencias de 28 de junio de 2006, 20 de junio de 2007 y 4 de abril de 2008, entre las más recientes. Por otra parte, se entiende por incongruencia *extra petita* aquella en la que se produce un cambio en la petición contenida en el suplico, de suerte que no existe coincidencia entre el petitum y el fallo, al concederse en este último cosa distinta de la solicitada - Sentencias de 13 de mayo de 2002, de 29 de septiembre de 2006 y de 17 de noviembre de 2006 -.

En este caso se ha producido efectivamente una incongruencia *extra petita* en la Sentencia recurrida que lleva a la estimación de ambos motivos. De hecho la parte recurrida no llega a negar la incongruencia en su escrito de oposición, tratando de desvirtuar los recursos interpuestos al respecto con argumentos de fondo. Como ya se ha dicho anteriormente, la parte actora interpuso demanda contra las demandadas en ejercicio de dos acciones: una principal, por la que se reclamaba el cumplimiento del contrato de fecha 31 de octubre de 1997; y otra subsidiaria para el caso de desestimación de la anterior, consistente en la reclamación de una indemnización por los perjuicios causados. En la Audiencia Previa (folios 621 a 623 de las actuaciones de primera instancia), la parte actora desistió expresamente de la petición subsidiaria -la solicitud de indemnización-, manteniendo la litis exclusivamente respecto de la acción principal, sin que ninguna de las partes demandadas manifestase su disconformidad, por lo que, a los efectos del art. 415 en relación con el art. 20.3, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la acción subsidiaria se entendió desistida y el proceso sobreseído respecto de dicha cuestión, o, en términos más explicativos, sustraída del conocimiento por el órgano judicial civil. Así lo entendió el juez de primera instancia, el cual hizo constar en el fallo de la sentencia que «no ha lugar a pronunciarse sobre el punto segundo (...) al haber desistido la actora durante el procedimiento». Dicha cuestión tampoco fue objeto de debate en la apelación.

Sin embargo, la Sentencia de Apelación, en su fundamento jurídico tercero, entró a estudiar la pretensión subsidiaria desistida, de forma improcedente y sin que su actuar pueda ser encuadrado en el principio de "*iura novit curia*", llegando a estimar dicha pretensión parcialmente y consignando en el fallo que se estimaba parcialmente la demanda promovida por la actora, condenando a las entidades demandadas a satisfacer a la actora la cantidad de 300.506,05 euros más los intereses legales. Dicho pronunciamiento, además de contravenir lo dispuesto en los artículos 216 y 218 LEC, vulnera el art. 24 de la Constitución Española, por la indefensión causada a las partes demandadas.

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal hace improcedente el examen del recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Sevilla, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final 16ª, apartado 1, regla 6ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO .- En aplicación de lo establecido en la Disposición Final 16ª, apartado 1, regla 7ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose estimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, procede, asumiendo la instancia, dictar nueva sentencia, lo que se efectúa ahora en el sentido de confirmar la desestimación de la acción principal -única subsistente en el pleito- efectuada por la sentencia de primera instancia y, posteriormente, por la de apelación.

QUINTO.- No procede hacer imposición de costas, dado el contenido del fallo estimatorio del recurso extraordinario por infracción procesal. Pero sí procede la imposición de las costas de la primera instancia y de la apelación a la mencionada entidad "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla". Todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 394, 397 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- Haber lugar al recurso de extraordinario por infracción procesal interpuesto por el Ayuntamiento de Sevilla y de la Diputación Provincial de Sevilla frente a la sentencia dictada por Audiencia Provincial de La Sevilla de fecha 4 de abril de 2003.



2º.- Casar y anular la citada sentencia, y entrando en el fondo del tema desestimar totalmente la demanda presentada por la representación procesal del "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla".

3º.- No hacer expresa imposición de las costas en este recurso. Pero sí imponer las de 1ª Instancia y apelación a la firma "Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla".

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Roman Garcia Varela.-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Vicente Luis Montes Penades.-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-firmado y rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sierra Gil de la Cuesta**, 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND