



Roj: **STSJ M 4527/2006 - ECLI:ES:TSJM:2006:4527**

Id Cendoj: **28079330032006100371**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **11/05/2006**

Nº de Recurso: **1047/2001**

Nº de Resolución: **451/2006**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA FATIMA ARANA AZPITARTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

MADRID

SENTENCIA: 00451/2006

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Recurso número 1047/2001

Ponente: Doña Fátima Arana Azpitarte

Recurrente: NECSO ENTRECANALES Y CUBIERTAS S.A.

Procurador: D. César de Frías Benito

Demandado: Ayuntamiento de Moralarzal

SENTENCIA n° 451

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Gustavo Lescure Ceñal

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Fátima Arana Azpitarte

Don Rafael Estévez Pendás

En la ciudad de Madrid, a 11 de mayo del año 2006

Visto por la Sala el Recurso arriba referido, interpuesto por el Procurador D. César de Frías Benito en nombre y representación de NECSO ENTRECANALES Y CUBIERTAS S.A. contra la Resolución del Pleno del Ayuntamiento de Moralarzal de fecha 19 de julio de 2001 que aprobó la liquidación económica del contrato de ejecución de las obras del Pabellón Polideportivo Cubierto de dicha localidad por importe de 14.246.819 ptas, (85.625,11 euros) IVA incluido, así como la liquidación de gastos de reparaciones de urgencia realizadas por el Ayuntamiento ,a costa del adjudicatario a consecuencia de vicios ocultos con riesgo para los usuarios del servicio, por importe de 956.706 ptas, (5.749,92 euros) IVA incluido, a deducir de la facturación de la liquidación del contrato.

Es ponente de esta Sentencia la Ilma. Sra. Doña Fátima Arana Azpitarte , que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo formalizándose demanda por la recurrente en la que terminaba suplicando una Sentencia estimatoria del recurso con base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la demanda .

SEGUNDO.- El demandado contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno, solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 10 de mayo del año 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NECSO ENTRECANALES Y CUBIERTAS S.A. impugna en este recurso la Resolución del Pleno del Ayuntamiento de Moralzarzal de fecha 19 de julio de 2001 que aprobó la liquidación económica del contrato de ejecución de las obras del Pabellón Polideportivo Cubierto de dicha localidad por importe de 14.246.819 ptas, (85.625,11 euros) IVA incluido, así como la liquidación de gastos de reparaciones de urgencia realizadas por el Ayuntamiento ,a costa del adjudicatario, a consecuencia de vicios ocultos con riesgo para los usuarios del servicio, por importe de 956.706 ptas, (5.749,92 euros) IVA incluido, a deducir de la facturación de la liquidación del contrato.

El recurrente discrepa de la procedencia de deducir cantidad alguna del resultado de la liquidación, en concepto de gastos de reparaciones de urgencia realizadas por el Ayuntamiento con posterioridad a la finalización del plazo de garantía de un año desde la recepción de las obras, sin comunicación alguna al contratista que solo las conoce al ser notificado de la propuesta de liquidación del contrato y sin que los supuestos defectos imputados tuvieran la consideración de vicios ocultos; discrepando asimismo de las siguientes partidas de la liquidación:

1.- Capítulo 3.- CIMENTACIONES Y ESTRUCTURA:

-reclama la cantidad de 752.011 ptas en concepto de exceso de acero en losas vigas y pilares,

- reclama la cantidad de 6.677.376 ptas por sobrecoste de forjados inclinados, alegando que los forjados de cubierta se ejecutaron inclinados al aparecer así en los planos ,sin embargo en la descripción de las partidas del presupuesto no figuraban los precios y actuaciones que era necesario realizar para ejecutar forjados inclinados, figurando precios y unidades correspondientes a la ejecución de un forjado normal ,necesitando, para la correcta ejecución de los forjados inclinados tal como estaban en los planos, efectuar actuaciones no contempladas en un forjado normal siendo su importe el que reclama como sobrecoste.

2.- SEGURIDAD E HIGIENE: se reclama la cantidad de 3.085.500 ptas. en concepto de vallas de protección que no estaban contempladas en el presupuesto de seguridad e higiene.

3.- ELABORACION Y VISADOS DEL PROYECTO: se reclama por este concepto la cantidad de 1.229.235 ptas. correspondiente a la elaboración y visado de los proyectos de electricidad , fontanería, climatización y protección contra incendios.

4.- CLIMATIZACION: se reclama la cantidad de 635.544 ptas correspondiente a la conexión de spiroflex para los difusores que fue necesario instalar para servir de conexión entre los difusores y los conductos de aire, sin que la conexión de spiroflex se contemplara en el presupuesto

5.- OTRAS: Se reclaman las siguientes cantidades en concepto de diferencias de medición:

Cubierta madera laminada 6.115.672 ptas

Hormigón armado en jácenos 817.471 ptas

Film polietileno 586.609 ptas

Placas metálicas 812.615 ptas

Solera Slurry sobre mortero y pintado escudo en pista 552.198 ptas

Adjuntando finalmente un cuadro en que existen diferencias de medición en diversas partidas de menor cuantía que las indicadas y diferencias de precios a aplicar, siendo los importes expresados de ejecución por contrata, alegando que en total las diferencias ascienden a la cantidad de 36.296.043 ptas (218.143,61 euros) que es la cantidad que reclama en el recurso, además del interés legal, incrementado en 1,5 puntos, de dicha cantidad, por retraso en el pago de la liquidación desde el transcurso de seis meses de la fecha en que tuvo lugar la recepción de las obras .



SEGUNDO.- En relación al primer motivo de impugnación, de la Resolución impugnada resulta que el Ayuntamiento aprobó deducir al contratista, de la facturación de la liquidación del contrato, la cantidad de 956.706 ptas, (5.749,92 euros) en concepto de gastos de reparaciones de urgencia realizadas por el Ayuntamiento, a costa del adjudicatario a consecuencia de vicios ocultos con riesgo para los usuarios del servicio.

En fundamento de la decisión adoptada en la Resolución impugnada se expresa que, en fecha no determinada pero en cualquier caso posterior al 8 de octubre de 2000 e incluso al 31 de octubre de 2000, se desprendió y cayó sobre la pista del polideportivo, desde una altura de 12 metros, el vidrio de un ojo de buey de casi 2 m2 de superficie comprobándose tras ello que el vidrio colapsado carecía de anclajes, sujeción ó pegamento entre junquillo y carpintería ó entre vidrio y carpintería tomándose la decisión por el arquitecto municipal de tapar el hueco con metacrilato anclándolo con tornillería pasante a la carpintería para anular el riesgo, que asimismo en fecha que se ignora, pero en cualquier caso posterior al 31 de octubre de 2000, se desprendieron los refuerzos de la carpintería de aluminio de los ventanales de las orejas térmicas y la cafetería, comprobándose tras ello que los refuerzos no habían sido anclados a la estructura de hormigón a la que estaban recibidos los ventanales, tomándose la decisión por el arquitecto municipal de reponer todos los refuerzos con tornillos pasantes con tuerca de mayor calibre ,con mayor sección de acero estructural (los refuerzos colocados por Necso eran de aluminio) y sobre todo anclados con tacos especiales a la estructura de hormigón. En ambos casos se dice que ,dado el riesgo producido, no hubo tiempo de notificar la orden de ejecución a Necso ni de contratar la reparación con otra empresa siendo realizada por los servicios municipales, así como que los dos supuestos encajan en lo dispuesto en el art 149 del TRLCAP (Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas , aplicable al supuesto presente por razones cronológicas) conforme al cual el contratista responde durante el término de quince años de la ruina de la obra producida después del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, sosteniendo en consecuencia que los dos colapsos producidos tiene la consideración de ruina parcial de la construcción por vicios ocultos debido al incumplimiento del contratista, así como que los refuerzos al viento de los ventanales estaban además en el periodo de garantía de un año ya que tales refuerzos no fueron ejecutados por NECSO antes de la recepción de las obras (7 de octubre de 1999), sino más tarde, habiendo sido recibidos en fecha 31 de octubre de 2000 por lo que tendrían garantía contractual hasta el 1 de noviembre de 2001.

Como ya se expuso en el fundamento de derecho anterior el recurrente discrepa de que el importe de tales reparaciones le pueda ser repercutido y descontado de la liquidación del contrato, alegando que son reparaciones realizadas con posterioridad a la finalización del plazo de garantía de un año desde la recepción de las obras, que no le han sido comunicadas hasta ser notificado de la propuesta de liquidación del contrato y que los supuestos defectos imputados no tienen la consideración de vicios ocultos.

El motivo de impugnación debe de prosperar.

Ha de recordarse que el contrato administrativo de obras es un típico contrato de resultado, naturaleza jurídica ésta que, en principio, implicaría que el contratista debería soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la obra. Pero el ordenamiento administrativo ha previsto excepciones de aquella regla general que matizan lo que podría parecer una postura de privilegio de la Administración. Así, y en cuanto al plazo de garantía que se abre cuando, ejecutadas las obras con arreglo a las prescripciones técnicas y por encontrarse en buen estado, es recibida - artículo 147 de la LCAP (habiendo suprimido la LCAP de 1995 la doble recepción provisional y definitiva) -, durante este plazo pesa sobre el contratista un deber de conservación y policía de las obras (artículo 171 del Reglamento) con sujeción a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que dicte el facultativo de la Administración, hasta tal punto que si descuidase ese deber y además diera lugar con ello a que peligrare la obra, la propia Administración podrá ejecutar los trabajos necesarios para evitar el daño, a costa del contratista.

Una vez recibida la obra, el contratista sólo responde de los vicios o defectos que puedan aparecer en la obra en el período de garantía, quedando relevado de toda responsabilidad transcurrido dicho periodo, excepto si la obra se arruinara con posterioridad por vicios ocultos de la construcción debido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, que en este caso respondería de los daños y perjuicios durante el término de quince años a contar desde la recepción.

En el caso presente los vicios de la obra a que se refiere la Administración: vidrio carente de anclajes, sujeción ó pegamento entre junquillo y carpintería ó entre vidrio y carpintería y falta de anclaje de los refuerzos de la carpintería de aluminio de los ventanales de las orejas térmicas y la cafetería a la estructura de hormigón a la que estaban recibidos los ventanales, no eran en absoluto vicios ocultos, sino defectos apreciables a simple vista (lo que se corrobora si se tiene en cuenta que el Ayuntamiento mandó repasar en el periodo de garantía los refuerzos al viento de los paños de carpintería de aluminio de las orejas térmicas, tal como resulta del acta



de aceptación de repasos de fecha 31 de octubre de 2000) **por lo que no puede pretenderse que el contratista responda de** tales defectos más allá del transcurso del plazo de garantía, plazo de garantía que expiró en el supuesto presente en fecha 7 de octubre de 2000, ya que en fecha 7 de octubre de 1999 tuvo lugar la recepción de las obras por parte del Ayuntamiento y el plazo de garantía fijado en los Pliegos que rigieron la contratación de la obra fue de un año. El hecho de que se impusiera a la contratista la obligación de realizar una serie de remates y repasos de las obras en el plazo de garantía no significa, como pretende la Administración, que efectuados éstos vuelva a iniciarse el plazo de un año de garantía que ya se inició con la recepción de las obras sino que se trata de remates y repasos a efectuar dentro del plazo de garantía.

Por lo demás ya se dijo que la Administración no ha acreditado, ni siquiera concretado, la fecha en que se produjeron la caída del cristal y de los refuerzos de la carpintería de aluminio de los ventanales de las orejas térmicas y de la cafetería, y que dieron lugar a la repercusión de los gastos de su reparación al contratista, debiendo ser la Administración que imputa tales gastos la que acredite que concurren las circunstancias legales exigibles para realizar tal imputación, lo que aquí no ha ocurrido ni por lo que se refiere a que se produjeran dentro del plazo de garantía ni que se tratara de vicios ocultos en que se debe de responder con posterioridad; más aún el hecho de que tales caídas se produjeran por incumplimiento del contrato por parte del contratista es algo que solo resulta de la manifestación del Ayuntamiento y de su Arquitecto municipal, ya que en momento alguno se requirió al contratista para reparar los desperfectos ni se le dio oportunidad de examinar la causa de los mismos, habiendo tenido por primera vez conocimiento de lo ocurrido en fecha 18 de junio de 2001 cuando se le notificó la liquidación del contrato y que del mismo se le iba a descontar el importe de las reparaciones, sin que exista tampoco informe de tercero sin vinculación con el Ayuntamiento que impute lo acontecido al incumplimiento del contrato por parte del contratista, máxime cuando por lo que se refiere a "los refuerzos al viento de los paños de carpintería de las orejas térmicas", que fue uno de los remates y repasos que se exigieron a la contratista en el periodo de garantía, consta en el acta de aceptación de repasos de 31 de octubre de 2000 que se dio por cumplido satisfactoriamente por el Ayuntamiento.

Por lo expuesto no procede descontar de la liquidación del contrato la cantidad de 956.706 ptas, (5.749,92 euros) que pretende el Ayuntamiento en concepto de gastos de reparaciones realizadas por el Ayuntamiento.

TERCERO.- En relación a las discrepancias con diversas partidas de la liquidación, el recurrente reclama la cantidad de 752.011 ptas en concepto de exceso de acero en losas, vigas y pilares, alegando que tal reclamación fue considerada atendible en la Resolución impugnada que, sin embargo finalmente y pese a ello, no corrigió el importe de la liquidación. El argumento debe de prosperar, en la Resolución impugnada que asume y transcribe el informe elaborado por los Servicios Técnicos Municipales, Dirección facultativa de las obras, de fecha 17 de julio de 2001, tras las alegaciones realizadas por el recurrente a la propuesta de liquidación del contrato, se dice en su folio 7 que tal reclamación es atendible, pese a lo cual no se corrigió el importe de la liquidación por lo que debe de corregirse en dicho extremo.

CUARTO.- Se reclama la cantidad de 6.677.376 ptas por sobrecoste de forjados inclinados alegando que los forjados de cubierta se ejecutaron inclinados al aparecer así en los planos, pese a lo cual en la descripción de las partidas del presupuesto no figuraban los precios y actuaciones que era necesario realizar para ejecutar forjados inclinados, figurando precios y unidades correspondientes a la ejecución de un forjado normal, necesitando para la correcta ejecución de los forjados inclinados, tal como estaban en los planos, efectuar actuaciones no contempladas en un forjado normal siendo su importe el que reclama como sobrecoste.

El motivo no puede prosperar, tal como admite el contratista, y resulta con total claridad de los planos del proyecto, en éste existían tanto forjados inclinados como horizontales, los forjados figuran en el presupuesto en dos partidas la 3.4 y la 3.5 del Capítulo 3 referido a Cimentación y Estructuras y en ambas, en referencia a la estructura, se concreta la partida como "totalmente terminada" y conforme a planos, por lo que deben de entenderse incluidas en el precio todas las actuaciones necesarias para ejecutar los dos tipos de forjado, más aún, si el contratista tenía dudas acerca de los conceptos que incluía el presupuesto ó le parecían insuficientes en relación con lo que debía de ejecutar, lo lógico hubiera sido ponerlo de manifiesto a la propiedad en el momento de aceptar el presupuesto, en vez de aceptarlo y después reclamar un sobrecoste.

QUINTO.- La reclamación de la cantidad de 3.085.500 ptas. en concepto de vallas de protección que no estaban contempladas en el presupuesto de seguridad e higiene sí debe de ser atendida. Las vallas de protección de la obra deben de estar incluidas en el Proyecto de Seguridad y Salud y en su presupuesto y ser abonadas por la propiedad, en el caso presente sin embargo no lo estaban, el Ayuntamiento entiende que pese a ello su coste debe de ser asumido por la empresa contratista por disponerlo así el art.9.3 del Pliego de Condiciones Particulares que establecía que eran de cuenta del contratista "el impuesto del valor añadido, y todos los arbitrios, licencias municipales, vallas, alumbrado, multas etc... que ocasionen las obras hasta su total terminación", en opinión mantenida igualmente por el perito Don Esteban, sin embargo, debiendo la Sala



apreciar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica sin estar obligada a sujetarse al informe del perito, máxime cuando la resolución de la presente cuestión no es de carácter técnico sino de mera interpretación normativa, la Sala entiende que deben distinguirse dos tipos de vallado: uno, el vallado de cerramiento de la obra que es al que refiere el art.9.3 del Pliego citado y el art.18 del Pliego de Condiciones Generales que expresamente establece que "el constructor dispondrá por su cuenta los accesos a la obra y el cerramiento ó vallado de ésta" y que es de cuenta del recurrente y otro, el vallado de protección que como medida de seguridad debe formar parte del plan de seguridad y ser abonada por la propiedad.

Sentado lo anterior y no discutiéndose por el Ayuntamiento demandado la realidad de la ejecución del vallado de protección por parte de la constructora ni el importe reclamado por ella por tal concepto debe rectificarse la liquidación del contrato añadiendo dicho importe a favor de la recurrente.

SEXTO.- No debe de ser atendida la reclamación de la cantidad de 1.229.235 ptas. correspondiente a la elaboración y visado de los proyectos de electricidad, fontanería, climatización y protección contra incendios, ya que se debe de entender que a tenor de lo dispuesto en los arts .9.2 y 9.3 del Pliego de Condiciones particulares tales gastos eran por cuenta del contratista ya que en el acto de recepción debía de entregar a la Administración contratante las autorizaciones que tienen que expedir las Delegaciones Provinciales correspondientes y autoridades locales para la puesta en servicio de las instalaciones, siendo por cuenta del contratista todos los arbitrios licencias municipales etc... que ocasionaran las obras hasta su total terminación, por lo que los costes de las autorizaciones para la puesta en servicio de las instalaciones son por cuenta del contratista.

SEPTIMO.- En el capítulo de climatización el recurrente reclama la cantidad de 635.544 ptas correspondiente a la conexión de spiroflex para los difusores que fue necesario instalar para servir de conexión entre los difusores y los conductos de aire, sin que la conexión de spiroflex se contemplara en el presupuesto. Debe de aceptarse en efecto que, pese a ser necesaria la colocación de tales conexiones entre los difusores y las rejillas, no estaban incluidas en las partidas del presupuesto 14.5.24, 14.5.26,14.5.28 y 14.5.29, que definían los difusores y las rejillas instalados en falsos techos, no indicando en ninguna de ellas ni su conexión a la red de conductos de distribución del aire ni la expresión "totalmente instalada", por lo que conforme a lo que también es la opinión del perito Don Esteban debe de abonarse dicha partida recurrente, si bien no por el importe que reclama sino por el de 1.193,50 euros (198.581,70 ptas) que al no constar precio contradictorio aprobado ha sido el coste estimado por el perito, ya que el contratista tiene derecho al cobro de la obra efectivamente realizada conforme disponía la LCAP 95 , cuyo art. 14 establece que debe abonarse al contratista el precio "en función de la prestación realmente efectuada", lo que se deduce igualmente del art. 100 de la misma, que habla de "prestación realizada". A lo que debe de añadirse que es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras Sentencias de 28 de enero de 2000 y 23 de abril de 2002) que ha reconocido que la obligación de pago por parte de la Administración implica el importe también de aquellas obras que tengan carácter accesorio o complementario no incluido en el proyecto y que durante el curso de las obras principales se estime conveniente ejecutar, bien hayan sido objeto de contrato independiente o bien se hayan confiado al contratista de la principal, ya que si las obras se han realizado y han contribuido a completar el proyecto, supliendo unas deficiencias y presentando terminaciones ajustadas a los fines propuestos, debe concluirse que no se puede consentir desequilibrio económico entre los beneficios recibidos por el Ayuntamiento demandado, como consecuencia de la realización de tales obras no referidas en proyecto, y las cargas sufridas por la otra parte, como consecuencia de su real y efectiva ejecución.

OCTAVO.- Las cantidades reclamadas en concepto de diferencias de medición no han quedado acreditadas; es cierto que el perito Don Esteban , al ser preguntado en su informe en relación a las diferencias de medición contenidas en la liquidación realizada por la Dirección facultativa de la obra y la medición propuesta por la recurrente ,en algunos casos ha aportado unos resultados de medición superiores a los realizados por la Dirección facultativa, no obstante debe de tenerse en cuenta que la medición contenida en la liquidación ha sido realizada por la Dirección facultativa de la obra que es quien en principio ha seguido la misma y ha conocido sus vicisitudes con mayor detalle y proximidad que la que pueda tener cualquier otra persona en un momento posterior, pero además, y esto es fundamental, el perito aclaró en el acto de ratificación del informe pericial que no había medido la obra realmente ejecutada en obra ,sino que había comprobado que las partidas estuvieran ejecutadas y que la medición la había realizado sobre plano, lo que resulta también evidente si se tiene en cuenta que el perito al inicio de su informe manifiesta que ha visitado dos días la obra por lo que es imposible que comprobara en obra la medición de lo realmente ejecutado, situación en la que el informe del perito no desvirtúa la medición contenida en la liquidación realizada por la dirección facultativa de la obra.

NOVENO.- En relación a las partidas que figuran ejecutadas en la liquidación y que no estaban previstas en el proyecto y en las que el recurrente discrepa del precio en que han sido valoradas, debe de decirse que al no constar ni acreditarse por la Administración que se hubiera fijado para ellas previamente un precio



contradictorio en la forma establecida en el art. 54 del Pliego de Cláusulas Generales ,la discrepancia en el precio debe de ser resuelta conforme a lo que el perito designado en el pleito Don Esteban ha considerado ser un precio más correcto y ajustado al del mercado, materia en que debe de reconocerse al perito especiales conocimientos técnicos y prácticos y por ello modificar el precio que se hace figurar en la liquidación en relación con las siguientes partidas:

CAPITULO 8. CHAPADOS SOLADOS Y ALICATADOS

-Partida PC 15 Rodapié Trusplas almacén que será de 815 ptas.

Partida PC 24 Rejillas ascensor que será de 17.748 ptas

CAPITULO 12. INSTALACION DE ELECTRICIDAD

Partidas PC (AF) y (AG) Sistema de control secuencia calderas y control temperatura ACS, respectivamente, en que el precio será de 370.420 ptas y 425.000 ptas respectivamente y

CAPITULO 14 CLIMATIZACION

Partida PC 31 Rejillas expulsión aire aseos en que el precio será de 19.704 ptas.

DÉCIMO.- Finalmente el recurrente solicita, de conformidad con lo dispuesto en el art.148 de la LCAP , el interés legal, incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades que reclama por retraso en el pago de la liquidación desde el transcurso de seis meses de la fecha en que tuvo lugar la recepción de las obras.

Tal pretensión no puede ser concedida en este procedimiento por cuanto que no consta fuera formulada en vía administrativa y ni siquiera tampoco en el escrito de interposición del recurso, siendo tal pretensión una cuestión nueva, autónoma y diferente del acto impugnado que es la aprobación de la liquidación del contrato y no el planteamiento de nuevos motivos en los que fundamentar la pretensión anulatoria de las resoluciones recurridas formuladas en vía administrativa, para lo cual es preciso destacar el carácter revisor de la presente jurisdicción, resaltado de manera constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma que, como señala la Sentencia de dicho Tribunal de 27 mayo 1977 (RJ 1977\2417), con cita de numerosa jurisprudencia anterior - Sentencias de 20 mayo 1968 (RJ 1968\2501), 23 noviembre 1968 (RJ 1968\5189), 29 abril y 28 septiembre 1970 (RJ 1970\2460 y RJ 1970\3744) y 24 marzo y 22 mayo 1977 (RJ 1977\1810 y RJ 1977\2251)- "si bien conforme al artículo 69, párrafo 1.º de la Ley Jurisdiccional , las partes pueden deducir en la demanda nuevas argumentaciones jurídicas que sirvan de fundamento para ilustrar al Tribunal sobre el conocimiento de si los actos impugnados fueron o no dictados con arreglo al ordenamiento jurídico, la formulación de nuevas pretensiones entraña una desviación procesal incompatible con la función atribuida a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo que es meramente revisoria de la actuación de la Administración". Desprendiéndose de lo anterior que, atendido el carácter esencialmente revisor de esta Jurisdicción, existirá desviación procesal generadora de inadmisibilidad del recurso cuando "sean impugnados en el escrito de demanda actos o disposiciones que no lo fueron en el escrito de interposición del recurso contencioso- administrativo" -entre otras, Sentencia de 20 diciembre 1988 (RJ 1988\10163)-, cuando se formulan nuevas pretensiones o cuando se reformen, alteren o adicione al recurso jurisdiccional peticiones que no se discutieron en vía administrativa y ni siquiera se formularon ante ella - Sentencias de 30 enero 1980 (RJ 1980\213) y 31 octubre 1983 (RJ 1983\5278)-, salvo que "entre la pretensión en vía administrativa y jurisdiccional no exista una sensible variación" de forma que nos encontramos realmente no ante una cuestión nueva sino una pretensión idéntica si nos atenemos a la narración fáctica y a la causa de pedir" - Sentencia de 29 junio 1983 (RJ 1983\3675)-, siendo, sin embargo, admisible, al estar garantizado por la propia dicción literal del artículo 69.1 de la Ley Jurisdiccional , formular nuevos motivos, argumentos o fundamentos, aun con variación sobre los utilizados con anterioridad -entre otras Sentencias de 30 marzo 1975 (RJ 1975\2020), 25 enero 1980 (RJ 1980\195) y 29 octubre 1980 (RJ 1980\3596)-.

En el caso presente la petición de intereses del art.148 de la LCAP es una pretensión nueva, distinta de la Resolución impugnada en este procedimiento y que nunca ha sido planteada en vía administrativa.

UNDÉCIMO.- Y según lo dispuesto en el apartado primero del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa , considerando la Sala que no es de apreciar temeridad ni mala fe, es por lo que no procede formular expresa condena en costas.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso interpuesto por el Procurador D. César de Frías Benito en nombre y representación de NECSO ENTRECANALES Y CUBIERTAS S.A. contra la Resolución del Pleno del Ayuntamiento



de Moralzarzal de fecha 19 de julio de 2001 que aprobó la liquidación económica del contrato de ejecución de las obras del Pabellón Polideportivo Cubierto de dicha localidad, así como la liquidación de gastos de reparaciones de urgencia realizadas por el Ayuntamiento, a costa del adjudicatario a consecuencia de vicios ocultos con riesgo para los usuarios del servicio, a deducir de la facturación de la liquidación del contrato, anulamos en parte dicha Resolución por no ser conforme a derecho en los siguientes extremos:

1.- no procede descontar de la liquidación del contrato la cantidad de 5.749,92 euros, (956.706 ptas) que pretende el Ayuntamiento en concepto de gastos de reparaciones realizadas por el mismo.

2.- la liquidación del contrato debe de ser modificada en los siguientes extremos:

a) se incluirá en el CAPITULO 3 CIMENTACION Y ESTRUCTURA la cantidad de 4.519,68 euros (752.011 ptas) en concepto de exceso de acero en losas, vigas y pilares,

b) se incluirá en SEGURIDAD E HIGIENE la cantidad de 18.544,23 euros (3.085.500 ptas.) en concepto de vallas de protección,

c) se incluirá en el CAPITULO CLIMATIZACION la cantidad de 1.193,50 euros (198.581,70 ptas) correspondiente a la conexión de spiroflex para los difusores,

d) se modificará el precio que se hace figurar en la liquidación en relación con las siguientes partidas:

CAPITULO 8. CHAPADOS SOLADOS Y ALICATADOS

-Partida PC 15 Rodapié Trusplas almacén que será de 4,90 euros (815 ptas.)

Partida PC 24 Rejillas ascensor que será de 106,67 euros (17.748 ptas)

CAPITULO 12. INSTALACION DE ELECTRICIDAD

Partidas PC (AF) y (AG) Sistema de control secuencia calderas y control temperatura ACS, respectivamente, en que el precio será de 2.226,27 euros (370.420 ptas) y 2.554,30 euros (425.000 ptas) respectivamente y

CAPITULO 14 CLIMATIZACION

Partida PC 31 Rejillas expulsión aire aseos en que el precio será de 118,42 euros (19.704 ptas.)

Los importes mencionados en los apartados 2 a) y 2 b) son de ejecución por contrata tal como expresa el recurrente en el hecho segundo de la demanda y los de los apartados 2 c) y 2 d) son precios de ejecución material.

Se desestima la petición del recurrente de condena al pago de intereses por retraso en el pago de la liquidación.

No se realiza condena en costas.

Hágase saber a las partes que contra esta Sentencia cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. D^a. Fátima Arana Azpitarte, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.