

Expediente 38/20

Materia: Efectos del COVID-19 sobre un contrato de obras celebrado en Melilla.

ANTECEDENTES

La Subsecretaría del Ministerio de Cultura y Deporte ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Este órgano de contratación adjudicó el contrato de obras de construcción del centro de educación infantil y primaria de 4 líneas “Gabriel de Morales” en Melilla por un importe de 10.128.138,52 € (9.207.398,66 € y 920.739,86 € correspondientes al IPSI) el 21 de octubre de 2019, formalizándose el contrato el 2 de diciembre de 2019 e iniciándose la obra por acta de replanteo viable el 14 de enero de 2020, tras acta previa de replanteo no viable de 30 de diciembre de 2019.

El 14 de marzo de 2020, como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la frontera entre la Ciudad Autónoma de Melilla y Marruecos queda cerrada, situación de cierre que continua a la fecha de emisión de esta consulta.

El cierre fronterizo supone la imposibilidad de continuar con la importación de áridos, que por vía terrestre se hacía desde Marruecos, material esencial para la composición del hormigón necesario para la ejecución de la obra, especialmente en la fase inicial de cimentación.

Por ello, el suministrador de hormigón de la empresa contratista le comunica a la misma que una vez agotado el acopio de áridos disponible en la Ciudad Autónoma de Melilla, en la que se están ejecutando varias obras públicas de importancia, la importación de



estos áridos tendrá que realizarse por vía marítima desde la península, lo que supondrá un sobrecoste considerable del precio final del hormigón, sobrecoste que la contratista valora en torno al 45% de incremento sobre el precio de cada metro cúbico de hormigón presupuestado en su oferta.

Se hace constar además que la empresa no ha hecho voluntariamente uso de las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19 previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID y decidió continuar con la obra y no solicitar la solicitud de suspensión del contrato mientras durase la situación que generase la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, suspensión que podía, a su vez, haberle generado derecho a indemnizaciones, de acuerdo con las previsiones de esta norma de aplicación temporal.

Asimismo, se señala que la Delegación del Gobierno en Melilla se ha puesto en contacto con este órgano de contratación confirmando la situación descrita y solicitando la elevación de una consulta sobre las posibilidades de afrontar esta problemática de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. de 26 de febrero de 2014 (en adelante la LCSP) y resto de la normativa de aplicación, con el fin de orientar un posible tratamiento común por parte de todas las entidades del sector público estatal con contratos o encargos a medios propios de obra en ejecución en esta Ciudad Autónoma.

A ese respecto, el artículo 197 de la LCSP señala:

“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239”.



El artículo 239 de la LCSP -Fuerza Mayor- relaciona los casos de fuerza mayor y la solución vía indemnizatoria para los posibles daños y perjuicios que un caso de fuerza mayor haya podido producir en la ejecución del contrato:

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos inundaciones u otros semejantes*
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público*

Por otro lado, y respecto a la posibilidad de inclusión de precios nuevos en unidades de obra preexistentes en un proyecto, pero sin que esta inclusión tenga la consideración de modificaciones del contrato de obras, el artículo 242.4.i.i. excluye como modificación del contrato: “La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.”

Asimismo, se ha podido comprobar que esa Junta Consultiva de Contratación considera (Página 15 del Expediente 85/18), que el legislador ha querido diferenciar los supuestos de modificación por introducción de unidades nuevas, por un lado (que conllevarían una modificación del contrato de acuerdo al artículo 242.2 de la LCSP) de los excesos de mediciones (que no supone la fijación de precios nuevos), por otro y de



la inclusión de precios nuevos (en unidades de obras del proyecto) por otras razones diferentes

Cuestiones que se somete a informe

A partir de los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos mencionados y teniendo en cuenta que el incremento del coste de la importación de áridos durante un período de tiempo indeterminado podría suponer un sobrecoste de precio de unidades de obras recogidas en proyecto que afecta al equilibrio del contrato y provocar la paralización de las obras, este órgano de contratación plantea las cuestiones siguientes:

- 1. ¿Sería posible extender como caso de fuerza mayor semejante a los descritos en el artículo 239.2.a) de la LCSP, la COVID-19, pandemia mundial inédita en los últimos 100 años, que ha tenido como efecto una situación de hecho, cierre de fronteras terrestres entre Melilla y Marruecos, que está generando perjuicios acreditables en la ejecución de los contratos en esta Ciudad Autónoma a los efectos de posibles indemnizaciones por daños documentados y excluyendo esta situación del principio de riesgo y ventura del contratista?*
- 2. ¿Alternativamente a la opción anterior, se consideraría compatible con la regulación de precios nuevos que no suponen modificación del contrato señalados en el 242.4.i.i LCSP, establecer un precio nuevo, como es el caso de coste del transporte de áridos desde la península, tras el consiguiente procedimiento de precios contradictorios, dentro de la unidad de obra correspondiente del proyecto, precio a aplicar con carácter temporal, mientras durase la situación de hecho descrita y siempre que no se sobrepasen los límites de incremento del precio global del contrato o afectación a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del contrato?*
- 3. Si no fuera posible evitar sobrepasar los límites mencionados ¿Cabría la posibilidad de introducir como nuevo precio el coste de la partida durante el periodo de*



permanencia de la situación excepcional dentro de una modificación del contrato en los términos del artículo 242,2 de la LCSP?

4. ¿Existe alguna otra fórmula en la LCSP que permita restablecer el equilibrio del contrato durante el periodo en que permanezca la problemática descrita?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

Como consideración preliminar cabe señalar que la consulta que precede al presente informe se funda en la declaración de estado de alarma instrumentada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Por esta razón este informe se emite al amparo de las normas dictadas en el seno de este estado de alarma, pero es evidente que a la fecha de su aprobación ya se ha declarado otro estado de alarma por virtud del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Por lo tanto, como señala el informe de la Abogacía General del Estado A.G. SANIDAD 1/21 (R- 5/2021), de 21 de enero de 2021, a este último estado no le resultan automática y necesariamente de aplicación las normas dictadas bajo la vigencia del anterior estado de alarma, salvo que tales normas hayan sido prorrogadas expresamente. Por esta razón, el presente informe debe interpretarse circunscrito a las disposiciones que regulaban el estado de alarma inicial y no puede extenderse a otras circunstancias ni a otras normas jurídicas dictadas con posterioridad.

1. La Subsecretaría del Ministerio de Cultura y Deporte nos plantea varias cuestiones relativas a los efectos que algunas medidas asociadas a la lucha contra el COVID-19 puedan tener sobre la ejecución de los contratos de obras que se han de ejecutar en la ciudad autónoma de Melilla. Se expone en la consulta que una de tales medidas es que la frontera con Marruecos permanece cerrada, haciendo imposible la importación de materiales.



La primera de tales cuestiones se centra en valorar si desde el punto de vista jurídico sería posible considerar la pandemia ocasionada por el COVID-19 como un caso de fuerza mayor semejante a los descritos en el artículo 239.2 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) a los efectos de la obtención de posibles indemnizaciones derivadas de daños debidamente acreditados por los contratistas que los hubiesen sufrido, de modo que tales situaciones quedarían excluidas de la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratista.

La normal aplicación del principio de riesgo y ventura en los contratos públicos se recoge, siguiendo una larga tradición de nuestra normativa, en el artículo 197 de la LCSP. Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. Así lo manifestamos en nuestra Recomendación de 10 de diciembre de 2018 donde, siguiendo la jurisprudencia citada, manifestamos igualmente que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi o factum principis*), o por hechos que exceden de la normal "*alea*" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Por tanto, uno de los supuestos que puede permitir la excepción de la aplicación del principio de riesgo y ventura es, efectivamente, la concurrencia de un supuesto de *vis maior* o fuerza mayor. El artículo 239 de la LCSP, al que se remite el propio artículo



197, regula los casos de fuerza mayor en la ejecución de los contratos públicos de obras señalando lo siguiente:

“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.”

2. La excepcional situación ocasionada por el COVID-19 ha causado, como ya ha remarcado esta Junta Consultiva en anteriores ocasiones, una serie de efectos perniciosos para los contratos públicos en general y, especialmente en lo que se refiere a su ejecución. No es de extrañar, en consecuencia, que el legislador se haya visto obligado a dictar diversas normas relativas a la forma de indemnización de los daños que se hayan podido producir en los distintos tipos de contratos públicos. Para el contrato de obras tal norma está contenida en el artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, precepto que, bajo ciertas condiciones como sería la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato, permite obtener la suspensión de la ejecución desde que se produjera la situación de hecho que impide continuar la prestación hasta que dicha prestación pueda reanudarse.



El recurso a esta posibilidad recogida legalmente exige una solicitud por parte del interesado, esto es, del contratista y supone, una vez concedida la suspensión o la ampliación del plazo, de ser ésta procedente, que sólo serán indemnizables una serie de conceptos entre los que se hallan los siguientes:

- Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.
- Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.
- Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Tales gastos indemnizables difieren en parte de los previstos en el artículo 208 de la LCSP para el supuesto general de suspensión de los contratos públicos, circunstancia que revela que la intención del redactor del precepto fue la de limitar la indemnización, tanto en lo que atañe a los conceptos indemnizables como a los casos en que procede (casos en que los daños se deban a circunstancias ocasionadas por la pandemia).

Esta intención resulta asimismo patente cuando el artículo 34.3 declara que *“no resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo*



dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.” Por tanto, las reglas sobre conceptos indemnizables en el caso de suspensión de los contratos públicos y las que tratan la fuerza mayor en los contratos de obras están expresamente excluidas de su aplicación a los contratos afectados por las medidas de toda índole adoptadas para la lucha contra el COVID-19.

3. Como ya señaló la Abogacía General del Estado en su Informe de 1 de abril de 2020 sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en la Nota de 19 de marzo de 2020 sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-Ley 8/2020 a los contratos menores, el Real Decreto-Ley 8/2020 *“es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)”*. También señaló que *“el Real Decreto-ley 8/2020 tiene el mismo rango legal que la LCSP, pero constituye una norma singular o excepcional, por el contexto de emergencia sanitaria en el que se dicta, cuyo contenido ha de prevalecer sobre la regulación de la LCSP.”* Por tanto, según este criterio con el que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado coincide plenamente, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 es una norma excepcional y de carácter especial, que debe aplicarse para regular y resolver las cuestiones que afecten a los contratos públicos cuya ejecución haya sido impedida por algún tipo de medida acordada para luchar contra la pandemia. Ante esta circunstancia, carecería de sentido pretender que las normas sobre fuerza mayor en la ejecución de los contratos de obras pudiesen aplicarse a la situación descrita en la consulta porque ello implicaría desconocer expresamente la voluntad de la norma de excluir los efectos de la regulación de la fuerza mayor en este tipo de casos.

4. La anterior conclusión no puede ser contradicha por el hecho de que en un caso como el planteado en la consulta el contratista no solicitase la suspensión del



contrato. Esta conducta implica, o bien prescindir voluntariamente de la posibilidad que legalmente se ha configurado para tratar de modo específico este problema, o bien que no era posible acudir a la norma por no concurrir alguno de los requisitos legales, y no apareja el efecto de relajar el carácter excepcional y especial de la norma. Por lo tanto, si el contratista quiere hacer uso de la opción indemnizatoria por causa de la suspensión del contrato puede indudablemente hacerlo, siempre que cumpla las condiciones legales, pero el no hacerlo así, porque la obra podía continuar, excluye la aplicación del artículo 34 del RD-Ley 8/2020 y no permite la aplicación de otros preceptos generales como el referente a la fuerza mayor, máxime cuando el legislador expresamente los ha excluido para estos casos. No tendría sentido que, por concurrir los supuestos legales, se pudiera suspender un contrato de obras por causa de la pandemia, limitando los efectos indemnizatorios y excluyendo la fuerza mayor y que, por no concurrir tales condiciones, se indemnizase sin los anteriormente mencionados límites, aunque sea en una parte del contrato, y se aplicasen las reglas de la fuerza mayor.

5. A mayor abundamiento hay que señalar que la dicción del artículo 239 encaja con dificultad con el caso que nos ocupa. En efecto, la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Por el contrario, la situación creada por el COVID-19 ha sido extensa y pormenorizadamente regulada por el legislador en materia de contratos públicos, de modo que sólo y exclusivamente los efectos por éste previstos de modo expreso pueden servir para resolver los problemas que ha planteado.

Por otro lado, tampoco parece que conforme al derecho privado una situación como la descrita en la consulta pueda identificarse con el concepto de fuerza mayor. El principio "*casum sentit dominus*" sólo puede ceder, en caso de fuerza mayor, cuando la obligación no pueda ser cumplida. Así lo declara el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en su Sentencia núm. 637/1999 de 13 julio, al precisar respecto de la fuerza



mayor *“su carácter absoluto productor de un incumplimiento "legal" de las obligaciones.”* En efecto, la Jurisprudencia viene exigiendo como requisitos de la fuerza mayor que *“el hecho sea, además de imprevisible o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible y que, por aplicación de los arts. 1182 y 1184 del C. Civ. haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que, conforme a los arts. 1902 y 1903 y siguientes del mismo Código sustantivo, pueda sobrevenir, debiendo existir entre el daño producido y el evento que lo produjo un nexo de causalidad eficiente.”* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1980). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 1321/2006 de 18 diciembre, donde señala que *“la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S. 24 de diciembre de 1999)”* En un caso como el planteado en la consulta, en que la obligación ha podido seguir cumpliéndose, bien que por un precio o en condiciones diferentes, la aplicación del concepto de fuerza mayor no es posible desde el punto de vista jurídico.

6. En el segundo apartado de la consulta se nos cuestiona si una situación como la descrita se consideraría compatible con lo establecido en el artículo 242.4 ii de la LCSP y, por lo tanto, si sería posible establecer un precio nuevo para el aumento del coste del transporte de áridos desde la península, tras el consiguiente procedimiento de precios contradictorios. La consulta señala que este precio se debería aplicar con carácter temporal, sólo mientras durase la situación de hecho descrita, y siempre que no se sobrepasase el límite del 3 por ciento del presupuesto primitivo del contrato.

Como señalamos en nuestro informe 85/2018, de 25 de mayo de 2020, el supuesto del artículo 242.4 ii no tiene la consideración de modificación del contrato y no debe confundirse con la introducción de nuevas unidades de obra o de excesos de medición. Este supuesto concurre cuando se produce la inclusión de precios nuevos, que habrán de ser fijados contradictoriamente por los procedimientos adecuados, y que han de cumplir la condición de que no supongan un incremento del precio global



del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto excedan del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo. Como expusimos en nuestro informe antes citado, *“se trata de dos límites: el primero, referente al precio del contrato; el segundo, que limita objetivamente el marco sobre el que puede recaer la inclusión de precios nuevos, de modo que no puede afectar a concretas unidades de obra descritas en el proyecto que en su conjunto representen, por su valor, más del 3% del precio de adjudicación. Es decir, que la fijación de precios nuevos no puede incrementar el precio del contrato y tampoco afectar a unidades de obra concretas cuyo valor exceda del 3% del mismo. Es importante destacar que esta última idea no quiere decir que la alteración de los precios tenga que producirse por la introducción de nuevas unidades de obra. Tal cosa no resultaría congruente con el hecho de que el legislador haya querido diferenciar los supuestos de modificación por introducción de unidades nuevas, por un lado, de los excesos de mediciones (que no supone la fijación de precios nuevos), por otro, y de la inclusión de precios nuevos por otras razones diferentes.”*

Por tanto, el recurso a este precepto queda limitado a los casos en que la fijación de precios nuevos afecte de modo muy limitado al importe de adjudicación del contrato o, como señalamos en el informe antes aludido, a supuestos en que *“la evolución técnica en los requerimientos de una obra obliga a emplear nuevos materiales que no sean más costosos que los que estaban presupuestados originalmente y que no afectan a unidades de obra originales que excedan en su importe del 3% del presupuesto primitivo del contrato.”*

Por tanto, sin prejuzgar el caso concreto que se nos plantea, aspecto que resulta ajeno a nuestras competencias, cabe concluir que cabrá acudir a esta opción siempre y cuando se acredite por el órgano de contratación el respeto a los límites que el precepto establece. La superación de estos límites obligará a calificar el supuesto como una modificación contractual a la que aludiremos en el epígrafe siguiente.

7. Igualmente nos plantea la consulta si cabría la posibilidad de introducir como nuevo precio el coste de la partida durante el periodo de permanencia de la situación



excepcional, incardinándolo dentro de una modificación del contrato en los términos del artículo 242.2 de la LCSP.

El artículo 242.2 de la LCSP establece que *“Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.”* Este precepto nos obliga a diferenciar dos aspectos en la modificación de los contratos públicos de obras: uno sustantivo, que alude a los casos en que es posible la modificación del contrato y que están prefijados en la LCSP (artículos 204 y 205); y otro adjetivo o procedimental, que es el que regula la forma de proceder para la fijación de los precios nuevos en el caso de que la modificación implique nuevas unidades de obra o unidades de características diferentes a las definidas en el proyecto.

Por tanto, para que sea posible emplear el *ius variandi* y modificar el contrato deberíamos estar en presencia de una modificación prevista en la documentación contractual (que no parece ser el caso) o incardinarse el supuesto en una de las causas tasadas que menciona el artículo 205 LCSP. De entre ellas, parece evidente que el supuesto puede ajustarse, siempre en los términos genéricos en que nos cabe pronunciarnos, en la establecida en la letra b) del apartado 2 de precepto, esto es, que *“la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato.”* Para ello, la ley exige que, además, se cumplan las siguientes condiciones:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. Las especialísimas circunstancias



que ha provocado el advenimiento de la pandemia, entre ellas el cierre de la frontera con Marruecos, eran difícilmente previsibles en el momento de la celebración del contrato. Ni siquiera la administración más diligente hubiera podido preverlas con muchos meses de antelación.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, circunstancia que habrá de ser comprobada por el órgano de contratación. No parece que esta circunstancia se pudiera dar en supuestos como el planteado.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido. Esta cuestión ha de ser comprobada por el órgano de contratación en cada caso.

El cumplimiento de las anteriores condiciones permitiría modificar el contrato para adaptarlo a las necesidades surgidas como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19 y, como dice el órgano consultante, en la medida en que sea necesario y durante el periodo de tiempo en que están medidas impidan volver al escenario previsto inicialmente en los pliegos.

8. Se nos cuestiona finalmente si existe alguna otra fórmula en la LCSP que permita restablecer el equilibrio del contrato durante el periodo en que permanezca la problemática descrita.

A este respecto cabe recordar que, como ya señalamos, las excepciones al principio de riesgo y ventura que pueden justificar un reequilibrio económico del contrato en nuestro derecho quedan limitadas a la modificación del contrato (*ius variandi*), al dictado de disposiciones o actos de la Administración que se impongan con carácter obligatorio al contratista (*factum principis*), o a hechos que exceden del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.



En la legislación vigente el supuesto de modificación del contrato por la superveniencia de circunstancias nuevas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato aglutina los conceptos de *ius variandi* y de riesgo imprevisible. No es de extrañar que la LCSP haya querido prever expresamente, de modo congruente con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, un supuesto de modificación no prevista en los pliegos que ofrezca cumplida respuesta a los casos de riesgo imprevisible que puedan afectar a las condiciones económicas del contrato, bien que con el límite del 50% del precio inicial del mismo.

No parece, por el contrario, que una medida como el cierre de una frontera, si ha sido adoptada por las autoridades españolas, pueda cumplir las condiciones que las normas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración establecen para permitir la indemnización, especialmente el que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley o que el daño quede individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Tal cosa excluiría la aplicación de las reglas sobre *factum principis*.

Finalmente, ya hemos visto que jurídicamente no es posible considerar un supuesto como el descrito en la consulta como un caso de fuerza mayor.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

1. No es posible jurídicamente aplicar el concepto de fuerza mayor contenido en el artículo 239.2 a) de la LCSP a los casos de incremento de coste de los materiales derivados de medidas dictadas para luchar contra el COVID-19.



2. La aplicación del artículo 242.4 ii de la LCSP a un caso como el consultado será posible siempre y cuando se acredite por el órgano de contratación el respeto a los límites que el precepto establece. La superación de estos límites, tal como parece que ocurriría en un caso como el presente, obligaría a calificar el supuesto como una modificación contractual.

3. El cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 205.2 b) permitiría modificar el contrato por causa de un acontecimiento imprevisible para adaptarlo a las necesidades surgidas como consecuencia de las medidas adoptadas para luchar contra el COVID-19, sólo en la medida en que sea necesario y durante el periodo de tiempo en que están medidas impidan volver al escenario previsto inicialmente en los pliegos.

4. No parece posible aplicar el instituto jurídico del *factum principis*.