

Unión temporal de empresas, Adif y operadores de transporte ferroviario: los daños económicos producidos por la suspensión del tráfico

(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera,
de 18 enero del 2024)

Proyección de la jurisprudencia *Renfe/Gornal* en contratos
de creación y gestión de infraestructuras.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Paralización de tráfico ferroviario sin daño a las infraestructuras

Diversas entidades del grupo Renfe demandaron a las empresas integrantes de la unión temporal de empresas adjudicataria de las obras de remodelación del túnel ferroviario de Gornal (Barcelona) y a sus compañías aseguradoras la compensación de los daños derivados de la interrupción del tráfico ferroviario por ese túnel durante el tiempo en que tuvo que repararse una deficiente ejecución de las obras encargadas por Adif, entidad titular de la línea ferroviaria. A resultas del

desprendimiento, varias empresas del grupo Renfe dejaron de prestar sus servicios con normalidad, hubieron de pagar compensaciones y perdieron oportunidades de negocio. Los activos afectados —el daño material— no eran propiedad de Renfe, que tampoco había contratado las obras. Entre las damnificadas y las constructoras responsables del perjuicio no había otra relación que la derivada del daño mismo por el que Renfe demandó una indemnización. Adif no fue demandada por las actoras porque la normativa del sector ferroviario ponía al titular de las infraestructuras al abrigo de las reclamaciones de las compañías

operadoras del tráfico. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 enero del 2024, desestimó el recurso de los recurrentes en casación, AIG y la unión temporal de empresas, por entender que los daños de Renfe estaban comprendidos en el concepto de daños patrimoniales resarcibles extracontractualmente y cubiertos por la póliza de dicha unión temporal y por aplicación del régimen de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

La sentencia tiene una transcendencia notable en el Derecho español de daños porque consagra una responsabilidad del causante material del daño por los perjuicios puramente económicos sufridos por terceros distintos del sujeto titular de los activos materiales dañados, tercero que además no está vinculado por contrato con el primero. La argumentación de la sentencia no es clara porque el razonamiento principal y parece que decisivo se extrae —yo creo que indebidamente— de la existencia de una acción directa contra la aseguradora. Es decir, como si la cobertura por el dañante de los daños puramente patrimoniales de terceros se fundara exclusivamente en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, por lo que dejaría de valer cuando el demandado no fuera una compañía de seguros. Con todo, del contexto del recurso cabe concluir que la doctrina no limita su impacto a la responsabilidad de la aseguradora, que, en el fondo, nunca podría afirmarse si no se sostuviera también la responsabilidad del causante del daño indirecto (la unión temporal de empresas). El Tribunal Supremo no hace un particular esfuerzo constructivo para justificar la condena a las empresas de dicha unión temporal.

2. Crítica de la sentencia

2.1. En mi opinión, la cadena de daño y compensación a que aboca esta sentencia está

desarticulada. Es ineficiente e injusta. Al final, se cargan los costes de todos los daños en la cabeza de la unión temporal de empresas constructora, que no es el sujeto que puede internalizarlos de la forma más barata, que no puede calcular por anticipado tales costes y que, aunque pudiera, no los podría canalizar y distribuir por medio del contrato de construcción con Adif; es decir, no podría convertirlos en costes empresarialmente productivos. Adif es un operador monopolístico y, además, es el Estado. Los constructores de infraestructuras no tienen poder negociador para incorporar al precio de la contrata los costes inesperados e incalculables de tener que responder de los daños puramente económicos (paralización del servicio) que sufren las operadoras de transporte.

Adif tiene tal poder negociador que —siendo a la vez regulado y regulador— la normativa de transporte ferroviario impide a las empresas de transporte repercutir en el operador de infraestructuras los daños económicos que resulten de los fallos de la infraestructura ferroviaria. Claro, parecería entonces justo que en el mismo contrato cediera a estos operadores los créditos por contratos de obra contra los miembros de la unión temporal de empresas. Pero no lo hace, porque de hecho ya no tiene tales créditos. El contrato de construcción de infraestructuras está sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público; los contratistas están obligados a prestar garantías de todo tipo y a asumir responsabilidad por el buen acabamiento. Cuando los plazos de garantía se consuman, Adif ya no tendrá crédito que ceder a los operadores de transporte, y no sólo por la prescripción de tales créditos, sino por el hecho mismo de que Adif no habrá sufrido el *daño de falta de comercialización del transporte* en el tiempo de la avería. Los créditos

que en todo caso quedarían residualmente en Adif después de extinguidas las garantías se limitarían a créditos derivados de la ruina subsiguiente, pero no a créditos por la pérdida económica del negocio de transporte (cfr. arts. 243 y 244 LCSP).

2.2. La sentencia se produce sobre hechos acaecidos cuando Renfe era el operador único. Ahora existen en competencia feroz varios operadores de transportes que concurren a prestar servicios sobre la misma vía —una razonable explicación del reciente caos ferroviario—. En pleitos del presente, todos los que existen y puedan existir como operadores de servicios de larga distancia podrían ponerse a la cola de pedir indemnizaciones por pérdidas económicas a los constructores de otra. Y, puestos así, también los viajeros, cuyos daños puramente económicos no son de distinta naturaleza que los sufridos por los operadores de transporte. Basta con que los contratos de transporte (las condiciones generales de los billetes de transporte) incluyan en su articulado la exoneración de responsabilidad por demoras que tengan su causa en disfunciones o inservibilidad de la infraestructura, cosa que muy bien pueden hacer, pues Adif no es un *auxiliar en el cumplimiento* de Renfe, Iryo u Ouigo de tal forma que las condiciones de disponibilidad de la vía fueran una obligación de aquéllas para con *los clientes* por medio de Adif como tercero. Pero, como tal cosa no es así, la oportuna condición general exoneratoria en el clausulado no sería abusiva contra el cliente, porque la calidad de la vía no es una obligación que competa a las compañías ferroviarias de transporte frente a sus clientes.

2.3. Los miembros de la unión temporal de empresas son los menos capacitados para in-

ternalizar los costes que resultan de tales indemnizaciones porque ni pueden preverlas ni pueden ser incorporadas a costes amortizables en su propio beneficio industrial. Estos costes deberían ser incluidos en la ecuación de los contratos de peaje por el uso de la red. Es una incumbencia de los operadores de transporte, ya que nunca obtendrán de Adif una garantía de indemnización de sus daños puramente empresariales. Por tanto, los operadores de transporte tienen que «comerse» estos costes, a menos que puedan desplazarlos por contrato a otros sujetos. Y pueden desplazarlos. Este coste debería repercutirse entonces en el precio del peaje pagado a Adif porque todos los operadores podrían presionar a la baja si tuvieran que internalizar como propios estos daños. Y, si tal cosa no fuera materialmente posible, dado el poder negociador de Adif (que no lo creo), los operadores de transporte tendrían que repercutir estos costes aguas abajo en el precio del billete. En último extremo, serían los viajeros quienes acabarían pagando el daño puramente económico. Y no es la peor de las soluciones, porque entonces se llega al estadio final en que estos costes están distribuidos colectivamente y su impacto es más soportable.

2.4. Repárese en la irracionalidad del resultado jurídico cuando las remuneraciones por peajes de vía son cada vez más pingües para Adif como consecuencia del aumento de la competencia en el tránsito, pero los costes de daños potenciales asociados a este mayor tráfico se echan a las espaldas de los fabricantes históricos de la infraestructura, que no participan de las ventajas del doblado tráfico ni se las apropian de ninguna manera.

2.5. Claro me parece que éste no sería el fin de la historia. Los operadores, que compiten

ferozmente en precios, acabarían acomodando de una manera u otra aquellos daños económicos entre sus propios costes generales no repercutibles enteramente en precios, con absorción del margen de beneficios. Finalmente, la mayor parte del daño puramente económico sufrido por la falta de circulación acabaría estando localizado donde siempre hubo de estarlo: en los operadores que lo sufren, que sólo podrán endosarlo a terceros si la competencia existente les permite incorporarlos al precio.

- 2.6. Ésta es la solución más justa. Es deficiente el argumento del Tribunal Supremo según el cual, dado que la ley impide repercutir estos daños a Adif, ello será porque sí permite endosarlos a terceros más alejados de la cadena del daño (FD 7.^o). Se trata de un gran absurdo.
- 2.7. Esto no quiere decir que la unión temporal de empresas no haya de responder de ningún daño sufrido por los operadores de transporte o por los viajeros. Habrá de hacerlo cuando se produzcan daños patrimoniales sobre activos (trenes) o sobre bienes jurídicos absolutos (daños personales) porque son daños *per se* indemnizables sobre bienes jurídicos tutelados frente a la causalidad dañosa de tercero, merced a una regla de responsabilidad extracontractual que salta las fronteras de los contratos. El daño de pérdida de negocio, sin más, no es un daño de esta clase; si no está causado por actuación dolosa, no es un daño que pueda ser reconducido por medio de una regla de responsabilidad extracontractual. No por ninguna razón técnica imperiosa, sino por la consideración pragmática de que tales daños, siendo potencialmente incalculables y al no tocar «bienes jurídicos» absolutos, deben quedarse preferentemente en el

bolsillo en el que se producen, salvo que el dañado pueda repercutirlos por contrato a un tercero, no sólo a un asegurador, sino a cualquier tercero que estuviera contractualmente obligado frente al afectado a impedir o absorber para sí tales daños.

- 2.8. Las entidades aseguradoras reaccionarán sin duda al impacto de esta sentencia redactando de forma más clara las inclusiones y exclusiones de cobertura. Es verdad que el tenor de la póliza considerada era muy deficiente. Pero se corregirá en el futuro. Sin embargo, los miembros de la unión temporal de empresas no podrán hacer nada en sus contratos para aliviar el importe de esta nueva responsabilidad.

3. Otros escenarios similares

- 3.1. Aunque el ferrocarril y los trenes no constituyen un escenario reproducible en otros sectores del tráfico económico, la estructura de la cadena de daños es perfectamente replicable en contextos de daños causados en esquemas trilaterales en los que A produce o fabrica infraestructuras para B por medio de un contrato de obra y B pone estas infraestructuras al servicio o uso de C por medio de renta o peaje, siendo el caso de que C sufra pérdidas económicas por cortes o suspensiones en la actividad lucrativa que tengan su origen en defectos o averías en la infraestructura de B atribuibles a falta de conformidad en el cumplimiento por parte de A.

A responde contractualmente frente a B por defectos de conformidad manifestados dentro de los plazos de garantía legal o convencional. Dada la relación contractual que media entre ellos, B puede repercutir en A incluso los daños meramente económicos que resulten como lucro cesante del incumplimiento contractual. El «incumplimiento»

permite capturar dentro del alcance del contrato estos daños puramente económicos. B responderá ordinariamente frente a C por los defectos o minoraciones de la posibilidad del uso útil, y, según el modelo locativo clásico, sin importar si el déficit del uso es imputable a hecho propio del locador. Tampoco aquí tendría siempre sentido que B cediera a C sus propias acciones de defensa porque puede darse el caso de que estén prescritas o de que en las acciones de B no esté previsto el daño idiosincrático que sufre C (evidente, B no tiene ni opera trenes propios, por lo que no puede sufrir un daño de cierre de negocio viajero). Y, si no tiene una acción específica para ceder, C sólo podría romper el velo contractual mediante una acción directa, que en este caso el ordenamiento español no concede.

La pérdida de negocio sin daño material no se indemniza fuera de contrato

- 3.2. Si no existieran cláusulas singulares en los respectivos contratos, C carecería de acción contra A. Aunque no es un modelo de comparación perfecto, se adivina esta lógica de la exoneración en la estructura de daños que diseña la Ley de Ordenación de la Edificación. El contratista responde frente al promotor que lo contrata y, por especial consideración del caso del adquirente de vivienda, también frente al adquirente (no al usuario) posterior del activo, pero *sólo por los daños materiales en el derecho de propiedad corporal*. Será dudoso si responde y cómo de los daños puramente económicos frente al promotor y de los daños consecuenciales (que tienen su origen en un daño objetual) sufridos por el adquirente. Pero es claro que no va a responder de los daños puramente económicos sufridos por estos adquirentes.