



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta DTCH, diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

Acción: Reparación Directa
Radicación: No. 47001-3331-008-2013-00593-00
Demandante: Gabriel Fonseca Riquett y otros
Demandado: Municipio Zona Bananera y otros.

Agotadas las solemnidades propias de la acción de reparación directa, procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 169 del C.C.A, con observancia del siguiente esquema: 1.- Antecedentes. 1.1 La demanda; 1.2.- Contestación de la demanda; 1.3.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público. 1.4. -Trámite de la demanda 2.- Consideraciones: 2.1.- Problema jurídico; 2.2.- Pruebas; 2.3.- Régimen de responsabilidad aplicable; 2.4.- Estudio de responsabilidad de las entidades demandadas. 3.- Condenas en costas.

1. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda:

A través de apoderado judicial, los señores **Gabriel Fonseca Riquett, Ruth Mercedes Polo de Fonseca, Miladis Isabel Fonseca Polo, Marelvís Del Carmen Fonseca Polo, Senith Fonseca Polo, Yamith Fonseca Polo, Esneider Fonseca Polo, Esmith Antonio Fonseca Polo, Cristóbal Antonio Fonseca Polo, Julio Cesar Fonseca Polo, Dainer Enrique Fonseca Polo, Luz Jazmín Hernández Palacio** y las menores **Laura Vanessa Fonseca Hernández y Valentina Fonseca Hernández** representadas por su madre Luz Yasmin Hernández Palacio promovieron acción de reparación directa, prevista en el artículo 86 del C.C.A contra el **Municipio Zona Bananera, DRUMMOND LTDA, Ferrocarriles del Norte de Colombia FENOCO S.A.**, en procura de obtener el reconocimiento de las siguientes pretensiones:

1.1.1.- Pretensiones

La demanda se presenta a efectos de obtener de esta jurisdicción las pretensiones que seguidamente se resumen, así:

Declarar administrativa y extracontractualmente responsables al Municipio de la Zona Bananera del Magdalena, a la sociedad Drummond LTDA y a la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia FENOCO S.A., por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo ocurrida el día 23 de abril del año 2007 en el sector de Guamachito de este departamento.

Lo anterior, a consecuencia del Politraumatismo ocasionado por atropellamiento del tren que cubre la línea férrea.

Como consecuencia de lo precedente, condenar a los demandados a pagar en favor de los padres del occiso Gabriel Fonseca Riquett y Ruth Mercedes Polo De Fonseca, su compañera permanente Luz Yasmin Hernández Palacio y las hijas de este Laura Vanessa y Valentina Fonseca Hernández, los perjuicios materiales sufridos.

Condenar a los demandados a pagar a cada uno de los demandantes el daño a moral equivalente en Cien (100) SMLM a la fecha de ejecutoria del fallo respectivo.

Condenar a los demandados a pagar a cada uno de los demandantes el daño a la vida en relación equivalente a (400) SMLM a la fecha de ejecutoria del fallo respectivo.

Condenar a los demandados a pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria del fallo proferido sobre cada una de las sumas de dinero que deba cancelar a los actores por las condenas impuestas.

Por último, solicitan en la demanda que se condene a los demandados al cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dicte en el presente proceso dentro del término señalado en el Código Contencioso Administrativo.

1.1.2.- Hechos de la demanda:

Como fundamentos fácticos de las pretensiones relató en resumen los siguientes:

El día 22 de abril de 2007, siendo aproximadamente las 21:00 horas, el señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, en compañía de su padre cerraron el establecimiento de comercio "El Fonse" ubicado en la zona de Guamachito, lugar donde laboraban ambos.

Al salir de ese sitio se dirigieron a la casa de la madre de Nicoles Espicheres ubicada en el mismo corregimiento. Allí permaneció Nicoles hasta alrededor de la 1:00 horas del 23 de abril de esa anualidad.

Posterior a esto, el señor Nicoles Fonseca se marchó a su casa ubicada en el sector occidental de la citada población para lo cual debía atravesar la vía férrea.

Cerca de las 5:00 am de ese mismo día los padres de la víctima fueron despertados por miembros de la policía nacional quienes le hicieron entrega de los despojos mortales de su hijo los cuales fueron hallados al lado de la línea férrea aproximadamente a 50 metros del paso a nivel de Guamachito, en dirección a Sevilla cabecera municipal del municipio Zona Bananera y cuya muerte se debió a las lesiones que sufrió por arroyamiento del tren.

Los policías les informaron a los padres que alrededor de las 3:00 am la tripulación del tren de la Drummond LTDA dio aviso de lo sucedido. Cabe resaltar que el tren se dirigía hacia la mina ubicada en la Loma Cesar.

La Fiscalía 17 Seccional delgada ante los jueces penales del circuito de Ciénaga adelantó la investigación penal con radicado N° 62411 por el homicidio del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo.

En el paso nivel de Guamachito no existen señales que prevengan a los transeúntes sobre la proximidad del tren en dicho sitio ni vallas o barreras de protección que impidan el paso de peatones y vehículos cuando se acerca o está transitando el tren, lo cual se debe a la negligencia de FENOCO S.A. concesionaria de dicha vía o a INVIAS, entidades que están en la obligación de señalizar dicho corredor férreo de acuerdo con lo establecido en la Ley 76 de 1920 en su artículo 8.

Los padres, hijos, hermanos y compañera permanente del occiso han sufrido mucho por la muerte de Nicoles debido a las buenas relaciones de cariño, afecto y ayuda mutua existente entre ellos.

El señor Nicoles Polo había nacido el 28 de diciembre de 1980, teniendo al momento del fallecimiento 26 años y con una expectativa de vida de 50.08 años al tenor de lo dispuesto en la resolución N° 0497 de 1997, expedida por la Superintendencia Bancaria.

El día 23 de abril de 2009, ante la procuraduría judicial N° 43 en asuntos administrativos de Santa Marta se radicó solicitud de conciliación prejudicial señalando la fecha del 21 de julio de 2009 para adelantar la diligencia; en dicha audiencia las partes no llegaron a ningún acuerdo. Quedando así surtido el requisito de procedibilidad.

1.2.- Contestación de la demanda

1.2.1.- DRUMMOND LTDA (fls. 63 – 69)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, a su juicio, no fueron acreditados o demostrados los supuestos fácticos en se apoyan las pretensiones de la acción y mucho menos si esos supuestos respecto a esta empresa son irrelevantes, por no ser de su resorte ni por acción ni por omisión, el supuesto acaecimiento de los mismos (en la medida que resulten probados), es jurídicamente irrefutable la carencia del nexo de causalidad que haga objeto o mejor sujeto pasivo a la compañía DRUMMOND LTDA de las pretensiones de la demanda.

Así mismo se formularon las siguientes excepciones:

- **Falta de jurisdicción y competencia:** Por vía jurisprudencial y sobre la base de la teoría del "fuero" se viene aceptando que en casos como el que se estudia, le asiste competencia por jurisdicción a la justicia administrativa para conocer de la acción de reparación directa, aún cuando la demanda se dirija también contra personas de naturaleza privada. Sin embargo, considera la demandada que esta jurisprudencia carece de soporte legal por lo que resultan ser consideraciones de orden interpretativo, por medio de las cuales, se suprimen o se crean competencias por vía jurisprudencial, violando el artículo 230 de la Constitución nacional.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** En el caso concreto, se alega en la demanda que la muerte sufrida por el peatón se produjo presuntamente por haber sido arrollado por el tren, toda vez que, en el paso nivel de Gumachito no existen señales que prevengan a los transeúntes sobre la proximidad del tren en dicho sitio, ni vallas o barreras de protección que impidan el paso a peatones y vehículos cuando se acerca o está transitando el tren, lo cual se debe a negligencia de Fenoco S.A concesionaria de dicha vía o al Instituto Nacional de Vías, entidades que están obligadas a señalar dicho corredor férreo, de suerte que no hay sindicación alguna por acción y omisión a DRUMMOND LTDA.

- **Inexistencia de la obligación de reparar los daños:** Si en gracia de discusión se admitiera que la muerte del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo fue producto de un desafortunado accidente, resulta preciso llamar la atención en cuanto a que, para el tránsito por las vías férreas existen precisas normas de obligatoria y vital observancia, cuya ignorancia no es posible esgrimir como excusa, tales como el artículo 1° de la Ley 76 de 1920 y, el artículo 3° del Decreto 1075 de 1954 (elevado a la categoría de Ley 141 de 1961), de conformidad con las cuales, los peatones deben observar ciertas reglas de conducta cuando han de atravesar los cruces con las líneas férreas para evitar la ocurrencia de accidentes. No obstante, no estas acreditada la muerte del señor Nicoles Espicheres Fonseca por atropellamiento el tren de propiedad de esta entidad, las circunstancias plasmadas en la demanda hacen pensar que si ésta ocurrió se debió a la conducta imprudente del peatón.

- **Caducidad de la acción:** Según lo manifestado en la demanda, los presuntos hechos causantes del accidente, tuvieron ocurrencia el día 23 de abril de 2007, lo que nos indica que dentro de los dos años siguientes, es decir, hasta el 24 de abril de 2009, tuvo el tiempo necesario para agotar todos los trámites tendientes al ejercicio de la acción, lo cual no ocurrió así porque tan solo el día 23 de abril de 2009 solicitó la conciliación la cual se evacuó el 21 de julio de 2009 presentando la demanda el día 23 de julio de 2009, cuando la acción había caducado.

- Excepción Genérica de que trata el artículo 306 del CPC.

Aunado a lo anterior, el apoderado de DRUMMOND S.A llamó en garantía a Ferrocarriles del Norte S.A.- FENOCO S.A. y a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- CONFIANZA S.A. (Fls. 79- 120).

No obstante, lo anterior el operador judicial aprobó el llamamiento en garantía en cuanto a CONFIANZA S.A. y denegó el llamamiento a FENOCO S.A.

1.2.2.- FENOCO S.A

A folios 144 a 285, el apoderado de esta entidad presentó contestación de la demanda y anexos correspondientes manifestando oponerse a las pretensiones del escrito petitorio en el entendido que no le asiste el derecho invocado a quienes demandan.

Lo anterior en virtud a que el accidente que fundamenta la demanda obedeció a una culpa exclusiva de la víctima debido a que el occiso en abierta violación del ordenamiento jurídico; se introdujo y permaneció en la vía férrea.

En razón de lo anterior, no puede ser responsable esta entidad ya que no adelantó ninguna conducta positiva o negativa que incidiera en el resultado conocido.

A su vez aduce que FENOCO S.A. no es una entidad pública sino una sociedad comercial anónima y no podría cumplir con una condena a luces de los artículos 177 y 178 del C.C.A., en la medida que tales disposiciones hacen referencia a condenas contra entidades públicas.

No obstante, propuso las siguientes excepciones:

- **Caducidad de la acción:** El hecho se verificó el día 23 de abril de 2007, por lo cual, el término de caducidad ha de contarse a partir del 24 de abril de 2007. Así, la caducidad operó el día 23 de abril de 2009. En el caso concreto, los demandantes presentaron solicitud de conciliación el último día —23 de abril de 2009—, lo cual aparentemente suspendió el término de caducidad, suspensión que en virtud de la Ley 640 de 2001, operará hasta por tres meses de acuerdo con los eventos que la misma ley dispone. Entonces, si en gracia se discusión se aceptara la teoría según la cual el demandante con la presentación de la solicitud de conciliación suspendió el término de caducidad, esta suspensión operó hasta el día 21 de julio de 2009 fecha de la diligencia de conciliación y de expedición de la correspondiente acta.

De suerte que, atendiendo a que el demandante presentó la demanda el día 23 de julio de 2009 en el presente asunto operó la caducidad de la acción, puesto que, su oportunidad venció el día 22 de julio de 2009.

- **Falta de legitimación en la causa por activa:** La demandante **Senith Fonseca Polo** no suscribió poder a favor del abogado Roger Lemis Socarrás Lastra, luego la mencionada demandante carece de legitimación por activa para obrar como demandante en este proceso.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Resulta claro que, en el incidente presentado, Fenoco S.A no adelantó ninguna acción, ni incurrió en ninguna omisión, ni mucho menos adelantó una operación administrativa de la cual se le pueda imputar responsabilidad por el daño que se llegue a verificar.

No es aceptable que, por el simple hecho de verificarse la existencia de la infraestructura férrea concesionada, que dicho sea de paso "*no es una actividad riesgosa*", se pretenda responsabilizar o solidarizar a mi representada de un eventual daño. Ferrocarriles del Norte de Colombia no tiene relación de causalidad frente a los hechos presentados, mucho menos frente al daño. Por lo anterior, no existe ningún fundamento que sustente la legitimación en la causa pasiva.

- **Culpa exclusiva de la víctima:** El daño fue causado por la conducta de la víctima, la cual fue violatoria de las prohibiciones legales de transitar por la vía férrea, tales como el artículo 2° de la Ley 76 de 1920, Decreto 1075 de 1954 y el artículo 2° de la Ley 769 de 2002.

En el asunto de la referencia, resulta claro que el hecho generador consiste en la intromisión a la vía férrea por parte del señor Fonseca Polo, quien contrarió las normas citadas en el párrafo anterior en el sentido de que con su actuar la víctima desconoció la prioridad de tránsito de la vía férrea sobre las demás vías y, vulneró las taxativas prohibiciones de adentrarse en la vía férrea y su zona de seguridad

Por lo anterior, no es dable atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas y mucho menos a Fenoco.

- Actividad riesgosa exclusiva de un tercero - Hecho de un tercero: En el presente caso, ninguna de las personas jurídicas demandadas ejerce actividad peligrosa alguna. No obstante y, en gracia de discusión, aún en el caso que se llegase a considerar que el transporte ferroviario puede calificarse como tal, debe observarse que solamente Drummond LTDA, sociedad propietaria de las unidades férreas involucradas ejerció dicha actividad. La actividad desarrollada por FENOCO es distinta a la de Drummond y, consiste en la rehabilitación y mantenimiento de dicha red, la cual no se relaciona con la conducción del tren involucrado en el suceso.

Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiera que no existió culpa de la víctima la responsabilidad recaería sobre Drummond LTDA, toda vez que, es la propietaria de la locomotora que generó el accidente, la cual era operada por un funcionario de dicha empresa.

También propuso como excepciones

las que denominó:

- Inexistencia del nexo de causalidad
- Inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual
- Excesiva valoración de los perjuicios morales reclamados por los demandantes
- Excepción genérica del artículo 306 del CPC.

El apoderado de esta entidad llamó en garantía a la Compañía Aseguradora- Agrícola de Seguros S.A. y al Instituto Nacional de Concesiones- INCO.

1.2.3.- Municipio de Zona Bananera (fl. 302 – 304)

Solicitó que se nieguen las declaraciones y condenas impetradas por los demandantes a toda vez que no existe prueba alguna que demuestre la falla por parte del municipio indicando así que no existe relación causa- efecto entre la presunta falla y la muerte del demandante.

Además, aduce que los actores no demostraron cuál fue la causa del accidente.

1.2.4.- Llamado en garantía – Instituto Nacional de Concesiones- INCO (Fls. 323-334).

Frente a los hechos descritos en la demanda adujo en su mayoría el apoderado de esta entidad que no le constan los mismos y que deben probarse.

Así mismo, manifestó que los accionantes no han probado la existencia de un paso legal o regularizado el cual manifiesta FENOCO S.A que no existe, por ende, no pueden los accionantes pretender crear pasos niveles a su libre albedrío, sino que estos obedecen a consideraciones técnicas de diseño de una vía férrea, en ese orden de ideas endilgar responsabilidad a una presunta omisión de la administración en lo referente a la señalización, cuando no ha demostrado que este paso nivel sea un paso legal, máxime si se tiene en cuenta que, todas las intercepciones no pueden ni deben ser pasos a nivel porque esto haría imposible el funcionamiento del tren.

También propuso las siguientes excepciones:

- Falta de legitimación en la causa de INCO: A esta entidad sólo le corresponde la administración de los proyectos de concesión y, la operación de los mismos le compete a los diferentes concesionarios, que para el caso que nos ocupa le corresponde a Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A FENOCO S.A, esto conforme se establece en el contrato de concesión No. O-ATLA-0-99 del 9 de septiembre de 1999 suscrito entre FERROVIAS y FENOCO S.A el cual fue cedido al Instituto Nacional de Concesiones – INCO.

- Culpa exclusiva de la víctima: De acuerdo a los hechos de la demanda, la víctima tenía edad para determinar las consecuencias de sus actos y, decidió no tomar las medidas de

prevención y prudencia para cruzar la línea férrea, puesto que, al ser conocedor que el sitio por donde estaba cruzando se trataba de una línea férrea debió tener la debida precaución y cuidado para cruzarla por un lugar donde fuera permitido —cruce de peatones—

- **Hechos exclusivos y determinantes de un tercero:** En el caso concreto el tercero vendría a ser la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia – FENOCO S.A—, a quien le fue concesionada la operación de la vía férrea en donde de acuerdo con lo informado en la demanda, fue arrollada la víctima la noche del 23 de abril de 2007 por una de las locomotoras que transitaban por la línea férrea referida.

- **Caducidad de la acción:** Los hechos en mención ocurrieron el 23 de abril del año 2007, en el entendido que el término de caducidad de la acción se cuenta a partir del día 24 de abril de 2007, el término de caducidad vence el 23 de abril de 2009 cuando se cumplen los dos años. Si contáramos el día 24 de abril de 2009 estaríamos contando el primer día del tercer año.

La solicitud de conciliación es presentada el día 23 de abril de 2009 fecha en la que venció el término de caducidad cuando quedaban horas para que opere la caducidad en el entendido de que el actor ya no contaba con el día completo, que de acuerdo con la Ley 640 de 2001 en su artículo 21 suspende el término de caducidad hasta que se expidan las constancias como en el caso que nos ocupa.

Entonces, esta suspensión operó hasta el 21 de julio de 2009 fecha en la cual se expidieron las constancias, es claro que el demandante presentó la solicitud de conciliación el ultimo día horas antes de que obrara la caducidad, si se le expidieron las actas o constancias el día 21 de junio de 2009, sólo contaba con el día 22 de julio de 2009 para presentar la acción y como obra en el expediente la acción no fue presentada el 22 de julio sino el 23 de julio en un término por fuera del rango máximo que la ley ofrece para la presentación de la acción.

1.2.5.- Llamado en garantía – Compañía Suramericana de Seguros S.A. cesionario de Agrícola de Seguros S.A. (fls. 335 – 347)

En cuanto al llamamiento en garantía adujo que debe existir comprobación de responsabilidad por parte del tomador/asegurado, la cual desde ahora se descarta por cuanto es notorio que el hecho dañoso acaeció por la culpa exclusiva de la víctima, con la cual se configura una de las causalés exonerativas de responsabilidad en el ejercicio de las denominadas actividades peligrosas.

En cuanto a las pretensiones de la reparación directa se opone a las mismas por cuanto el hecho se generó por culpa exclusiva de la víctima, situación que de conformidad con el régimen aplicable en el ejercicio de las denominadas actividades peligrosas se constituye en causal de exoneración a la parte demandada.

Aunado a lo anterior, propuso las excepciones que denominó: abrogar

- **Inexistencia de nexo causal entre el hecho generador y el daño por la intervención exclusiva de la víctima:** En el caso sub examine, es viable precisar de entrada que le es aplicable el régimen de responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas, por lo cual, al demostrar la causa extraña en la modalidad de intervención exclusiva de la víctima se obtendrá el efecto liberatorio de responsabilidad.

Se evidencia con claridad la presencia de la intervención exclusiva de la víctima en el iter causal, ya que el daño —fallecimiento del señor NICOLES ESPICHERES FONSECA POLO— se produjo como consecuencia de su negligencia e imprudencia al transitar por donde no debía, en franca transgresión a lo establecido en el artículo 58 del Código de Tránsito Terrestre (Ley 769/2002), lo cual sin duda fue la causa eficiente del daño acaecido.

Para corroborar lo anterior, vale tener en cuenta que el paso nivel mencionado por la parte actora es irregular y, por tanto, es claro que la víctima transitaba por donde no debía. Semejante imprudencia fue sin duda alguna la causa eficiente del daño, pues la conducta de la víctima fue violatoria de las prohibiciones legales de transitar por las vías férreas al ingresar y ocupar la zona de seguridad de la vía férrea.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que conforme con el informe de necropsia No. 016 de 23 de abril de 2007 elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal la víctima se encontraba en estado de embriaguez, tal y como expresamente fue referido por uno de sus familiares (ver folio 274 del paginario).

- **Disminución del eventual Quantum resarcitorio de conformidad con lo establecido en el artículo 2357 del C.C:** Sin perjuicio de las anteriores consideraciones y sin que signifique aceptación de ninguna índole, es preciso manifestar en gracia de discusión, que cuando la realización del acontecimiento dañoso hubiere podido concurrir el hecho de la víctima y el hecho del demandado, habría lugar a determinar la indemnización que corresponde a la primera, de acuerdo con la incidencia causal que hayan tenido los dos eventos mencionados, pues lo que viene a tener relevancia para los efectos del daño, es la participación de la víctima en la ocurrencia del mismo.

- **Temeridad en la excesiva petición de reconocimiento de perjuicios por la ausencia de elementos facticos, jurídicos y probatorios:** A este respecto es importante tener en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia colombianas han sido uniformes en señalar que el daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. De suerte que, no basta con que en la demanda se hagan unas afirmaciones sobre la existencia del daño, porque el demandante no puede limitarse a hacer afirmaciones sin respaldo jurídico y probatorio, que por demás no pueden ser valorados como si se trataran de hechos notorios o presumibles y no de situaciones cuya comprobación por mandato legal corresponde al demandante.

Vistas estas consideraciones, es preciso tener en cuenta que las pretensiones planteadas por la parte demandante con respecto a los perjuicios materiales reclamados carecen de jerarquía probatoria y no se encuentran sustentados de manera categórica. Respecto de los perjuicios morales, igualmente deberá hacer las comprobaciones categóricas correspondientes en cuanto a su causación.

- **Inexistencia de eventual obligación condicional a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A. antes Agrícola de Seguros S.A. por ausencia de realización del riesgo asegurable:** En el caso que nos ocupa, el tomador y asegurado Sociedad FENOCO S.A vincula a este litigio en calidad de llamado en garantía a su Asegurador Seguros Generales Suramericana S.A (antes SURAMERICANA DE SEGUROS S.A) para que en caso de ser condenados previa demostración de su responsabilidad, se le ordene el pago o reembolso de la suma que llegare a pagar el tercero, desde luego dentro de los valores asegurados contratados en el seguro.

En consecuencia, con respecto a este llamamiento en garantía se requiere demostrar previamente que el asegurado, en este caso FENOCO S.A, es responsable civilmente con ocasión del fallecimiento del tercero, pues de lo contrario no se ha realizado el riesgo asegurado por el tomador y en consecuencia no se ha generado la obligación condicional a cargo del asegurador en atención al contrato de seguro.

- **Límite de responsabilidad de Seguros Generales Suramericana S.A. antes Agrícola de Seguros S.A. hasta el importe del valor asegurado menos el deducible pactado:** Es importante mencionar que en la póliza de responsabilidad civil No. 1000000062201, se pactó como valor asegurado el equivalente a US 500.000, menos el deducible pactado en el 10% de la pérdida, mínimo 50 SMLMV, suma que en cualquier caso limita la responsabilidad de la aseguradora, de conformidad con las normas que regulan el contrato de seguro comercial.

- **Genérica innominada:** Conforme con el artículo 306 del C.P.C.

1.2.6.- Llamado en garantía – CONFIANZA S.A. (fls. 383 – 392)

El apoderado de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- CONFIANZA adjunta contestación y anexos correspondientes, manifestando frente a los hechos de la demanda que no le constan y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la misma.

En cuanto a los hechos del llamamiento en garantía adujo que, si bien DRUMMOND LTDA contrató la póliza de responsabilidad civil extracontractual, dicha sociedad fungió como asegurado hasta el 16 de octubre de 2003, pues a partir del 17 de octubre de 2003 el asegurado pasó a ser la Empresa Colombiana de Vías Férreas y/o Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A y/o terceros afectados.

Para la fecha de los hechos (23 de abril de 2007) estaba vigente el certificado de modificación No. 1791439 expedido el 22 de junio de 2006 y, con vigencia de 5 de junio de 2006 hasta el 5 de junio de 2007. En dicho certificado de modificación no figura DRUMMOND LTDA como asegurado de la póliza, por lo cual mal puede pretender la afectación de la misma. Esto quiere decir, que si bien la póliza estaba vigente lo cierto es que la misma no ampara el patrimonio de Drummond LTDA, por cuanto, la citada sociedad no aparece como asegurada con el seguro de responsabilidad civil extracontractual.

Adicionalmente aclaró, que la responsabilidad de la aseguradora se circunscribe a lo pactado por las partes en las condiciones generales del contrato de seguro y con aplicación del deducible, que es la parte de la indemnización que debe afrontar anticipadamente el asegurado con cargo a su patrimonio.

Respecto de las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a ellas indicando que el término para comparecer al proceso se hallaba vencido, puesto que, entre la fecha de la admisión del llamamiento en garantía "(octubre de 2011)" sic y la fecha de notificación personal del citado auto (septiembre de 2011) han transcurrido a todas luces los 90 días que tiene el llamante para notificar al llamado.

Adicionalmente, la póliza de responsabilidad civil extracontractual suscrita entre esta empresa y DRUMMOND LTDA no cubre el lucro cesante por expresa disposición legal y los daños y perjuicios morales están expresamente excluidos.

Con base en los argumentos expuestos, propuso las siguientes excepciones que denominó:

- Indebida Vinculación al proceso- Llamamiento en garantía improcedente por vencimientos de términos
- Expresas exclusiones respecto de los hechos y pretensiones de la demanda- Exclusión de daños y perjuicios morales en la póliza de responsabilidad civil extracontractual
- Ausencia de cobertura de lucro cesante
- No cobertura de daños materiales pues la eventual indemnización queda inmersa en el deducible/ el asegurado debe afrontar esta pérdida
- Máximo valor asegurado y deducible
- Excepción genérica del artículo 306 del CPC.

Así mismo, propuso la excepción de **caducidad de la acción**, argumentando que el hecho ocurrió el 23 de abril de 2007, el apoderado de los demandantes elevó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial 43 en Asuntos Administrativos de Santa Marta el 21 de julio de 2009. De ello se evidencia, que entre la ocurrencia del hecho y la solicitud de conciliación transcurrieron casi dos años (exactamente 719). Lo anterior, quiere decir que hizo falta un día para que operara la caducidad. Entonces, si entre la fecha de celebración de la citada audiencia de conciliación y el 23 de julio de 2009 trascurrió más de un día la acción caducó.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación se presentó el 23 de abril de 2009, la conciliación se celebró el 21 de julio de 2009 y, el término de caducidad se reanudó al día siguiente de la celebración de la audiencia, tenemos que hasta el 22 de julio de julio de 2009 se podía presentar la demanda para no operara la caducidad de la acción

1.3.- Tramite

La demanda fue repartida el día 23 de julio de 2009 al Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta, el día 28 de julio de 2009 fue admitida por ese operador judicial (fl. 55).

Las demandas FENOCO S.A. y DRUMMOND LTDA formularon llamamiento en garantía dentro del proceso de referencia.

A folios 286- 301 el apoderado de la parte demandante solicita adición a la demanda. El día 04 de agosto de 2010 el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta niega la solicitud de adición toda vez que había operado la caducidad frente al nuevo demandado y por ende a las nuevas pretensiones (fl. 308).

El día 20 de octubre de 2010, el operador judicial admite el llamamiento en garantía realizado por DRUMMOND LTDA a la Compañía Aseguradora de Fianzas- CONFIANZA S.A y niega llamar a FENOCO S.A. puesto que este último ya esta entidad es parte demanda en el proceso.

A su vez, también admitió el llamamiento formulado por FENOCO S.A. a la Compañía Aseguradora- Agrícola de Seguros S.A hoy Compañía Suramericana de Seguros y al Instituto Nacional de Concesiones- INCO hoy Agencia Nacional de Infraestructura (fl. 309).

El apoderado judicial de DRUMMOND LTDA; presenta recurso de reposición en subsidio de apelación del auto que niega el llamamiento en garantía de FENOCO S.A, lo anterior consta a folios 310- 312 del expediente.

El día 09 de marzo de 2011, el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta negó el recurso de reposición y concedió la apelación interpuesta por la demandada DRUMMOND LTDA. En razón de lo anterior, remite al Tribunal Administrativo del Magdalena para que conociera del recurso de apelación (fl.352).

A folio 361, el Tribunal Administrativo del Magdalena admitió el recurso de apelación y, mediante providencia de 22 de junio de 2011, decidió confirmar la decisión apelada (fls. 362- 363).

A folios 376- 378, la aseguradora CONFIANZA S.A. apela el llamamiento en garantía aduciendo que fue notificada extemporáneamente debido a que había transcurrido un año aproximadamente desde el momento en que fue admitido el llamamiento hasta que este se le notificó personalmente a la empresa aseguradora.

El 05 de octubre de 2011, el juzgado concede el recurso de apelación y remite al tribunal (fls. 443- 444) y, el 06 de diciembre de 2011, es admitido el recurso por dicha corporación (fl.447). Más adelante, mediante providencia de 14 de junio de 2013, se confirmó el auto emitido por el Juzgado Tercero Administrativo de Santa Marta, en virtud del cual, se admitió el llamado en garantía a CONFIANZA S.A. (fls. 463- 465).

El 11 de julio de 2013, el a quo obedece y cumple lo dispuesto por el Tribunal. No obstante, lo anterior el juzgado manifiesta que fue convertido al sistema oral por lo tanto remite el expediente a la oficina de apoyo judicial para que sea repartido ante los juzgados que continuaran conociendo de procesos tramitados bajo la egida del Decreto 01 de 1984. (fl. 467).

El 07 de abril de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta avocó conocimiento del caso sub examine (fl. 472).

El 15 de mayo de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI solicita vincularse al proceso en reemplazo de INCO debido a la transformación que vivió la entidad.

Mediante providencia de 13 de abril de 2015, se inició el periodo probatorio (fls. 488- 489), providencia que fue recurrida por la parte demandante (fls. 490-491), recurso concedido por auto de 23 de abril de 2015 (fls. 492- 493) y, admitido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto de 31 de julio de 2015, (fl.498) y, resuelto confirmando la decisión apelada mediante providencia de 25 de julio de 2018, ordenando su remisión al Juzgado Octavo Administrativo de Santa Marta, toda vez que, el juzgado que conocía del proceso desapareció. (fls. 507- 509).

Por auto de 26 de agosto de 2018, este Despacho avocó el conocimiento del asunto de la referencia, ordenando obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior (fl. 511).

Mediante auto de 28 de febrero de 2019, se amplió el periodo probatorio y se decretaron algunas pruebas (fl. 513).

El 12 de abril de 2019, se realizó la inspección judicial y se receptionaron los testimonios de los señores Armando Manuel Franco Ariza, Gladys Ester Mejía Martínez, Liliana Patricia Pineda Albán, Francisco Luis Roa Yepes y Rosario Isabel Ariza Franco (fls. 547- 554).

El 30 de abril de 2019, se adelantó audiencia de recepción de testimonios de Eliseo Rueda, Heider De La Vega, Hernán Robles y Luis Bustamante (fls. 574- 578).

El 17 de febrero de 2020, se cerró el periodo probatorio y ordenó corre traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 615).

2.- Consideraciones.

2.1.- Problema jurídico.

En el asunto de la referencia se debe entrar a dilucidar si la responsabilidad por la muerte del señor NICOLES ESPICHERES FONSECA POLO (Q.E.P.D) es atribuible a las entidades demandadas — el Municipio de la Zona Bananera y las empresas Drummond Ltda y Fenoco S.A —, de acuerdo con sus obligaciones legales y contractuales respecto del mantenimiento y señalización de la vía férrea o si, por el contrario, ésta puede atribuirse al hecho exclusivo de la víctima.

En la eventualidad de establecer la responsabilidad de alguna de las entidades demandadas en el hecho alegado por los accionantes, se deberá determinar si las entidades llamadas en garantía por éstas —Instituto Nacional de Concesiones- INCO, Compañía Suramericana de Seguros S.A. cesionario de Agrícola de Seguros S.A, CONFIANZA S.A—deben responder de acuerdo con la vinculación —legal o contractual—que éstas tengan con el llamante.

2.2.- Cuestión previa

En el proceso de la referencia, se vinculó en calidad de tercero llamado en garantía por FENOCO S.A, al Instituto Nacional de Concesiones mediante auto de 20 de octubre de 2010 obrante a folio 309 del expediente.

Mediante el Decreto 4165 de 2011 se dispuso la mutación jurídica y denominación del Instituto Nacional de Concesiones, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1º. Cambio de naturaleza jurídica y denominación del Instituto Nacional de Concesiones. *Cámbiase la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.*

Sin embargo, la Agencia Nacional de Infraestructura no fue vinculada al trámite de la referencia, circunstancia que, en principio impediría proveer una decisión de fondo, en virtud de no estar debidamente integrado el contradictorio. No obstante, a folio 474 del expediente obra documento, por medio del cual, el Gerente de Defensa Jurídica de la Agencia Nacional de Infraestructura otorgó poder para la representación judicial de la citada entidad dentro del asunto de la referencia, reconociéndosele personería para actuar al apoderado designado por la entidad, mediante auto de fecha 13 de abril de 2015.

Con lo anterior, se concluye válidamente que la Agencia Nacional de Infraestructura se encuentra notificada de todas las providencias que se dictaron en el presente trámite por conducta concluyente en los términos del artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "(...) Cuando el escrito en que se otorgue poder a un abogado se presente en el juzgado de conocimiento se entenderá surtida la notificación por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado, inclusive el auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el día en que se notifique el auto que reconoce personería, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad(...)"

Así las cosas, en el asunto de la referencia se encuentra integrado debidamente el contradictorio y, es procedente dictar decisión de fondo.

2.3.- Marco Jurídico

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."

El artículo 2º ibidem dispuso que "[...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"

El artículo 83 del C.C.A., establece por su parte, que "La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, **las omisiones**, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto".

Aplicables al caso resulta también el artículo 86 del C.C.A. que faculta a todo interesado a demandar directamente la reparación del daño con motivo de un hecho, una omisión, una operación administrativa o una ocupación temporal o permanente de inmueble con motivo de la realización de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

2.4. Título de Imputación

La responsabilidad extracontractual, inicialmente se implementó únicamente con fundamento en la teoría de la falla del servicio, consistente en que la persona pública está llamada a responder porque produjo un daño debido al incumplimiento, el cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación preexistente en la ley.

Posteriormente se admitió que en algunos casos el Estado podía ocasionar perjuicios a los administrados aún en cumplimiento de actividades lícitas, es aquí donde surgen los llamados regímenes de responsabilidad objetiva como son el denominado **daño especial** que se concreta cuando la administración en cumplimiento de sus funciones lícitas causa un daño, caso en el cual está en la obligación de indemnizar si se comprueba que a través de la actividad lícita hay un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas; y el **riesgo excepcional** que

se presenta en las ocasiones en que el Estado debe responder porque en ejercicio de una actividad de las consideradas riesgosas ocasiona un daño.

Ahora bien, *"normalmente en los eventos en que se produce un daño por la ejecución de una actividad riesgosa o por el uso de una cosa peligrosa, se ha acudido al fundamento objetivo de responsabilidad denominado riesgo excepcional, por lo que en esos asuntos el menoscabo que se origina por la concreción del riesgo respectivo debe ser reparado desde un punto de vista objetivo por quien desarrolló dicha actividad o tuvo control sobre la cosa que implicaba el peligro"*¹. Sin embargo, el presente asunto será decidido bajo la égida de la falla del servicio, como quiera que el demandante centra la imputación en cabeza de las entidades demandadas argumentando que éstas teniendo la obligación de mantener la señalización del corredor férreo que de la Loma (Cesar) conduce al puerto ubicado en el Municipio de Ciénaga – Magdalena, la omitieron. En consecuencia, corresponde al demandante acreditar el daño ocasionado y que el mismo se produjo como consecuencia de una actuación irregular de las entidades demandadas, tal como ha sido definido por la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, entre la cual se encuentra la sentencia de 11 de noviembre de 2016, con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt, dictada dentro del proceso radicado No. 25000-23-26-000-2004-00995-01(34639), en la cual, aun tratándose de actividad riesgosa el asunto fue definido bajo la égida de la falla del servicio, obedeciendo la imputación efectuada por los demandantes.

2.5.- Pruebas.

2.5.1.- Pruebas documentales

- Copia autentica del Registro Civil de Defunción del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, con lo cual se acredita su muerte el día 23 de abril de 2007(fl. 20)
- Copia auténtica del Registro Civil de Nacimiento del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, con lo cual se acredita su nacimiento el día 28 de diciembre de 1980 y, que es hijo de los señores Gabriel Fonseca Riquett y Ruth Polo Gómez. (fl. 30)
- Copia autentica de los Registros Civiles de nacimiento de los señores Miladis Isabel Fonseca Polo, Morelvis del Carmen Fonseca Polo, Senith Fonseca Polo, Yamith Fonseca Polo, Esneider Fonseca Polo, Esmineth Antonio Fonseca Polo, Cristóbal Antonio Fonseca Polo, Julio Cesar Fonseca Polo y Deiner Enrique Fonseca Polo con lo cual se acredita que son hijos de los señores Gabriel Fonseca Riquett y Ruth Polo Gómez, esto es, hermanos del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo (fls. 31 – 39)
- Copia del registro civil de nacimiento de las menores Laura Vanesa Fonseca Hernández y Valentina Fonseca Hernández con lo cual se acredita que son hijas de los señores Nicoles Espicheres Fonseca Polo y Luz Yasmin Hernández Palacio (fls. 40 – 41)
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Yasmín Hernández (fl. 42)
- Certificados de Existencia y Representación Legal de DRUMMOND LTDA y de FENOCO S.A. (fls. 43- 51).
- Tramite de conciliación prejudicial surtido ante la Procuraduría Judicial 43 para Asuntos Administrativos de Santa Marta: auto admisorio de la solicitud de conciliación prejudicial, Constancia de la Procuraduría, Constancia de inasistencia de las convocadas a la diligencia de conciliación. 8fl. 52 – 54)
- Certificados de Existencia y Representación Legal de DRUMMOND LTDA, FENOCO S.A., CONFIANZA S.A. (fls. 71-74).

¹ sentencia de 11 de noviembre de 2016, con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt, dictada dentro del proceso radicado No. 25000-23-26-000-2004-00995-01(34639)

- Copia autentica de la Escritura Pública N° 4476 de 13 de septiembre de 1991, expedida por la Notaría 23 de Bogotá (fls. 75- 77).

- Póliza de seguros N° 011508280 de CONFIANZA S.A, expedida el 22 de junio de 2006 cuyo tomador es la Empresa Drummond Ltda, asegurado el Instituto Nacional de Concesiones y su vigencia es del 5 de junio de 2006 al 5 de junio de 2007 y sus correspondientes certificados de modificación. (fls. 106- 120).

-Copia del Acta de entrega de la concesión de infraestructura y obras de conservación de la red férrea del Atlántico suscrita entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas —Ferrovias— y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A —Fenoco S.A— de fecha 3 de marzo del año 2000 (fls. 166- 168).

- Copia del Acta de iniciación de concesión de la red férrea del Atlántico suscrita entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas —Ferrovias— y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A —Fenoco S.A— de fecha 3 de marzo del año 2000 (fls. 169- 170).

- Copia de la Compilación del contrato de concesión suscrito entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas —Ferrovias— y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A —Fenoco S.A—, el cual fue cedido al Instituto Nacional de Concesiones (fls. 171- 255).

- Copia de la Resolución N° 0048 del 10 de septiembre de 2003, por medio de la cual, FERROVIAS cede al Instituto Nacional de Concesiones el contrato No. 0ATLA-00-99 de Concesión de la red férrea del Atlántico suscrito el 9 de septiembre de 1999 suscrito entre Ferrovías y Fenoco (fls. 256- 258).

- Decreto 1791 del 26 de junio de 2003, por medio del cual, el Ministerio de Transporte suprimió la Empresa Colombiana de Vías Férreas (fls. 259- 269).

- Noticia No. 3-2007 del día 23 de abril de 2007 en la cual se reporta "*OBSTACULO EN LA VÍA: CADAVER (P.K. 893 + 500, entre estaciones Aracataca y Sevilla) OPERADORES AFECTADOS; DRUMMOND LTDA Y FENOCCO S.A. (...) HECHOS: Tren 66200 que circulaba de estación Puerto Drummond a estación La Loma – Inició recorrido de Puerto Drummond las 01:10 horas a las 02:08 horas la Central de Vigilancia de Interglobal, informa al Regulador del Centro de Control de Operaciones (CCO), que el vigilante de la vía (Liniero) cuando realizaba la inspección rutinaria a la altura PK 893+430, observó esparcidos sobre la carrilera los restos de una persona que al parecer fue arrojada a la vía para que el tren la arrollara. (...) Víctimas: Fallecimiento del señor Nicolás Fonseca"* (fls. 270- 271).

- Copia del protocolo de necropsia No. 016 de 23 de abril de 2007 practicado al cadáver del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, en el cual se establecen entre otras las siguientes anotaciones: "*(...) DISCUSIÓN Se trata de un hombre de 27 años de edad, que en vida responde al nombre de Nicolás Espiter Fonseca Polo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 85.370.032 de Ciénaga, quien sufre accidente por tren en línea férrea hechos ocurridos el día 23 de abril de 2007 a las 01:30 horas, refiere familiar "**a las 00:10 horas llegó a su casa en estado de embriaguez, y manifestó que saldría inmediatamente a encontrarse con unos amigos con el posterior desenlace del accidente con el tren que cubre la línea férrea causando de inmediato su muerte, hechos ocurridos en la vereda de Guamachito zona bananera**". En la necropsia se halla: Múltiples fragmentos óseos no distinguible en cráneo, galea: se observan restos en mal estado, irreconocibles en el momento de la necropsia. Órganos de la cara: Se evidencia herida en antebrazo derecho con fractura desplazada, desarticulación del tercio medio de antebrazo izquierdo, cara anterior con herida de 3x4 cms, herida de 14 x 5 cms en rodilla izquierda con fractura de rotula y de fémur izquierdo desplazada. Se evidencia herida de 19 x 7 cms del tercio proximal de pierna izquierda, con fractura de tibia ipsilateral y desarticulación de pie izquierdo, fracturas múltiples en miembro inferior derecho con fractura completa del fémur derecho. Múltiples fracturas en pierna derecha en tercio medio y distal con exposición*

ósea de tibia. La manera de muerte es consistente con la planteada en el acta de levantamiento como accidente de tránsito.” (fls. 272- 275).

- Copia del Reporte del incidente ocurrido el día 23 de abril de 2007 en el kilómetro 893+500 (fls. 277- 280).

- Copia del Informe de Inspección al cadáver del señor Nicoles Espicheres, realizada por el Inspector de Policía de Guamachito en el cual se registró lo siguiente: “(...) *RELATO DE LOS HECHOS: El joven fue encontrado a 50 mts del paso nivel de la vía férrea del lado norte totalmente destrozado*”(fls. 281 – 282)

- Copia del oficio No. FNC- 0724 del 22 de julio de 2009, por medio del cual, el presidente de Ferrocarriles del Norte de Colombia, solicitó al Procurador Judicial No. 43 Asuntos Administrativos que fijara una nueva fecha para la celebración de la audiencia programada para el día 21 de julio de 2009, (fl. 285).

- Copia auténtica de la caratula de la póliza de seguros N° 1508280 de CONFIANZA S.A, expedida el 12 de julio de 2002 cuyo tomador y asegurado es la Empresa Drummond Ltda, y su vigencia es del 5 de junio de 2002 al 5 de junio de 2003 y sus correspondientes certificados de modificación (fls. 393 – 438).

- Copia auténtica de las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual expedida por la Aseguradora Confianza S.A. (fls. 439 – 442)

- Oficio No. 24 UBCN-DSMGD, por medio del cual, el Profesional Especializado Forense del Instituto de Medicina Legal Seccional Magdalena – Unidad Básica de Ciénaga, informó que en la necropsia realizada al cadáver de Nicoles Fonseca no aparece registro de toma de muestra para determinación de alcoholemia (fl. 606).

- CD que contiene copia del Contrato de Concesión N° O-ATLA-0-99 del 9 de septiembre de 1999 y los otros sí 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13 y 14 adicionales al contrato de concesión.

- Informe rendido por el Presidente de Ferrocarriles del Norte de Colombia, acerca de *“si el paso nivel de Guamachito, está dentro del diseño de la vía férrea que circunda el municipio de Zona Bananera”* (fls. 555- 573).

2.5.2.- Pruebas testimoniales

- Declaración jurada rendida por los señores Armando Manuel Franco Ariza, Gladys Ester Mejía Martínez, Liliana Patricia Pineda Albán, Francisco Luis Roa Yepes y Rosario Isabel Ariza De Franco ante este Despacho el día 12 de abril de 2019, dentro de la diligencia de Inspección Judicial practicada en el lugar donde fue encontrado el cadáver del señor Fonseca Polo. Los testigos citados depusieron acerca de las relaciones de la víctima con sus familiares y, algunos como el señor Armando Manuel Franco Ariza declararon en relación con la ocurrencia de los hechos afirmando que no fueron testigos presenciales del mismo. (fl. 548 - 554)

- Declaración jurada rendida por el señor Eliseo Rueda Bohorquez ante este Despacho el día 30 de abril de 2019 en la cual narro lo siguiente: “(...) *yo soy empleado de Drummond y la noche del accidente a que se refiere esta demanda tomé turno en las horas de media noche como maquinista del tren LA 026; ese es el número de la locomotora. Cuando hacía el recorrido Sevilla – Guamachito – Aracataca, serían como las dos y pico de la mañana, cien metros antes del paso a nivel de Guamachito observé dentro de la línea como un bulto tirado allí, entre los dos rieles, yo iba a una velocidad de 75kms/hora, me pareció me pareció ver como un brazo de persona, eso me causó alarma y comuniqué inmediatamente a FENOCO por el radio, que le dijeran al vigilante o al liniero que estaba en un paso nivel, que se corriera unos 80 mts hacia el norte y observara que era lo que había entre los rieles; cuando llegue a la estación de Aracataca el funcionario de despacho de trenes en DRUMMOND me*

comentó, en una llamada que me hizo, que efectivamente habían encontrado una persona ya fallecida. Después no supe más nada hasta el día que me citaron al juzgado a dar una declaración. (...) PREGUNTADO: Diga al Despacho si lo recuerda, si para la época de los hechos 23 de abril de 2007, existía señalización de ese cruce de la vía férrea por el asentamiento principal del corregimiento de Guamachito, en caso afirmativo en que consistían igualmente informe si lo sabe, si existían otras medidas de seguridad respecto a la vía férrea y al tránsito de las locomotoras por el sector. CONTESTÓ: Ese paso nivel de Guamachito no tenía señalización ninguna, ni había barreras de contención para esa época, hoy ya existen, pero referencia que le hago es que lo que yo vi fue a 100 metros antes del paso a nivel. La otra señalización que siempre ha existido es a la entrada de las estaciones, para la cuestión de los cambia – vías, en esa época no funcionaba estación en Guamachito. En las noches cuando hay población durmiendo se utiliza la campana o prende y apaga la luz. Por ejemplo, en Bosconia, Cesar está prohibido pitar 300 metros antes y después de la estación, solo se puede usar la campana. Una persona en la vía férrea en horas de la noche es muy difícil detectarla, solo a 80 metros es que uno la ve y a 80 metros no se puede hacer nada por que el tren a una velocidad de 75 km/h necesita 2.500 metros para detenerse. Para la época ya había linieros personas que están asignadas para vigilar 1 o dos kilómetros de la línea. En alguna época fueron contratados por Drummond, luego por FENOCO, pero en esa época no recuerdo a cargo de quien estaba. (...)” (fl. 574)

- Declaración jurada rendida por el señor Heider Llelen De la Vega Egea ante este Despacho el día 30 de abril de 2019 en la cual narro lo siguiente: *“Si, trabajaba por ese sector. Siempre ha estado señalizado, señales de cruce a nivel para los peatones, aparte de eso siempre ha estado la seguridad, la vigilancia que es de muy buen apoyo. Vigilantes a lo largo de la vía férrea y hay otros en los paso niveles, unos tienen puntos fijos otros son móviles. PREGUNTADO: Informe al Despacho si para la época de los hechos existía algún protocolo de prevención por parte del operador del tren para dar a conocer a los transeúntes de un asentamiento poblacional que el tren se acercaba, en caso afirmativo en qué consistía y, si se accionó en ese evento. CONTESTÓ: Existe corneta y campana, son los que se llevan en la locomotora. No recuerdo si se accionaron. (...) PREGUNTADO: Manifieste al Despacho a que distancia del cruce a nivel irregular de Guamachito observaron el cuerpo extraño sobre la línea férrea. CONTESTO: Como a unos 100 metros antes del paso a nivel en el sentido norte sur.” (fl. 575)*

- Declaración jurada rendida por el señor Hernán Alfonso Robles Campuzano ante este Despacho el día 30 de abril de 2019 en la cual narro lo siguiente: *“Yo trabajo para para DRUMMOND desde 2006, el 23 de abril de 2007 iba como ayudante en un tren en el sentido sur – norte, no recuerdo a qué hora salí de la mina, tampoco a que horas pasé por Guamachito. PREGUNTADO: En ese recorrido ¿usted o algún miembro de su tripulación advirtió alguna situación irregular en la vía. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Cuando tiene conocimiento usted de que sobre la vía por la cual pasó el tren en que usted estaba como ayudante se había presentado un incidente. CONESTÓ: Llegando a Puerto Drummond, como a las 2 y media, tres de la mañana. (...) PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si es de su conocimiento, si la velocidad a la que se deslizaba el tren, sino se detecta algún obstáculo sobre la vía al impactar el mismo con las ruedas del vehículo puede ser percibido de alguna otra forma por la tripulación. Y en ese caso puntual si existió ese impacto o si ustedes lo sintieron. CONTESTADO: Si hay un impacto entre las ruedas y un cuerpo extraño en la vía, se siente, yo no sentí nada. (...) PREGUNTADO: Dentro de su intervención usted dice que tuvo conocimiento de lo ocurrido a través del radio, Informe, si lo recuerda, que fue lo manifestado por ese medio. CONTESTÓ: Lo que se escucha es al compañero ELISEO diciendo que había algo en la vía que fuesen a revisar, cuando nosotros ya estamos llegando al puerto es que se escucha que había sido un accidente de una persona muerta. Nosotros pasamos primero que Eliseo, cuando nosotros pasamos por Guamachito, él estaba en Sevilla y, por él es que nos enteramos. Y revisamos a ver si habíamos sido nosotros. PREGUNTADO: Que procedimiento desplegaron a ver si habían sido ustedes quienes arrollaron a la persona fallecida. CONTESTÓ: Al bajarme solo pude ver que había restos de piel y sangre, pero no tuve acceso al tren. (...) En el tren en el que yo iba no hubo arrollamiento, pero si se encontraron restos de piel y sangre como dije.”(fl. 576)*

- Declaración jurada rendida por el señor Luis Fernando Bustamante Marín ante este Despacho el día 30 de abril de 2019 en la cual narro lo siguiente: "(...) Es referente al fallecimiento de una persona hace como 12 años en el corregimiento de Guamachito, estando yo de turno siendo supervisor de INTERGLOBAL LTDA Agencia de Vigilancia y Seguridad Privada que prestábamos la vigilancia a la línea férrea. Siendo aproximadamente una y media o 2 de la mañana, el vigilante de apellido Torres me informa por radio que había encontrado una persona arrollada en la línea férrea; a unos 100 metros del paso a nivel de Guamachito. En ese momento le pedí el favor que se calmara ya que el muchacho estaba muy alterado, de igual manera por el mismo medio radial le transmití la misma información a la Central Santa Marta de comunicaciones. Me pidieron que tuviera contacto con autoridades cercanas para que llegáramos al sitio donde había sucedido el accidente. El corregimiento de Tucurinca había un personal de Policía Móvil quienes me acompañaron hasta Guamachito para verificar lo que sucedido. Al llegar ya se encontraba el Inspector de Policía que en ese tiempo era el señor Jairo Castilla, quien me cuenta que al parecer era un muchacho que ya tenía identificado, que iba a proceder a llamar a los familiares para que vinieran a recoger los restos. En un tiempo de unos 10 minutos él llegó con los familiares del difunto y procedieron a retirar de la vía férrea los restos que se iban encontrando. PREGUNTADO: Informe al Despacho la modalidad en que para la época prestaba INTERGLOBAL LTDA la vigilancia a la vía férrea y que entidad lo contrató para tal fin. CONTESTÓ: No me acuerdo si estábamos directamente con DRUMMOND o con FENOCO y la modalidad era prestar seguridad a lo largo de la vía férrea para evitar cualquier tipo de acciones delincuencia común o terrorista, con el método de la información, con el método de la información que tienen vigilantes que tienen de mil a tres mil metros de responsabilidad, quienes deben ir de un lado a otro verificando que no se encuentra nada obstruyendo el paso de los servicios o trenes. PREGUNTADO: Informe al Despacho si los vigilantes a que hace referencia tienen alguna misión preventiva ante los transeúntes que motorizados o de a pie cruzan la vía. CONTESTÓ: Si. Consiste en avisarles a cada momento que se aproximen los trenes por el lugar donde están prestando sus servicios. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si lo sabe, si para la época de los acontecimientos que nos ocupan en el cruce irregular de la vía férrea a la altura del corregimiento de Guamachito (asentamiento principal) se tenía dispuesto la permanencia fija de algún vigilante por parte de la empresa para la cual laboraba CONTESTO: En ese tiempo el vigilante encargado del sector era recorredor, más no tenía como prioridad el paso a nivel. (...) PREGUNTADO: Manifieste al despacho a que distancia del cruce a nivel irregular de Guamachito se verificó la presencia del cuerpo sobre la línea. CONTESTÓ: Aproximadamente a 80 – 100 metros de distancia en dirección norte. (...) PREGUNTADO: Diga el declarante si fue si fue posible determinar a qué empresa pertenecía la locomotora que arrolló al joven NICOLES ESPICHERES FONSECA. CONTESTÓ: En exactitud no le puedo mencionar porque habían pasado varios trenes, en ese tiempo solo operaban los trenes de Drummond. (...)" (fl. 577).

2.5.3.-Inspección judicial

Diligencia de inspección judicial practicada en el Corregimiento de Guamachito, comprensión territorial del municipio de Zona Bananera el 12 de abril de 2019 en la cual se observó lo siguiente: "(...) se pudo determinar que evidentemente existe un paso sobre la vía férrea que intercepta el carretable que desde la vía nacional troncal del caribe conduce hasta el corregimiento de soplador también municipio de la zona bananera, también que en la actualidad en dicho cruce existen señales e detención o pare, bardas o talanqueras y un puesto de control o de vigilancia por parte de FENOCO con la permanencia de un vigilante o guarda de seguridad (sic) que acciona las talanqueras al momento de pasar el tren e igualmente exhibe señales de pare. También sobre la señal de pare fija existe la señal denominada cruz de San Andrés que está conformada por dos listones de metal de aproximadamente 1 metros de largo cada uno, de color amarillo colocado en cruz sobre un poste blanco con la inscripción uno de ellos FERROCARRIL dicha señal esta antes de la vía en el sentido oriente occidente y después de la vía en el sentido occidente – oriente, igualmente un aviso soportado en dos bases de hierro que indica: "PELIGRO, OJO CON EL

TREN ¡MIRA A AMBOS LADOS! Antes de atravesar la línea férrea, no caminar cerca o sobre ella, es peligrosa y puede ser mortal. ¡Cuida tu vida!“. Se deja constancia que este último letrado tiene comprometida su visibilidad total por las ramas de un árbol sembrado cerca, así mismo en atención a lo indicado en la demanda y por el padre del occiso se pudo avistar que sin tener la certeza exacta de donde ocurrió el arrollamiento encontraron restos desde el cruce propiamente dicho hasta un sitio ubicado 52 metros hacia el norte. De lo anterior quedó registro fotográficos y videos. También se deja constancia que durante las cuatro horas que demoró esta inspección judicial el tren y las locomotoras transportadoras de carbón han pasado por lo menos en siete ocasiones y en cada una de ellas por parte del empleado de FENOCO se han implementado los protocolos de seguridad a tiempo, que en algunas ocasiones el tren pita y en otras no se escuchó pito y que la mayoría de las veces los transeúntes del lugar han sido imprudentes pues pese a las recomendaciones han atravesado en moto o a pie a pesar de las advertencias y estas puestas la talanqueras lo hacen por un lado.” (fls. 547- 554).

2.6.- Estudio de las excepciones propuestas

Las excepciones propuestas por las entidades demandadas se resuelven de la siguiente manera:

2.6.1.- Falta de jurisdicción y competencia (Excepción propuesta por Drummond Ltda)

Considera la entidad demandada Drummond Ltda, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para decidir acerca de la responsabilidad extracontractual endilgada por los accionantes, por cuanto, dicha sociedad comercial es una persona jurídica de derecho privado, razón por la cual tales asuntos corresponde resolverlos a la jurisdicción ordinaria, afirma igualmente que, cualquier consideración que permita la atribución de la competencia a esta jurisdicción carece de fundamento legal.

Sobre el particular, es preciso determinar que conforme lo establece el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil *“Es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes”*. A su turno, acerca del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa el artículo 84 del decreto 01 de 1984 —Código Contencioso Administrativo— establece lo siguiente:

“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.”

Atendiendo las disposiciones transcritas y, el hecho de que la sociedad demandada Drummond Ltda, conforme lo establece el certificado de existencia y representación legal obrante a folios 71 - 72 del expediente en efecto, es una persona jurídica de derecho privado podría concluirse que, esta jurisdicción no es competente para decidir este litigio, por cuanto, el sujeto pasivo de la Litis se encuentra conformado entre otras, por una persona jurídica privada. No obstante, no puede perder de vista este Despacho que la demanda de la referencia también fue dirigida contra una entidad pública como lo es el Municipio de Zona Bananera, así mismo, que más adelante se vinculó al Instituto Nacional de Concesiones sucedido procesalmente por la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—, todas estas entidades de derecho público. Así, cuando quiera que el litigio vincule a alguna de las

personas citadas en el artículo 84 del C.C.A, se posibilita al juez contencioso administrativo adquirir competencia para resolver el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra las personas de derecho privado vinculados al proceso.

Lo anterior, ha sido considerado por la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, entre las cuales se encuentra la sentencia de 1° de marzo de 2018, dictada por la Sección Tercera – Subsección A de dicha Corporación dentro del proceso radicado con el No. 05001-23-31-000-2006-02696-01(43269), en la cual acerca de la competencia de esta jurisdicción en virtud del fuero de atracción se consideró lo siguiente:

"En sentencia del 29 de agosto de 200720, la Sala de Sección Tercera destacó que el fuero de atracción resulta procedente siempre que desde la formulación de las pretensiones y su soporte probatorio pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la litis resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas.

Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir y mantener la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho público, igualmente demandadas, cuya vinculación a la litis determina que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a conocer del pleito.

En sentencia de 30 de septiembre de 200721, la Sección precisó que la circunstancia de que algunos de los sujetos vinculados al proceso sean juzgados generalmente por el juez ordinario, no excluye la competencia de esta jurisdicción por la aplicación del fuero de atracción. Basta que el demandante, con suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, impute acciones u omisiones contra varios sujetos y que uno de ellos deba ser juzgado por esta jurisdicción, para que ésta asuma la competencia, sin que resulte relevante que la sentencia finalmente absuelva al ente público.

Además, en providencia de 1 de octubre de 200822, la Sección reiteró que cuando se formula una demanda, de manera concurrente, contra una entidad estatal y contra un sujeto de derecho privado, por un asunto que en principio debería ser decidido ante la jurisdicción ordinaria, el proceso debe adelantarse ante esta jurisdicción, que adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

De todo lo anterior se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida.

Se resalta que para que opere el fuero de atracción es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos²³, postura que ha sido reiterada por la Sala en pronunciamientos más recientes²⁴ que le permiten compartir la decisión del a quo de fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, la Promotora Médica Las Américas S.A."

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho judicial es competente para conocer el asunto de la referencia, en lo relativo a las pretensiones lanzadas contra las personas de derecho privado vinculados al proceso, por lo tanto, se declara no probada la excepción propuestas por Drummond Ltda.

2.6.2.- Caducidad de la acción (excepción propuesta por Drummond Ltda, Fenoco S.A, Instituto Nacional de Concesiones y Aseguradora Confianza S.A)

La caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limitó en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia.

Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso.

Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

En el presente asunto, las entidades accionadas y llamadas en garantía consideran que ha operado la caducidad de la acción de reparación directa, como quiera que, los dos años para la interposición oportuna de la acción fenecían el 23 de abril de 2009. Sin embargo, tan solo el día 23 de abril de 2009 solicitó la conciliación la cual se evacuó el 21 de julio de 2009, por lo cual, el accionante debió presentar la demanda el día 22 de julio de 2009 y, lo hizo el día 23 de julio de 2009, cuando la acción había caducado.

Para definir si les asiste razón a las demandadas se considera necesario traer a colación los artículos 21 y 37 de la ley 640 de 2001

"ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable."

Indica la anterior norma, que una vez presentada la conciliación extrajudicial, se suspende el computo del término de caducidad durante el tiempo que tarde el trámite conciliatorio, el cual no puede exceder de tres meses, quiere ello significar que el cómputo de la caducidad se reanuda por el tiempo que faltare para su configuración, una vez haya culminado el trámite conciliatorio, es decir, que si por ejemplo, al momento de presentar la solicitud de conciliación al solicitante le falta un mes para accionar en tiempo, dure lo que dure el trámite conciliatorio —que en todo caso no puede exceder tres meses— finalizado éste, el interesado tiene un mes para la presentación de la demanda so pena de que opere el fenómeno de la caducidad, lo mismo si le faltan tres, cuatro o cinco meses, pues este contará con tres o cuatro o cinco meses para presentar la demanda, según fuere cada caso particular.

Ahora bien, por su parte el artículo al artículo 37 de la Ley 640 de 2001, indica:

"ARTICULO 37. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. <Ver Notas de Vigencia> <Artículo corregido por el Artículo 2o. del Decreto 131 de 2001, el texto corregido es el siguiente:> Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

PARAGRAFO 1o. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

PARAGRAFO 2o. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadó por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente."

El párrafo segundo de la norma en cita, recrea el escenario según el cual surtido el trámite conciliatorio se llega a un acuerdo entre las partes, siendo el siguiente paso la aprobación de dicho acuerdo ante las autoridades judiciales competentes; así pues si este es aprobado allí culmina todo pues, en principio claudica la oportunidad para accionar judicialmente por las pretensiones conciliadas, por el contrario si el acuerdo es improbadó por la autoridad judicial, el término de caducidad que se suspendió con la presentación de la solicitud de conciliación —que como se dijo es el periodo de tiempo que falta para la configuración de la caducidad, al momento de la presentación de la solicitud de conciliación— se reanudará a partir del día siguiente de la ejecutoria de la providencia que impruebe.

Aterrizando todo lo anterior al caso concreto tenemos que, los hechos por los cuales se demanda tuvieron ocurrencia el día 23 de abril de 2007, lo que quiere decir, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 136 del C.C.A², el término de caducidad vencía el día 24 de abril de 2009.

Pues bien, la parte demandante interpuso la solicitud de conciliación prejudicial el día 23 de abril de 2009³— solicitud que de acuerdo a lo normado en la materia interrumpe el término de caducidad de la acción hasta por tres meses, para mayor claridad esto significa que durante el tiempo que tarde el trámite conciliatorio no corre el término de caducidad— es decir, que al momento de la presentación de la solicitud de conciliación faltaba 1 día para la configuración de la caducidad, lo que —conforme lo considerado en precedencia— indica que una vez terminado dicho trámite, la parte demandante contaba con un (1) día para la presentación de la demanda.

Se tiene pues, que en el presente asunto se presentó el escenario según el cual, no hubo acuerdo conciliatorio entre las partes y se expidió constancia de haberse agotado este trámite que según el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 constituye requisito de procedibilidad para la interposición de la acción de reparación directa; dicha constancia fue expedida el día 21 de julio de 2009, es decir, que a partir del día siguiente hábil de dicha fecha la parte demandante contaba con un día para la interposición oportuna de la demanda.

De suerte que el término para la presentación de la demanda fenecía el 23 de julio de 2007, y la demanda fue presentada en esta fecha, es decir, estando dentro del término legal, luego en el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad de la acción.

2.6.3.- Falta de Legitimación en la Causa (excepción propuesta por Drummond Ltda, Fenoco S.A, Instituto Nacional de Concesiones)

Advierte el Despacho, que los argumentos con fundamento en los cuales las entidades demandadas —Drummond Ltda y Fenoco S.A— y, la vinculada —Instituto Nacional de Concesiones sucedida procesalmente por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI— propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, no enervan la

² Art. 136 del C.C.A (...)8.- La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o de cualquier otra causa. (...)

³ Según lo contenido en el acta de conciliación de fecha 21 de julio de 2009 obrante a folio 53 del expediente.

pretensión procesal ni impiden el conocimiento de fondo del asunto, por las razones que se pasan a exponer.

La **legitimación de hecho en la causa** se entiende como una relación jurídica que nace para el demandante por la atribución de la conducta en la demanda y para el demandado con la notificación de esta. Es decir, quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y se atribuye está legitimado de hecho y por pasiva.

En el presente caso el demandante atribuyó la conducta causante del daño al Municipio de Zona Bananera y a las sociedades DRUMMOND LTDA y FENOCO S.A. Más adelante los operadores judiciales que tramitaron el proceso, consideraron relevante admitir la vinculación del Instituto Nacional de Concesiones (hoy ANI), luego todas éstas están legitimadas en la causa de hecho por pasiva.

Por otro lado, la **legitimación en la causa material** es la participación real de las personas en el hecho que da origen a la demanda. Cuando se carece de ésta la consecuencia es la denegación de las súplicas de la demanda, porque a quien se le atribuyó el hecho que sustenta el derecho, no es quien debe responder y, para definir esto, es necesario entrar en el estudio de fondo del asunto⁴.

Así pues, no puede entenderse la falta de legitimación en la causa —de hecho y material— como una excepción que impida el conocimiento de fondo del asunto.

2.6.4.- Culpa exclusiva de la víctima y hecho del tercero (excepciones propuestas por FENOCO S.A e INCO)

Sobre el particular, aclara el Despacho que el hecho de la víctima, así como la fuerza mayor, el caso fortuito y el hecho del tercero, no constituyen excepciones que impidan el pronunciamiento de fondo del asunto estudiado. Constituyen sí causales eximentes de responsabilidad del demandado que no impiden el conocimiento del fondo del asunto; por el contrario, debe ser estudiado todo el esquema de responsabilidad —daño, imputación y fundamento de la responsabilidad—, para lograr determinarla, como quiera que la prueba de una causal que exima de responsabilidad al demandado tiene como consecuencia infirmar la imputación.

2.6.5.- Demás excepciones propuestas

Las demás excepciones propuestas —Inexistencia de la obligación de reparar los daños, Inexistencia del nexo de causalidad, Inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, excesiva valoración de los perjuicios morales reclamados por los demandantes, Disminución del eventual Quantum resarcitorio de conformidad con lo establecido en el artículo 2357 del C.C, Temeridad en la excesiva petición de reconocimiento de perjuicios por la ausencia de elementos facticos, jurídicos y probatorios, Inexistencia de eventual obligación condicional a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A. antes Agrícola de Seguros S.A. por ausencia de realización del riesgo asegurable, Límite de responsabilidad de Seguros Generales Suramericana S.A. antes Agrícola de Seguros S.A. hasta el importe del valor asegurado menos el deducible pactado— constituyen argumentos de la defensa de las entidades demandadas, los cuales deben ser analizados en el estudio de fondo del asunto de la referencia.

2.7.- Estudio de responsabilidad de las entidades demandadas.

Puntualizado lo anterior, se entrará en el estudio de la responsabilidad de las entidades demandadas, esto es, determinar, si las pruebas allegadas al proceso acreditan los

⁴ Sentencia. 22 noviembre de 2.001 Radicación número: 5201-23-31-000-1994-615-0 I(13356) Actor BENHUR HERRERA V. Y CIA. LTDA

elementos que estructuran dicha responsabilidad, es decir, el daño y la imputación del mismo en cabeza de cada una de las entidades demandadas.

2.7.1.- El Daño.

Para que exista responsabilidad se requiere la ocurrencia de un daño y la imputabilidad del mismo a la entidad demandada; siendo necesario que el daño alegado sea producto de la actuación de la administración; dicho daño debe afectar la integridad física, moral o patrimonial de una persona.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia de manera general indican que el concepto de daño es sinónimo de perjuicio, desde la óptica del derecho administrativo se considera también lo siguiente:

"...el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada."⁵

Así mismo, se observa que la doctrina española difiere el concepto de lesión del de perjuicio, para que la primera exista es menester que tal perjuicio sea antijurídico, calidad que deriva de que quien sufra el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, en otras palabras, la lesión es el daño, pero cualificado.

En la jurisprudencia colombiana, se observan ambigüedades derivadas del sistema de responsabilidad español, en últimas la noción de daño se equipará al perjuicio.

Con respecto a los perjudicados, la doctrina extranjera establece dos tipos de víctima: la directamente dañada o que sufre el daño en su integridad física-síquica, y la indirectamente perjudicada, que lo sufre en esfera diferente, trátase de pecuniaria o moral, o en ambas, cuyo daño es originario e independiente del anterior.

Para que el daño sea resarcible es necesario que revista el carácter de: a) Personal, esto es, que la persona que demanda reparación es la persona que lo sufrió. Esta característica del daño apunta a establecer la legitimación en la causa por activa, por lo tanto, quien demanda debe demostrar ser titular del derecho y, b) Cierta, es decir aquel que es actual o futuro, no eventual.

De acuerdo con lo anterior, en el sub lite se evidencia un daño sufrido tanto por la víctima directa, como por los perjudicados indirectos hoy los accionantes. En efecto, obra en el plenario registro civil de defunción del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo que demuestra su muerte el día 23 de abril de 2007⁶.

Así mismo, se advierte que los señores Gabriel Fonseca Riquett, Ruth Mercedes Polo de Fonseca, Miladis Isabel Fonseca Polo, Marelvis del Carmen Fonseca Polo, Senith Fonseca Polo, Yamith Fonseca Polo, Esneider Fonseca Polo, Esmith Antonio Fonseca Polo, Cristobal Antonio Fonseca Polo, Julio Cesar Fonseca Polo, Dainer Enrique Fonseca Polo, Luz Yazmín Hernández Palacio y las menores Laura Vanessa y Valentina Fonseca Hernández sufren este daño como víctimas indirectas del hecho; puesto que, obra a folios 30 a 41 del expediente copias de los registros civiles de nacimiento que acreditan su parentesco en calidad de padres, hermanos e hijas de la víctima y el testimonio de la señora Glays Esther Mejía Martínez que acredita que la demandante Yasmin Hernandez Palacio era la compañera permanente del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo.

⁵ Bénott Francis Paul, Citado por Juan Carlos Henao, El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.77.

⁶ Folio 29

2.7.2.- Imputación del Daño

Para que surja contra las entidades públicas demandadas la obligación de reparar un daño es necesario que la lesión pueda serle imputable jurídicamente. Para valorar este punto debe acudirse a los hechos, así como, al **deber** ser o conducta exigida normativamente al Estado, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso y los instrumentos al alcance de la Administración.

En el caso bajo estudio, el punto de discusión se sitúa en el elemento de responsabilidad que ahora se estudia, pues ya se probó el daño consistente en la muerte del señor NICOLES ESPICHERES FONSECA POLO. Así pues, la parte demandante centra su imputación en el hecho de que en el paso a nivel de Guamachito no existen señales que prevengan a los transeúntes sobre la proximidad del tren en dicho sitio, ni vallas o barreras de protección que impidan el paso a peatones y vehículos cuando se acerca o está transitando el tren, lo cual a su juicio constituye una obligación a cargo de las entidades demandadas, por cuanto, estas tienen la obligación legal de mantener la vía debidamente cercada.

Para esclarecer este punto, es preciso determinar, tres circunstancias: i) cual es la obligación frente al mantenimiento y señalización de las vías férreas y, las medidas de protección del paso a nivel para el tránsito de los peatones y otros vehículos automotores, ii) cual es la entidad obligada al cumplimiento de dicha obligación legal, o en cabeza de quién radica la misma, iii) si entidad o entidades obligadas incurrieron en una falla en la prestación del servicio por la omisión en el cumplimiento de la obligación referida y, finalmente iv) si dicha falla en la prestación del servicio fue la causa eficiente del daño cuya reparación se pretende o, por el contrario, se encuentra acreditada alguna de las causales eximentes de responsabilidad alegada por las entidades demandadas.

2.7.2.1.- En cuanto a la obligación de señalización y medidas de protección de las vías férreas

El artículo 8º de la Ley 76 de 1920, por la cual, se reguló la policía de ferrocarriles, estableció algunas de las normas de seguridad para la operación del modo de transporte ferroviario. En efecto, en su artículo 8º dispuso lo siguiente:

"Artículo 8º: Es obligación de toda empresa de ferrocarril mantener la vía debidamente cercada, a uno y otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción.

En todos los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente, con la debida anticipación antes del paso de los trenes y abrir después de que éste se efectúe.

En los lugares a donde no sea posible establecer barreras, se mantendrán, permanentemente, guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes.

Cuando un ferrocarril atraviese ríos navegables deberá construirse y conservarse de manera que no entorpezca ni embarace la navegación o perjudique el uso de las aguas.

La infracción de las disposiciones contenidas en este artículo será castigada con multas sucesivas de diez a doscientos pesos, que impondrá el Gobierno, aparte de responder, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión."
(Inciso primero derogado por el artículo 20 de la Ley 19 de 1921)

A su turno, artículo 4º del Decreto 1075 de 1954 elevado a la categoría de ley, en virtud de la Ley 141 de 1961 dispuso lo siguiente:

"Artículo cuarto. *Las empresas férreas podrán establecer, en los cruces de sus líneas con las vías y calles públicas de tránsito intenso, guardas o barreras, o cadenas, o señales luminosas, o cualesquiera otros medios apropiados, con el fin de que se interrumpa con la debida anticipación el paso de vehículos automotores, o de cualquiera otra clase, semovientes, personas, etc."*

Más adelante, el artículo 115 del Código Nacional de Tránsito –Decreto 1344 de 1970- estableció:

Artículo 115º.- *Los Ferrocarriles Nacionales de Colombia [entiéndase FERROVIAS⁷] colocarán señales, barreras y luces en los pasos a nivel de las vías férreas de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio de Obras Públicas". (resalta la Sala).*

La regulación anterior, fue derogada en su totalidad por el artículo 170 de la Ley 769 de 2002, la cual en su artículo 113 dispuso lo siguiente:

"Artículo 113. *Señalización en pasos de nivel. Las entidades ferroviarias, o las particulares en caso de concesión de las vías férreas, colocarán señales, barreras y luces en los pasos a nivel de las vías férreas, así como la correspondiente demarcación, de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio de Transporte.*

Parágrafo. *En los pasos a nivel de las vías férreas, las entidades ferroviarias o a quien se le haya entregado la concesión de la vía férrea colocará un guardavía para la regulación del tránsito cuando se requiera."*

Sobre la seguridad de la circulación en las vías públicas y el deber de señalización, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 4 de octubre de 2007⁸, señaló lo siguiente:

"La seguridad de la circulación en las vías públicas, no puede estar comprometida u obstaculizada por situaciones anormales, que en eventos como el de autos, constituyen una trampa mortal para los usuarios de las mismas, quienes al fin y al cabo solo ejercen una pluralidad de derechos y principios consagrados en todo el plexo normativo en esta materia, tales como los que se recogen en las siguientes disposiciones: artículos 678 y 1005 del Código Civil, artículo 8º del decreto 21 de 1909, que hacen referencia al derecho de uso y goce de las vías públicas; el artículo 1º inciso segundo del Código Nacional de Tránsito, el capítulo octavo de la ley 336 de 1996, que desarrollan el principio de la seguridad entre otros; el artículo 24 de la Constitución Política que se refiere a la libertad de locomoción con un derecho fundamental; y todos ellos se acompañan con el denominado principio de la señalización en materia de tránsito de vehículos, en efecto se ha dicho:

"Sobre la importancia de la señalización la doctrina ha llegado inclusive a acuñar la expresión 'Principio de señalización', del cual se deriva que cuando las entidades que tienen a su cargo el deber de señalar las vías públicas, omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, por evidente falta o falla en el servicio público, a ellas encomendado. Se ve en este principio, que fuera de construir carreteras seguras y adecuadas a los requerimientos del tráfico y mantenerlas en buen estado, la administración tiene el deber primario de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización y advierten los peligros. Si por falta

⁷ Artículo 63º ley 105 de 1993.- "Ferrocarriles Nacionales. Los bienes inmuebles que eran propiedad de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en liquidación, podrán ser transferidos a la Empresa Colombiana de Vías Férreas, si los mismos estaban destinados a la explotación férrea. Los demás bienes serán traspasados al Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que éste disponga de ellos, con el fin de atender las funciones previstas en la norma legal de su creación. La disposición incluirá la posibilidad de comercializarlos..."

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente No. 16.058 Actor: Teotiste Caballero de Buitrago y otros.

o falla de la administración no se advierte a tiempo de los peligros; o advertida de ellos no los remedia; o deja pasar la oportunidad para hacerlo; en todos estos casos y otros similares, el Estado deberá la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios que su falla en la prestación del servicio ocasione por la ausencia de señalización en las carreteras, lo que hace que no sean adecuadas y seguras.

'La seguridad de los habitantes, o mejor de los usuarios de las vías públicas, es uno de los deberes propios de las entidades y personas vinculadas al control del tránsito en todo el territorio Nacional, así lo estableció el Decreto 1344 de 1970. Resulta evidente que cuando esa seguridad no es propiciada, antes bien, es cuestionada o puesta en peligro, por la inercia o negligencia de las autoridades llamadas a ejercer el control, las consecuencias gravosas para los particulares, que pueden seguirse de dichas omisiones o cumplimiento defectuosos (sic) de tales competencias, han de ser asumidas por las respectivas entidades públicas.

"En consecuencia, concluye la Sala que hubo incumplimiento de las normas de señalización preventiva en el lugar del accidente, lo cual permite imputar los daños antijurídicos de que trata el presente asunto al INVIAS, entidad encargada del mantenimiento de la ruta 45 tramo 18 comprendido desde el Río Ariguani hasta la Ye de Ciénaga, como quiera que dicha falla se erige en la causa determinante de los mismos, y en virtud de lo cual se reclama su reparación".

Con lo anterior, se evidencia que existe una clara obligación de señalización de las vías férreas en general y de forma particular de los paso a nivel⁹. Así mismo, de las normas transcritas se advierte que les asiste a las empresas de ferrocarriles la obligación de disponer guardas permanentes encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circulación de los trenes, en aquellos lugares donde no sea posible establecer las barreras de seguridad, es decir, que existe la carga obligacional que los demandantes alegan haber sido omitida por las entidades demandadas.

2.7.2.2.- En cabeza de quien radica la obligación de señalización de las vías férreas:

Habiendo determinado que sí existe una obligación de señalar las vías férreas y más puntualmente las intersecciones a un mismo nivel de una calle o carretera con una vía férrea —paso a nivel—, corresponde identificar en cabeza de quien radica dicha obligación.

Para definir lo anterior es preciso traer a colación lo normado en el Decreto 1588 de 1989¹⁰ que otorgó a FERROVIAS funciones de diversa índole en aras de administrar la red ferroviaria que forma parte de su patrimonio y regular la operación de este modo de transporte, en los siguientes términos:

"Artículo 3: "La Empresa Colombiana de Vías Férreas —FERROVIAS— tendrá por objeto principal, mejorar, rehabilitar, extender, modernizar, explorar, dirigir y administrar la red férrea nacional con las anexidades y equipos que la constituyen, **así como regular y controlar, en general, la operación del sistema ferroviario nacional**".

A su vez, el artículo 4º ibídem dispuso lo siguiente:

"Para el cumplimiento de su objeto, FERROVIAS podrá desarrollar las siguientes funciones y actividades:

⁹ Artículo 2º Ley 769 de 2002: "(...) **Paso a nivel:** Intersección a un mismo nivel de una calle o carretera con una vía férrea. (...)

¹⁰ "Por el cual se crea la Empresa Colombiana de Vías Férreas —FERROVIAS— y se dictan normas para su organización y funcionamiento"

"a). cumplir y hacer cumplir las políticas generales que fije el Gobierno sobre la utilización de la red férrea nacional, control y regulación del tráfico ferroviario y explotación del sistema ferroviario nacional...".

Conforme a lo anterior, todos los bienes que integraban el transporte férreo fueron entregados a la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVIAS-, a fin de que cumpliera las funciones esenciales de construcción y mantenimiento de las vías férreas, en las condiciones de eficiencia y seguridad establecidas en ese momento por la ley 105 de 1993¹¹.

Así las cosas, es claro que FERROVIAS en su calidad de administradora de los bienes que forman parte de la infraestructura ferroviaria nacional, ostentaba la competencia para establecer las condiciones de uso y mantenimiento de los corredores férreos y la responsabilidad de su construcción y conservación, funciones dentro de las cuales se encuentra la de señalizar las vías férreas, para la prestación de ese servicio en condiciones seguras.

Ahora bien, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1791 de 2003, dispuso la supresión y liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVIAS– y ordenó, en el segundo inciso del artículo 19 ejusdem, que el "Ministerio de Transporte asuma, una vez culminada la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVIAS en Liquidación, la totalidad de los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte dicha entidad, al igual que las obligaciones derivadas de estos". Asimismo, a través del Decreto 2089 de 2005, el Gobierno Nacional amplió el plazo previsto, en el Decreto 1791, hasta el 26 de junio de 2007.

Pues bien, el proceso de la referencia inició con posterioridad a las fechas establecidas en los Decretos 1791 de 2003 y 2089 de 2005, de suerte que mal podría hablarse en este caso de una sucesión a cargo del Ministerio de Transporte que no fue vinculado a este proceso.

Por otro lado, advierte el Despacho que a folios 171 a 255 del expediente obra copia de la compilación del contrato de concesión celebrado entre la extinta Ferrovías y la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia cuyo objeto lo constituye "otorgar en concesión, para su construcción, rehabilitación – reconstrucción, conservación, operación y explotación, la infraestructura de transporte férreo de la Red del Atlántico para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga, infraestructura que está conformada por los tramos: Chiriguaná (PK 724) – Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) – Santa Marta (PK 969), Bogotá (Km 5) – Belencito (PK 262), La Caro (PK 34) – Lenguazaque (PK 110), Bogotá (Km 5) – Dorada (PK 200), Dorada (PK 200) – Barrancabermeja (PK 444), Barrancabermeja (PK 444) – Chiriguaná (PK 724) y Puerto Berrio (PK 333) – Medellín (Bello) (PK 509) Chiriguaná (PK 724) – Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) – Santa Marta (PK 969) incluyendo los bienes inmuebles, los bienes muebles y el material rodante consignados en los anexos del pliego de condiciones que dio origen al presente contrato. La presente concesión de infraestructura conlleva también la concesión de las obras de conservación respecto de los tramos mencionados en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993. (...)

Ahora bien, el artículo 11 del Decreto 1791 de 2003, por medio del cual, se suprime la Empresa Colombiana de Vías Férreas - Ferrovías y se ordena su liquidación, dispuso lo siguiente:

Artículo 11. Cesión de contratos. El liquidador de la Empresa Colombiana de Vías Férreas Ferrovías cederá, dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de este decreto a la entidad que asuma la competencia de

¹¹ "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones".

la red férrea concesionada, los siguientes contratos. Hasta tanto se perfeccione dicha cesión el liquidador continuará ejecutándolos:

Contrato 0-ATLA-00-99 Contrato de Concesión de la Red Férrea del Atlántico, suscrito con Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - Fenoco S.A, cuyo Objeto es otorgar en concesión, para su rehabilitación - reconstrucción, conservación, operación y explotación, la infraestructura de transporte férreo de la red del Atlántico, para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga, infraestructura que está conformada por los tramos: Bogotá (Km 5) - Belencito (PK 262), La Caro (PK 34) - Lenguaque (PK 110), Bogotá (Km 5) - Dorada (PK 200), Dorada (PK 200) - Barrancabermeja (PK 444), Barrancabermeja (PK 444) - Chiriquaná (PK 724), Chiriquaná (PK 724) - Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) - Santa Marta (PK 969) y Puerto Berrío (PK 333) - Medellín (Bello) (PK 509), incluyendo los bienes inmuebles, los bienes muebles y El material rodante consignados en los anexos del pliego de condiciones que dio origen al mencionado contrato. La presente concesión de infraestructura conlleva también la concesión de las obras de conservación respecto de los tramos mencionados, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993. Plazo de la concesión: será de treinta (30) años, el cual se empezó a contar a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación de la concesión.

Contrato 09-CONP-98 Contrato de Concesión de la Red Pacífica, suscrito con la Sociedad concesionaria de la red del Pacífico - CRFP, cuyo objeto es:

1. Otorgar en Concesión la infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red Pacífica según determinación que de la misma se hace en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001-98, para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del Concesionario, infraestructura que se detalla en el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 001-98 y que incluye las siguientes líneas: Buenaventura (PK 0) - Cali (PK 170); Cali (PK 170) - La Felisa (PK 459); Zarzal (PK 304) - La Tebaida (PK 343).

2. Otorgar en Concesión la construcción, operación y mantenimiento de un Terminal de Transferencia de Carga en la Felisa; la cual, para todos los efectos legales, se considerará incorporada a la infraestructura de transporte férreo una vez concluida su construcción. Adicionalmente se cederá al Concesionario el derecho de paso que actualmente Ferrovías mantiene sobre el tramo comprendido dentro del área urbana de Cali (PK 170) el que se incorporará a la infraestructura de transporte férreo una vez la tenencia de la misma sea recuperada por Ferrovías en el evento de una terminación anticipada del contrato de arrendamiento que actualmente se encuentra vigente sobre dicha estructura a favor del municipio de Santiago de Cali. Plazo de la concesión: será de treinta (30) años.

Contrato 04-0243-00-99 Contrato para la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de concesión para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la red Pacífica (Buenaventura - La Felisa y Zarzal La Tebaida), suscrito con Consorcio B&C Cía. Ltda. - Consultoría Colombiana S.A. "Consorcio Gerencia", por un valor de Nueve mil novecientos millones doscientos ochenta pesos (\$9.900.000.280) y un plazo de ejecución de 54 meses.

Contrato 04-0197-00-01 Contrato para la interventoría técnica, administrativa, financiera y operativa del contrato de concesión para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la red del Atlántico, suscrito con el Consorcio Vías Férreas del Atlántico por un valor de Catorce mil doscientos veinte millones de pesos (\$14.220.000.000) y un plazo de 36 meses.

Igualmente serán cedidos, dentro del mismo plazo los demás contratos inherentes a los anteriormente descritos, así como los relacionados con la red férrea concesionada.

Los procesos de selección o contratación en curso que no hayan sido adjudicados a la expedición del presente decreto se darán por terminados en el estado en que se encuentren, por sustracción del sujeto contractual.

En cumplimiento del artículo transcrito, mediante Resolución No. 0048 de 10 de septiembre de 2003 la Gerente Liquidadora de Ferrovías, cedió al Instituto Nacional de Concesiones – INCO el contrato de concesión No. 0-ATLA-00-99 suscrito con la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia¹², razón por la cual, dicha entidad fue vinculada al presente trámite y contestó la demanda a folios 323 a 334.

Con lo anterior, queda evidenciado que la competencia respecto de las obligaciones de señalización de los pasos a nivel de las vías férrea previstas en el Decreto 1588 de 1989 y, que fueron atribuidas a la empresa colombiana de vías férreas Ferrovías, por disposición legal fueron asignadas al Instituto Nacional de Concesiones en virtud de la orden de ceder los contratos de concesión que hubiere suscrito la extinta entidad.

Dicho lo anterior, corresponde establecer si esas obligaciones legales pueden transferirse a un particular en virtud de la suscripción de un contrato de concesión, como el suscrito entre Ferrovías y Fenoco (cedido a INCO). Pues bien, la cláusula 14 del contrato de concesión al cual se ha venido haciendo referencia, estableció como una obligación del concesionario la de "(...) *conservar la infraestructura entregada en concesión, en condiciones de seguridad para la circulación durante el término del presente contrato*"

La cláusula 21 del mismo contrato, define las obras de rehabilitación y construcción a cargo del concesionario, como aquellas "*que permitan al concesionario garantizar la operación eficiente de la infraestructura concesionada y, la prestación continua y adecuada del servicio público de transporte, en condiciones de seguridad a lo largo de la infraestructura que se entrega en concesión*". Así mismo, por obras de construcción, define aquellas "*obras civiles, mecánicas, eléctricas y el sistema de control y señalización, necesarias para llevar a condiciones tales que habiliten la prestación del servicio público del transporte ferroviario con la continuidad, eficiencia y permanencia que requiera el servicio en los términos establecidos en el presente contrato*"

Es decir, que las obligaciones legales de señalización de los pasos a nivel, fueron concesionadas en virtud del contrato suscrito entre Ferrovías y Fenoco S.A, Sin embargo, no se puede perder de vista que, como lo ha señalado la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, entre las cuales se encuentra la de 22 de abril de 2004, expediente 15.088, la administración no se desliga de sus deberes legales cuando, a través de un contratista, ejecuta trabajos con el fin de satisfacer los fines que le son propios, llegando inclusive a considerar que "*la realización de una actividad por conducto de un contratista se asimila a aquellos casos en que la administración realiza directamente la actividad*".

Así lo consideró, en providencia de 20 de septiembre de 2007, expediente 21322, en la cual indicó lo siguiente:

"Como de manera uniforme lo ha indicado esta Sala, no son infrecuentes los casos en que un daño antijurídico resulta del proceder -por acción u omisión- de un tercero contratista del Estado. En estos eventos, vale decir, cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, la jurisprudencia tiene determinado -desde 1985- que los eventos relacionados con daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas con el concurso de contratistas, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública, porque: i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal."

¹² Folios 256 - 258

Conforme lo anterior, hasta este punto podría resolverse el cuestionamiento referente a quien tiene el deber de señalizar los pasos a nivel de las vías férreas y mantener la protección de los peatones y demás transeúntes, indicando que en el caso concreto dicha obligación recae en cabeza de Ferrocarriles del Norte de Colombia en virtud del contrato de concesión suscrito con Ferrovías, pero también en cabeza de la entidad pública que en virtud del artículo 3° del Decreto 1588 de 1989, le correspondía "*mantener, mejorar, rehabilitar, extender, modernizar, explotar, dirigir y administrar la red férrea nacional con las anexidades y equipos que la constituyen, así como regular y controlar, en general la operación del sistema ferroviario nacional*", esto es, inicialmente la extinta Empresa Colombiana de Vías Férreas.

Sin embargo, por la posterior cesión que por mandato legal se efectuara, al Instituto Nacional de Concesiones hoy Agencia Nacional de Infraestructura¹³ —quien también se hizo parte en este proceso— sería esta entidad quien en la eventualidad de que se acredite que existió una omisión en el cumplimiento de dicha obligación y, que la misma constituye la causa eficiente de la muerte del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, tendría que entrar a responder solidariamente con el concesionario.

Dicho lo anterior y, teniendo en cuenta que el centro de la imputación efectuada por la parte demandante radica en el hecho de que en el paso a nivel de Guamachito, al momento de la ocurrencia de los hechos, no existían señales que previnieran a los transeúntes sobre la proximidad del tren en dicho sitio, ni vallas o barreras de protección que impidieran el paso a peatones y vehículos cuando se acercara o estuviera transitando el tren, tendría que descartarse la responsabilidad de la sociedad limitada DRUMMOND, toda vez que, conforme a las disposiciones legales y contractuales antes analizadas dicha entidad no tiene asignada la carga obligacional presuntamente omitida, tendría sí que respetar los protocolos de seguridad establecidos para la utilización de la vía férrea, falla que no fue alegada o imputada por la parte demandante.

Lo mismo habría de considerarse en relación con el Municipio de Zona Bananera, puesto que, si bien el artículo 3° de la Ley 769 de 2002, "*por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito y se dictan otras disposiciones*", establece como autoridades de tránsito dentro de su jurisdicción a los gobernadores y alcaldes de las entidades territoriales imponiéndoles la obligación de responder en su jurisdicción por la colocación y mantenimiento de todas y cada una de las señales necesarias para un adecuado control del tránsito¹⁴, tal circunstancia en sí misma no resulta suficiente para atribuir responsabilidad en caso de verificarse la omisión en el cumplimiento de la obligación de señalización e implementación de las medidas necesarias de protección para el tránsito vehicular y de peatones en los pasos a nivel de las vías férreas.

¹³ Decreto 4165 de 2011 se dispuso la mutación jurídica y denominación del INCO, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1º. Cambio de naturaleza jurídica y denominación del Instituto Nacional de Concesiones. Cámbiese la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

¹⁴ **ARTÍCULO 115. REGLAMENTACIÓN DE LAS SEÑALES.** *El Ministerio de Transporte diseñará y definirá las características de las señales de tránsito, su uso, su ubicación y demás características que estime conveniente. Estas señales serán de obligatorio cumplimiento para todo el territorio nacional.*

PARÁGRAFO 1o. Cada organismo de tránsito responderá en su jurisdicción por la colocación y el mantenimiento de todas y cada una de las señales necesarias para un adecuado control de tránsito que serán determinadas mediante estudio que contenga las necesidades y el inventario general de la señalización en cada jurisdicción

En efecto, tal como se acabó de revisar los artículos 3º y 4º del Decreto 1588 de 1989, impuso a la extinta Ferrovías la obligación de regular y controlar, en general, la operación del sistema ferroviario nacional, dentro de la cual se incluye la obligación relativa a la señalización de las vías férreas, para la prestación de ese servicio en condiciones seguras en concordancia con lo establecido en el artículo el artículo 113 de la Ley 769 de 2002.

Luego, si bien a las entidades territoriales se les ha asignado el deber de señalizar, dicha obligación solo aplica respecto de las vías urbanas y rurales ubicadas dentro de su jurisdicción, no existe en materia de señalización competencias concurrentes para todas las entidades, puesto que dichas competencia, fueron delimitadas por el legislador excluyéndose de la competencia de las entidades territoriales la obligación de señalizar los corredores férreos así estos se encuentren ubicados dentro de su jurisdicción.

Así las cosas, aun cuando el hecho generador del daño haya ocurrido en jurisdicción del Municipio de Zona Bananera, es preciso tener en cuenta que, la vía en la cual se registró el hecho es un corredor férreo, cuyo cuidado y conservación había sido asignado a una autoridad distinta de la municipal, por lo cual, se entiende que esta entidad carece de legitimación material en el asunto de la referencia, por cuanto se insiste, no se le ha impuesto el contenido obligacional que considera incumplido la parte demandante, esto es, la señalización de la vía férrea específicamente del paso a nivel ubicado en el corregimiento de Guamachito – Municipio de la Zona Bananera.

2.7.2.3.- En cuanto al incumplimiento de la obligación atribuida la Agencia Nacional de Infraestructura y a Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A

Para establecer si existió un incumplimiento de la obligación de colocar señales, barreras y luces en los pasos a nivel de las vías férreas, así como la correspondiente demarcación, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, es preciso revisar el material probatorio a fin de evidenciar si el día de la ocurrencia de los hechos 23 de abril de 2007, existían las medidas de seguridad y protección exigidas en la Ley—artículo 113 de la ley 769 de 2002 en el paso a nivel ubicado en el corregimiento de Guamachito – Municipio de Zona Bananera.

Así las cosas, una vez revisado el acervo probatorio descrito en el acápite de pruebas, advierte el Despacho que se encuentran las siguientes relativas a la circunstancia en que ocurrió el hecho en que perdió la vida el señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo.

- Noticia No. 3-2007 del día 23 de abril de 2007 en la cual se reporta "*OBSTACULO EN LA VÍA: CADAVER (P.K. 893 + 500, entre estaciones Aracataca y Sevilla) OPERADORES AFECTADOS; DRUMMOND LTDA Y FENOCO S.A. (...) HECHOS: Tren 66200 que circulaba de estación Puerto Drummond a estación La Loma – Inició recorrido de Puesto Drummond las 01:10 horas a las 02:08 horas la Central de Vigilancia de Interglobal, informa al Regulador del Centro de Control de Operaciones (CCO), que el vigilante de la vía (Liniero) cuando realizaba la inspección rutinaria a la altura PK 893+430, observó esparcidos sobre la carrilera los restos de una persona que al parecer fue arrojada a la vía para que el tren la arrollara. (...) Víctimas: Fallecimiento del señor Nicolás Fonseca" (fls. 270- 271).*

- Copia del Reporte del incidente ocurrido el día 23 de abril de 2007 en el kilómetro 893+500, en el cual se reportó lo siguiente: "*El vigilante R-40 dice que al pasar el servicio 66121 con locomotoras LA012 – LA005-2005, set fuentes con 120 góndolas, maquinista Gilberto Pertuz ayudante Hernán Robles, aproximadamente a las 01:30 horas el se encontraba en el km 893+250 y no observó nada anormal en el corredor férreo, al dirigirse al km 893 +500 faltando unos 70 mts, a las 02:03 horas observa los restos de una persona esparcidos en la línea férrea. El servicio 66200 con locomotoras LA 026-LA001-2002, set Braulio con 120 góndolas, maquinista Eliseo Rueda, ayudante Heider de la Vega, pasa por kilómetro 893+500 aproximadamente a las 02:06 horas e informa el maquinista que observó al parecer un animal o una persona tirada en ese sitio. Se le solicitó a móvil 2 que hiciera contacto con la Policía Nacional más cercana al sitio de los hechos para que se apersonaran de la situación, la Policía hace presencia a las 03:17 horas, y proceden a llamar al Inspector*

de Policía para el levantamiento del cadáver. Se establece que la persona se trataba de un joven de 27 años de edad, de nombre Nicolet Fonseca Polo, residente en la población de guamachito y por información de la esposa del Inspector de Policía el joven en dos ocasiones había tratado de suicidarse, lanzándose al tren. La vía fue despejada a las 04:50 horas" (fls. 277- 280).

- Copia del Informe de Inspección al cadáver del señor Nicoles Espicheres, realizada por el Inspector de Policía de Guamachito en el cual se registró lo siguiente: "(...) RELATO DE LOS HECHOS: El joven fue encontrado a 50 mts del paso nivel de la vía férrea del lado norte totalmente destrozado" (fls. 281 – 282)

Como se advierte, las pruebas relacionadas se refieren a las circunstancias en que en que ocurrió el hecho en virtud del cual perdió la vida el señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, sin embargo, nada dicen respecto de las condiciones de señalización de la vía férrea y específicamente del paso a nivel.

Junto con las pruebas descritas, obra la inspección judicial realizada en el lugar de los hechos el día 12 de abril de 2019 en la cual, se pudo observar que en esa fecha sí existían las medidas de seguridad y señalización exigida por la Ley tales como "en la actualidad en dicho cruce existen señales e detención o pare, bardas o talanqueras y un puesto de control o de vigilancia por parte de FENOCO con la permanencia de un vigilante o guarda de seguridad (sic) que acciona las talanqueras al momento de pasar el tren e igualmente exhibe señales de pare." Adicionalmente se estableció que, todas las veces que en el momento de la inspección transitaban las locomotoras transportadoras de carbón fueron activados por parte del empleado de Fenoco S.A los protocolos de seguridad a tiempo. No obstante, dicha prueba da cuenta de las condiciones de la vía en el momento en que se efectuó la inspección judicial, esto es, el 12 de abril de 2019, es decir, aproximadamente 12 años después de la ocurrencia del hecho por el cual hoy se demanda.

De suerte que, corresponde revisar las pruebas testimoniales obrantes en el expediente, dentro de las cuales se encuentran los testimonios tanto de moradores del sector como de los mismos conductores de la locomotora implicada en el hecho que dan cuenta de la inexistencia de dichas señales y medidas de protección en el paso a nivel ubicado en el corregimiento de Guamachito – Municipio de Zona Bananera.

En efecto a folio 548 – 549 del expediente, obra testimonio del señor Armando Manuel Franco Ariza quien manifestó tener conocimiento de los hechos por ser vecino del sector en que ocurrieron y, al ser indagado acerca de si para la fecha en que ocurrieron los hechos existía en el paso a nivel de guamachito algún sistema de seguridad, es decir, semáforos, luces, campanas o talanqueras que se activaran para avisar a los transeúntes o vehículos el arribo del tren, respondió que "para esa época había el vigilante, pero no era fijo en el paso, para esa época le tocaba esperar el tren en el kilometraje donde le tocara el reporte, en diferentes puntos, no era fijo aquí como tal no, si en ese momento el reporte le tocaba aquí, aquí lo hacía, para ese entonces era como de kilómetro y medio". Así mismo, a folio 574 del expediente obra el testimonio del señor Eliseo Rueda Bohorquez, quien manifiesta haber ser maquinista de Drummond Ltda y, haber operado una locomotora el día y hora de los hechos, el referido al ser indagado acerca de las condiciones de señalización de la vía para esa época contestó "ese paso a nivel de Guamachito no tenía señalización ninguna, ni había barreras de contención para esa época, hoy ya existen (...)"

En igual sentido respondió el señor Heider Llenen de la Vega Egea, quien manifestó ser igualmente empleado de Drummond Ltda y, haber sido el ayudante del maquinista Eliseo Rueda Bohorquez el día de la ocurrencia del hecho, indicando acerca de la existencia de barreras o talanqueras en el paso a nivel de Guamachito para la época de la ocurrencia del accidente que estas "no existían". Señaló, sin embargo, que existía un vigilante permanente.

Las pruebas testimoniales descritas resultan suficientes para concluir, con cierto grado de certeza que, en el paso a nivel irregular de Guamachito para la época de los hechos no

existía ninguna señalización o medida de protección que permitiera a los transeúntes del sector —peatones y vehículos— el tránsito seguro por esa vía, evidenciándose de este modo el incumplimiento del contenido obligatorio impuesto a las entidades —INCO hoy ANI y FENOCO S.A— respecto del mantenimiento de la vía para el adecuada prestación del servicio de transporte férreo.

Ahora bien, en este punto considera el Despacho pertinente aclarar que si bien, en el informe rendido por el Presidente de Ferrocarriles del Norte de Colombia, acerca de *"si el paso nivel de Guamachito, está dentro del diseño de la vía férrea que circunda el municipio de Zona Bananera"* obrante a folios 555- 573, en el cual indicó que FERROVÍAS únicamente entregó en concesión a Fenoco los siguientes tres pasos a nivel — i) Bosconia, ii) Aracataca y iii) El paso— y que, en consecuencia, el resto de cruces sobre la vía férrea no se pueden catalogar como pasos a nivel, lo cierto es que por un lado FERROVÍAS entregó en concesión a FENOCO *"la infraestructura de transporte férreo de la Red del Atlántico para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga, infraestructura que está conformada por los tramos: Chiriguaná (PK 724) – Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) – Santa Marta (PK 969), Bogotá (Km 5) –Belencito (PK 262), La Caro (PK 34) – Lenguaque (PK 110), Bogotá (Km 5) – Dorada (PK 200), Dorada (PK 200) – Barrancabermeja (PK 444), Barrancabermeja (PK 444) – Chiriguaná (PK 724) y Puerto Berrio (PK 333) – Medellín (Bello) (PK 509) Chiriguaná (PK 724)- Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) – Santa Marta (PK 969) incluyendo los bienes inmuebles, los bienes muebles y el material rodante consignados en los anexos del pliego de condiciones que dio origen al presente contrato."*, por lo cual, a juicio del Despacho resulta irrelevante si dentro de dicha infraestructura solo se encontraban tres pasos a nivel constituidos de forma regular, puesto que, en virtud de dicho contrato los que fuesen irregulares pero necesarios para no afectar el derecho de locomoción segura de las comunidades por donde pasara la vía férrea, simplemente debían ser construidos por el concesionario y, verificada su construcción por parte de la entidad pública que entregaba en concesión la vía, por cuanto, tal como se indicó en la parte que antecede, el contrato estatal no la desliga de la obligación que le ha impuesto el legislador.

En segundo lugar, la Ley 769 de 2002, define como pasos a nivel a la *"Intersección a un mismo nivel de una calle o carretera con una vía férrea"*, de suerte que, donde quiera que se encuentre una intersección a un mismo nivel de una calle o carretera con una vía férrea, se entenderá que existe un paso a nivel que en virtud de la misma Ley 769 de 2002 debe ser señalizada y adoptadas todas las medidas de seguridad para el tránsito de peatones y demás transeúntes y, en el caso de la referencia se verificó la existencia de esa intersección en corregimiento de Guamachito – Municipio Zona bananera, con la inspección judicial que anteriormente se describió y, por medio de los testimonios igualmente señalados en precedencia se verificó que dichas medidas de seguridad no fueron adoptadas por las entidades obligadas a hacerlo, configurándose de este modo la falla del servicio alegada por la parte demandante.

2.7.2.4.- En cuanto a si falla en la prestación del servicio fue la causa eficiente del daño cuya reparación se pretende

Habiendo establecido la existencia de la falla del servicio consistente en la obligación de señalización e implementación de medidas de seguridad para el paso de transeúntes en el paso a nivel ubicado en el corregimiento de Guamachito, corresponde establecer si dicha falla constituye la causa eficiente del daño.

Lo primero a indicar acerca del particular es que, la parte demandante no aportó ningún medio de prueba del cual se pudiera establecer las condiciones en que ocurrió la muerte del señor Fonseca Polo, así como tampoco, uno del cual se pueda concluir con algún grado de certeza que el citado señor fue arrollado mientras intentaba cruzar la vía férrea por el paso a nivel ubicado en el corregimiento de Guamachito. En efecto, el único testimonio—Armando Manuel Franco Ariza— traído al proceso con el fin de demostrar la hipótesis planteada en la demanda, según la cual el arrollamiento del señor Nicoles Especheres Fonseca Polo se produjo en el momento en que este atravesaba la vía férrea a la altura del paso a nivel de

Guamachito debido a la falta de existencia de señales que avisaran la proximidad del tren, carece de mérito, por cuanto, no fue testigo presencial del hecho, es decir, que desconoce por completo las circunstancias de modo en que ocurrió el mismo, da cuenta sí, como se dijo en anteriormente, de la falla en que incurrió —FENOCO e INCO hoy ANI—, más no del nexo que existe entre dicha falla y el fallecimiento del señor Nicoles Fonseca.

En contraposición del testimonio antes descrito, obra el testimonio del señor Eliseo Rueda Bohorquez —conductor de la locomotora LA 026 de propiedad de DRUMMOND LTDA, el cual, conforme lo narrado en su testimonio, el día de la ocurrencia de los hechos aproximadamente a las dos de la mañana (2:00 am), cuando realizaba el recorrido Sevilla – Guamachito – Aracataca observó *"dentro de la línea como un bulto tirado allí entre los dos rieles (...) me pareció ver como un brazo de una persona"*. Afirmó igualmente el testigo que, ese bulto que observó entre los rieles dentro de la vía férrea se encontraba aproximadamente *"100 metros antes del paso a nivel de Guamachito"*.

Adicionalmente, obra el testimonio del señor Heider de la Vega Egea quien manifestó ser ayudante del maquinista Eliseo Rueda el día de la ocurrencia del hecho —23 de abril de 2007— e, igualmente manifestó que *"el maquinista era Eliseo Rueda me avisa de algo que está en la vía, aproximadamente kilómetro 8, 93 a la altura de Guamachito, veníamos a una velocidad como de 60 o 70 km por hora más o menos, cuando alcé la vista sólo vi un bulto en medio de los dos rieles"* y, ante la pregunta referente a la distancia en que observó *"el bulto"* respondió *"como a unos 100 metros antes del paso a nivel sentido norte – sur"*

Conviene anotar que los testigos citados, de acuerdo con su propia versión, son empleados de una de las sociedades demandadas —DRUMMOND LTDA—, lo cual obliga a este operador judicial a valorar sus declaraciones con mayor rigor, por cuanto, de acuerdo con el artículo 217 del C. de P. C., *"son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, **dependencia**, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*. Sin embargo, el artículo 218 ibídem establece que *"el juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso."*

Igualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado de manera reiterada que la condición de sospechoso de un testigo no impide recibir su declaración ni valorarla al momento de fallar, aunque debe estudiarse con mayor rigor. De suerte que, a juicio de este Despacho el hecho de la subordinación entre los declarantes y una de las sociedades demandadas, en el caso concreto no descarta la valoración de la prueba, puesto que, i) no existe duda acerca que se encontraban presentes al momento de los hechos, ii) constituyen el único medio de prueba del proceso que ofrece información sobre las circunstancias en que ocurrió este hecho y finalmente, iii) son coincidentes entre sí y con otros medios de prueba obrantes en el proceso, tales como la noticia No. 3-2007 del día 23 de abril de 2007 en la cual se reporta *"OBSTACULO EN LA VÍA: CADAVER (P.K. 893 + 500, entre estaciones Aracataca y Sevilla)"* (folio 270 – 271); Copia del Reporte del incidente ocurrido el día 23 de abril de 2007 en el kilómetro 893+500 (ffs. 277- 280), por lo cual, no pueden dejar de valorarse.

Así las cosas, se advierte que los únicos testigos presenciales del hecho coinciden en afirmar que la víctima no fue arrollada cruzando el paso a nivel irregular ubicado en el corregimiento de Guamachito, como lo alega la parte demandante, sino que se encontraba invadiendo la vía férrea aproximadamente ochenta kilómetros —80 km— antes del paso a nivel en abierta contradicción del artículo 58 de la Ley 769 de 2002, según el cual *"Los peatones no podrán: (...) Cruzar por sitios no permitidos o transitar sobre el guardavías del ferrocarril. (...) Ocupar la zona de seguridad y protección de la vía férrea, la cual se establece a una distancia no menor de doce (12) metros a lado y lado del eje de la vía férrea. (...)"*

Lo anterior significa que, aun cuando FENOCO S.A e INCO hoy ANI hubieren cumplido la carga obligacional prevista en el artículo 113 de la Ley 769 de 2002, referente a la

señalización y la imposición de las demás medidas de seguridad (barreras, luces, etc) en el paso a nivel de Gumachito – Zona Bananera, el daño igualmente se habría producido, por cuanto, el señor Nicoles Fonseca Polo, en primer lugar no se dispuso a atravesar por la zona permitida (paso a nivel) y, en segundo lugar las únicas pruebas obrantes en el expediente que dan cuenta de la circunstancia de modo en que ocurrió el hecho, imponen concluir como antes se ha dicho, que el referido señor, en efecto, fue arrollado por una locomotora de la empresa Drummond Ltda, pero no cuando atravesaba la vía férrea, sino mientras invadía los carriles de la misma.

Finalmente, no puede dejar de lado este Despacho judicial, que en el presente asunto existen indicios que llevarían a concluir que el señor Nicoles Fonseca Polo al momento de la ocurrencia del hecho se encontraba bajo los efectos del alcohol. En efecto, en el protocolo de necropsia No. 016 de 23 de abril de 2007 practicado al cadáver del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo, se enunció que un familiar había referido que **"a las 00:10 horas llegó a su casa en estado de embriaguez, y manifestó que saldría inmediatamente a encontrarse con unos amigos con el posterior desenlace del accidente con el tren que cubre la línea férrea causando de inmediato su muerte, hechos ocurridos en la vereda de Guamachito zona bananera"**.

Dicha enunciación no responde a un examen técnico - científico que dé certeza a la afirmación allí contenida. Sin embargo, en los hechos de la demanda la parte demandante afirmó que la víctima el día 22 de abril de 2007 cerró el salón de billares de propiedad de su padre y se dirigió a casa de sus padres donde estuvo hasta la una de la mañana del día 23 de abril de 2007, hecho que no fue contradicho por ninguna de las demandadas. De suerte que, este Despacho, apoyado en las reglas de la experiencia, considera que el horario en que realizó la visita el señor Fonseca Polo no es un horario habitual para hacer visitas sociales aun cuando se tratara de sus padres, aunado a que el negocio en que laboraba el citado señor permite el consumo de bebidas alcohólicas, si a estas observaciones le sumamos que en el informe de necropsia se inscribió el hecho de que este se encontraba en estado de embriaguez, lo cual, según se inscribe fue referido por un familiar por vía de indicios podría llegar a considerarse que esta circunstancia incidió causalmente en la producción del daño.

Ahora bien, aun en ausencia de la construcción probatoria a partir de los hechos indiciarios, la conclusión sería la misma, es decir, la muerte del señor Nicoles Espicheres Fonseca Polo no obedeció a la falla de la administración que fue probada en el proceso, sino a su propia culpa por incumplir lo normado en el artículo 58 de la Ley 769 de 2002, esto es, invadir la vía férrea.

El Consejo de Estado en sentencia de 11 de noviembre de 2016, con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt, dictada dentro del proceso radicado No. 25000-23-26-000-2004-00995-01(34639), en caso similar al aquí estudiado, declaró acreditada el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva y determinante de la víctima, considerando lo siguiente:

"(...) Así, a pesar de encontrarse acreditada la configuración de la falla de servicio no es posible derivar de ella responsabilidad para el Estado, por la sencilla razón de que ésta no fue la causa de la producción del siniestro. En efecto, estudiado el asunto desde otra óptica se tiene que aun cuando Ferrovías hubiera cumplido a cabalidad con los deberes que la ley le asigna, el daño se habría producido de todas formas, puesto que el buen estado de la vía férrea no habría impedido que el menor intentara colgarse del tren y con posterioridad se resbalara debajo del mismo.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la falla derivada de la falta de señalización en la vía, el tribunal consideró que la misma no había sido acreditada en debida forma. Con todo, en el recurso de apelación la parte actora adujo que aun cuando no se hubiera probado el incumplimiento del deber, lo cierto es que el tribunal tampoco había acreditado que de conformidad con la realidad de la zona aquella no hubiera sido una causa determinante en la producción del daño.

Al respecto, es preciso que la Sala aclare que el argumento expuesto por la parte demandante resulta falaz, teniendo en cuenta que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil¹⁵, es a ella a quien le corresponde acreditar los hechos que fundamentan su petición, sin que el juez tenga, en ningún caso, la obligación de probar lo contrario a efectos de denegar las pretensiones elevadas. (...) Revisadas las circunstancias en las cuales se produjo el accidente, considera la Sala acreditado que éste no se produjo porque el menor desconociera que en el lugar de los hechos se encontraba ubicada la vía férrea por la cual transitaba el tren de La Sabana, puesto que, como residente de la zona, estaba acostumbrado a su presencia. Por ese motivo, aun cuando existieran señales que indicaran con precisión el paso del tren y estructuras que visualmente permitieran identificarlo, el menor se habría acercado de todas formas.

A esa conclusión se llega, con menos esfuerzo, si se tiene en cuenta que el accidente se produjo cuando el demandante Bolaños Roa se aproximó lateralmente al ferrocarril, de lo que se deduce que ya se había percatado de su presencia - teniendo en cuenta que el tren transitaba a tan solo 5 kilómetros por hora en ese tramo- y fue precisamente esta la circunstancia la que lo motivó a correr a su lado; así entonces, no se está ante un evento en el cual el menor, desprevenido, hubiera sido arrollado frontalmente por el vehículo.

(...) Así las cosas, resta concluir que las fallas de servicio invocadas por el demandante, a pesar de estar acreditadas, no fueron la causa eficiente del accidente en el cual resultó lesionado el menor Mario Bolaños Rodríguez; por el contrario, como pasa a verse, en el sub judice se presenta una circunstancia que exime al Estado de responder por los perjuicios producidos, teniendo en cuenta que se produjo un hecho de la víctima. (...)”

En consecuencia, al estar acreditado probatoriamente que la falla que se le incrimina a la administración y resultó probada en el asunto de la referencia no constituye la causa eficiente del daño y, que por el contrario esta es atribuible al actuar de la víctima, ha de estimarse que en el presente asunto no se configuran, reiterase los elementos estructurales de responsabilidad y, por lo tanto, no hay lugar a acceder a las pretensiones del libelo por lo cual, se denegaran en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, y como quiera que se descartó la responsabilidad imputada a las entidades demandadas no habrá lugar a pronunciarse respecto de la responsabilidad de las entidades llamadas en garantía por las primeras.

3.- Condenas en costas.

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, por cuanto la conducta procesal de ésta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho, ni puede calificarse como torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto éste indispensable para adoptar este tipo de decisión.

En mérito de las razones expuestas, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁵ “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Con base en la norma referida, esta Corporación ha señalado: “La referida norma legal desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo: “incumbit probatio qui dicit non qui negat”. Ello se traduce, en los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su onus probandi, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su causa petendi; si es éste, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, un fallo adverso a sus intereses”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 1995-05072 (17720), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la falta de legitimación material en la causa por pasiva, del Municipio de la Zona Bananera y de la sociedad DRUMMOND LTDA, en virtud de lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Denegar las súplicas de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas a la parte demandante.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, archívese el expediente, previas las anotaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA DEL PILAR HERRERA BARROS
Juez