



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

Santa Marta DTCH, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Acción:	Reparación Directa
Radicación:	No. 47001-3331-008-2013 - 00582-00
Demandante:	Sigilfredo Modesto Díaz Suarez y otros
Demandado:	Nación – Min. Transporte – Fenoco – Drummond S.A

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia, en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Administrativo del Magdalena en sentencia de 9 de octubre de 2019, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 169 del C.C.A, con observancia del siguiente esquema: I.- Antecedentes. 1.1 La demanda; 1.2.- Contestación de la demanda; 1.3.- Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público. 2.- Consideraciones: 2.1.- Problema jurídico; 2.2.- Pruebas; 2.3.- Excepciones propuestas por las demandadas; 2.4.- Régimen de responsabilidad aplicable; 2.5.- Estudio de responsabilidad de las entidades demandadas. 3.- Condenas en costas.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La demanda:

A través de apoderado judicial, los señores SIGILFREDO MODESTO DIAZ SUAREZ, TULIA DEL ROSARIO DÍAZ SUÁREZ, GEINER DE JESÚS DÍAZ SUÁREZ, ROSNELY ESTHER DÍAZ SUÁREZ, ELIANA MARÍA DIAZ SUÁREZ, JOSÉ GREGORIO DIAZ SUÁREZ, YENIFER MARIED DIAZ SUAREZ (hijos de crianza) y ELINA MARÍA SUÁREZ VEGA (compañera permanente) en nombre propio promovieron acción de reparación directa, prevista en el artículo 86 del C.C.A contra la Nación – Ministerio de Transporte, Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A, Drummond Ltda, con el propósito de obtener las siguientes pretensiones.

1.1.1.- Pretensiones

En la demanda se exponen las pretensiones que seguidamente se resumen, así:

Que se declare administrativa y extracontractualmente responsables la Nación – Min. Transporte – Ferrovías en Liquidación; Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A y Drummonnd Ltda, de los perjuicios causados a los demandantes, por la muerte del señor SIGILFREDO MODESTO MARTÍNEZ, ocurrida el día 20 de mayo de 2006, en el sector conocido como La Aguja entre los municipios de Ciénaga y Zona Bananera en el Departamento del Magdalena.

Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Nación – Min. Transporte – Ferrovías en Liquidación; Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A y Drummonnd Ltda, a indemnizar a los demandantes los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante y los perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales.

Que las cuantías anteriores serán actualizadas conforme a los artículos 177 y 178 del C.C.A.

1.1.2.- Hechos de la demanda:

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

El día 20 de mayo de 2006, el señor Sigilfredo Modesto Martínez, a eso de las seis de la mañana (6:00 a.m) se dirigía de Ciénaga a su lugar de trabajo, Finca La Pretoria, ubicada en la Zona Bananera junto con dos compañeros de trabajo, los señores Carlos Alfonso Peña Pereira y Evert Enrique García.

Cuando los citados señores llegaron al Puente Férreo – Sector La Aguja, lugar por donde cruzan las personas para transitar de un lugar a otro —por no existir otra forma peatonal o anden sobre el puente vehicular— se encontraron allí con dos vigilantes contratados por las entidades demandadas.

Cuando los señores Sigifredo Modesto Martínez, Carlos Alfonso Peña Pereira y Evert Enrique García llegaron al puente, se pararon a observar que no existiera peligro en cuanto a la aproximación del tren o máquina férrea, momento en el cual llegó el supervisor de los trabajadores linieros de las empresas férreas y fue quien los condujo a cruzar, el mismo avanzó dos veces para explicar a los citados señores que no existía ninguna clase de peligro. Fue así que éstos, empezaron a atravesar el puente, pero el señor Sigifredo Modesto mientras caminaba se enredó y se cayó, intentando ponerse de pie y salir del trayecto, pero no alcanzó a salir cuando el tren o máquina férrea lo impactó en ese momento destrozando su cuerpo.

Los vigilantes de la línea férrea no contaban con telefonía o indicadores que les permitieran establecer que el tren o máquina férrea no se aproximaba o, por cualquier otra circunstancia de impericia o imprudencia, no hubieran convencido y guiado a estos transeúntes el accidente no se hubiera producido.

El causante era el padre biológico de todos los hijos aquí demandantes habidos con su mujer y compañera permanente de toda su vida señora Eliana María Suárez como consta en cada uno de los registros civiles de nacimiento anexos, pero por error en los registros no aparece el apellido del citado padre, pero como es cierto que han sido criados bajo un mismo techo y con el afecto y amor entre padres e hijos, reclaman como hijos de crianza en esta demanda, según se prueba con declaraciones extra juicio anexas.

La muerte del señor Sigifredo Modesto Martínez le ha causado inminentes y fuertes perjuicios materiales a su compañera permanente, puesta que, ésta dependía económicamente del causante.

1.2.- Contestación de la demanda

1.2.1.- Drummond Ltda (fl. 57 – 63 archivo 001 expediente judicial electrónico)

Se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que, Drummond Ltda no es una entidad pública, no ejerce funciones públicas y tampoco presta ningún servicio público, luego no puede incurrir en una falla en el servicio. Adicionalmente, manifestó que el único responsable del daño ocurrido es la misma víctima que con su conducta imprudente por inobservancia del artículo 58 de la ley 769/02, que prohíbe expresamente el tránsito de peatones por puentes ferroviarios y por no acatar las órdenes de los linieros, se hizo arrollar por el ferrocarril.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico el tránsito peatonal en inmediaciones de la vía férrea está prohibido en la Ley 769 de 2002 y, la violación de las normas prohibitivas establecidas en la citada ley es suficiente prueba de que la culpa del accidente es única y exclusiva de la víctima y, ello constituye un eximente de responsabilidad.

Con fundamento en lo anterior, propuso la excepción que denominó culpa exclusiva de la víctima.

1.2.2.- Min. Transporte (98 – 101 expediente judicial electrónico) Se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que con el Decreto 1800 de 2003 fue creado el INCO para manejar el contrato de concesión y fue así como el INVÍAS le hizo cesión del mismo con el Decreto 2054 de 2003, de tal manera que estas dos entidades a través de los respectivos cesionarios son los responsables de supervisar lo relacionado con el mantenimiento y funcionamiento de la vía férrea, en el caso particular la parte demandante identifica plenamente a la empresa DRUMMOND y FENOCO, demostrando así que el Ministerio de Transporte no tiene vínculo de responsabilidad alguna, ya que no es la entidad contratante

ni vinculante ni mucho menos supervisora de esta vía férrea lo cual demuestra la falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción que propuso bajo los mismos argumentos.

1.2.3.- Ferrocarriles del Norte de Colombia —FENOCO— (fls. 106 – 121 expediente judicial electrónico)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando en primer lugar que esta entidad no puede incurrir en fallas del servicio como quiera que no es una entidad pública, sino una sociedad comercial anónima, la cual no adelantó ninguna conducta que llevara o desplegara el resultado conocido.

Alega que el incidente obedeció exclusivamente a la culpa de la víctima, puesto que el señor Martínez se desplazó en inmediaciones de la vía férrea contra expresa prohibición legal y, pese a las advertencias y recomendaciones hechas por los lineros contratistas de Drummond Ltda.

Propuso las siguientes excepciones:

- Falta de Legitimación en la causa por activa:

Los demandantes fundamentan sus pretensiones en su calidad de hijos y de compañera permanente del señor Sigilfredo Modesto Martínez, sin embargo, no acreditan tal calidad al menos en forma sumaria. De suerte que, si en gracia de discusión se aceptara una eventual responsabilidad de alguna de las demandadas, ante la ausencia de prueba que acredite el parentesco los perjuicios deberían ser denegados.

- Falta de legitimación en causa por pasiva:

En el incidente presentado con el señor Sigilfredo Modesto Martínez, Fenoco S.A no adelantó ninguna acción, ni incurrió en omisión alguna 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, se pretenda responsabilizar o solidarizar a esta entidad de un eventual daño.

Ferrocarriles del Norte de Colombia, no tiene ninguna relación de causalidad frente a los hechos presentados mucho menos frente al daño. Por lo cual, no existe ningún fundamento que sustente la legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó, culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, inexistencia de nexo de causalidad e inexistencia de elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.

1.2.4.- Llamado en garantía de Drummond Ltda – Compañía Aseguradoras de Fianzas S.A – Confianza S.A (fls. 149 – 157)

Se opuso al llamamiento en garantía aludiendo que el seguro 011508280, certificado 01XN000592, no cubre los hechos objeto de la demanda, como quiera que, el supuesto siniestro ocurrió el 20 de mayo de 2006 y el certificado que se expidió como consta en el expediente, el 10 de junio de 2008 para una vigencia entre el 5 de junio de 2008 y el 5 de junio de 2009, con fundamento en lo cual propuso la excepción de inexigibilidad del seguro por cuanto el siniestro ocurrió fuera de su vigencia.

Así mismo, propuso las siguientes excepciones:

- Inexigibilidad del seguro por expresas exclusiones de hechos y pretensiones de la demanda

Los demandantes como consecuencias del fallecimiento trágico del señor Sigilfredo Modesto

Martínez ocurrido el 20 de mayo de 2006, pretenden la indemnización de perjuicios morales y lucro cesante, indemnizaciones que fueron objeto de exclusiones en el seguro y sus condiciones.

- Máximo valor asegurado – deducible

En el evento de negarse las demás excepciones propuestas, ha de tenerse en cuenta que no es exigible suma mayor a la asegurada y en caso de estar cuantificado el siniestro que su valor no haga parte del deducible pactado en el seguro en un 10% del valor asegurado, con un mínimo de \$11.741.600, el cual es la suma o porcentaje que se deduce del mono de cada indemnización por siniestro.

1.2.5.- Llamado en garantía de Fenoco S.A –SURAMERICANA DE SEGUROS S.A (fls. 379 - 390)

Para trasladar cualquier efecto a esta aseguradora, 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 lo cual se configura una de las causales exonerativas de responsabilidad en el ejercicio de las denominadas actividades peligrosas.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, sostuvo que el hecho acaecido se generó por la 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.

Propuso las siguientes excepciones:

- Inexistencia de nexo causal entre el hecho generador y el daño por la intervención exclusiva de la víctima
- Temeridad en la excesiva petición de reconocimiento de perjuicios por la ausencia de elementos fácticos, jurídicos y probatorios.
- Inexistencia de eventual obligación condicional a cargo de Seguros Generales Suramericana S.A (Cesionario de la Sociedad Agrícola de Seguros S.A) por ausencia de realización del riesgo asegurable.
- Limite de responsabilidad de Seguros Generales Suramericana S.A (Concesionaria de la Compañía Agrícola de Seguros S.A) hasta el importe del valor asegurado.

1.2.6.- Vinculado Agencia Nacional de Infraestructura —ANI— (archivo 007 expediente judicial electrónico)

Acerca de los hechos de la demanda manifestó que no le constan y, sobre las pretensiones indicó que dentro de las funciones de la Agencia Nacional de Infraestructura no se encuentra de manera expresa e inequívoca la de contratar personal de vigilancia, para cruce de peatones en las vías férreas, puesto que, la ANI se encarga de la administración de los contratos de concesión mediante los cuales el concesionario obtiene una remuneración por la materialización de unos proyectos de infraestructura, siendo este último el ejecutor directo de tales proyectos viales.

Las labores que desarrolla la Agencia Nacional de Infraestructura frente a cada corredor vial se determinan específicamente con las funciones asignadas normativamente, así fue establecido en el contrato de concesión, que constituye ley para las partes y que genera obligaciones exclusivas a cargo del particular.

Con fundamento en lo anterior, propuso la excepción de mérito que denominó falta de

legitimación en la causa por pasiva.

Así mismo, propuso las excepciones de mérito que denominó:

- Falta de demostración de falla del servicio imputable a la ANI:

Sostuvo que la parte actora no comprueba una falta de actuación de esta Entidad, que como se expresó, según el contenido del Contrato de Concesión y la imputación general, no cuenta con la obligación de efectuar el control del tránsito en la vía concesionada, pues se reitera, la ANI se encarga es de la administración del contrato de concesión mediante los cuales el Concesionario obtiene una remuneración por la materialización de unos proyectos de infraestructura, siendo este último el ejecutor directo de tales proyectos, además quien los mantiene y rehabilita.

En este sentido, no existe prueba alguna que acredite los supuestos de hecho invocados con la demanda de los que se pueda derivar responsabilidad para mi representada, por cuanto no existe prueba alguna que del comportamiento activo o pasivo de la Agencia Nacional de Infraestructura se hubieran causado los perjuicios alegados por la parte demandante.

- Inexistencia del nexo causal

Afirma que el escrito de demanda no es consistente en la formulación de imputación de responsabilidad, pues no logra ubicar el nexo respecto de esta Agencia, lo que conlleva a reiterar la incongruencia y anti-tecnicismo del líbelo demandatorio, pues no demuestra y mucho menos individualiza en debida forma a cuál extremo (s) pasivo (s) van dirigidas las formulaciones de responsabilidad. Como la parte actora fue incapaz de demostrar el nexo causal entre el supuesto daño y el ejercicio de la Agencia Nacional de Infraestructura, antes INCO, se debe concluir que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, respecto de la Agencia Nacional de Infraestructura.

1.3.- Alegatos de conclusión

Mediante auto de 29 de septiembre de 2016, se declaró cerrado el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión. (archivo pdf 003 folio 587 expediente judicial electrónico)

Las partes procesales alegaron en resumen lo siguiente:

1.3.1.- La parte demandante, (fls. 590 – 594), presentó alegatos de conclusión argumentando lo siguiente:

"(...) el mismo declarante citado de ferrovías confesó que ese puente se asemeja a una cañada o alcantarilla y, por consiguiente, de acuerdo a este artículo y a la prueba obtenida de la misma demandada inexorablemente debemos concluir que en este accidente existió una responsabilidad de tipo objetivo en la cual la parte demandante solo tenía que probar, que el accidente ocurrió y que el daño se produjo por causa o culpa o falla exclusiva de la entidad demandada. En este caso, la carga de la prueba se transfiere a la parte demandada para que esta demuestre lo contrario, como nos enseña y ordena la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Como se sostiene con las pruebas aquí citadas y confesadas por la misma parte demandada, no cabe duda que existe el nexo causal, que encausó el daño que nos recibió, en forma directa, por omisión o por conducta permisiva a través de los funcionarios que tenían allí.

En el mismo sentido, se puede concluir con esta declaración del mismo empleado de la línea férrea de Ciénaga, está confirmando con ante este juzgado, QUE EXISTÍAN VIGILANTES, los cuales vieron al anciano de 67 años (folio 470) señor Sigifredo, que iba a atravesar la

línea férrea A SABIENDAS que el tren se aproximaba a ese lugar Y NO LO IMPIDIERON; confiesa este testigo que ante el peligro inminente podían llamar a la central con el equipo de radio comunicaciones que tenían PARA QUE EL TREN SE DETUVIERA y, tampoco lo hicieron. Por el contrario, actuaron los vigilantes en forma activa, en forma pasiva o en forma permisiva y, esta o cualquiera de las fallas citadas produjeron un daño antijurídico como lo ordenan el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el anterior código administrativo y el artículo 140 del C.P.A.C.A. (...)"

1.3.2.- La parte demandada:

1.3.2.1.- Fenoco S.A S.A E.S.P (fls. 517 -609, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, especialmente el referido a que el daño se ocasionó en virtud de la culpa exclusiva de la víctima en los siguientes términos:

"(...) De lo hasta aquí expuesto, se tiene que el hecho y la conducta desplegada por la víctima consistente en adentrarse a la vía férrea y su zona de seguridad de manera imprudente y pese a haber tenido conocimiento del tránsito próximo de trenes, contrarió abiertamente las disposiciones descritas y, en especial el artículo 58 de la Ley 769 de 2002, vigente Código Nacional de Transito, norma que establece:

"Los peatones no podrán ocupar la zona de seguridad y de protección de la vía férrea, la cual se establece a una distancia de 12 metros de lado y lado de la vía férrea"

Resulta claro entonces, que el hecho generador consistente en la intromisión a la vía férrea en una estructura destinada exclusivamente para el tránsito férreo, contradice y viola las normas descritas en el sentido de que con su actuar, la víctima desconoció las normas transcritas con anterioridad conforme a las anteriores normas, se puede concluir que el ordenamiento jurídico prohíbe expresa e insistentemente a los peatones ingresar y permanecer en la vía férrea. De lo anterior, se desprende necesariamente que la conducta de la víctima fue contraria a tales prohibiciones, de forma tal que constituye una conducta ilegal. Así mismo, fue una conducta imprudente, pues la víctima no evaluó el daño que podía sufrir, a pesar de ser previsible para cualquier persona, o se expuso al mismo confiando de forma negligente en poder evitarlo. (...)

Igualmente insistió en la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en los siguientes términos:

"Analizando los presupuestos fácticos y jurídicos del caso, se tiene que de ninguna manera FENOCO tuvo o ha tenido injerencia dentro de la Litis planteada por el demandante, toda vez que, es una sociedad comercial anónima y no una entidad pública de la cual pueda predicarse la falta o falla del servicio, teoría aplicable solo a entidades públicas.

(...) Desde la demanda, la parte actora circunscribe la ocurrencia del lamentable accidente a un escenario de la actividad ferroviaria; actividad peligrosa de la que advertimos, FENOCO, no es guardián. En el proceso se acreditó que los hechos que motivan la presente demanda ocurrieron en su supuesto e concurrencia de una actividad peligrosa que no era controlada por mi representada y un hecho exclusivo y culposo de la víctima, por el que FENOCO, no está llamada a responder.

(...) No obstante la claridad de la relevancia causal del hecho exclusivo y culposo de la víctima, es importante resaltar que la actividad peligrosa vinculada con el accidente no hace responsable a mi representada, por no tener FENOCO, la guarda ni el control de la conducción de los trenes que transitan por la red de férrea concesionada, cuya dirección intelectual corresponde exclusivamente a DRUMMOND. Por lo anterior, es claro que el guardián de la actividad peligrosa en este caso es la también demandada DRUMMOND mientras que FENOCO no desarrolla actividad peligrosa alguna.

Debe entenderse que la operación de esas máquinas comporta el ejercicio de diversas

actividades peligrosas, debiendo determinarse la persona que dirige intelectualmente cada una de ellas, si se quiere atribuir responsabilidad civil, pero dado que en este caso FENOCO no actuaba como operador de un tren, no es posible atribuir responsabilidad por una actividad peligrosa.

Aunque se trata de una infraestructura enorme, dentro de ella es dable distinguir actividades que están a cargo de FENOCO de otras que están bajo el control de las empresas operadoras del transporte ferroviario. Tal como se demostró en el proceso, está bajo la dirección de los operadores, por ejemplo, la conducción de los trenes, no solamente por ser de propiedad de ellos, sino porque sus tripulantes, quienes en últimas son los que determinan la conducción de los mismos, son sus empleados. Adicionalmente, son esas mismas empresas de transporte las que se encargan del mantenimiento de los vehículos y las que los despachan.

En este contexto, el poder de dirección y control de FENOCO sobre el manejo del tren se agota en establecer la ruta que ha de seguir de una estación a otra y demás instrucciones que se deban dar para su correcto tránsito, pues solamente en esas circunstancias tiene la posibilidad de impedir que se ocasionen accidentes y de evitar la causación de un perjuicio. Los actos de los maquinistas y la operación de tránsito y circulación del tren, como tal, no corresponden a la esfera intelectual de FENOCO.

(...) Así en el contrato de concesión se abrió la posibilidad de que terceras personas ejecutaran, de manera independiente a FENOCO, las actividades necesarias para la conducción de trenes y para el mantenimiento de los equipos de transporte (clausula 45). Para materializar el deseo de esos terceros, dichas empresas tendrían que suscribir acuerdos con el concesionario (clausula 46). Adicionalmente, en el mismo contrato de concesión se hizo referencia expresa a la imposibilidad de imputar responsabilidad civil a FENOCO por los daños que causara ese tercero operador. (...)”

1.3.2.2.- Llamado en garantía – Seguros Generales Suramericana S.A , (fls. 610 - 613), reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, especialmente el referido a la ausencia de legitimación en la causa por activa de los accionantes como quiera que no acreditan la calidad con la que actúan.

Adicionalmente, reiteró que en el asunto de la referencia se concreta el rompimiento del nexo causal, como quiera que, el daño es atribuible exclusivamente a la culpa de la víctima.

1.3.3.- Concepto del Ministerio Público

El delegado del Ministerio Publico ante este Despacho emitió concepto desfavorable a las suplicas de la demanda, por cuanto, a su juicio, los medios de prueba no son suficientes para acreditar la responsabilidad pretendida.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Problema jurídico.

En el asunto de la referencia se debe entrar a dilucidar si la responsabilidad por la muerte del señor SIGILFREDO MODESTO MARTÍNEZ, ocurrida el día 20 de mayo de 2006, en el sector conocido como La Aguja entre los municipios de Ciénaga y Zona Bananera en el Departamento del Magdalena es atribuible a las entidades demandadas y la entidad vinculada —Agencia Nacional de Infraestructura—, de acuerdo con sus obligaciones legales y contractuales respecto de los linieros que a juicio de la parte demandante, convencieron a la víctima de atravesar la vía férrea sin tener certeza de la proximidad del tren 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 —Compañía Suramericana de Seguros S.A. y CONFIANZA S.A.—deben responder de acuerdo con la vinculación —legal o contractual—que éstas tengan con el llamante.

2.2.- 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 ibídem 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 el supervisor de los linieros de las empresas férreas lo condujo a cruzar. 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

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)

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 egida de la falla del servicio, obedeciendo la imputación efectuada por los demandantes.

2.5.- Pruebas.

2.5.1.- Pruebas documentales

- CD que contiene copia del contrato de concesión N° 0-ATLA-0-99 del 9 de septiembre de 1999 y los otros sí N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 adicionales al contrato de cesión. Asimismo, incluye copia del acta de iniciación 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.

- Copia autentica del Registro Civil de Defunción del señor Sigilfredo Modesto Martínez, con lo cual se acredita su muerte el día 20 de mayo de 2006. (Fl. 19 Archivo PDF 001)

- Copia autentica de los Registros Civiles de Nacimiento de los señores Elina María Díaz Suarez, José Gregorio Díaz Suarez, Sigilfredo Modesto Díaz Suarez, Geiner De Jesús Díaz Suarez, Tulia Del Rosario Díaz Suarez, Rosnelly Díaz Suarez y Yennifer Díaz Suarez con lo cual se acredita que son hijos de los señores Sigilfredo Modesto Díaz Martínez y Elina María Suarez Vega. (Fls. 20- 26 Archivo PDF 001)

- Declaración extraproceso rendida el día 17 de noviembre de 2006 por los señores Carlos Arturo Niebles Villar y Gida María Manga De La Rosa ante la Notaría Única del Circulo de Ciénaga, donde manifestaron lo siguiente: "*(...) conocimos de vista, trato y comunicación al señor SIGILFREDO MARTINEZ, fallecido el día veinte (20) de mayo de 2006, quien convivía en unión libre con la señora ELINA MARÍA SUAREZ VEGA, desde hacía más de treinta (30) años. **TERCERO.-** Manifestamos que de ellos tenemos sabemos y nos consta que la mencionada señora dependía económicamente de su compañero permanente. **CUARTO.-** Por el conocimiento que de ellos tenemos sabemos y nos consta que los señores TULIA DEL ROSARIO, GEINER DE JESÚS, ROSNELLY ESTHER, ELINA MARIA, JOSE GREGORIO, JENNIFER MARIETH Y GIGILFREDO MODESTO DIAZ SUAREZ, HIJOS DE LA SEÑORA ELINA MARÍA SUAREZ VEGA, son hijos de crianza del señor SIGIFREDO MARTINEZ (...)*" (Fl. 27 Archivo PDF 001)

- Declaración extraproceso rendida el día 17 de noviembre de 2006 por los señores Alfonso Peña Pereira y Evert Enrique García ante la Notaría Única del Circulo de Ciénaga, donde manifestaron lo siguiente: "*(...) el día veinte (20) de mayo de 2006, cuando era aproximadamente las seis (6) de la mañana, viajaba desde ciénaga a la Zona Bananera a trabajar en la finca La Pretoria, en compañía del señor SIGIFREDO MARTINEZ. **TERCERO.-** En el puente férreo, Sector de la aguja las Empresas DRUMOND Y FENOCO tienen dos (2) linieros o celadores de líneas férreas para prevenir a las personas de la presencia del tren, e identificándole cuando deben cruzar la línea férrea. **CUARTO.-** Cuando llegamos hasta el lugar del puente férreo de la aguja en compañía del señor antes mencionados, los linieros que se encontraban en el sitio nos previnieron de la presencia del tren, pero en ese instante el Supervisor de los celadores que se encontraban en el sitio, nos dijo que podíamos cruzar la línea y nos incitó hacerlo, ya que él las cruzo y nos dijo que podíamos hacerlo porque el tren venía lejos. **QUINTO.-** En vista de lo anterior relatado nos dispusimos a cruzar el puente de la línea férrea con las bicicletas en que nos transportábamos, pero lo hicimos a pie, primero el señor CARLOS ALFONSO PEÑA PEREIRA, de segundo el señor EVERT GARCIA y tercero el señor SIGIFREDO MARTINEZ, cuando miramos hacia atrás el señor SIGIFREDO MARTINEZ se encontraba tirado en la línea y tratando de levantarse, y al hacerlo volvió a caerse nuevamente y en ese mismo momento cruzó el tren arrollándolo de manera aparatosa, estrellándolo en uno de los muros del puente, quedando muerto en forma instantánea (...)*" (Fl. 28 Archivo PDF 001)

- Declaración extrapoceso rendida el día 4 de diciembre de 2007 por los señores MARIA INDALECIA TEJADA ALBOR y SIGILFREDO ANTONIO TEJADA ALBOR ante la Notaría Segunda del Circulo de Santa Marta, donde manifestaron lo siguiente: "1°. *Que conocimos de trato y comunicación en Ciénaga Magdalena, a los señores SIGILFREDO MODESTO MARTINEZ y ELINA MARIA SUAREZ VEGA desde hace mas de 20 años, como compañeros permanentes bajo un mismo techo y unión.* 2°. *Que sabemos y nos consta, que de la unión existente entre los citados señores, nacieron los siguientes hijos que por descuido o error de sus padres no los registraron, señores: SIGILFREDO MODESTO, TULIA DEL ROSARIO, GEINER DE JESUS, ROSNELY ESTHER, ELINA MARIA, JOSE GREGORIO y YENNIFER MARTED DIAZ SUAREZ, criados por los citados señores con todo el amor fraternal y compartiendo todos los momentos buenos y malos de la vida.* 3°. *Que sabemos y nos consta, que el día 20 de Mayo del 2006 aproximadamente a las 6 de la mañana, se produjo un accidente por un tren o locomotora en la Vía de Ciénaga a la Zona Bananera, en el cual se causó la muerte al señor SIGILFREDO MODESTO MARTINEZ,* 4°. *Que sabemos y nos consta que la causa del accidente y muerto citada, se debió a culpa de los vigilantes y ayudantes que tiene contratados la empresa Drummond o empresas que explotan la vía férrea y transportan por ese sector vía a santa Marta, con el Carbón del Cesar, por lo cual uno de estos trabajadores indujo y llevó a este señor SIGILFREDO a que cruzara el puente, no percatándose del inminente peligro de la proximidad del tren, por lo cual SIGILFREDO en su cruce, se enredó y se cayó, no pudiéndose parar y correr rápidamente para salir a uno de los lados del puente, lo que indujo a que llegara el tren en ese momento que venía a alta velocidad, produciéndose el accidente de cuyo impacto mató instantáneamente a este ciudadano.* 5°. *Que sí los citados vigilantes no hubieran cometido el grave error de guiar mal o inducir a este ciudadano, de haber existido pitos y señales que indicaran la presencia del tren en los sitios de peligro y demás señales que previenen el cruce de los ciudadanos por ese sector y en al forma en que se encontraba la línea, jamás se hubiera producido el accidente y muerte de este señor.* 6°. *Que sabemos y nos consta que la muerte de este señor SIGILFREDO MODESTO MARTINEZ, ha causado en su compañera permanente y en todos sus hijos biológicos o de crianza en caso de no tenerse como biológicos, los mas grandes perjuicios morales por el dolor, el llanto, la soledad, la angustia y todo quebranto psicológico además de ver destrozado su ser querido. Y, perjuicios materiales para su compañera permanente citada porque dependía económicamente del causante (...)"* (Fls. 29- 30 Archivo PDF 001)

- Copia de la póliza de seguros N° 1000000036201 de Agrícola de Seguros S.A., expedida el 8 de noviembre de 2005 cuyo tomador y asegurado es Ferrocarriles del Norte de Colombia- FENOCO-, y su vigencia es del 29 de septiembre de 2005 al 29 de septiembre de 2006. (Fls. 45- 47 Archivo PDF 001)

- Certificado de Existencia y Representación Legal de DRUMMOND LTD. (Fls. 50- 56 Archivo PDF 001)

- Plano de la secuencia del accidente emitido por Interglobal Seguridad y Vigilancia LTDA. (Fls. 64- 70 Archivo PDF 001)

- Copia de la póliza de seguros N° 01 1508280 certificado 01 XN000592 de CONFIANZA S.A., expedida el 10 de junio de 2006 cuyo tomador es DRUMMOND LTD, la entidad asegurada y beneficiaria es el Instituto Nacional de Concesiones- INCO-, del mismo modo son beneficiarios los terceros afectados, su vigencia es del 5 de junio de 2008 al 5 de junio de 2009. (Fl. 74 Archivo PDF 001)

- Copia de la póliza de seguros N° 01 1508280 certificado 01 A1775847 de CONFIANZA S.A., expedida el 31 de mayo de 2005 cuyo tomador es DRUMMOND LTD, la entidad asegurada y beneficiaria es el Instituto Nacional de Concesiones - INCO-, del mismo modo son beneficiarios los terceros afectados, su vigencia es del 5 de junio de 2005 al 5 de junio de 2006. (Fl. 75 Archivo PDF 001)

- Copia del certificado de Representación Legal de CONFIANZA S.A., expedido por la Superintendencia Financiera. (Fl. 76 Archivo PDF 001)
- Certificado de Existencia y Representación Legal de CONFIANZA S.A. (Fls. 77- 96 Archivo PDF 001)
- Copia acta de entrega 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. 122- 124 Archivo PDF 001)
- Copia acta de iniciación 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. 125- 126 Archivo PDF 001)
- Decreto 1791 del 26 de junio de 2003, por medio del cual, el Ministerio de Transporte suprimió la Empresa Colombiana de Vías Férreas (fls. 127- 137 Archivo PDF 001).
- Resolución N° 0048 del 10 de septiembre de 2003, por medio del cual, Ferrovías en liquidación cedió el contrato de concesión N° 0-ATLA-00-99 de la red férrea del Atlántico al Instituto Nacional de Concesiones -INCO-. (fls. 138- 140 Archivo PDF 001).
- Noticia N° 31- 2006 del día 20 de mayo de 2006 en la cual se reporta *"ARROLLAMIENTO A PERSONA POR TREN 66204 (P.K. 925 PO, entre estaciones Río Frío y Ciénaga) OPERADOR AFECTADO: DRUMMOND LTD. (...) HECHOS: Tren 66204 que circulaba de estación Puerto Drummond a estación La Loma.- Inició recorrido de Puerto Drummond a las 05:15 horas.- A las 05:31 horas, a la altura del P.K. 925 PO, cabecera sur Puente Aguja, se produce el arrollamiento y muerte de una persona de sexo masculino, de 67 años de edad, natural de Riohacha (La Guajira), quien residía en Ciénaga, en el barrio Nancy Polo, en la calle 13 con carrera 14, se desempeñaba como jornalero en la Finca La Petrolea, Identificado con cédula de ciudadanía número 17.808.668 y en vida respondía al nombre de SIGIFREDO MODESTO DÍAZ. La persona afectada, al igual que sus dos acompañantes, quienes resultaron ilesos, hicieron caso omiso de las advertencias de proximidad del tren, realizadas por el personal de vigilantes de la vía, "Linieros", e Imprudentemente procedieron a atravesar el puente con las bicicletas en hombros.- El tren golpeó a la persona citada, arrojándola sin vida, hacia la margen Izquierda de la vía debajo del puente. (...)"* (Fls. 141- 145 Archivo PDF 001).
- Certificado de Existencia y Representación Legal de Ferrocarriles del Norte de Colombia – FENOCO S.A- (Fls. 146- 151 Archivo PDF 001)
- Copia del certificado de Representación Legal de CONFIANZA S.A., expedido por la Superintendencia Financiera. (Fl. 188 Archivo PDF 001)
- Copia de las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual expedida por CONFIANZA S.A. (Fls. 189- 192 Archivo PDF 001)
- Copia del certificado de Representación Legal de Seguros Generales Suramericana S.A., expedido por la Superintendencia Financiera. (Fls. 233- 234 Archivo PDF 001)
- Resolución N° 0810 del 4 de junio de 2007, por medio del cual, las Compañías Agrícola de Seguros S.A. y Agrícola de Seguros de vida S.A., ceden los activos, pasivos, contratos y cartera de seguros a las Compañías Suramericana de Seguros S.A., Suramericana de Seguros de Vida S.A., y Suramericana Administradora de Riesgos Profesionales y Seguros de Vida S.A.- SURATEP-. (Fls. 235- 240 Archivo PDF 001)
- Copia autentica de la Escritura Pública N° 4476 de 13 de septiembre de 1991, expedida por la Notaría 23 de Bogotá; a través de la cual DRUMMOND LTD y Ferrovías suscriben el contrato operacional para transporte privado tramo La Loma- Santa Marta -. (Fls. 299- 432 Archivo PDF 001)

- Oficio FNC-0558 del 10 de mayo de 2011 a través del cual el presidente de FENOCO S.A., emite respuesta al oficio N° 0239 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta, indicando lo siguiente: "(...) *La vía férrea a que hace referencia su oficio, corresponde a la Red Férrea del Atlántico, específicamente al tramo que de Chiriguaná conduce a la ciudad de Santa Marta. Tal infraestructura, fue concesionada a Ferrocarriles del Norte de Colombia, con ocasión de la suscripción del Contrato de Concesión suscrito entre Ferrovías (hoy INCO) y Fenoco S.A el 9 de septiembre de 1999 (...)*" (Fl. 437 Archivo PDF 001)

- Fotografías del lugar de los hechos aportadas por el señor Carlos Alfonso Peña Pereira dentro de la de la audiencia de recepción de testimonio adelantada mediante despacho comisorio por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga, el día 31 de mayo de 2011. (Fls. 466- 469 Archivo PDF 001)

- Reporte del accidente ferroviario acaecido el 20 de mayo de 2006 en el puente aguja, allí Jorge Garzón H empleado de DRUMMOND LTD, indicó: "*Fecha: 20 de Mayo, 2006 Hora: 05:31 Lugar: Km.925-0 extremo sur Puente Aguja Servicio: 66204 2105/2104 Set. Braulio. Tripulantes del tren: José Quiroz, Ingeniero de Locomotora; Rafael Bayter, Auxiliar del Ingeniero de Locomotora. Hechos: 05:31 José Quiroz, Ingeniero de Locomotora del servicio 66204 informó que en el extremo sur de Puente Aguja el tren arrolló a una persona que estaba caminando a lo largo del puente. 05:32 José Benavides, Supervisor Móvil 1 informó que la persona que fue atropellada por el tren estaba muerta y debajo del puente hacia la parte izquierda de la vía férrea principal. 05:33 Diego Torres, Supervisor de Viginorte, confirmó que la persona atropellada por el tren era un hombre de aproximadamente 67 años de edad. El Supervisor informa que Luis Cardozo era el guardia en turno de la vía férrea; José Benavides, Supervisor Móvil y el mismo le advirtieron a tres personas de no caminar a lo largo del puente toda vez que el tren se acercaba al lugar. La persona afectada, al igual que sus compañeros, no obedecieron la advertencia dada por el personal de seguridad y procedieron a caminar llevando sus bicicletas en sus hombros. 05:45 Esto es informado a Yaneth Beleño, Policía de Ciénaga para llevar a cabo el correspondiente levantamiento del cadáver. 07:25 Una hora más tarde llega al lugar el personal de la Sijín de Ciénaga para llevar a cabo el levantamiento del cadáver. 08:22 La funeraria "Santa Marta" recoge el cadáver en el lugar de los hechos. Información sobre la persona muerta Nombre SIGIFREDO MODESTO DIAZ (...)*".. (Fls. 22- 32 Archivo PDF 002)

- Oficio FNC-472-2014 a través del cual el presidente de FENOCO S.A., emite respuesta al oficio N° 844 remitido por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, indicando lo siguiente: "(...) *el corredor férreo Concesionado a FENOCO S.A., comprende el trayecto comprendido entre el municipio de Chiriguaná en el departamento del Cesar Pk. 722+935 (referencia férrea) hasta la ciudad de Santa Marta Pk. 968+831. El trazado férreo no comprende ni pasa por el municipio de la Jagua de Ibiríco en el departamento del Cesar. 2. Uso del Corredor Férreo: El corredor férreo Nacional es utilizado para el transporte público de carga en la actualidad, sin embargo, estas líneas férreas se encuentran habilitadas para que en su momento se preste adicionalmente el transporte público de pasajeros. 3. Mantenimiento: El mantenimiento de estas líneas es una obligación contractual del Concesionario, tarea mediante la cual se realizan todos los trabajos necesarios para que se encuentre en condiciones óptimas de operación. 4. Operación: Se realiza a través del Centro de Control de Operaciones, el cual a través de un sistema automatizado vela porque el tránsito de los equipos férreos se realice de forma coordinada y segura tanto para los operadores como de terceros. 5. Administración y explotación: El corredor férreo nacional es administrado por el Concesionario Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.- FENOCO S.A., bajo las facultades contenidas por el contrato de Concesión suscrito con la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI- (...)*"

- Certificado que refleja la situación actual de Seguros Generales Suramericana S.A., expedido por la Superintendencia Financiera. (Fls. 78- 81 Archivo PDF 002).

- Certificado de Existencia y Representación Legal de Seguros Generales Suramericana S.A. (Fls. 2- 13 Archivo PDF 003)

- 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-INCO-. (Fls. 1- 85 Archivo PDF 008).

- Resolución 1529 del 8 de noviembre de 2017, por medio del cual, el Ministerio de Transporte delega unas funciones en las Vicepresidencias de la Agencia Nacional de Infraestructura y se adoptan otras disposiciones. (Fls. 5- 10 Archivo PDF 009).

2.5.2.- Pruebas testimoniales

- Declaración jurada rendida por el señor Carlos Alfonso Peña Pereira ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga- Magdalena, el día 31 de mayo de 2011, dentro de la diligencia de despacho comisorio N° 9, allí narró lo siguiente: *"Nosotros salimos de la casa a las 5:30 de la mañana y veníamos al trabajo por el costado de la línea. Al llegar a la cabecera del puente el vigilante de turno nos advirtió sobre la presencia del tren, mas sin embargo había un supervisor quien nos indicó que teníamos tiempo de pasar. Nosotros le dijimos que no, que preferíamos esperar, El insistió tanto que se subió a la línea, caminó hasta la mitad y se devolvió. Cuando él se devuelve nosotros nos decidimos a pasar. El señor Díaz, Ever García y mi persona. Cuando yo pasé que iba adelante y volteo veo al señor Díaz tirado en la línea, al parecer se tropezó con algo y fue cuando el tren lo golpeo, lo arrollo. (...) PREGUNTADO: Manifieste al Despacho sí en el lugar donde ocurrió el accidente era paso obligatorio para los que transitan ese lugar, CONTESTO: Obligatorio. PREGUNTADO: Por qué era obligatorio. Las razones, CONTESTO: **Era obligatorio por lo que hay una quebrada y era el único sitio por el que uno podía pasar por encima del puente.** PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho sí en el tiempo en que ocurrió el accidente donde falleciera el señor SIGILFREDO existía señalización o alguna talanquera que impidiera al peatón cruzar la línea cuando venía el tren, CONTESTO: No. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho sí tiene conocimiento que en la actualidad en el mismo sitio donde atropellara el tren al señor SIGILFREDO existe hoy señalización o algún puente peatonal para el tránsito de personas. CONTESTO: Si hay y aquí hay pruebas visuales. (...) PREGUNTADO: Manifieste al Despacho sí ustedes se encontraban cruzando o transitando sobre la línea férrea al momento de ocurrir el accidente, CONTESTO: íbamos por encima de la línea férrea. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho sí desde su conocimiento las prohibiciones o normas que contempla el Código Nacional de Tránsito o en general todas aquellas que advierten sobre la prohibición de transitar sobre el corredor férreo o sus áreas de seguridad. CONTESTO: No. No había ninguna clase de señalización ni nada. **Se nos advirtió la presencia del tren, pero el supervisor nos incitó a pasar**(...)" (Fls. 462-463 Archivo PDF 001)*

- Declaración jurada rendida por el señor José Jesús Benavides Pacheco ante el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, el día 2 de septiembre de 2014, en la cual narró lo siguiente: *"(...) en ese tiempo yo era supervisor de la empresa Interglobal, mi función era supervisar y vigilar la vía férrea y hacer el control del personal de vigilancia, yo tenía un recorrido establecido desde el puente rio Toribio hasta el kilómetro 907 puente los Mellos, jurisdicción Orihueca, eran las cinco de la mañana cuando me encontraba en el puente aguja kilómetro 925 y ya venía de regreso para Toribio (Norte) yo venía de sur a norte, ya los vigilantes se encontraban de relevo, yo no porque yo hacia el relevo a las 6 y media y siete de la mañana. En ese momento aparecen tres personas, de las tres personas son las primeras que pasan por el puente aguja, ya teníamos conocimiento venía que un tren de norte a sur, todos los días pasaban por ahí, porque eran jornaleros de la finca, **era un paso obligado para ellos, cuando ellos iban a pasar ellos acostumbra a preguntar al vigilante de turno que si viene algún tren, el vigilante le dijo de a ellos, si ahí viene unos. Ya por ahí debe ir asomándose. Ha dicho el señor, el que murió, que mejor es perder cinco minutos y no la vida en cinco minutos. Yo había llegado en el momento para reportarme ante la central de comunicaciones de Drummond, con el fin de ir demostrando la ubicación que llevaba. Yo le corroboré al vigilante para que él, les transmitirá a los tres señores que venía un tren. Los dos***

muchachos que iban con el señor Sigifredo eran más jóvenes, ellos llevaban más prisa y cogieron una bicicleta cada uno y cruzaron el puente, y ellos le manifestaron al señor Sigifredo que sí se iba a pasar o se queda ahí, ellos le dijeron tu alcanzas a pasar; dale, el señor Sigifredo estaba indeciso, pero decidió pasar, él no toma la bicicleta como la tomaron los dos muchachos, él tomó la bicicleta la colocó sobre el riel y la iba llevando por encima del riel; se le resbaló la bicicleta, la primera porque fueron tres veces que se le resbalo la bicicleta, nuevamente la colocó para seguir su curso, cuando ya en la segunda, el tren se asomó; el tren acostumbra a hacer sus pitazos, cuando ve personas a delante de él y ese día pitó suficientemente, que creo que el señor Sigifredo se aturdió, volvió y se resbaló por tercera vez, él cayó en medio de las traviesa de maderas que lleva el puente, y cayó sentado, el tren estaba a 500 metros de distancia. (...) el tren llegó enseguida, lo golpeó y lo sacó de donde él estaba incrustado y lo estrelló contra el muro que sostiene el puente (...) PREGUNTADO: manifieste al declarante si dentro de sus funciones se encontraba la de guiar a los transeúntes para que su paso por lavía férrea que vigilaba fuera seguro CONTESTO: guiar no, mi función era informar, dar una charla de pedagogía de cuál era el peligro de pasar puentes pontones (...) PREGUNTADO: manifieste al Despacho si el día 20 de mayo de 2006 convenció al señor Sigifredo Modesto Martínez, para que atravesara el puente Aguja para alcanzar su destino final CONTESTO. **Nosotros lo habíamos convencido para que no pasara porque ya teníamos la información que el tren ya venía, si no es por los dos compañeros, el señor no pasa. (...)** PREGUNTADO, indique al Despacho si los jornaleros tienen otras alternativas de paso para transitar de sus hogares a la finca donde trabajan CONTESTO **sí lo hay, hay un camino que queda antes del puente Aguja, aproximadamente a 750 metros, queda a mano derecha de norte a sur, antes de llegar al puente aguja (...)** PREGUNTADO: puede el tren evitar un obstáculo que se presente en la vía férrea CONTESTO: no, es imposible por la velocidad y la carga. PREGUNTADO: puede el tren cargado o así sean vacíos 110 vagones tres locomotoras, frenan intempestivamente. CONTESTO: no, porque es un peligro para la tripulación." (Fls. 48- 53 Archivo PDF 002)

- Declaración jurada rendida por el señor Luis Mariano Cardozo Ruiz ante el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta, el día 2 de septiembre de 2014, en la cual narró lo siguiente: "(...) los señores Silfredo, Ever García y Carlos Peña se dirigían a las fincas donde ellos laboraban; los señores iban a pasar el puente Aguja y le hicimos la advertencia de que no fueran a pasar el puente porque venía un tren, los señores también se dieron cuenta de que venía el tren como a dos kilómetros. Ellos expresaron que me mejor esperaban que el tren pasaba en cinco minutos y no perder la vida en cinco minutos, eso fue lo que expresaron todos. Ellos estaban esperando a que el tren pasara y los dos señores Ever García y Carlos Peña iban en bicicleta cada uno. Estos señores se pusieron las ciclas al hombro y cruzaron el puente; al ver que el señor Silfredo vio que los dos muchachos cruzaron el puente, él decidió cruzar el puente, cuando nos dimos cuenta que ya el señor estaba en la mitad del puente sentado sobre el riel, le gritamos al señor que se tirara hacia la quebrada; estaba el señor Benavides y también estaba el señor Lindo Acosta y el señor Diego Torres, Auditor de Drummond. El señor Silfredo intentaba pararse, pero las piernas no le daban, no sé si eran los nervios, bueno fue cuando el tren lo golpeó y lo estrelló con el muro del puente y cayó allá abajo. (...) PREGUNTADO: manifieste el declarante, si dentro de sus funciones se encontraba la de guiar a los transeúntes para que su paso por la vía férrea que vigilaba, fuera seguro: CONTESTO: **sí, yo cuidaba el puente y personas que fueran a cruzar el puente le hacía la advertencia que no fueran a cruzar cuando viniera el tren.** PREGUNTADO: manifieste al Despacho si el día 20 de mayo de 2006 convenció al señor Sigifredo Modesto Martínez, para que atravesara el puente Aguja y alcanzar su destino final. CONTESTO. **No, le hicimos la advertencia de que no fueran a pasar el puente porque venía el tren. Cuando el tren venía cerca como a un kilómetro, los señores decidieron pasar por el puente.** PREGUNTADO: diga el declarante con qué tipo de equipos contaba en ese momento para determinar la proximidad del tren hacia el lugar en el que se produjo el accidente del señor Sigilfredo Martínez. CONTESTO: teníamos una bandera roja y el equipo de radio con el que uno podía avisar a la central para que le avisen a los maquinistas y en ese caso puedan detener el tren (...) PREGUNTADO: informe el

declarante al Despacho sí cuando los vigilantes de la vía férrea eran informados de la proximidad de un tren colocaban algún tipo de aviso o de advertencia o de prohibición de paso para los transeúntes. CONTESTO: no, lo colocaban, solo le advertíamos al personal que venía el tren, que no fueran a cruzar el puente, porque venía el tren (...)"(Fls. 54- 57 Archivo PDF 002).

2.5.3.-Pruebas Periciales

- Informe del perito Ingeniero Civil Carlos Manuel Polo Jiménez emitido el 8 de septiembre de 2015, en el cual narró lo siguiente: "(...) 1. **UBICACIÓN DEL LUGAR DEL ACCIDENTE.** R/El lugar del accidente se encuentra ubicado en el Municipio de Ciénaga, sector de la quebrada La Aguja, en la intersección de la vía del ferrocarril con esta quebrada. El puente de la vía férrea se encuentra en la abscisa K 950+000, medida desde el K0+000, en la estación de La Sabana (Bogotá). Se nota al momento de la visita pericial que existe un ramal de desvío (suiche) y el sistema principal de transporte del ferrocarril. 2. **CONDICIONES DE VISIBILIDAD,** R/ Se realizó la visita pericial al sitio de los acontecimientos, desde las 4:45 a. m. hasta las 6:30 a. m. para verificar las condiciones de visibilidad del sitio. Se anota que las condiciones de visibilidad en el sector a la hora del accidente (5:30 a. m.) el día de la visita, eran escasas; mucha oscuridad para los peatones del sector. También es preciso anotar que la visibilidad no es igual durante todo el año, en el mismo sitio y a la misma hora. Esto depende del POSICIONAMIENTO SOLAR DURANTE EL AÑO, EN EL CUAL EL SOL EN SU RECORRIDO Y APARICIÓN DIARIA, HACE QUE LAS CONDICIONES DE VISIBILIDAD SEAN DIFERENTES EN LAS VARIADAS ÉPOCAS DEL AÑO. El equinoccio es el momento del año en que el Sol forma un eje perpendicular con el ecuador y en que la duración del día es igual a la de la noche en toda la Tierra. (...) 3. **EXTENSIÓN DEL RECORRIDO DEL PUENTE.** R/El puente tiene varias pilas que determina una luz total de 18,00 metros; entre la pila Norte y la Central 10,00 metros y entre la pila Central y la pila Sur 8,00 metros. Además, existen dos aproches en ambas cabeceras de 6,70 metros cada uno, lo que en total da una distancia de 31,40 metros de longitud. Ancho de la vía es de 2,40 metros. 4. **LUGAR DONDE PUDO SUCEDER EL IMPACTO DEL ACCIDENTE.** R/ Por los relatos y versiones recogidas de los documentos del expediente, la víctima al enredarse en la estructura de las traviesas del puente, y caer en este fue arrollado por el tren con la posibilidad de ser el sitio en el sector de la mitad del puente al extremo sur del puente (...)"(Fls. 82- 89 Archivo PDF 002).

- Informe del perito Ingeniero Civil Nelson Rivas Correa emitido el 28 de julio de 2016, en el cual narró lo siguiente: "(...) 1. **UBICACIÓN DEL LUGAR DEL ACCIDENTE.** Al efectuar la visita al sitio donde ocurrió el accidente, pudimos establecer la ubicación del sitio en mención. Se trata de la intersección de la vía ferroviaria, con la quebrada denominada la Aguja, cuyas coordenadas geográficas son: 10.953 N de latitud Norte - 74.210 W de longitud Oeste, Proyección Gauss-Kruger, Transversa de Mercator, origen Bogotá, y con un abscisado desde la estación de la Sabana, que comienza en el abscisado K0+000 en Bogotá, hasta el sitio del siniestro, abscisado K950+000. 2. **CONDICIONES DE VISIBILIDAD (...)** el concepto de visibilidad para este caso, está referida al posicionamiento relativo del 501 sobre la tierra, el cual varía en todo el año, esto hace que la visibilidad de un punto sobre la tierra cambie durante todo el año y durante las 24 horas del día, concluyendo que todos los días, y a las veinticuatro horas hay un valor de visibilidad diferente para ciertos sectores de un punto geográfico. Ahora bien, la locomotora del convoy posee unas luminarias que ayudan a mejorar el concepto de Visibilidad a lo largo de su recorrido sobre la vía, en un rango aproximado de 400 metros, esto pone en evidencia la presencia de dicha locomotora. y por supuesto amplía el espectro de visibilidad del conductor. 3. **EXTENSIÓN DEL RECORRIDO DEL PUENTE.** (...) posee un ancho de 2.40 metros, y consta de tres pilas con diámetro aproximado de 1 metro, con las siguientes longitudes: Entre la pila norte de la cabecera Norte y la central cuenta con una longitud de 10.08m. Entre la pila de la cabecera Norte y la central cuenta con una longitud de 10.08m. Entre la pila central y la cabecera sur 8.10m. Total luz del puente 18.18m. El puente en sus dos cabeceras posee aproches con longitudes de 6.60m y 6.75m, estas medidas sumadas a la luz del puente toma una longitud total de 31.53m. 4. **LUGAR DONDE PUDO SUCEDER EL IMPACTO DEL ACCIDENTE (...)** ocurrió

aproximadamente en la mitad del puente con tendencia hacia la parte sur.” (Fls. 64- 70 Archivo PDF 003).

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 Ministerio de Transporte y Ferrovías en Liquidación, así mismo, que más adelante se vinculó a 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 1º 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 propuesta por Drummond Ltda.

2.6.2.- Falta de Legitimación en la Causa (excepción propuesta por Drummond Ltda, Fenoco S.A y la A.N.I)

Advierte el Despacho, que los argumentos con fundamento en los cuales la entidad demandada —Fenoco S.A— y, la vinculada —Agencia Nacional de Infraestructura ANI— propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, así como también, FENOCO propuso la falta de legitimación por activa. Sin embargo, tales excepciones

no enervan la 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 se ordenó la vinculación de la Agencia Nacional de Infraestructura 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 asunto².

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.

2.6.3.- Culpa exclusiva de la víctima y hecho del tercero (excepciones propuestas por FENOCO S.A y DRUMMOND LTDA)

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.

2.6.4.- 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 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.

² Sentencia. 22 noviembre de 2.001 Radicación número: 5201-23-31-000-1994-615-0 I(13356) Actor BENHUR HERRERA V. Y CIA. LTDA

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."*³

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) Ciertamente, es decir aquel que es actual o futuro, no eventual.

De acuerdo con lo anterior, en el sub lite se evidencia el daño alegado por los demandantes, el cual se acredita con el registro civil de defunción del señor Sigilfredo Modesto Martínez que demuestra su muerte el día 20 de mayo de 2006⁴.

En la demanda de la referencia, los accionantes Sigilfredo Modesto Díaz Suárez, Tulia del Rosario Díaz Suárez, Geiner de Jesús Díaz Suárez, Rosnely Esther Díaz Suárez, Eliana María Díaz Suárez, Eliana María Díaz Suárez, José Gregorio Díaz Suárez y Yennifer Mariel Díaz Suárez alegan su calidad de víctimas indirectas del daño descrito en su condición de hijos biológicos de la víctima directa del daño señor Sigilfredo Modesto Martínez, también reclama su condición de víctima indirecta del daño la señora Eliana María Suárez Vega alegando ser compañera permanente de la víctima directa del daño, lo cual acredita con la declaración extrapocesal rendida por los señores Carlos Arturo Niebles Villar y Gida María Manga De La Rosa visible a folio 27 del archivo pdf 001 del expediente judicial electrónico y, la declaración extraprocesal rendida por los señores MARIA INDALECIA TEJADA ALBOR y SIGILFREDO ANTONIO TEJADA ALBOR y que obra a folios 29 – 30 archivo pdf 001.

Sin embargo, los demandantes afirman en la demanda que por un error en sus registros civiles de nacimiento el nombre del padre se inscribió como Sigilfredo Modesto Díaz Martínez y, por ello, el apellido paterno que ellos registran no es Martínez sino Díaz, en tal virtud solicitaron el resarcimiento de perjuicios por la muerte de su padre no en calidad de hijos biológicos como afirman serlo sino en calidad de hijos de crianza, aportando como prueba de tal condición igualmente las declaraciones extraprocesales que obra a a folio 27, 29 - 30 del archivo pdf 001 del expediente judicial electrónico.

³ 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.

⁴ Folio 29

Acerca de los hijos de crianza, la Corte Constitucional en sentencia T-592/97 ha señalado que la protección constitucional a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, es susceptible de ser ampliada a cualquier familia no constituida formalmente, cuando ha existido trato, afecto y asistencia mutua similares a las que se predicen de cualquier familia formalmente constituida, como sucede en la familia de hecho, también denominada de crianza.

Las características para el reconocimiento de la relación entre padres e hijos de crianza, fueron descritas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de mayo de 2002 de la Sala de Casación Laboral dentro del radicado No. 17607, Magistrado Ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez, donde se dijo:

"Importa precisar, por último, que esta condición filial que acoge la Sala exclusivamente para los efectos de la Seguridad Social, implica su comprobación en términos contundentes, de forma que quede claro que se trata de una situación verdadera v no solo aparente, con carácter de indiscutible permanencia v no el producto de un vínculo fugaz, inestable, coyuntural, oportunista o incluso fraudulento. Así, ha de emerger el ánimo inequívoco en el grupo familiar de asumir los respectivos papeles de padres e hijos, en todos los aspectos personales, morales, afectivos, jurídicos v económicos. Se excluye, por tanto, la simple convivencia si no concurre con ella una intención seria de considerarse mutuamente en una relación paterno filial. Igualmente, quien alega esta modalidad de filiación, ha de acreditar fehacientemente la dependencia económica respecto del causante pues en últimas es ella la que genera la necesidad del cobijo de la seguridad social. (Subraya y resalta la Sala).

A su turno, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 11 de julio de 2013 con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, exp: 31252, sobre el particular discurrió de la siguiente forma:

"De otro lado, en relación con los perjuicios reclamados por Eliana Maricela Restrepo Uribe y Arley Alejandro Durán Uribe, se encuentra acreditado a través de los testimonios de los señores Elda Mary Gómez, Hernando de Jesús Cortés Arredondo, y Luz Melida García Gómez que existía entre aquellos y el occiso una relación fraterna, motivo por el cual la Sala debe reiterar su línea jurisprudencial referida a que la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esa perspectiva, es posible hacer referencia a las acepciones de "padres (papá o mamá) de crianza", "hijos de crianza", e inclusive de "abuelos de crianza, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales."

Queda claro, entonces que para alegar la condición de hijo de crianza deben reunirse ciertos presupuestos a través de los cuales se permita deducir sin lugar a dudas que la relación fue permanente, verdadera y no de apariencia, es decir que el vínculo no haya sido inestable y oportunista o efímero. Además debe demostrarse que entre el padre y el hijo de crianza surgió una relación de dependencia personal, moral, afectiva y económica donde no se pueda excluir la intención de una relación paterno-filial; es decir, esta condición debe estar acreditada de manera inequívoca dentro del proceso, luego de lo cual resultaría procedente el reconocimiento de los perjuicios reclamados en virtud de tal condición.

Revisados las declaraciones extraprocesales los señores Carlos Arturo Niebles Villar, Gida María Manga De La Rosa, María Indalecia Tejeda Albor y Sigilfredo Antonio Tejeda Albor visibles a folios 27, 29 - 30 del archivo pdf 001 del expediente judicial electrónico, es evidente para el Despacho que en efecto los señores Sigilfredo Modesto Díaz Suarez, Tulia del Rosario Díaz Suárez, Geiner de Jesús Díaz Suárez, Rosnely Esther Díaz Suárez, Eliana María Díaz Suárez, Eliana María Díaz Suárez, José Gregorio Díaz Suárez y Yennifer Maried Díaz Suárez, fueron criados por el señor Sigilfredo Martínez dentro del hogar conformado por éste con la señora Eliana María Suárez Vega, estructurándose de este modo los lazos de afecto, solidaridad y dependencia propios de este tipo de relaciones.

Por lo anterior, el Despacho acepta la condición de hijos de crianza de la víctima a los señores Sigilfredo Modesto Díaz Suarez, Tulia del Rosario Díaz Suárez, Geiner de Jesús Díaz Suárez, Rosnely Esther Díaz Suárez, Eliana María Díaz Suárez, Eliana María Díaz Suárez, José Gregorio Díaz Suárez y Yennifer Maried Díaz Suárez y, en consecuencia, de que este deber ser reconocida la calidad de víctimas indirectas del daño cuya reparación se pretende.

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 acudir 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 SIGILFREDO MODESTO MARTÍNEZ. Así pues, la parte demandante centra su imputación en el hecho de que los linieros o vigilantes de la vía férrea, convencieron a la víctima de atravesar la vía férrea sin tener certeza de la proximidad del tren.

No obstante lo anterior, revisadas la totalidad de las pruebas documentales en virtud de las cuales se reporta el accidente ferroviario acaecido el 20 de mayo de 2006 en el puente aguja tales como el reporte suscrito por el señor Jorge Garzón H empleado de DRUMMOND LTD (fls. 22- 32 Archivo PDF 002) y, la Noticia N° 31- 2006 del día 20 de mayo de 2006 emitida por FENOCO, identifican como víctima de tal accidente ferroviario al señor SIGILFREDO MODESTO DÍAZ MARTINEZ y no al señor SILFREDO MARTINEZ víctima del daño cuya reparación pretenden los demandantes.

La circunstancia descrita permitiría a este Despacho concluir válidamente que, al no existir ninguna prueba que acredite las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que perdió la vida el señor SIGILFREDO MARTINEZ —que se insiste es el daño por cuya reparación se demanda y que acreditaron los accionantes como se indicó en el acápite relativo al daño—, se deben denegar las pretensiones por carencia de prueba que demuestren los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, civil y del Estado.

Sin embargo, el despacho efectuará el estudio de fondo del asunto de la referencia, privilegiando el derecho de acceso a la administración de justicia de los accionantes y, teniendo en cuenta que el documento de identidad inscrito en el registro civil de defunción del señor Sigilfredo Martinez, coincide con el documento de identidad de la víctima del accidente ferroviario inscrito en los informes en virtud de los cuales se reporta el mismo.

Dicho lo anterior, el Despacho advierte que aún cuando la imputación del daño fue circunscrita por los demandantes exclusivamente al hecho según el cual, los linieros o vigilantes ubicados en el Puente Férreo – Sector La Aguja convencieron a la víctima de atravesar la vía férrea sin tener certeza de la proximidad del tren, se hace necesario estudiar cuales son las obligaciones en cuanto a las medidas de protección para el tránsito de los peatones y otros vehículos automotores y, cuales las entidades obligadas en relación con el particular, para finalmente establecer si existió una falla en la prestación del servicio

atribuible a alguna de las entidades demandadas en virtud de la acción que alegan los demandantes.

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

El artículo 8° 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 8° dispuso lo siguiente:

"Artículo 8°: 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 4° 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 115°.- Los Ferrocarriles Nacionales de Colombia [entiéndase FERROVIAS⁵] 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 los particulares en caso de concesión de las vías férreas, colocarán señales, barreras*

⁵ Artículo 63° 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..."

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 2007⁶, 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 señalizar 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 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 Ariguaní 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 pasos a nivel⁷. Así mismo, de las normas

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente No. 16.058 Actor: Teotiste Caballero de Buitrago y otros.

⁷ Artículo 2º Ley 769 de 2002: "(...) **Paso a nivel:** Intersección a un mismo nivel de una calle o carretera con una vía férrea. (...)

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 de ser omitida eventualmente permitiría la imputación en cabeza de las entidades obligadas.

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

Habiendo determinado que sí existe una obligación de señalizar 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 1989⁸ 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:

"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 1993⁹.

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

⁸ ***"Por el cual se crea la Empresa Colombiana de Vías Férreas –FERROVIAS- y se dictan normas para su organización y funcionamiento"***

⁹ ***"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"***.

de una sucesión a cargo del Ministerio de Transporte, razón por la cual deberá decretarse la falta de legitimación en la causa respecto de esta entidad.

Por otro lado, advierte el Despacho que en el 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) – 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. 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 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) - Chiriguaná (PK 724), Chiriguaná (PK 724) - Ciénaga (PK 934), Ciénaga (PK 934) - Santa Marta (PK 969) y Puerto Berrio (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 86 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 hoy Agencia Nacional de Infraestructura —ANI— el contrato de concesión No. 0-ATLA-00-99 suscrito con la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia, razón por la cual, dicha entidad fue vinculada al presente trámite y contestó la demanda.

Con lo anterior, queda evidenciado que la competencia respecto de las obligaciones de señalización de los pasos a nivel de las vías férreas 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."

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 Infraestructura¹⁰ —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 Sigifredo Martínez, tendría que entrar a responder solidariamente con el concesionario.

Las consideraciones expuestas resultan útiles en tanto, el deber de garantizar la seguridad en el tránsito de la vía férrea incluye no solamente el deber de señalización, sino la disposición de personal guardavía que procure la seguridad de los transeúntes que deben pasar de un lado a otro de la vía férrea.

Ahora bien, como se indicó en la parte que antecede en la demanda no se alega la omisión en la señalización que garantizara el tránsito seguro de la vía férrea a la altura del el Puente Férreo – Sector La Aguja, se alega en cambio que, existió la presencia de tres sujetos que en la demanda se identifican como linieros o guardavías, quienes a juicio de los

¹⁰ Decreto 4165 de 2011 se dispuso la mutación jurídica y denominación del INCO, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1°. 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.

demandantes motivaron, condujeron o influenciaron al señor Martínez a cruzar la vía férrea sin advertir la proximidad del tren lo cual causó su muerte.

De acuerdo con lo manifestado por la concesionaria de la vía férrea —Ferrocarriles del Norte de Colombia, FENOCO S.A—, en respuesta al hecho segundo de la demanda, las personas que se encontraban en la vía eran vigilantes o guardias de seguridad contratados por la empresa DRUMMOND LTDA, indicando además que, estas personas no son reguladores del tránsito férreo y que su única función para la fecha del accidente se circunscribía a la vigilancia de los bienes de su contratante.

En la declaración jurada rendida por el señor Jose Jesús Benavides Pacheco y que obra folios 48 a 53 del archivo pdf 002 del expediente judicial electrónico, éste manifiesta que en el momento de la ocurrencia del accidente el era supervisor de vigilancia adscrito a la empresa de vigilancia INTERGLOBAL LTDA, sociedad contrata para la empresa Drummond LTDA, para prestar el servicio de vigilancia en la vía férrea, lo cual en principio coincidiría por lo manifestado por Fenoco S.A, en cuanto a que tales vigilantes no eran reguladores del tránsito férreo. Sin embargo, el testigo Benavides Pacheco al ser interrogado sobre *“si dentro de sus funciones se encontraba la de guiar a los transeúntes para que su paso por la vía férrea que vigilaba fuera seguro”* este respondió que *“guiar no, mi función era informar, dar una charla de pedagogía de cuál era el peligro de pasar puentes pontones (...) uno lo que hacía era informar, mire ya viene un tren mire el peligro que puede acarrearle si usted llega a estar a mitad de camino, y la decisión la toma la persona que toma la charla pedagógica. (...)”*

Igualmente contestó el señor Luis Mariano Cardozo al ser interrogado sobre la función desempeñada, quien afirmó **“sí, yo cuidaba el puente y las personas que fueran a cruzar el puente le hacía la advertencia que no fueran a cruzar cuando viniera el tren.”** Es decir, que dentro de las funciones asignadas a los guardias de seguridad se incluía la de informar a los transeúntes acerca de la proximidad del tren a efectos de que estos a su cuenta y riesgo decidieran si cruzar o no.

En este punto el Despacho se permite recordar que conforme con el marco normativo revisado en precedencia, la carga obligacional relativa a la seguridad de la vía tanto para los usuarios de la vía férrea como para los transeúntes recae en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura y el concesionario de la vía en este caso FENOCO S.A, Drummond LTDA vendría a ser un usuario de la vía a quien debería garantizársele su seguridad, sin embargo, como quiera que el personal de vigilancia al cual se ha venido haciendo referencia y se ha confirmado que se le asignaban funciones de regulación en el paso de los transeúntes para seguridad de estos fueron contratados por la sociedad Drummond LTDA, no se le puede aislar o excluir en la eventualidad de encontrar acreditada la imputación efectuada por los demandantes.

Entonces, ha quedado claro que las personas que los demandantes alegan en la demanda si estuvieron presentes al momento de la ocurrencia del hecho y que tenían por función informar acerca de la proximidad del tren o trenes que circulaban por la vía férrea, luego corresponde establecer si es cierto que el supervisor de los vigilantes ferroviarios, es decir, el señor Jose Jesús Benavides Pacheco fue quien indujo a la víctima a cruzar la vía cuando conocía la proximidad del tren que finalmente lo arolló causando su muerte.

Respecto de esta afirmación la parte demandante aportó como prueba el testimonio rendido por el señor Carlos Alfonso Peña Pereira, quien manifestó *“Al llegar a la cabecera del puente el vigilante de turno nos advirtió sobre la presencia del tren, mas sin embargo había un supervisor quien nos indicó que teníamos tiempo de pasar. Nosotros le dijimos que no, que preferíamos esperar, El insistió tanto que se subió a la línea, caminó hasta la mitad y se devolvió. Cuando él se devuelve **nosotros nos decidimos a pasar.** El señor Díaz, Ever García y mi persona. Cuando yo pasé que iba adelante y volteo veo al señor Díaz tirado en la línea, al parecer se tropezó con algo y fue cuando el tren lo golpeo, lo arrollo.”*

Por su parte, las demandadas trajeron al proceso los testimonios de los señores José Jesús Benavides Pacheco y Luis Mariano Cardoso, quienes respectivamente manifestaron lo siguiente " (...) *cuando ellos iban a pasar ellos acostumbra a preguntar al vigilante de turno que si viene algún tren, el vigilante le dijo de a ellos, si ahí viene unos. Ya por ahí debe ir asomándose. Ha dicho el señor, el que murió, que mejor es perder cinco minutos y no la vida en cinco minutos. Yo había llegado en el momento para reportarme ante la central de comunicaciones de Drummond, con el fin de ir demostrando la ubicación que llevaba. **Yo le corroboré al vigilante para que él, les transmitirá a los tres señores que venía un tren.** Los dos muchachos que iban con el señor Sigifredo eran más jóvenes, ellos llevaban más prisa y cogieron una bicicleta cada uno y cruzaron el puente, y ellos le manifestaron al señor Sigifredo que si se iba a pasar o se queda ahí, ellos le dijeron tu alcanzas a pasar; dale, **el señor Sigifredo estaba indeciso, pero decidió pasar,** él no toma la bicicleta como la tomaron los dos muchachos, él tomó la bicicleta la colocó sobre el riel y la iba llevando por encima del riel; se le resbaló la bicicleta, la primera porque fueron tres veces que se le resbalo la bicicleta, nuevamente la colocó para seguir su curso, cuando ya en la segunda, el tren se asomó; el tren acostumbra a hacer sus pitazos, cuando ve personas a delante de él y ese día pitó suficientemente, que creo que el señor Sigifredo se aturdió, volvió y se resbaló por tercera vez, él cayó en medio de las traviesa de maderas que lleva el puente, y cayó sentado, el tren estaba a 500 metros de distancia. (...) el tren llegó enseguida, lo golpeó y lo sacó de donde él estaba incrustado y lo estrelló contra el muro que sostiene el puente (...).*

"(...) los señores Silfredo, Ever García y Carlos Peña se dirigían a las fincas donde ellos laboraban; los señores iban a pasar el puente Aguja **y le hicimos la advertencia de que no fueran a pasar el puente porque venía un tren,** los señores también se dieron cuenta de que venía el tren como a dos kilómetros. Ellos expresaron que me mejor esperaban que el tren pasaba en cinco minutos y no perder la vida en cinco minutos, eso fue lo que expresaron todos. Ellos estaban esperando a que el tren pasara y los dos señores Ever García y Carlos Peña iban en bicicleta cada uno. Estos señores se pusieron las ciclas al hombro y cruzaron el puente; **al ver que el señor Silfredo vio que los dos muchachos cruzaron el puente, él decidió cruzar el puente,** cuando nos dimos cuenta que ya el señor estaba en la mitad del puente sentado sobre el riel, le gritamos al señor que se tirara hacia la quebrada; estaba el señor Benavides y también estaba el señor Lindo Acosta y el señor Diego Torres, Auditor de Drummond. El señor Silfredo intentaba pararse, pero las piernas no le daban, no sé si eran los nervios, bueno fue cuando el tren lo golpeó y lo estrelló con el muro del puente y cayó allá abajo. (...)

De las tres declaraciones citadas se evidencian dos circunstancias i) la primera que el señor Sigifredo Martinez y sus acompañantes al llegar al puente aguja fueron informados por los vigilantes acerca de la proximidad del tren y, ii) en segundo lugar que pese a ser informados acerca de la proximidad del tren, por la circunstancia que fuere, el señor Sigifredo Martinez decidió cruzar la vía férrea acto que llevó a que fuera arrollado por el tren. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra decidir significa entre otros "formar el propósito de hacer algo", claramente quien forma ese propósito es la persona que decide.

Ahora bien, el hecho según el cual fue el supervisor de los vigilantes quien incitó al señor Sigifredo Martinez a cruzar la vía férrea indicando que, aun cuando el tren estuviera próximo a pasar si alcanzaba a hacerlo, no se encuentra probado en el proceso en un grado de certeza, puesto que, así como el testigo traído por los demandantes afirma esto, los testigos traídos por la parte demandada afirman que quienes motivaron al señor Martinez a cruzar la vía aún habiendo sido informado sobre la cercanía del tren —2 kilómetros— fueron sus acompañantes quienes de hecho pese a ser informados sobre tal circunstancia decidieron cruzar la vía. Con todo, a juicio de este Despacho, aún cuando se hubiere acreditado tal afirmación, lo cierto es que la víctima debía valorar su propio riesgo y de acuerdo con esa valoración adoptar una decisión tal cual lo hizo finalmente.

Así las cosas, resulta claro que, la muerte del señor Sigifredo Modesto Martínez —o Sigifredo Modesto Díaz— no obedeció a la falla de la administración que alegaron en la

demanda y que, como se indicó en precedencia no 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 aún conociendo la cercanía del tren.

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 Civil¹¹, 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

¹¹ "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.

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 inculpa a la administración 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,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la falta de legitimación material en la causa por pasiva, del Ministerio de Transporte, 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

Esta decisión se notifica mediante edicto publicado en el Portal Web de la Rama Judicial.

Firmado Por:

MARIA DEL PILAR HERRERA BARROS

JUEZ

**JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE SANTA MARTA-
MAGDALENA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c4ffd3ce93ebcc895effa6e45a381cf92e444cdbceac1b7e55fec5c91cf95c62

Documento generado en 24/06/2021 10:11:19 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>