REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Valledupar, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO:	DECLARATIVO VERBAL
RADICACIÓN:	20178-31-03-001-2015-00035-01
DEMANDANTE:	EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL
DEMANDADO:	FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA "FENOCO" S.A.
DECISIÓN:	CONFIRMA SENTENCIA APELADA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del presente proceso declarativo verbal de responsabilidad civil extracontractual adelantado por EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL, con fundamento en las medidas legislativas adoptadas por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en su artículo 14, procede a resolver de manera escritural el recurso de apelación interpuesto por la activa, contra la sentencia proferida dentro de la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil llevada a cabo el siete (7) de julio del dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná.

ANTECEDENTES

La parte demandante EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL, por conducto de apoderado judicial, interpuso demandada declarativa verbal de responsabilidad civil extracontractual contra FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA "FENOCO" S.A. con la pretensión de lograr el resarcimiento de perjuicios materiales e inmateriales ocasionados por

la muerte de unos semovientes, más el pago de intereses causados desde la ocurrencia de los hechos hasta que se efectúe el pago, al igual que las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones se consigna en la demanda que el señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL es poseedor de un predio (parcela) denominado "Menejo, que hace parte de otro de mayor extensión conocido como "San José", ubicado en el corregimiento El Carmen, jurisdicción del municipio de El Paso (Cesar), donde apasta sus semovientes y se dedica a la cría de ganado vacuno, mulares, caballos y otras especies menores. Dentro de los linderos del predio "Menejo" se encuentra la línea férrea a cargo de FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA "FENOCO" S.A., por donde se transporta el mineral (carbón) extraído de las minas ubicadas en La Loma de Calenturas, jurisdicción de El Paso.

Cuenta el demandante que FENOCO S.A. ejecutó arreglos e hizo una desviación del Río Cesar y que en esa actividad taló 5 árboles de mango sembrados en el predio "Menejo" sin autorización y estropeó cercas del demandante originando la salida de ocho de sus semovientes (4 novillas de 2,5 años de edad, 3 vacas paridas de 5 años de edad y una mula), los cuales murieron los días 10, 14 y 21 de marzo del 2012 atropellados por el tren que trasporta el carbón por la línea férrea.

Que después de la reclamación que hiciere el demandante, FENOCO S.A. reconoció el daño causado y dispuso la adecuación y mejoramiento del predio, comprometiéndose a resarcir el daño por la muerte de los animales con unos trabajos con buldócer y retroexcavadora y posicionó un vigilante para evitar que otros animales del demandante se salieran.

Los actos de FENOCO, dice el actor, lo afectaron patrimonialmente ya que los ingresos diarios que le generaba la cría y explotación de los semovientes muertos los destinaba para el sostenimiento de su familia, el pago de los salarios de empleados y el sostenimiento de la finca en un monto total aproximado de $143.500.000; y que sufrió perjuicios

morales por los traumas de carácter sicológico que le surgieron al verse privado de tal lucro.

Admitida la demanda para su trámite y surtida la notificación del demandado, se recibió contestación.

FENOCO S.A. se opuso a las pretensiones señalando que el corredor férreo es un bien de uso público y no hace parte integral de ningún predio y que esa entidad no ha desviado el caudal del Río Cesar, sino que ha realizado tareas de construcción, conservación y mantenimiento en atención a los lineamientos del Plan de Manejo Ambiental establecido internamente mediante Resolución No. 751 de 2002 y adelanta labores para la construcción de una segunda línea férrea que implica la adecuación del puente férreo con la autorización de CORPOCESAR expedida a través de Resolución No. 1186 de 2007.

Explica que el señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL tenía una cerca que invadía la ronda hidráulica del Río Cesar que tuvo que ser reubicada para poder adelantar las labores de mantenimiento sobre el corredor férreo, pero no hubo ningún daño o avería sobre ellas y tampoco tiene reportados arrollamientos de semovientes en el año 2012, pero que en todo caso FENOCO S.A. no transporta carbón sobre la infraestructura ya que esta actividad es realizada por los operadores de carbón, quienes son los guardianes de la actividad peligrosa.

FENOCO S.A. asegura desconocer los hechos relativos al incidente sobre la vía, la cantidad de animales implicados, tala de árboles y la pérdida económica del demandante y niega haber reconocido cualquier clase de responsabilidad, haberse comprometido a arreglar o compensar los supuestos daños, o haber puesto a un vigilante en el predio. Por el contrario, sostiene que la vía e infraestructura férrea cumple con todas las especificaciones técnicas y de seguridad y que el demandante al ocupar la vía con animales desconoció la prohibición del artículo 2° de la Ley 76 de 1920, los artículos 1° y 2° del Decreto 1075 de 1954, artículo 158 del Decreto 1344 de 1970 y artículo 97 de

la Ley 769 de 2002, por lo que es el responsable al tenor del artículo 2353 del Código Civil.

La demandada propuso las excepciones que denominó: culpa exclusiva de la víctima; inexistencia de culpa en la actividad de Fenoco; inexistencia de nexo de causalidad; Fenoco no es guardián de la actividad peligrosa de conducción de trenes; hecho exclusivo de un tercero operador de transporte de carbón; inexistencia y ausencia de prueba de los perjuicios patrimoniales reclamados; falta de legitimación por pasiva; y excepción genérica**.**

Dentro del término de contestación de la demanda fue admitido llamamiento en garantía contra COMPAÑÍA DE SEGUROS LIBERTY SEGUROS S.A., entidad que, pese a la manifestación de no constarle las menciones de la parte demandante, cuestiona la falta de pruebas para demostrar los elementos de la responsabilidad civil endilgada y la cuantificación de los perjuicios proyectados, por lo que interpone las excepciones: ausencia de los elementos que estructuran responsabilidad civil en cabeza de la demandada Fenoco S.A.; causa extraña – hecho o culpa exclusiva de la víctima; ausencia de prueba del presunto daño y su cuantía; tasación excesiva del perjuicio; enriquecimiento sin justa causa; y la excepción ecuménica.

Sobre la relación sustancial con FENOCO S.A., la llamada en garantía aceptó la expedición de la póliza No. LB 291323 que ampara los perjuicios patrimoniales por la eventual responsabilidad del asegurado a título de reembolso por unos valores limitados en la carátula de la póliza, deducibles, exclusiones, coberturas y condiciones contractuales. Formuló los exceptivos: inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad de Fenoco S.A. en el hecho generador de la demanda; inexistencia de solidaridad frente a Liberty Seguros S.A.; límite de la cobertura; deducible; excepción innominada; cualesquiera otras excepciones, incluida la de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

i. Decisión Apelada

Decidió la primera instancia declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y la terminación del proceso con la consecuente condena en costas a la parte demandante.

Consideró probado el *a quo* la existencia del hecho dañoso consistente en la muerte de ocho semovientes de propiedad del señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL con las declaraciones de los testigos Tulio Moreno Morgan, Jaime Trespalacios Mejía y Rafael Eliécer del Castillo Muñoz y el registro del hierro quemador, no obstante estimó que los testimonios fueron vagos e imprecisos para demostrar que los animales siniestrados se salieron de la finca "Menejo" debido a los arreglos y desviación del Río Cesar supuestamente efectuados por FENOCO S.A.

Además, señala la sentencia atacada que el demandante *"en su condición de poseedor (…) debió haber trasladado los animales a otro sector o potreros que no colindaran con la cerca en arreglo (…) a sabiendas de que a escasos 30 metros se encontraba la línea férrea por donde transita el mencionado ferrocarril."*

Por lo anterior, concluyó que el actor en forma negligente permitió que los animales ocuparan la vía férrea infringiendo el ordenamiento jurídico, rompiéndose con ello el vínculo causal con el daño.

ii. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión adoptada, el vocero judicial de la demandante interpuso recurso de apelación aduciendo que mediante oficio del 15 de mayo del 2012, FENOCO S.A. reconoció que en alguna de sus intervenciones se deterioraron las cercas del señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL y con eso se demuestra que la causa de que los semovientes se salieran fue la actividad del demandado, como lo expresaron los testigos que también aseguraron que los animales fueron arrollados por un tren. Discrepa del fallo que se hubiere

trasladado la carga de arreglar la cerca al poseedor cuando quedó probado en el proceso que para ello se requería maquinaria pesada que no estaba a su alcance, que se hubiere dejado de estimar el video donde se observa a un vigilante custodiando el lindero averiado y si bien al propietario de los semovientes le corresponde su cuidado, el daño se debió a la culpa del demandado.

El recurso de apelación fue concedido en el efecto suspensivo en vigencia del Código General del Proceso.

iii. Sustentación y traslado del recurso

En sujeción a lo normado en el artículo 15 del Decreto 806 del 2020, a la parte apelante le fueron permitidos cinco (5) días para sustentar su causa a través de auto publicado en legal forma; también la parte no apelante gozó de oportunidad equivalente para descorrer.

El apoderado judicial del señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL sustentó la apelación haciendo un recuento de los hechos de la demanda. Expresó que su mandante es poseedor del predio denominado MENEJO y que lo explota con actividades agropecuarias, dentro de los linderos de dicho bien inmueble se encuentra la línea férrea de la cual está a cargo FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA (FENOCO), por donde se transporta el mineral (CARBON), extraído de las minas ubicadas en La Loma de Calenturas, jurisdicción del municipio de El Paso, Cesar. La empresa FENOCO a través de sus empleados hizo algunos arreglos y desviación del RIO CESAR, ubicado en jurisdicción del corregimiento del puente canoa, y el Carmen municipio de El Paso Cesar, como consecuencia de los arreglos realizados la empresa causó daños en los linderos y cercas que originó la salida de varios de los semovientes propiedad del demandante. Debido a lo sucedido y a tan enorme daño causado por la empresa FENOCO, se informó la situación a dicha empresa quienes, en respuesta del 15 de mayo del año 2012, reconocieron el daño causado y ordenaron la adecuación y mejoramiento del predio de mi cliente; así

mismo se comprometieron a resarcir el daño por la muerte de los animales, a realizar algunos trabajos con buldócer o retroexcavadora, en la finca como contraprestación de la pérdida o muerte de los animales.

Alega que con el actuar inadecuado e1 responsable de la empresa FENOCO, se causó un grave daño en su patrimonio del cual es necesario resarcir, principalmente porque de su actividad se proveía de ingresos diarios para pagar los salarios a sus empleados y sostenimientos del hogar y educación de sus hijos y de la misma finca, por lo tanto, la empresa FENOCO. Aduce que dentro del proceso se solicitaron y practicaron algunas pruebas con las cuales quedó demostrada la responsabilidad de los demandados en cuanto a los daños causados a mi poderdante, sin embargo, el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná negó las pretensiones de la demanda.

FENOCO S.A. se opone a la prosperidad de la apelación. Aduce que en el oficio de fecha 15 de mayo de 2012, la empresa FENOCO, no reconoce su responsabilidad, en el que se indica que se verificó un deterioro en la cerca en inmediaciones al predio EL MENEJO, sin aceptar haber sido el causante de dicho deterioro, y mucho menos, de la destrucción de la cerca. Por otro lado, dice, que esta prueba no puede ser estudiada de manera independiente, *ya que existen el expediente otros elementos probatorios — pruebas documentales aportadas por el mismo demandante — mediante las cuales se logra establecer que el deterioro a que hace la referencia el demandante se presentó con ocasión de una inestabilidad en el terreno producto de una creciente del Rio Cesar. En tal sentido se remitió la comunicación FNC-0144-2013 de fecha 21 de febrero de 2013,* ofreciendo apoyo sin que esto representara el reconocimiento o asunción de responsabilidad alguna. En estas mismas comunicaciones, aportadas por el demandante como ya se dijo, Fenoco desde el 2012 ha manifestado y reiterado que previa revisión de los documentos internos, no se verificó ninguna colisión y/o arrollamiento de semovientes en el lugar ni en las fechas que manifiesta el actor en su demanda. Todo lo anterior, fue ratificado por el Ing.

Carlos Páez Segura, quien en diligencia practicada 4 de mayo de 2016, rindió testimonio ante el Despacho.

Agrega que se solicitaron los testimonios de los señores Rafael Eliecer Castillo Muñoz, Tulio Moreno Morgan, y Jaime Trespalacios Mejía; sin embargo, ninguno de los testigos presenció el supuesto arrollamiento; así que; no se puede determinar si efectivamente este hecho ocurrió, y en el evento que se hubiera presentado no se pudo determinar la propiedad del Sr. Edilmer Bastidas sobre los semovientes supuestamente arrollados, y que si estos escaparon fue por la negligencia del demandante deviniendo así la culpa exclusiva de la víctima.

Finalmente aduce que en el sector donde se verificó el accidente, la vía e infraestructura férrea cumple con todas las especificaciones técnicas requeridas para la segura operación ferroviaria para lo cual se encuentra diseñada, para ser utilizada por trenes sobre los que no tiene guardianía la demandada, pues son terceros operadores quienes utilizan las vías.

LIBERTY SEGUROS S.A. descorrió el traslado. Sostuvo que el demandante, teniendo a su cargo el cuidado y manejo responsable de sus animales, de manera negligente e imprudente permitió que éstos ocuparan la vía férrea, vulnerando las normas de tránsito vigentes y generando una grave situación de peligrosidad y riesgo sobre la vía férrea, conducta que tuvo incidencia causal en los hechos que produjeron los perjuicios cuya indemnización se reclaman en el presente proceso y que fue la causa exclusiva de los daños alegados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que en el presente proceso se reúnen los requisitos procesales y sustanciales para proferir decisión de mérito y que no existen irregularidades que invaliden lo actuado, se procederá a resolver de fondo la apelación recibida.

Dilucida la Sala que el problema jurídico en esta instancia se centra en determinar si el daño que encontró probado el sentenciador, tocante a los bienes e intereses jurídicos del señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL, propietario de las siete reses y la mula muertas en inmediaciones al corredor férreo a la altura del sector aledaño al puente Canoas, en jurisdicción de El Paso (Cesar), es imputable al demandado por la relevancia de alguna de las causas mencionadas en el proceso por las partes, a saber, la actividad desplegada por FENOCO S.A. al adelantar labores sobre el corredor férreo a la altura del sector aledaño al puente Canoas, en jurisdicción de El Paso (Cesar), o la ejecución de la actividad peligrosa de transporte de hidrocarburos sobre la línea férrea, o la conducta imprudente del actor que descuidó a los animales que aparecieron atropellados. Pertenece al asunto de la *Litis* la cuestión relativa a la tala sin justo derecho cinco árboles que estarían sembrados dentro de los linderos del predio "Menejo".

Para resolverlo, se examina la cuestión aterrizada en los reparos formulados por el apelante y con fundamento en el artículo 280 del C.G.P. prescinde de los razonamientos constitucionales, legales y doctrinales innecesarios para finiquitar el objeto de la instancia.

De conformidad con el artículo 2341 del Código Civil, quien ha inferido daño a otro con mediación de dolo o culpa está obligado a la indemnización; con esta base, la responsabilidad civil extracontractual se conforma axiológicamente por *"(i) el perjuicio padecido; (ii) el hecho intencional o culposo atribuible al demandado; y (iii) la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre factores"*[1], presupuestos que debe demostrar la parte demandante para salir avante en la *petita.*

Al perjuicio, que se entiende como una repercusión, debe antecederle la comprobación del daño, o sea que tiene ser la consecuencia de *"la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal"*[2] para que

[1] Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 6 de abril de 2001, rad. 5502.
[2] *ídem*.

pueda nacer la obligación de reparación, ora de compensación cuando no sea posible hacer desaparecer el agravio.

Para el caso, la sentencia apelada dio por acreditado el daño al patrimonio del demandante y secuencialmente el perjuicio con la muerte de siete reses y una mula, punto por el que no hubo reparos de las partes; pese a ello, es determinable que el libelo se dirigió también a conseguir el pago del valor correspondiente a cinco árboles frutales, aspecto del que se descaminó la atención en el litigio centrado en el atropellamiento de los semovientes.

Acerca de los vegetales talados no demostró la activa siquiera que estuvieran sembrados dentro de los linderos del predio "Menejo" del cual se afirma poseedor; independientemente de la ausencia del título de dominio o de las pruebas del derecho de posesión, la sola vaguedad de la reclamación judicial, desnuda de toda ritualidad probatoria, embarga la certeza del daño y, por ende, hace innecesario partir en profundidad.

Depurando, aborda la Sala el estudio de la conducta intencional o culposa atribuible al demandado y el nexo de causalidad con el perjuicio demostrado, con lo que asimismo se analiza la moción del censor, que no enunció nada en relación con los frutales.

Reluce la acusación al demandado de haber caído en responsabilidad por la muerte de los semovientes por la avería o deterioro de un enrejado, efecto de los trabajos de construcción, conservación y mantenimiento realizados en el corredor férreo para la época en que acaeció el daño, aunque también hubo mención de que en la consumación del daño intervino la actividad del transporte por la vía.

Sea el espacio, con la misma táctica depurativa, expresar que en la foliatura no se registra evidencia mínima de que el tren o los trenes que habrían arrollado a los animales estuvieren al mando o en el haber patrimonial de FENOCO S.A., es más la entidad demostró que sus

funciones derivan del contrato visto a folios 43 a 127, en el que se detalla que tiene por objeto la concesión, para su construcción, rehabilitación-reconstrucción, conservación, operación y explotación, de la infraestructura de transporte férreo de la Red del Atlántico, para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga, junto con la concesión de las obras de conservación respecto de los tramos correspondientes en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, con habilitación para el recaudo de remuneración a los usuarios del servicio público de transporte ferroviario de carga o a los operadores utilizados por el concesionario.

Viene de lo dicho que FENOCO S.A. es la concesionaria de la infraestructura y de obras determinadas, concerniéndole, principalmente obligaciones ancoradas al estado y capacidad de la infraestructura para la adecuada prestación del servicio público ferroviario y la circulación en condiciones de seguridad en el tramo de la concesión.

Si bien, en la demanda se asevera que los animales terminaron accidentados en la vía porque el deterioro de la cerca permitió su traslación desde el sitio seguro para pastar hacia los raíles aledaños, por haberse defendido en algún aparte el demandado con la precisión de no ser el guardián de la actividad peligrosa desarrollada con los ferrocarriles, se vio provechoso el hilo argumentativo para confirmar que debe girar el juicio en torno al esclarecimiento de la injerencia del concesionario en la salida de los animales del predio "Menejo".

En todo caso, recuérdese que acerca de las actividades peligrosas se ha teorizado que <<*implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños,(…)' (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504), o la que '(…) debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra', (…)*>>[3] es decir, que diversas son las que pueden acoplarse a esta

[3] Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia SC9788-2014.

significación. En escala de responsabilidad, el orden sería responsabilidad con culpabilidad del artículo 2341 del Código Civil; responsabilidad por actividades peligrosas y responsabilidad objetiva.

La responsabilidad subjetiva por actividad peligrosa del precepto 2356 del Código Civil empina un factor de atribución distinto al de prohibición general de causar daño del artículo 2341, representado tres ejemplos orientativos: i) el que dispara imprudentemente un arma de fuego; ii) el que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche y; iii) el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.

La evolución de la institución de la responsabilidad civil por actividades peligrosas impulsa la idea de recurrir a la categoría si "*el daño se produce por la creación de un riesgo que el ordenamiento jurídico desaprueba en restrospectiva",* teniendo el juez de la causa que razonar respecto de los riesgos que entraña la acción u omisión para comprender el comportamiento del agente en un contexto de adecuación jurídica de la elección tomada en relación a los deberes de evitación de daños, dado que como esta clase de responsabilidad *"no se atribuye únicamente por haber producido un daño (como en la responsabilidad objetiva), ni por la posibilidad de prever el resultado (como en la responsabilidad por culpa), el criterio de atribución no puede ser otro que el de la posibilidad de evitar el riesgo de realización del perjuicio."*[4]

Si el criterio de atribución en la responsabilidad por actividades peligrosas es la falta de adecuación al deber del agente frente a las posibilidades que tuvo para evitar el daño, en el régimen con culpa probada del artículo 2341 del Código Civil, se asienta en que *el agente haya tenido la posibilidad de crear el riesgo, que lo produjo mediante la inobservancia del deber de su evitación (imputatio facti) más la posibilidad de adecuar su conducta a los deberes objetivos de prudencia*

[4] Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia SC002-2018.

(imputatio iuris)[5], pudiendo exonerarse no solo por elementos extraños (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima) sino también por la demostración de haber actuado con la diligencia y el cuidado de acuerdo a patrones de conducta asimilables.

Ahora, son dos los hechos jurídicamente relevantes en los señalamientos contra FENOCO S.A., uno relativo a la afectación física de la cerca bien porque la mala instalación, falta de previsión o por la acción directa de los trabajadores sobre ella y, el otro, la afectación indirecta por la acción u omisión de la demandada que habría ocasionado que fuese alcanzada y debilitada por la desviación o manipulación del cauce del Río Cesar. El primero de ellos contrae obligaciones de evitación de riesgos y de diligencia y cuidado frente a terceros en el desarrollo de los trabajos de conservación y mantenimiento del corredor férreo, por lo que pertenece a la categoría de responsabilidad con culpabilidad a probar; el segundo, que involucraría la reconducción de fuerzas naturales con la potencialidad de causar daños inminentes, al de actividades peligrosas, con culpa presunta.

Con la consideración de que la imputación consiste en atribuir el daño a un agente, distingue la Sala:

> *La imputación, por tanto, parte de un objeto del mundo material o de una situación dada pero no se agota en tales hechos, sino que se configura al momento de juzgar: el hecho jurídico que da origen a la responsabilidad extracontractual sólo adquiere tal estatus en el momento de hacer la atribución. El imputante, al aislar una acción entre el flujo causal de los fenómenos, la valora, le imprime sentido con base en sus preconcepciones jurídicas, y esa valoración es lo que le permite seleccionar un hecho relevante según el sistema normativo para efectos de cargarlo a un agente como suyo y no a otra causa.*
>
> *(…)*

[5] *Ídem.*

Estas consideraciones tienen una inestimable repercusión práctica en el ámbito de la valoración probatoria, dado que el objeto de la imputación –el hecho que se atribuye a un agente– generalmente no se prueba directamente sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un "nexo causal" que es difícil demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o 'causación por medio de otro'; lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es sólo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad.

(…)

Para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de 'guardián de la cosa', las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.

(…)

Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho

quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.[6]

Con el norte de que han de ser seleccionadas las condiciones relevantes para atribuir o exonerar de responsabilidad al demandado, distribuye la Sala los deberes probatorios de los extremos.

Le tocaba al demandante, cargarle sentido a la tesis de que por causa de una conducta por acción u omisión del demandado, relacionada a los trabajos realizados en el área concesionada y/o en el Río Cesar, resultó deteriorada la cerca o que el demandado creó los riesgos y no los evitó estando en posibilidad de hacerlo; en la medida en que la causalidad es una ficción, tenía que procurar, no probar un hecho que la demuestre ni barruntar la causa adecuada como una especie de suerte de convencimiento por probabilidades, sino proponer y articular las pruebas hacia el contexto de inferencia, como enseña la Corte, del que surja la imputación como atribución jurídica de la generación del daño a FENOCO S.A., por actuar de un modo reprobable en retrospectiva.

Le tocaba al demandado, del otro lado, probar los eximentes apropiados de acuerdo al régimen de responsabilidad de que se trate, en últimas aislar la dependencia entre los hechos jurídicos relevantes y desencadenantes con su margen jurídico de control y acción.

Sustenta el apelante que es imputable la falla del cerramiento a FENOCO. El derecho de petición obrante a folio 25 contiene una hipótesis acerca de cómo la actividad desplegada por la empresa terminó por afectar las cercas. Se dice en la misiva que la construcción de un terraplén ocasionó la retención del agua en la finca *"porque se cerraron* (sic) *el cauce a las aguas que los ferrocarriles nacionales habían tenido por muchos años"*. La pieza coincide con la declaración de parte recogida a folio 262, en donde asegura el demandante que en época de invierno *"terminaron con la vía fluvial en el Río Cesar"* y al construir una oreja se cayó la cerca; dice el actor que llegó a un acuerdo por $30 millones en

[6] Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia SC13925-2016.

trabajos con maquinaria con el Ingeniero CARLOS PÁEZ, quien le recomendó que no fuera a demandar porque el proceso era muy largo.

Todo esto sirve a la Sala para buscar el sentido a la atribución reclamada, sin embargo, debe hacer las corroboraciones fácticas en uso de los medios del acervo, toda vez que estas manifestaciones no constituyen prueba en favor de la parte que las pronuncia[7].

El impugnante se apoya en el documento del folio 30, en el que FENOCO S.A. al contestar el derecho de petición en fecha 15 de mayo del 2012 escribe que "*realizó una visita de campo en la cual determinó que algunas de las intervenciones realizadas ocasionaron que se deteriorara la cerca, por lo cual el ingeniero Páez ofreció realizar una adecuación y mejoramiento de cerramiento de su predio de conformidad a lo que acordaron en la visita"* y que *"se acordó se realizarán adecuaciones en sus terrenos con alguna maquinaria del Concesionario para el mejoramiento del mismo (…)".*

A folio 27 reposa una respuesta ulterior, del 21 de febrero del 2013, en la que FENOCO S.A. replica contra la reclamación extrajudicial del actor: "*se pudo constatar que la problemática descrita por usted, fue ocasionada por el caudal del Río Canoas, el cual socavó y debilitó los linderos de su propiedad y no por cuenta de Fenoco S.A."* y continúa: *"[a]ún así, el Concesionario se comprometió sin existir algún tipo de responsabilidad en los hechos (adjunto copia del acta), en adelantar algunos trabajos de adecuación de terreno e instalación de cerca a la distancia establecida por las escrituras públicas del corredor férreo, la cual corresponde a 30 metros contados a partir del eje central de la vía férrea, trabajos que se adelantaron el pasado mes de junio del 2012."*

---

[7] Ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "*En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba",* en sentencias CSJ SC 113, A3 Sep. 1994; CSJ SC, 27 Jul. 1999, Rad. 5195; CSJ SC, 31 Oct. 2002, Rad. 6459; CSJ SC, 25 Mar. 2009, Rad. 2002-00079-01; CSJ SC9123, 14 Jul. 2014, Rad. 2005-00139-01; CSJ SC14426-2016, 7 Oct. 2016, Rad. 41001-31-03-004-2007-00079-01.

El señor TULIO MORENO MORGAN, trabajador del señor EDILMER BASTIDAS asegura en su declaración ante el Juez de primera instancia que FENOCO S.A. tumbó un pedazo del lienzo cuando comenzaron a excavar de ese lado y luego se perdió el ganado. Conoce de la muerte de los semovientes.

El testigo JAIME TRESPALACIO MEJÍA yendo a pescar vio a unos animales muertos con la marca del hierro del señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL, contactó al trabajador TULIO MORENO y cuando se enteró de que la cerca se cayó fue al predio y lo constató. Dice que las cercas estaban en malas condiciones porque las construyeron en un "*jarilloncito*" y el agua las tumbó; luego dice que por la mala construcción de las cercas en cualquier momento se podían destruir y pasarse cualquier animal.

El testigo RAFAEL ELIÉCER DEL CASTILLO MUÑOZ fue quien "*peló"* las vacas y asegura que, aunque no sabe cuándo exactamente, las cercas las tumbó FENOCO *"con la pajarita, una retro, una máquina".* El testigo es habitante de la zona, continuamente transita por el corredor férreo y le hace trabajos al señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL.

Observa la Sala que dos de los anteriores testigos no conocen bien qué fue lo que sucedió con la cerca, o no lo exteriorizaron en la audiencia en que fueron interrogados. Según el dicho de los señores TULIO MORENO y RAFAEL DEL CASTILLO la cerca fue tumbada por los trabajadores de FENOCO, versión que no concuerda con los hechos operacionales, o sea aquellos que se intersectan en las tesis de las partes opuestas, según la cual se entendería que las cercas se cayeron no por una labor rectamente ejercida sobre ellas, sino bien sea por una deficiente instalación o por la desviación de la corriente del agua del Río Cesar.

El testigo JAIME TRESPALACIO MEJÍA vio las cercas después de que estaban deterioradas o caídas, y aunque identifica que tuvieron una *"mala construcción"* porque la barrera de protección era pequeña, también menciona la injerencia del agua para que se cayeran.

Por su parte, CARLOS EDUARDO PÁEZ SEGURA, Ingeniero Territorial de Mantenimiento de la vía entre Chiriguaná y Algarrobo, al servicio de FENOCO S.A. en la época de interés, indica que cuando entregaron la cerca la primera vez no se presentaron afectaciones al predio pero que después fueron informados de la desestabilización por la corriente del río que entró en una época de aguas máximas, en una creciente de las más importantes en los últimos años que alcanzó a tocar las vigas del puente y que ocasionó la erosión de la tierra donde estaba instalada la cerca, por lo que se dio instrucción al personal de mantenimiento para restituirla a las condiciones iniciales de acuerdo a los planos confeccionados y se hizo un ofrecimiento en horas de maquinaria para tratar de mitigar algunas afectaciones en el predio, supeditado a un permiso de la autoridad ambiental. Señala además que se hicieron trabajos para aumentar la capacidad hidráulica con la que fue diseñada y construida la obra, recuperando una sección, que es lo que él podría entender como "abrir camino" o una "oreja", en inmediaciones de la finca del señor EDILMER BASTIDAS.

El testigo FRANK ALEXANDER SILVERA CONSUEGRA, Coordinador Ambiental de FENOCO S.A., declaró que tenían asignada la labor de construir el puente, cuando lo hubieron terminado se hizo la limpieza de las luces. Dice que FENOCO S.A. efectuó un arreglo a las cercas que se encontraban antes de su reubicación a 11 metros del puente, dejándolas a treinta metros y luego el Río Cesar, conocido como Río Canoas, "crece y sube", *"partió el jarillón donde estaba ubicada la cerca, hasta el puente como tal"*. Acerca de las obras, detalla que se hizo una intervención y desviación del cauce del río significativa para poder desarrollar los trabajos, motivo por el que se hicieron dos pilotes en el estribo norte el puente, se retiró material de excavación que se ubicó al costado derecho, posteriormente se liberaron las luces del puente.

La señora JADITH JOHANA RAMOS PALMERA, Inspectora Central de Comunicación, no tiene mucho conocimiento sobre los hechos relevantes; sin embargo, afirma que la vigilancia es para la custodia de

la vía férrea y que para la época tenían un vigilante asignado al sector del puente Canoas.

Las pruebas analizadas en punto del nexo de causalidad se dejan agrupar por su valor de concordancia.

El documento del folio 30 de fecha 15 de mayo del 2012 retiene una aceptación de FENOCO S.A. de haber intervenido en un modo impreciso que "ocasionó" que se deteriorara la cerca y el testigo JAIME TRESPALACIO MEJÍA, manifestó que ese deterioro se debió a que el terraplén o la barrera de contención del agua construida por FENOCO S.A. era muy chica.

La segunda galería probatoria se compone de los testimonios de CARLOS EDUARDO PÁEZ SEGURA y FRANK ALEXANDER SILVERA CONSUEGRA, quienes juramentaron que luego de la reubicación de las cercas a una distancia de treinta metros lineales desde el eje central de la vía férrea ocurrió una creciente que alcanzó al puente y *"partió el jarillón",* ocasionando la desestabilización de la cerca. Esta explicación admite integración con lo declarado por el señor EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL en el interrogatorio de parte, e incluso en su derecho de petición, en cuanto en ellos enuncia que la cerca se cayó por la acción de las aguas del afluente. Tampoco puede negarse que atrae, por deducción, la declaración del testigo JAIME TRESPALACIO MEJÍA, cuya percepción del estado de la protección fue posterior al daño sufrido por la creciente y no precisa circunstancias para establecer que la medición espontánea que hizo no estuviera afectada por el nivel alto de las aguas en el sector.

Con este entendimiento, queda demostrado que el hecho desencadenante del daño fue el nivel alto de las aguas que alcanzaron la contención construida por FENOCO S.A. en los límites del predio "Menojo", por lo que hay que responder el interrogante de si faltó a su deber de cuidado la empresa cuando instaló las cercas en ese sitio o si al diseñar las especificaciones de la barrera y en su construcción creo un riesgo que

pudo evitar; en otras palabras dicho, la revelación de la imputación debió provenir como una solución particular al problema de la causalidad.

No obstante, en esta etapa de la valoración no hay pruebas que permitan inferir la negligencia de la compañía al instalar las cercas a una distancia preconcebida desde el eje central de la vía o en las condiciones de la instalación; tampoco las hay en lo relativo a la barrera de contención o el deber de evitación de riesgos que pendieran de las crecientes del Río. Es decir, no existe material para elaborar un modelo abstracto de conducta con el que puedan reprobarse las elecciones y acciones de FENOCO S.A., lo que se recopiló en su contra es que tuvo injerencia en los hechos relevantes, pero existe un vacío que no permite, fuera de la contemplación probabilística, atribuirle en un sentido la causalidad del daño.

En este caso, la pieza del folio 30, que es la contestación de FENOCO del mes de mayo del 2012 no abona con contundencia al esclarecimiento del resultado de las conductas imputadas, que antecedieron al hecho adverso y deja al aire si dependieron de una decisión que pudo tomarse para evitar el riesgo o su acaecimiento, o que la decisión adoptada fuese culposa o irrazonable vista hacia atrás. Téngase en cuenta que este ejercicio no se finaliza apuntando cuáles fueron las condiciones que contribuyeron al daño, menos desde una casuística naturalista, ya que la aportación de causas en ciertos porcentajes y la creación de riesgos lícitos no son los que atribuyen el hecho dañoso al agente, como si se tratase de una persecución lineal, ya se explicó que la imputación se alcanza con la adjudicación de deberes.

Es cierto que el documento señala una aceptación de FENOCO S.A. en la aportación de causas pero por sí solo no es suficiente, en sana crítica y en conjunto, para atribuir la causalidad del daño a la acción u omisión del demandado porque su participación fáctica o jurídica en los hechos es lo que lo legitima a comparecer al juicio, de todos modos, dado que la causalidad no es hecho físico sino una construcción del pensamiento humano, ha de ser inferida y en este punto se quiebra la hipótesis de la

parte demandante, ahora sí, en palabras de la Corte, amén de que *el problema no es sólo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad*[8].

Lo mismo sucede cuando nos trasladamos a la conducta de manipulación del cauce del Río Cesar, probada con los testimonios de los señores CARLOS PÁEZ y FRANK SILVERA, porque tal como se explicó ya en líneas superiores, es considerada una actividad peligrosa al tenor del artículo 2356; sin embargo, la parte demandante no logró probar que fuese tal actividad la generadora del daño. Al respecto, está desierto el expediente de pruebas que demostrasen que fue la intromisión humana sobre el cauce la que provocó la desestabilización de las cercas, mientras se supo por los testigos que intervino un hecho natural -la subida en altos niveles del Río Cesar-, el cual no tiene como estimar la Sala que estuvo en la guardia y control de la demandada o que correspondía a la demandada el deber jurídico de evitar que el hecho natural de la creciente ocasionase el daño, como tampoco pudo probarse que fuesen los trabajos para aumentar la capacidad hidráulica del Río los que produjeron el acumulamiento de agua en inmediaciones del predio "Menejo", en vez de la misma naturaleza.

En conclusión, el nexo de causalidad no está acreditado en el proceso de marras y eso dirige a la Sala a la desestimación de las súplicas de revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Pese a ello, se modificará porque tampoco se encuentra probada la culpa exclusiva de la víctima. De acuerdo al estudio trascrito el daño tuvo como causa la acción de las aguas sobre las cercas instaladas por FENOCO S.A. en el predio "Menejo". Es evidente que el Juez Primario le dio relevancia a la conducta de la víctima por el solo hecho de haber tenido injerencia en daño, asunto elemental. Para que se produzca un daño es necesario que se ensamblen todas las condiciones que causalmente hagan repercutir la libertad del agente sobre la libertad de la víctima,

[8] Sentencia antes citada.

pero no por eso se hace ésta culpable de coincidir lícita y pasivamente con el desencadenante del daño. Está legitimada y libre de negligencia la decisión del actor de mantener a los semovientes dentro de su predio una vez la cerca fue instalada por FENOCO S.A. a treinta metros lineales de la vía, por tanto es desatinado que por el solo hecho de crear un riesgo lícito que no ocasionó el daño, se le tilde de culpable de este.

En consecuencia, la sentencia impugnada será modificada, en tanto no fue la culpa de la víctima la absorbente de la causalidad del daño como lo asumió el *a quo;* en lugar de ello, se declaran probadas las excepciones denominadas "inexistencia de nexo de causalidad" y "ausencia de los elementos que estructuran responsabilidad civil en cabeza de la demandada Fenoco S.A.", formuladas por la demandada y la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS LIBERTY SEGUROS S.A., respectivamente, por lo que quedan denegadas las pretensiones de la demanda.

Como no prospera el recurso interpuesto, la parte recurrente será condenada en costas y se fijarán agencias en derecho en la suma de equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que incluirá el Juzgado de primera instancia en la liquidación de costas de conformidad al artículo 366 del C. G. del P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Chiriguaná, el siete (7) de julio del dos mil dieciséis (2016) dentro del proceso declarativo verbal de responsabilidad civil extracontractual promovido por EDILMER BASTIDAS ESQUIVEL contra FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA "FENOCO" S.A., pero por las razones sustentadas en la parte motiva, en consecuencia

establecer que se declaran probadas las excepciones denominadas "inexistencia de nexo de causalidad" y "ausencia de los elementos que estructuran responsabilidad civil en cabeza de la demandada Fenoco S.A.", formuladas por la demandada y la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS LIBERTY SEGUROS S.A., respectivamente, por lo que quedan denegadas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante vencida. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que serán liquidadas de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia en atención a lo previsto en el artículo 366 del Código General del proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

Esta decisión se adoptó en sala virtual de la fecha, en atención a la medida que el Consejo Superior de la Judicatura dispuso en Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, relativa al trabajo en casa, por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, ante la presencia de la Pandemia denominada COVID-19.

NOTIFÍQUESE.

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado ponente

(siguen firmas…)

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

MAGISTRADO

ÁLVARO LÓPEZ VALERA

MAGISTRADO