



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, nueve (9) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado : 81001 3331 001 2017 00210 01
Demandante : Heráclito José Guerrero Guerrero y otras personas
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-
Medio de Control: Reparación directa
Providencia : Auto de segunda instancia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación que presentó la parte demandante, contra la decisión que en primera instancia declaró probadas una excepción previa y la de caducidad.

ANTECEDENTES

1. Heráclito José Guerrero Guerrero junto con otras personas presentaron y reformaron demanda (i.4: a.01) en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio del medio de control de reparación directa.
2. El proceso le correspondió al Juzgado Primero Administrativo de Arauca (i.4: a.01), que adoptó la decisión que se impugna.
3. **La providencia apelada.** Mediante auto del 18 de noviembre de 2020 (i.4: a.04), la primera instancia declaró probada la excepción previa de indebida escogencia del medio de control, *"reajustando el trámite al del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho"* y también declaró la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Consideró:¹

"Al respecto, el despacho observa del escrito de demanda y sus anexos, que si bien es cierto, no se impugnan los actos administrativos como lo son la resolución de decomiso No. 134238063600100 de fecha 14 de mayo de 2015 y la resolución que resuelve recurso de reconsideración No. 00204 del 11 de septiembre de 2015; no es menos cierto que se advierte de los fundamentos de la demanda, su orientación a controvertir, no solo la licitud del operativo de la Policía Nacional, sino también, la validez del control posterior de legalidad que realizó la DIAN en dichas resoluciones. En palabras del mismo demandante, el procedimiento administrativo *«estaba viciado*

¹ Las transcripciones (Textos entre comillas) que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el documento del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.

de ilegalidad, motivo que fue puesto de presente en el escrito de objeciones al acta de aprehensión».

En definitiva, la parte actora hace reparos frente a la aprehensión del ganado, cuestionando su validez, lo que implica que sería necesario desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones adoptadas por la DIAN, como un presupuesto indispensable para resarcir el daño alegado por los demandantes. No se cumple en este caso el presupuesto señalado por el Consejo de Estado, para que proceda la reparación directa frente a daños causados mediante actos administrativos, por cuanto aquí no se admite la licitud de la incautación legalizada por la DIAN, **sino que, por el contrario, se censura la determinación administrativa y se le considera como la causa directa del daño, debiendo entonces ejercerse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.** (...)

En razón a que el medio de control procedente en el presente caso es el de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con el literal d del artículo 164.2 del CPACA, la demanda debió ser presentada dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a la notificación de la Resolución No. 000204 de 15 de septiembre de 2015, que resolvió un recurso de reconsideración, la cual fue notificada al interesado el **14 de septiembre de 2015**, y la demanda fue radicada el **14 de junio de 2017**, esto es, cuando ya había fenecido el término de caducidad”.

4. El recurso de apelación. La parte demandante en su escrito (i.4: a.06) expresa que debe existir un acto administrativo con la finalidad de controvertir su legalidad para que proceda el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y si bien es cierto que existió un procedimiento administrativo de aprehensión y decomiso ante la DIAN por la incautación de ganado vacuno de propiedad del demandante con ocasión del operativo de la Policía Nacional, en el proceso no se persigue reprochar *“ni siquiera tangencialmente”* las actuaciones ni los actos administrativos que pusieron fin al mismo, pues de las pretensiones se deduce que se persigue es obtener la reparación de unos perjuicios ocasionados por la operación administrativa ilegal realizada por la Policía Nacional *“sin el respaldo de un acto administrativo u orden judicial, siéndole”* también atribuible este daño antijurídico a la DIAN debido a que tuvo conocimiento de la irregularidad de esa operación y debió adoptar las decisiones necesarias legales y pertinentes para evitar su consumación. Aduce que no es de recibo que mediante una lectura descontextualizada de la demanda, el Juez haga deducciones arbitrarias y caprichosas que conllevan a la modificación de la causa petendi ya que la sola mención en ella de vicio de ilegalidad puesto de presente en las objeciones del acta de aprehensión, no significa que cuestione la legalidad de los actos administrativos proferidos por la DIAN y repite que de toda la demanda se deduce que los daños tienen como título de imputación jurídica la operación administrativa y no el cuestionamiento de la legalidad de un acto administrativo.

Agrega que la primera instancia desconoce que en este proceso no solo demanda Heráclito José Guerrero sino también su núcleo familiar, quienes persiguen la indemnización de sus propios perjuicios de orden extrapatrimonial con ocasión de la ilegal operación administrativa y a quienes se les viola el acceso real y material a la administración de Justicia

con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que solo estaría legitimado para demandar y obtener la reparación de perjuicios Heráclito José Guerrero dejando por fuera a los demás demandantes. Aduce que la decisión los revictimiza y agrava aún más su situación, "en el entendido" que dentro del proceso administrativo de aprehensión y decomiso de la DIAN se controvertió la procedencia de 168 cabezas de ganado bovino a las que se limitaría la reparación en ese medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en demérito de la demanda de reparación directa donde se persigue el valor de las 168 reses y otros perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial como el lucro cesante y daño emergente por la muerte de 35 terneros y otros conceptos.

5. El traslado del recurso. Se realizó este trámite por la Secretaría del Juzgado (i.4: a.08), sin pronunciamiento de la parte demandada (i.4).

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación, pues se trata de un auto susceptible de este medio de impugnación (Artículos 153, 243.3, CPACA), se decide por la Sala ya que se le puede poner fin al proceso (Artículo 125, CPACA), y se tramita conforme lo determina el artículo 244.3, CPACA. Se advierte que se aplica el CPACA antes de la reforma adoptada por la Ley 2080 de 2021, pues el trámite cuestionado se inició en noviembre de 2020.²

2. Problema jurídico: ¿Procede revocar la providencia impugnada, de conformidad con los planteamientos de la parte demandante?

3. Caso concreto. En la demanda de este expediente, los demandantes optaron por la acción o medio de control de reparación directa. El Juez decidió que la apropiada era la de nulidad y restablecimiento del derecho a la cual adecuó o "reajustó" el trámite, y como ante esta acción, había caducidad (Se ejerció el derecho por fuera del tiempo legal), la declaró, con la consecuencia que se terminaba el litigio; la parte demandante cuestionó la decisión a través del recurso que aquí se resuelve.

Por lo tanto, en la presente providencia se decidirá si en efecto hubo una indebida escogencia de la acción o medio de control por parte de los demandantes (Criterio del Juez), con lo cual se confirmará el auto de

² CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M.P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; "a quo" es el Juez de primera instancia, quien profirió la decisión apelada y "ad quem" es el de segunda instancia que resuelve el recurso. De otra parte, "i" indica el número del registro -índice- en el que aparece la prueba o documento al que se alude, en el sistema Samai; "i: a" remite a un archivo que se encuentra dentro de otra carpeta o anotación o registro o índice del expediente digital.

primera instancia y en esta etapa terminará el proceso; o si la de reparación directa sí era o es la adecuada para el objeto en discusión (Postura de los demandantes), en cuyo caso se revocará la determinación del Juzgado y en su lugar se ordenará que continúe el proceso.

4. Pruebas. Del acervo probatorio aportado y valorado, se tienen las siguientes relacionadas con el objeto específico que aquí se discute:

i. Acta de incautación de 168 cabezas de ganado bovino, del 31 de marzo de 2015, en procedimiento que *"se realiza bajo decreto 2685 del 99 Art. 502, Numeral 1.6"*, suscrita por la Policía Nacional y Heráclito José Guerrero Guerrero (i.4: a.01).

ii. Oficio S-2015 006205/GRUCA-DEARA fechado el 31 de marzo de 2015, con el que la Policía Nacional pone a disposición de la Policía Fiscal y Aduanera -Polfa- 168 semovientes bovinos hembra de propiedad de Heráclito José Guerrero Guerrero aprehendidas en *"procedimiento realizado por el Grupo De Carabineros y Guías Caninos DEARA, mediante actividades de control, verificación e información de fuente humana"* (i.4: a.01).

iii. Acta de hechos (Acta de Inspección Aduanera de Fiscalización) 134201249-0362 del 6 de abril de 2015, en la que la Dian hace constar que recibe las 168 reses dejadas *"a disposición mediante oficio N S-2015-006205/GRUCA-DEARA, por el Grupo de Carabineros (DEARA)"* (i.4: a.01).

iiii. Acta de aprehensión 34-00238 del 6 de abril de 2015 de la Dian, que señala como causal de aprehensión la *"1.6 Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la declarada, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, que impidan la identificación o individualización de la misma, o no se pueda establecer su correspondencia con la inicialmente declarada, salvo que estos errores u omisiones se hayan subsanado en la forma prevista en el numeral 4 del artículo 128 y en los párrafos 1 y 2 del artículo 231 del presente decreto, en cuyo caso no habrá lugar a la aprehensión. (Art. 6, Decreto 1446 de 2011)"*, que explica: *"Decreto 2685, artículo 502, Causal 1.6 La mercancía no presenta documentos que acrediten su ingreso legal al territorio aduanero. Anexo: Auto comisorio 0385 de 01/04/2015, Oficio dejando a disposición S-2015-006205/Gruca-Dearea, Acta incautación Ponal"* y registra *"Cantidad 168"* *"Bovinos en pie de procedencia extranjera, hembras mayores de 3 años"* y anota que el valor de reconocimiento y avalúo definitivo es el precio unitario de \$829.482 y el precio total es \$139.532.976 (i.4: a.01).

v. Escrito de objeción al Acta de aprehensión 34-00238 radicado el 30 de abril de 2015 ante la Dian por Heráclito José Guerrero Guerrero, en el que después de expresar que *"En ese orden, es evidente que el presente proceso se encuentra viciado de Nulidad, que en últimas, termina afectando"*

la legalidad del acto administrativo que se adopte con ocasión a la resolución del caso de fondo, puesto que, como se encuentra demostrado y así lo concluyó el Honorable Tribunal Administrativo de Arauca (...)", solicita en forma expresa: "II. PETICIÓN. En razón de todo lo anterior, solicito la terminación y archivo de la presente actuación administrativa y como consecuencia la cancelación o pago en el valor correspondiente al avalúo realizado por esta entidad de cada cabeza de ganado bovino puesto bajo su custodia, esto es, valor unitario \$829.482, el cual arroja un total de \$139.532.976" (i.4: a.01).

vi. Expediente administrativo DM 2015 2015 00268 de la Dian frente a Heráclito José Guerrero Guerrero por la investigación de decomiso ordinario y Acta de aprehensión No. 00238, en el que además de los documentos que se han relacionado en los numerales precedentes, se encuentran los siguientes, entre los que interesan al caso (i.4: a.03):

- Auto Comisorio 134201249-00385 para el procedimiento de aprehensión de mercancías.
- Documento de notificación personal a Heráclito José Guerrero Guerrero del Acta de aprehensión 34-00238.
- Auto de apertura de la Investigación/Definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas 1342380134-000452 sobre la mercancía aprehendida a Heráclito José Guerrero Guerrero, Acta de aprehensión 34-00238.
- Resolución por medio de la cual se decomisa mercancía, Acto Administrativo 1342380636-000100 del 14 de mayo de 2015, en la que resuelve decomisar a favor de la Dian la mercancía aprehendida (168 cabezas de bovinos) a Heráclito José Guerrero Guerrero, según acta de aprehensión 34-00238 y avaluada en \$139.352.976. La resolución se le notificó en forma personal al apoderado de Guerrero Guerrero el 21 de mayo de 2015.
- Recurso de reconsideración que presentó Heráclito José Guerrero el 12 de junio de 2015 ante la Dian contra la Resolución 1342380636-000100.
- Resolución 000204 del 11 de septiembre de 2015, por la cual la Dian resuelve el recurso de reconsideración, con decisión de confirmar la resolución de decomiso. Se notificó por edicto 166, desfijado el 9 de octubre de 2015 y se hizo constar que quedó ejecutoriada el 13 de ese mes y año.
- Escrito del 9 de noviembre de 2015, en el que Guerrero Guerrero le solicita a la Dian declarar el silencio administrativo positivo por la demora en notificar la decisión que resuelva el recurso de reconsideración que radicó.



- Respuesta de la Dian del 11 de noviembre de 2015, en la que niega que se haya presentado el silencio administrativo.
- Escrito de Heráclito José Guerrero Guerrero con recurso de reposición contra el oficio que negó el silencio administrativo.
- Memorial de Guerrero Guerrero requiriendo a la Dian para que se pronuncie sobre el recurso de reposición.
- Solicitud de copias del expediente DM20152015 00268 de Guerrero Guerrero el 28 de enero de 2016 a la Dian; respuesta de la entidad, pago de copias y entrega del expediente el "12/05/15". Es un error al escribir el año, pues se trata de 2016.
- Resolución 00099 del 12 de abril de 2016, por la que la Dian resuelve solicitud de silencio administrativo, notificada personalmente el 28 de ese mes y año y con constancia de ejecutoria del 16 de mayo de 2016.
- Constancia de trámite conciliatorio de Heráclito José Guerrero Guerrero convocando a la Dian, medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho, ante la Procuraduría 52 Judicial para asuntos administrativos, radicación del 22 de junio de 2016, remitida a la petición de revocatoria de la Resolución 00099 del 12 de abril de 2016; la posibilidad de conciliación se declaró fallida.

5. Respecto de los cargos que contra la providencia apelada se le endilgan en el recurso, se establece:

La incautación, aprehensión, investigación, definición de situación jurídica y decomiso de las 168 cabezas de ganado bovino cuya propiedad reclamó Heráclito José Guerrero Guerrero, constituyó sin duda alguna y desde el primer momento, un procedimiento administrativo realizado por la Policía Nacional y la Dian, el cual se adelantó y culminó a través de varios actos administrativos, unos de trámite, otros preparatorios y otros definitivos, en el que se resolvió de fondo la actuación administrativa.

Ese procedimiento administrativo estaba regulado -Para la fecha de los hechos- por el Decreto 2685 de 1999 (Artículos 227-259, 502-541) y por la primera parte del CPACA (Artículos 1-102).

El que se trataba de un procedimiento administrativo lo corroboran los distintos actos administrativos que se expidieron y que fueron relacionados en el acápite 4 de estas consideraciones, algunos de los cuales aportaron los mismos demandantes y el expediente administrativo completo que la Dian entregó a este proceso; y lo ratifica que el propio interesado, Heráclito José Guerrero Guerrero participó de manera activa en su trámite, al suscribir el acta de incautación, ser notificado personalmente o por edicto de todas las decisiones que se adoptaban, presentar múltiples escritos de



objección, reclamo, solicitudes y recursos (Reconsideración y reposición), exigir la declaratoria y configuración del silencio administrativo positivo, e iniciar trámite conciliatorio ante la Procuraduría 52 Judicial para asuntos administrativos convocando a la Dian como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se utiliza para cuestionar actos administrativos.

De igual forma, en el actual proceso donde los demandantes en algunas partes escriben que no cuestionan procedimiento administrativo ni acto administrativo alguno referido a la incautación y posterior decomiso de las 168 reses de ganado de Heráclito José Guerrero Guerrero, ellos mismos son claros y concretos al reconocer en forma expresa en este expediente, que su caso sí se trató de un procedimiento administrativo:

i. Demanda: "(...) Una vez documentada la ilegalidad del operativo, **en las actas de incautación** suscrita por miembros de la Policía Nacional -Grupo Carabineros-, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- debió realizar un control de legalidad a la operación administrativa realizada (...) dado que, a todas luces, resultaba palmario la ilegalidad del operativo (...) y, por supuesto, lo que correspondía en derecho, era la entrega material de los semovientes, con el correspondiente **archivo de las actuaciones** que se hayan iniciado, **por encontrarse viciado de ilegalidad**, motivo que fue puesto de manifiesto en **el escrito de objeciones al Acta de Aprehesión**" (Hecho noveno, i.4: a.01). Resaltado fuera del original.

ii. Reforma de la demanda:

- "(...) Una vez documentada la ilegalidad del operativo, **en las actas de incautación** suscrita por miembros de la Policía Nacional -Grupo Carabineros-, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- debió realizar un control de legalidad a la operación administrativa realizada (...) dado que, a todas luces, resultaba palmario la ilegalidad del operativo (...) y, en ese sentido, debió -como se ha venido manifestando- realizar la entrega material de los semovientes, con el **correspondiente archivo de las actuaciones** que se hayan iniciado, **por encontrarse viciado de ilegalidad todo el procedimiento**, motivo que fue puesto de manifiesto en el escrito de **objeciones al Acta de Aprehesión**" (Hecho noveno, i.4: a.01). Resaltado fuera del original.

- "(...) murieron 35 terneros que quedaron en la finca donde se realizó **el ilegal** operativo (...) " (Hecho décimo, i.4: a.01). Resaltado fuera del original.

- "A raíz del plurimencionado operativo, donde resultó incautado sus semovientes (...) " (Hecho catorce, i.4: a.01).



- "IV. RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO: (...) Artículo **228, 232, numerales 1.2 y 1.6 del Art. 502, 515, 516, 517, 518 y 519 del Decreto 2685 de 1999**". Resaltado fuera del original.

iii. Recurso de apelación (i.4: a.06):

- "En consecuencia, **si bien es cierto que existió un procedimiento administrativo** de aprehensión y decomiso ante la DIAN (...) **debió adoptar las decisiones** necesarias, **legales** y pertinentes (...)". Resaltado fuera del original.

- "(...) puesto que **lo que se reprocha en tratándose de la DIAN, es su desconocimiento** ab initio **de sus obligaciones legales y constitucionales** (...)". Resaltado fuera del original.

- "(...) en el entendido que **dentro del proceso administrativo de aprehensión y decomiso** llevado ante la DIAN, **se controvirtió la procedencia de 168 cabezas de ganado bovinos** (...)". Resaltado fuera del original.

iiii. En todos los escritos que Guerrero Guerrero radicó ante la Dian dentro del expediente DM 2015 2015 00268 (i.4: a.03) -El cual se aportó al presente proceso y demuestra sin equívocos la existencia de un procedimiento administrativo- que se conformó en dicha entidad para el caso de su ganado incautado y después decomisado, cuestionó la legalidad del procedimiento administrativo que se inició con el acta de incautación y de los actos administrativos que se profirieron y no hizo alusión a una "operación administrativa".

Así se demuestra como ya se expuso en el acápite 4, que en su escrito de objeción al Acta de aprehensión 34-00238 expresaron que "En ese orden, es evidente que el presente proceso **se encuentra viciado de Nulidad**, que en últimas, termina **afectando la legalidad del acto administrativo que se adopte con ocasión a la resolución del caso de fondo**" y solicitaron: "II. PETICIÓN. En razón de todo lo anterior, solicito la terminación y archivo de la presente actuación administrativa" (i.4: a.01). Resaltado fuera del original.

A su vez, en el recurso de reconsideración que presentó Heráclito José Guerrero Guerrero ante la Dian contra la Resolución 1342380636-000100 con la que se le decomisó el ganado (i.4: a.03), le reprocha que "como operador de la norma, **le asiste la obligación legal y constitucional de verificar el procedimiento que se ha llevado a cabo**, hasta **el momento de proferir una decisión de fondo**, en virtud de la aplicación de los **principios consagrados en el artículo 3 del CPACA**, de modo que, independientemente, de la autoridad que haya incautado los semovientes, **el procedimiento es uno solo**, y **no susceptible de inescindibilidad**, de manera que es **a esta dependencia quien le asiste**

el deber legal de tomar los correctivos para garantizar los derechos fundamentales del administrado **que han sido conculcados dentro de este proceso administrativo** (...) lo cual, **dicha irregularidad contamina todo el proceso y hasta la decisión que se adopte en este asunto.** // 2.- Ahora, en relación **con la causal de decomiso realizada en la resolución objeto de reproche,** me permito hacer las siguientes procesiones: (...). Y afirma que es razonable concluir que **"la Resolución ha sido construida sobre supuestos facticos que no hallan ningún respaldo en una prueba legalmente recaudada e introducida al plenario, lo que puede llegar a constituir en una decisión viciada de nulidad por falsa motivación por error de hecho"**. Y solicita **"revocar el acto administrativo reprochado y, en su lugar realizar la cancelación del valor del ganado"**, que cuantifica en \$139.352.976, en razón de \$829.482 valor unitario de cada semoviente. Resaltados fuera del original.

Y después (i.4: a.03), ante lo que consideró demora de la Dian en resolver ese recurso, Guerrero Guerrero le solicitó a la entidad que declarara el silencio administrativo positivo, lo que solo procede única y exclusivamente dentro de una actuación administrativa (Antes llamada vía gubernativa) o procedimiento administrativo; y ante la negativa de la Dirección, presentó recurso de reposición, el que solo procede en trámite de una actuación administrativa o procedimiento administrativo; y luego, ante la Resolución 00099 de 2016, por la que la Dian resuelve no acoger la solicitud de silencio administrativo, Guerrero Guerrero inició ante la Procuraduría 52 Judicial para asuntos administrativos, trámite conciliatorio con la petición de revocatoria de dicha resolución, que es un neto y pleno acto administrativo, invocándolo como requisito previo a demandar por la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se utiliza ante la presencia de un acto administrativo.

De manera que todo lo anterior corrobora la existencia de un procedimiento administrativo -El que "es uno solo, y no susceptible de inescindibilidad" como bien lo defendió Heráclito José Guerrero Guerrero y sobre cuya naturaleza jurídica de procedimiento y actos administrativos él siempre tuvo total claridad y certeza-, que se inició con la incautación y siguió luego con la aprehensión, investigación, definición de situación jurídica y decomiso de las 168 cabezas de ganado bovino cuya propiedad reclamó, actuación estatal legalmente regulada como procedimiento administrativo -Para la fecha de los hechos- por el Decreto 2685 de 1999 (Artículos 227-259, 502-541) y la primera parte del CPACA (Artículos 1-102), el cual Guerrero Guerrero conoció y dentro del que participó de manera activa en defensa de sus intereses. De manera que él y su familia como se demostró con las transcripciones que atrás se hicieron de la demanda y del recurso, coinciden con el Juez en la naturaleza de las circunstancias que demandan: Se trata de un procedimiento administrativo y de actos administrativos.

Y he aquí, que hay otra circunstancia trascendental para tener en cuenta en este momento para decidir y que ratifica lo que se expuso: Heráclito



José Guerrero Guerrero sabía perfectamente y tenía muy claro, que su caso se trató de un procedimiento administrativo con actos administrativos que decidieron la situación administrativa y jurídica de su ganado incautado y después decomisado, tanto que radicó una demanda antes de la del presente proceso, ejerciendo la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto y según documentos que él mismo aportó al presente expediente, se demuestra que previo trámite conciliatorio ante la Procuraduría 52 Judicial para asuntos administrativos de Arauca como consta en este proceso (i.4: a.03), Heráclito José Guerrero Guerrero radicó el 1 de noviembre de 2016 una demanda que se le asignó al Juzgado Segundo Administrativo de Arauca bajo el número de expediente 81001333300220160018700 y cuya segunda instancia se adelantó en el Tribunal Administrativo de Arauca con el radicado 81001333300220160018701; el trámite está a la vista pública en internet: (https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=810013333002201600187018100123).

En ese primer proceso (2016 00187) Guerrero Guerrero ejerció la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En las pretensiones pidió que se declara la nulidad de las resoluciones 134000201297 de 2015 y 00099 de 2016 de la Dian y como consecuencia, que se le ordenara a la entidad a pagarle \$139.352.076; los hechos se referían a la incautación que se le hizo de 420 reses de ganado (168 a disposición de la Dian y 252 del Ica) y a los trámites que se adelantaron en la Dirección y sus escritos (i.10: a.1).

Una revisión de los documentos que se aportaron a los dos procesos (El de nulidad y restablecimiento del derecho 2016 00187 y el actual de reparación directa 2017 00210) impone concluir que en ambos se plantearon los mismos hechos -Con mínimas variaciones para tratar de ajustar el segundo a la acción utilizada- y las mismas pruebas, así como también con algunas modificaciones en este 2017 00210 respecto de las pretensiones para predicar que se pedían según la acción de reparación directa. En la sentencia de primera instancia del 24 de abril de 2019 se negaron las pretensiones del expediente 2016 00187 (i.10: a.3) y en la de segunda del 25 de febrero de 2022 (i.14) se revocó aquella en forma parcial para en su lugar declarar que ocurrió el silencio administrativo positivo frente al recurso de reconsideración que se radicó contra la Resolución 1342380636-000100 de 2015 que ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida y a la Resolución 000204 de 2015 que resolvió el recurso de reconsideración en forma extemporánea, dentro del expediente administrativo 2015 2015 00268 que siguió la Dian en contra de Heráclito José Guerrero Guerrero; y en consecuencia también se declaró la nulidad de dichas resoluciones y a título de restablecimiento del derecho, se condenó a la Dian a pagarle a Heráclito José Guerrero Guerrero por concepto de perjuicios materiales en las modalidades de daño emergente

(El valor de las 168 cabezas de ganado incautadas y decomisadas \$139.352.076) y de lucro cesante, para un total actualizado a la fecha de la sentencia de segunda instancia, de \$192.498.596.

Significa lo anterior que para reclamar por su ganado, la acción judicial o medio de control de que disponía legalmente Heráclito José Guerrero Guerrero, era la de nulidad y restablecimiento del derecho, la que en efecto instauró y con la que ya obtuvo la correspondiente reparación.

De ahí que no tienen ningún respaldo las prédicas de los demandantes en el actual proceso, para pedir e insistir en que sí procede la acción o medio de control de reparación directa para reclamar por el ganado que la Dian incautó y decomisó. Y por ello no prospera el recurso que radicaron.

El hecho de no incluir en las pretensiones del actual proceso la nulidad de algún acto administrativo, no conduce a que se les acepte que no existió ninguno en su caso y por ello procede la reparación directa; como tampoco al vincular ahora a la Policía Nacional³ cambia la naturaleza de la acción, de igual forma que no lo hace modificar algunos hechos o el número de demandantes o la cantidad de conceptos cuya indemnización se pide; si así fuera, los litigios serían eternos pues bastarían algunos cambios para interponer eternamente diversas demandas en diferentes acciones o medios de control y adelantar múltiples procesos sobre un mismo caso.

Lo cual horripila al Derecho, a la seguridad jurídica y a la administración de Justicia. La Rama Judicial no es un convidado de piedra en los procesos, ni es ingenua ni puede permanecer impasible en los que asume.

No obstante, se advierte que en el primer proceso que adelantó (El de nulidad y restablecimiento del derecho 2016 00187) y contrario a lo que ahora aducen los demandantes en el recurso de apelación en el presente de reparación directa, en dicho proceso bien pudo Heráclito José Guerrero Guerrero incluir a todos sus familiares como demandantes y reclamar por la mayor cantidad de ganado que aquí demanda y por otros perjuicios adicionales a los que pretendió en aquel expediente. Nada de ello riñe ni lo impide la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Si no lo hizo, debe asumir las consecuencias de su omisión. Pero no es jurídico ni aceptable, que lo pretenda enmendar con nueva demanda, predicando que se trata de una acción diferente y adoptando ahora una posición negacionista del procedimiento administrativo y de los actos

³ Recuérdese que en el recurso de reconsideración que presentó Heráclito José Guerrero Guerrero ante la Dian contra la Resolución 1342380636-000100 con la que se le decomisó el ganado (i.4: a.03), le reprocha que "(...) independientemente, de la autoridad que haya incautado los semovientes, el procedimiento es uno solo, y no susceptible de inescindibilidad, de manera que es a esta dependencia quien le asiste el deber legal de tomar los correctivos para garantizar los derechos fundamentales del administrado que han sido conculcados dentro de este proceso administrativo". Resaltado fuera del original.



administrativos que resolvieron la situación jurídica y administrativa de su ganado incautado y decomisado, invocando una "operación administrativa" que no existió y que nunca alegó en vía administrativa ante la Dian.

Esas situaciones que omitió o ignoró en su primera demanda (Incluir a su esposa y a sus dos hijos también como demandantes, reclamar por 35 terneros y gastos que ahora alega, pretender indemnizaciones por otros conceptos de daño emergente, lucro cesante (Estos dos últimos ya se les concedieron en el primer proceso), perjuicios morales, alteración a las condiciones de existencia, daño a los derechos convencional y constitucionalmente amparados, ingresos por producción y utilidad de leche), bien las pudo incorporar en la de nulidad y restablecimiento del derecho, pues todo se lo permitía el artículo 138, CPACA: "*NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño (...)*". De hecho, en ese primer proceso ya se le reparó el daño que demandó y se ordenó la indemnización del daño emergente y del lucro cesante, lo que también desvirtúa su dicho que estos conceptos solo proceden en la acción de reparación directa.

Como se aprecia, dicha acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la puede instaurar "*toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo*" y esa condición de afectados directos e incluso si se quiere la de terceros interesados, la pudieron aducir la señora Roncancio Arias y los jóvenes Guerrero Roncancio, además del propio Guerrero Guerrero -Si este les hubiera avisado o incluido en la primera demanda- para todos los perjuicios en ese proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2016 00187; y la misma disposición jurídica recién transcrita les permitía a todos aun al propio Heráclito José Guerrero Guerrero, también y como ya lo hizo allí, "*solicitar que se le repare el daño*"; es decir, además del restablecimiento del derecho, podían pedir la reparación de todo daño que consideraban se les causaron, como los que pretendieron en esta segunda demanda de reparación directa. En consecuencia y teniendo en cuenta que el núcleo familiar de Guerrero Guerrero pudo intervenir en el primer proceso con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para perseguir la indemnización de sus propios perjuicios de orden extrapatrimonial con ocasión del procedimiento administrativo que se siguió ante la incautación del ganado, no existe asomo alguno de violación de su derecho de acceso a la administración de Justicia pues se reitera, podían allí su esposa y dos hijos también demandar la reparación de perjuicios y con ello no se les revictimiza en nada ni agrava su situación, toda vez que además de la procedencia de 168 cabezas de ganado bovino no se limitaría la reparación en ese medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que también podían discutir y pretender por otros perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial



como el lucro cesante y daño emergente por la muerte de 35 terneros y otros conceptos.

Nada se los impedía con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni incluir a toda su familia ni alegar todos los perjuicios ocasionados que pretendieran discutir; y si no lo hicieron, fue por su propia y autónoma voluntad y discrecionalidad, ante lo que no pueden ahora tratar de corregir -Como intentaron en forma fallida- con una nueva demanda totalmente improcedente y sin respaldo legal para la segunda acción o medio de control utilizada, máxime cuando ya se les reparó el daño que le endilgaron a la Dian. Y es necesario precisar que en ese primer proceso se trató de la nulidad de actos particulares y no de alguno general, por lo que ya se resolvió en vía jurisdiccional toda discusión sobre el específico caso de la incautación del 31 de marzo de 2015, con todos los efectos jurídicos que se derivan de la obligatoria sentencia judicial.

También es importante tener presente que se descarta la ocurrencia de una operación administrativa que aducen los demandantes para pretender respaldar el ejercicio de la acción o medio de control de reparación directa, ya que la excluye la existencia demostrada del procedimiento administrativo que se adelantó en contra de Heráclito José Guerrero Guerrero y de los actos administrativos que profirió la Dian dentro del expediente DM20152015 00268.

Así, se acreditó que la fuente del daño por el que reclaman los demandantes, fue dicho procedimiento administrativo y los actos administrativos que en el mismo se expidieron, toda vez que decidieron la incautación, la aprehensión, el decomiso y la negativa a reconocer el silencio administrativo positivo que ocurrió en la actuación administrativa (Antes vía gubernativa) que se adelantó por la Dian. De manera que la incautación por sí misma no generó ningún perjuicio, máxime cuando de inmediato su acta suscrita por la Policía Nacional y Guerrero Guerrero hizo parte del procedimiento administrativo en el expediente DM20152015 00268 y fue fundamento para adoptar las decisiones finales de fondo.

Y se tiene en cuenta que una operación administrativa ocurre cuando en la ejecución de una decisión administrativa, la entidad o sus agentes se exceden causando perjuicios o en otras palabras, generando efectos jurídicos en contra de una persona natural o jurídica mediante la modificación, la creación o la extinción de situaciones jurídicas. Pero si la actividad material de la Administración no causa efectos jurídicos, ahí no hay operación administrativa y es inane al mundo del derecho.

Entonces, la incautación del ganado que se hizo el 31 de marzo de 2015 no generó ningún efecto jurídico en contra de los demandantes como en su derecho de propiedad u otro y por ello no constituyó una operación administrativa; porque como la Dian de inmediato ordenó la aprehensión y luego el decomiso, en esos momentos con tales actos administrativos



expedidos sí se les generaron efectos jurídicos adversos a los interesados, extinguiéndose su derecho a la propiedad con la pérdida del ganado que reportan, lo que solo ocurrió por causa de las decisiones administrativas o del procedimiento administrativo -No por la incautación-, cuya reparación precisamente al demostrarse lo anterior, se ordenó en favor de Guerrero Guerrero en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2016 00187, en el que al igual que aquí, se encontró que la fuente generadora del daño fueron actos administrativos. Es claro que la mera denominación de una figura jurídica que asignen las partes, no es la que establece su naturaleza jurídica ni obliga a asumirla, ya que se debe determinar en cada caso particular y concreto, la verdadera esencia y condición de aquella para identificarla con precisión y decidir por la acción legal procedente.

A lo anterior se suma que el artículo 171, CPACA, le permite al Juez darle a la demanda *"el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada"* para impedir el ejercicio equivocado de las diferentes acciones o medios de control de que se dispone y que se ajusten al origen o fuente del daño y no a la discrecionalidad del demandante; la adecuación que realice el Juez debe surgir de la interpretación integral de la demanda y el ajuste o adecuación al trámite legal no implica variación alguna de las pretensiones ni de los hechos planteados, pues bajo la nueva acción establecida, serán la base de la discusión y decisión procesal, siempre que esta supere la caducidad. Sin embargo e igual a lo que ocurre en este caso, no se entra a analizar bajo ninguna circunstancia por ser tema ajeno a este momento procesal, si existe la responsabilidad que en la demanda con acción inadecuada se les endilga a las entidades estatales.

De manera que de conformidad con lo que se expuso y acreditó en las consideraciones precedentes, se establece que la acción legal procedente en este caso, era la de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el daño reclamado por los demandantes se les ocasionó a través de los actos administrativos que profirió la Dian dentro del procedimiento administrativo expediente DM2015201500268, y no la de reparación directa que instauraron; y en consecuencia, se confirmarán las decisiones del Juez que declaró probada la indebida escogencia de la acción o medio de control que hicieron los demandantes, la que adecuó o reajustó el trámite al de nulidad y restablecimiento del derecho y la que declaró la caducidad de esta acción o medio de control, con lo que termina el proceso.

Sobre los temas en discusión y las conclusiones que aquí se adoptan, se encuentran en respaldo y entre otros, los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado, cuyos apartes pertinentes al caso se transcriben:

a. *"54. Ha sido abundante la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el sentido de precisar que en materia de lo contencioso administrativo, la escogencia de la acción no depende de la discrecionalidad del demandante, sino del origen del daño alegado; (...) //*

58. Por otro lado debe precisarse que, teniendo en cuenta que le corresponde al juez, al momento de dictar sentencia, analizar aquellos presupuestos de la acción que le permitan decidir el fondo del asunto, el tema relacionado con la indebida escogencia de la acción no puede, ni debe entenderse saneado o clausurado por virtud de las omisiones y/o decisiones que se hubiesen presentado en el transcurso del proceso, toda vez que en aplicación del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.): (...)" M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, 4 de febrero de 2022, rad. 25000-23-26-000-2010-00977-01, 48.780.

b. "(...) Así las cosas, de una correcta interpretación de los hechos y de las pretensiones de la demanda se infiere, sin hesitación alguna, que la génesis del litigio se ubica en la adopción de unas decisiones adversas a los intereses de la demandante, dado que el INCODER, a través de las referidas resoluciones inició las diligencias administrativas tendientes a establecer la procedencia de la declaratoria de la extinción de dominio. // Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que, si bien a la Liga de Natación y Waterpolo del Atlántico, mediante la expedición de las referidas Resoluciones 345, 346 y 347 de 26 de septiembre 2005, se le habría podido crear una situación jurídica desfavorable, tales actos administrativos resultaban cuestionables en su legalidad a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no mediante el ejercicio de la acción de reparación directa, dado que lo que se debe analizar es la legalidad o no del acto en relación con los preceptos superiores de derecho y con los elementos de hecho en que debió fundarse, a efectos de desvirtuar la presunción de legalidad que le es inherente y que hace obligatorio su cumplimiento. // Debe recordarse que, en materia de lo contencioso administrativo, la fuente del daño que se afirma irrogado es la que determina la acción idónea o procedente a efectos de lograr la consideración del asunto por parte del juez, y ello, a su vez, fija la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que, (...) // Por su parte, el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al sub examine, disponía que "...toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad de un acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño...". Lo anterior implica que, ante la existencia de un acto administrativo de carácter particular y concreto, adoptado por la Administración pública, que se proyecta con efectos negativos o lesivos sobre un derecho subjetivo, la acción idónea resulta será la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo transcrito en precedencia. // Al lado de lo anterior cabe resaltar que en el artículo 128 del C.C.A. aplicable para el presente caso, se establece la procedibilidad del citado medio de control frente a los actos que den inicio a un procedimiento administrativo de extinción de dominio, definiendo que el conocimiento del mismo recaerá en cabeza del Consejo de Estado: (...) // Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala revocará la sentencia apelada,

mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda y se condenó en abstracto al pago de perjuicios a la demandada, en tanto que el origen del daño deprecado lo constituye los actos administrativos por medio de los cuales se inició el procedimiento irregular de extinción de dominio de los lotes de propiedad de la demandante". M.P. José Roberto Sáchica Méndez, 4 de diciembre de 2020, rad. 47001-23-31-000-2011-00227-01, 48774.

c. *"Atendiendo que el juez de conocimiento tiene la facultad y el deber de adecuar el medio de control al correspondiente, aun cuando el demandante haya escogido una vía procesal distinta, evitando con ello decisiones inhibitorias, así como el ejercicio equivocado de los diferentes mecanismos establecidos por el legislador para acceder a la administración de justicia, el Despacho adecuara el trámite del presente proceso al del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho". M.P. Nicolás Yepes Corrales, 12 de julio de 2022, rad. 110010326000-2019-00061-00, 63775.*

d. *"En primer lugar, viene necesario recordar que esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el medio de control procedente no depende de la voluntad o arbitrio del demandante, pues "el ordenamiento jurídico colombiano distinguió la procedencia de las acciones a partir del origen del daño, reservando así la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a aquellos eventos en los cuales los perjuicios alegados sean consecuencia de un acto administrativo y la acción de reparación directa para los que encuentren su fuente en un hecho, omisión u operación administrativa"; así como que no es posible el estudio de la excepción de inepta demanda fuera de las causales de (1) ausencia de requisitos formales e (2) indebida acumulación de pretensiones, previstas en el artículo 100 del Código General del Proceso. // De manera que, la ineptitud de la demanda "por indebida escogencia de la acción" es un error procesal en que puede incurrir la parte demandante, y que no es óbice para el trámite de su demanda, puesto que es deber del juez, en virtud del artículo 171 del CPACA, hacer la adecuación de ésta última al medio de control que corresponde, y continuar con el asunto. La observancia de este deber supone el estudio del asunto teniendo en cuenta las exigencias establecidas por el legislador, para el medio de control adecuado". M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, 1 de diciembre de 2021, rad. 25000-23-36-000-2018-01100-01, 67210.*

De otra parte, se registra que el Juez declaró la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la que adecuó el trámite procesal, decisión que no se controvertió por los demandantes a través del recurso de apelación; no obstante, en el expediente se encuentra respaldo de tal declaratoria, toda vez que la Resolución 00099 de 2016 se notificó el 28 de abril de 2016 y la demanda del presente proceso, previo trámite conciliatorio entre el 22 de junio y el 1 de septiembre de 2016, se radicó el 14 de junio de 2017, lo que significa que la acción judicial no se instauró dentro del lapso legal perentorio y preclusivo de cuatro meses que se tenía para ello (Artículo 164.2.d, CPACA). Por lo tanto, tuvo ocurrencia la figura



jurídica de la caducidad en este proceso frente a la acción o medio de control procedente.

Los demandantes invocan en su respaldo la sentencia que en vía de tutela profirió el 27 de abril de 2015 el Tribunal Administrativo de Arauca (i.4: a.01); una revisión de esa providencia muestra que contrario a la apreciación de aquellos, la Corporación Judicial estableció que no ordenaba la devolución del ganado y que en su lugar, le exigía a la Dian *"que de manera preferente y eficaz, esto es en el término de 15 días contados a partir del vencimiento del plazo de que trata el inciso primero del art. 505-1 de Decreto 2685 de 1999 adicionado por el artículo 14 del Decreto 4431 de 2004, resuelvan la situación jurídica del ganado vacuno aprehendido"*, al tiempo que también precisó de manera contundente: *"Se le advierte igualmente a la parte actora, que contra las decisiones que emita la DIAN respecto a la situación jurídica de los semovientes, deberá tener en cuenta el procedimiento ordinario consagrado en el Decreto 2685 de 1999 para cuestionar las decisiones que se emitan respecto de la definición de la situación de los bovinos"*.

Es claro que en esa oportunidad, el Tribunal Administrativo de Arauca en ninguna parte estableció que se tratara de una operación administrativa; por el contrario, remitió el caso y ordenó que la Dian lo resolviera dentro del procedimiento administrativo fijado por las normas jurídicas aduaneras, y que los actos administrativos que se expidieran podían ser cuestionados por *"la parte actora"*, lo que corrobora una vez más que se trató siempre de una actuación administrativa, para cuya impugnación judicial solo opera la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por lo tanto y frente a la pregunta planteada, se determina ante el problema jurídico, que no procede revocar la providencia impugnada; en su lugar, se confirmará.

Finalmente, es necesario destacar que a pesar de tener los demandantes y la Dian los mismos apoderados y los mismos funcionarios de la entidad en los dos procesos (2016 00187 y 2017 00210), en el presente expediente ninguno de ellos le informó al Juez Primero Administrativo de Arauca sobre la existencia del otro litigio que se tramitaba en forma simultánea pero más adelantada en el Juzgado Segundo y en el Tribunal Administrativo de Arauca. Con dicho dato el *a quo* bien podía analizar -Incluso el Juez Segundo Administrativo de Arauca- si ocurrían las figuras jurídicas de cosa juzgada o agotamiento de la jurisdicción o pleito pendiente o prejudicialidad o daño pretendido ya pagado, temas que no se analizarán en esta providencia ni tampoco adelante en el proceso, por sustracción de materia ante la decisión de terminación que se adoptó y se confirmará.

Tampoco se ordenará por esta vez, compulsas de copias para ante los respectivos órganos disciplinarios, pero se les reprende para que en lo sucesivo siempre intervengan con lealtad (Artículo 78.1, CGP) y bajo el



principio de moralidad (Artículo 3.5, CPACA) respectivamente, en ejercicio de sus correspondientes actividades profesionales y administrativas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia de primera instancia, proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, que declaró probada la excepción previa de indebida escogencia del medio de control, *"reajustando el trámite al del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho"* y también declaró la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, se declara terminado el proceso.

SEGUNDO. ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

(Ausente con excusa)

YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada