**Modelo de sustentación de recurso de apelación**

Honorable

CONSEJO DE ESTADO

Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección ..........

Consejero Sustanciador Dr. ..........

E. S. D.

Ref.: Expediente ..........

En mi calidad de apoderado de la Corporación ... .. y actuando dentro de la oportunidad procesal correspondiente, sustento el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha .......... dictada por el Tribunal Administrativo de .......... Sección ........., en los términos que siguen.

Reitero los conceptos expresados en la demanda, pero voy a referirme especialmente a dos aspectos, cuales son la violación del debido proceso y del derecho de defensa, por la falta de la audiencia previa a la imposición de la pena, y la falsa motivación, en cuanto se atribuyó a la Corporación un desencaje en que no incurrió.

1. El primero de los cargos planteados es el de que la multa, que constituye una pena, fue impuesta sin la previa audiencia de la demandante, cargo que el Tribunal desestimó, porque no le encontró validez alguna bajo la consideración de que "la naturaleza de la sanción impuesta como producto de la incursión en una falta de índole administrativa ostenta naturaleza muy diferente a la sanción producto de la contravención penal".

Pues bien, el debido proceso y el derecho de defensa que consagraba el artículo 26 de la Constitución de 1886, vigente para entonces, dijo el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 10. de septiembre de 1987, consiste en la garantía de no ser juzgado sin que se hayan observado en su integridad las normas que regulan el respectivo proceso garantía que se extiende al ámbito de las decisiones administrativas (Anales, t. CXIII, núms. 493-494, v. II, ps. 1.7~ y 1.765).

Posteriormente, en el artículo 29 de la Constitución de 1991 quedó establecido que el debido proceso se aplicaría a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; quedó así expresamente establecido lo que se encontraba implícito en el artículo 26 de la Constitución de 1886, esto es, que la garantía del debido proceso se extiende al ámbito de las decisiones administrativas, como ya lo había precisado el Consejo de Estado.

En desarrollo de tal principio, en el Congreso del Instituto Nacional de Ciencias Administrativas celebrado en Varsovia en 1936, se señalaron las bases fundamentales que debería guardar el procedimiento administrativo; así, se proclamó el principio de audiencia de las partes, entre otros, y, como reglas generales complementarias, la declaración de que todo quebrantamiento de las normas que fijan garantías de procedimiento para el particular deben provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad de quien las infrinja (citado por Gabino Fraga, Derecho Administrativo; México, Editorial Porrúa S.A., 17 ed., 1977, ps. 263 y 264).

"La garantía ciudadana consagrada en el artículo 26 antes citado, exige que quien sea sujeto pasivo de una sanción o condena, previamente haya tenido la oportunidad de conocer los cargos que se le imputan y poder asumir su defensa controvirtiendo las pruebas esgrimidas en su contra y aportando las que respalden sus descargos. Cuandoquiera y dondequiera que estas reglas mínimas sean pretermitidas, se habrá incurrido en flagrante quebranto de la norma constitucional en comento... ese artículo 26 contiene un precepto de obligatoria aplicación para toda suerte de procedimientos...", dijo el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia de 30 de septiembre de 1987.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de 1886, en el artículo 50. de la ley 58 de 1982 fue establecido que las actuaciones administrativas se cumplirían con arreglo al principio de audiencia de las partes, y en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo se dispuso que las decisiones administra6vas sólo pueden adoptarse después de haber dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones. Ello, claro está, además de que deben ser notificadas las decisiones que finalmente se adopten según lo ordenado en los artículos 44 a 48 del mismo Código. La ley dispone entonces, se dé a los interesados la oportunidad de ser oídos previamente a la adopción de las decisiones que les afecten, y ordena también les sean notificadas esas decisiones.

No se respeta el debido proceso y el derecho de defensa si sólo se da a los interesados la oportunidad de interponer recursos contra el acto sancionador sólo se preserva ese derecho si, conforme a la Constitución y a la ley se da previamente la oportunidad a los interesados de expresar sus opiniones, presentar descargos, pedir la práctica de pruebas etc. y, además, se les brinda la posibilidad de impugnar la decisión que finalmente se adopte mediante el ejercicio de los recursos establecidos. "La defensa ha de ser unitaria y continua y debe existir ab initio del proceso" dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2 de octubre de 1981 (Gaceta Judicial, t. CXLIV, núm. 2.405, p. 325); es que "el recurso de reposición acordado contra esa clase de resoluciones no es propiamente un procedimiento previo a la sanción, sino apenas un recurso posterior a la resolución que la impone, recurso que en la práctica se traduce en mera formalidad porque por lo regular la reposición siempre está orientada a no ser despachada favorablemente" dijo también la Corte, en sentencia de 2 de diciembre de 1976 (Gaceta Judicial, ts. CLII y CLIII, núms. 2.393 y 2.394, p. 585).

Si debe esperarse la condena para permitir al condenado, entonces si, el ejercicio de su defensa, mediante la interposición de recursos, se le da sólo la posibilidad de una defensa restringida, con quebranto del artículo 26 constitucional y de los artículos 50. de la Ley 58 de 1982 y 35 del Código Contencioso Administrativo.

En el mismo orden de ideas el Tribunal, en auto de 4 de diciembre de 1986 y para disponer la suspensión provisional de los actos acusados, dijo que "ni la flagrancia en la comisión de las infracciones ni la confesión del inculpado permite a la autoridad imponer de plano sanciones de naturaleza disciplinaria o administrativa".

En sentencia de 17 de junio de 1992, la Corte Constitucional, respecto del debido proceso y el derecho de defensa, expresó: ...... el legislador ha querido, entonces que los procesos sean reglados, que tengan preceptos claros por los cuales han de regirse, haciéndose imperioso su cumplimiento tanto para los sujetos procésales como para el juez.

Los principios que antes se han expuesto sobre el debido proceso y que están contenidos en los textos constitucionales antes transcritos, también tienen plena operación, mutatis mutandi, en las demás ramas del derecho procesal: procesal civil (que se extiende al laboral, etc.) y a la actividad administrativa que comprende tanto la actuación gubernativa como la contencioso administrativa. El tratadista Eduardo J. Couture, menciona las siguientes hipótesis que darían lugar a inconstitucionalidades: "la privación de audiencia que equivale a condenar a una persona sin haber sido oída y vencida en juicio, la falta de citación, la falta de emplazamiento, la privación de pruebas, la privación de recursos, la privación de revisión judicial".

Del artículo 29 constitucional se establece, para efectos del presente caso que la figura del debido proceso es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido el debido proceso, para toda actividad de la administración pública en general sin excepciones de ninguna índole y sin consideraciones de ninguna clase sobre el particular. (Gaceta Constitucional, t. 2, p. 370).

Siendo, entonces, que la Superintendencia .... ... sancionó a la Corporación ........,. sin haberle dado previamente oportunidad para expresar sus opiniones, las resoluciones ... .. de fecha ... .. mediante las cuales impuso la pena, son nulas.

2. El segundo de los aspectos a que me referiré es la falsa motivación de los actos acusados, en cuanto atribuyen a la Corporación un desencaje en que no incurrió.

Se dijo en la resolución .......... de fecha .......... y fue reiterado mediante la .... ... de fecha .... .., que sobre el encaje requerido por todo concepto la Corporación .......... presentó defectos por un total de .... .. durante el mes de ...... de ....... de ....

En el balance consolidado en .......... de la Corporación ........., que obra en el proceso, aparecen los excesos y defectos definitivos de encaje por cada uno de los días hábiles de ese mes, que arrojan un exceso definitivo de .. y un defecto definitivo de .......... lo que determina una posición positiva de encaje de .... .. Es que hay situación de desencaje, o posición negativa de encaje, cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios sobrepasa la suma de los excesos diarios; en caso contrario, hay situación de encaje, o posición positiva de encaje según lo dispuesto en el artículo 40. de la resolución número 75 de 1984 dictada por la Junta Monetaria.

La Superintendencia estimó, sin embargo, que el total de los defectos era de .... .., lo que arroja un descenso promedio diario en 20 días hábiles, de . .. ., sobre el cual, y con invocación de lo establecido en el artículo lo. de la resolución 75 de 1984 de la Junta Monetaria, impuso la multa, igual al 2,5% esto es, de ....

Ahora bien, dice el artículo 20. de la resolución 75 de 1984, que trata de la composición del encaje que éste la de estar representado en obligaciones de valor constante sin interés emitidas por el fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI), en Nuevos Bonos de Vivienda Popular emitidos por el Instituto de Crédito Territorial y en depósitos sin interés en el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI). En verdad, no mantuvo la Corporación la composición del encaje, por defectos en la inversión en los Nuevos Bonos de Vivienda Popular emitidos por el Instituto de Crédito Territorial, pero conservó, en su totalidad, el encaje, en los porcentajes señalados en el articulo 10. de la misma resolución, modificado por el artículo 60. de la resolución 8 de 1985 de la Junta Monetaria, a juzgar por el nombrado balance, que fue el que tuvo en cuenta la 5uperintendencia, según se afirma en los actos acusados.

Pero la sanción de que trata el articulo 50. de la resolución 75 de 1984, que fue la impuesta, está establecida frente a situaciones de desencaje, que tienen lugar, ya se dijo, cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios excede la suma de los excesos diarios, pero no por situaciones originadas en la composición del encaje, caso en el cual la sanción sería, quizá, otra. Es sabido que las conductas que dan lugar a la aplicación de sanciones deben hallarse previstas de modo expreso; esas conductas, además, sólo pueden ser sometidas a las penas expresamente fijadas en cada caso, y no a penas distintas o, dicho de otra forma, las penas sólo resultan aplicables a las conductas para las que están expresamente previstas, y no a otras. Tal es el prin-cipio según el cual nullun crimen sine lege nulla poena sine lege, o principio de la estricta legalidad, establecido de manera general en .los artículos 16, 20, 23, 26 y 28 constitucionales vigentes para entonces y 43 de la ley 153 de 1887, principio que, obviamente, tiene plena vigencia respecto dé las sanciones administrativas, como lo explicó el Consejo de Estado en sentencias de 10 de diciembre de 1982 (Anales, t. CIII, núms. 475-476, p. 400) y de 12 de abril de 1985 (Anales, t. CVIII, núms. 485-486, v. I, p. 270), entre otras.

Finalmente, y además de que se mantuvo el encaje en los porcentajes establecidos, se consiguió objetivo del encaje, señalado en el artículo 60. del Decreto 1728 de 1974, cual es el de garantizar la liquidez de la Corporación; cualquier situación de desencaje es sólo aparente, no real.

De acuerdo con todo lo anterior, dijeron los peritos en su dictamen:

"Todo obedece como fácilmente puede observarse, a que ....., no conservó el encabe del 2% que sobre depósitos en cuentas de ahorro debería tener antiguamente en efectivo y para febrero de ~985 en bonos del Instituto de Crédito Territorial. Se limitó a mantener durante todo el mes la suma de ....

Técnicamente hablando, es un desencaje aparente, pues unos bonos del instituto de Crédito Territorial no pueden considerarse como protección de liquidez en un momento dado.

Por otra parte, para el mismo período .... .. acusa un excedente de encaje en lo que se relaciona con títulos representativos de obligaciones del Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI). Es decir que el déficit en bonos del Instituto de Crédito Territorial se ve ampliamente compensado con los otros requerimientos para encaje y por ello, la posición final del mes es un saldo positivo en .......... .

Es falsa la motivación de los actos impugnados, en cuanto se atribuyó a la Corporación un desencaje en que no incurrió; y este motivo es bastante para declarar la nulidad de los actos impugnados y disponer el restablecimiento solicitado.

3. Por todo lo expuesto, solicito, con todo respeto, se revoque Ia sentencia de fecha ....... ., proferida por el Tribunal Administrativo de ...... .., Sección .... .., y en su lugar se declare que son nulas las resoluciones .......... de fecha .......... y se disponga el restablecimiento solicitado.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente,

...............

C.C. No. ....... de ......

T.P. No. ........