

CONCEPTO ICBF No. 18

Asunto: Conforme al inciso segundo del numeral 13.1, del artículo 13, de la Resolución 3899 de 2010 (modificado por la Resolución 8113 de 2019) ¿ el xxxxxxxxxxxxxxxx xxxxx – xxxxxxxx deberá acudir a la solicitud de una licencia de funcionamiento inicial en exactas condiciones de la que se encuentra vigente, teniendo en cuenta que la sanción impuesta es una SUSPENSIÓN y no una CANCELACIÓN? o ¿podrá continuar con la renovación de la licencia de funcionamiento una vez la emergencia sanitaria cese?

Fecha: 27 de Septiembre 2021

En atención a su solicitud del asunto, en la que requiere que esta Oficina se pronuncie en cuanto al alcance de la sanción de suspensión de la licencia de funcionamiento bial impuesta mediante la Resolución N° xxxxx del 31 de agosto de xxxxx al operador xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, nos permitimos aportar los siguientes argumentos:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme al inciso segundo del numeral 13.1, del artículo 13, de la Resolución 3899 de 2010 (modificado por la Resolución 8113 de 2019) ¿xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx deberá acudir a la solicitud de una licencia de funcionamiento inicial en exactas condiciones de la que se encuentra vigente, teniendo en cuenta que la sanción impuesta es una SUSPENSIÓN y no una CANCELACIÓN? o ¿podrá continuar con la renovación de la licencia de funcionamiento una vez la emergencia sanitaria cese?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas:

2.1. Las sanciones de suspensión y cancelación de las licencias de funcionamiento en desarrollo de los procesos administrativos sancionatorios; 2.2. El inciso segundo del numeral 13.1, del artículo 13 de la Resolución 3899 de 2010, modificada por la Resolución N° 8113 de 2019 y su aplicación en los casos en los que se ordene la suspensión de las licencias de funcionamiento de un operador.

2.1. Las sanciones de suspensión y cancelación de las licencias de funcionamiento en desarrollo de los procesos administrativos sancionatorios (PAS)

La Ley 1098 de 2006 y la Resolución 3899 de 2010 establecen la competencia para que el ICBF, en desarrollo de sus funciones de inspección, vigilancia y control, pueda adelantar un proceso administrativo sancionatorio a aquellos operadores que cuenten con licencias de funcionamiento para desarrollar programas de protección a los niños, las niñas y los adolescentes.

En ejecución de este proceso, el ICBF, cuando lo considere necesario, podrá imponer entre otras las siguientes sanciones:

ARTÍCULO 59. SANCIONES. De conformidad con lo establecido, entre otras, en los literales b y c artículo 53 de la Ley 75 de 1968, Ley 7 de 1979, Ley 1098 de 2006, en los procesos administrativos sancionatorios que adelante el ICBF se podrán imponer las siguientes sanciones:

(...)

2. Suspensión de la licencia de funcionamiento hasta por un (1) año.

3. Cancelación de la licencia de funcionamiento.

(...)

PARÁGRAFO 2o. En el evento en que la decisión final ordene la cancelación de la licencia de funcionamiento, no podrá solicitarse una nueva para el mismo programa o modalidad por un término de dos (2) años.

De la lectura de la norma transcrita se hace evidente que las sanciones fueron consagradas en orden de su gravedad y su afectación para la operación de la entidad vigilada. Bajo esta lógica, la última sanción que se cita para los operadores de los servicios de protección, es la de la cancelación del reconocimiento para pertenecer al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Las sanciones tienen naturaleza y efectos diferentes, y se encuentran establecidas en la norma de manera separada. Dicha diferencia se puede confirmar revisando el significado de las dos palabras según la Real Academia Española de la Lengua (RAE): “suspensión” significa *detener o diferir por algún tiempo una acción u obra*; mientras que “cancelar”, implica *anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción en un registro, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza*.

La sanción de suspensión de la licencia de funcionamiento hace referencia, entonces, a detener sus efectos en el tiempo, mientras que la referida a la cancelación se concreta en su anulación, es decir en la ineficacia a futuro del permiso otorgado para prestar los servicios que habían sido autorizados por parte del ICBF.

2.2. El inciso segundo del numeral 13.1, del artículo 13 de la Resolución 3899 de 2010, modificada por la Resolución N° 8113 de 2019 y su aplicación en los casos en los que se ordene la suspensión de las licencias de funcionamiento de un operador como consecuencia de un PAS.

El numeral 13.1 del artículo 13 de la Resolución N° 3899 de 2010, modificada por el artículo 1 de la Resolución N° 8113 de 2019, en su inciso segundo, hace referencia a la licencia inicial y dispone lo siguiente:

“Cuando una persona jurídica deje de prestar el servicio público de bienestar familiar en las modalidades de protección por cualquier circunstancia, requerirá licencia de funcionamiento inicial para prestar nuevamente el servicio.”

En desarrollo de lo consagrado en la norma citada, se infiere que como regla general, quienes habiendo tenido la respectiva licencia de funcionamiento para prestar los servicios de protección, dejen de hacerlo por cualquier circunstancia, deberán, en el evento en el que pretendan ofrecer nuevamente dichos servicios, solicitar una licencia inicial.

La cuestión que surge, entonces, es si esa disposición aplica incluso a las sanciones derivadas de los PAS que impliquen que los operadores dejen de prestar el servicio. En otras palabras, con el fin de procurar una debida aplicación de esa norma es importante realizar un análisis hermenéutico integral para determinar si esa hipótesis cubre a los casos en los que, por ejemplo, la sanción que se imponga al operador dentro de un PAS sea la de la suspensión de su licencia de funcionamiento.

Para ello, es útil acudir, en primer lugar, a los criterios de interpretación normativa que hacen parte de los principios generales del derecho. La Corte Constitucional ha desarrollado y aplicado los criterios cronológico y de especialidad como parte de las pautas hermenéuticas para solucionar los conflictos en la aplicación de las normas jurídicas. En la sentencia C-439 de 2016 explicó:

“(ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

6.3. En relación con el criterio cronológico, precisó la Corte en la aludida providencia [C-451 de 2015] que este “se halla estrechamente ligado a los conceptos de vigencia y derogatoria. La vigencia se refiere ‘al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al ordenamiento’^[33]. La derogatoria, por el contrario, ‘es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior’^[34], es decir, la remoción de una norma del ordenamiento jurídico por voluntad de su creador”. Cabe recordar que, como se expresó en el apartado anterior, de acuerdo con las reglas generales de interpretación de

las leyes, la derogación puede ser expresa, cuando la nueva ley suprime específica y formalmente la anterior; tácita, cuando la nueva normatividad contiene disposiciones incompatibles o contrarias a las de la antigua; y orgánica, cuando una ley reglamenta integralmente la materia, aunque no exista incompatibilidad con las normas precedentes.

6.4. Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”. Respecto al alcance del criterio de especialidad, en el mismo fallo se trajo a colación lo dicho por la Corporación en la Sentencia C-078 de 1997, al referirse esta al carácter especial de las normas tributarias y su aplicación preferente sobre las normas del anterior Código Contencioso Administrativo. (...)

6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.”

Conforme a esos parámetros, se hace necesario determinar si esos criterios es necesario aplicarlos en este caso. Para la OAJ es evidente que ello es así por lo menos por dos razones: (i) se ha presentado un conflicto interpretativo entre las áreas del Instituto, relativo al alcance de una sanción derivada de una PAS, frente a la observancia de la disposición contenida en el artículo 13 – 13.1 de la Resolución 3899 de 2010; (ii) Es razonable concluir que las dos normas tienen el poder del regular el caso ya que la sanción de suspensión implicará que el operador deje de prestar el servicio; (iii) Sin embargo, la dos normas no son compatibles, en la medida en que iniciar el trámite de licencia inicial implica su cancelación, de modo que se estaría dando un alcance diferente a la sanción de “suspensión”.

Ese escenario demuestra que sí existe un dilema interpretativo ya que no es posible aplicar las dos normas de manera coordinada o complementaria al mismo caso. Por tanto, se hace necesario acudir a los criterios referidos, concretamente el de especialidad. De acuerdo a este la OAJ deduce que se trata de normas de la misma jerarquía ya que son actos administrativos expedidos por la Directora General del ICBF. También se encuentra que una de las resoluciones tiene carácter general (la Resolución xxxx de 2010, que establece el régimen especial para otorgar, reconocer, suspender, renovar y cancelar las personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del Sistema Nacional de Bienestar Familiar), mientras que la Resolución 47xx del 31 de xxxxx de 2020 fue proferida en un caso específico de un PAS al operadorxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Lo anterior, es decir, el hecho palpable de que existen dos actos administrativos, uno general y otro especial, permite deducir conforme al criterio mencionado, que **en el caso concreto la Resolución 4736 de 2020 prevalece sobre el artículo 13** (13.1, inciso segundo) **de la Resolución 3899 de 2010.**

Ello implica, por tanto, que la ejecución de la sanción de suspensión dictada dentro del PAS no implica el trámite de una licencia inicial al operador referido. Vale la pena indicar, adicionalmente, que en criterio de esta oficina aplicar a este caso el artículo 13 de la Resolución 3899 de 2010 conllevaría a agravar la sanción que se impuso al operador, lo que es incompatible con el artículo 29 de la Constitución Política y a las garantías aplicables dentro del proceso administrativo sancionatorio.

Admitir una interpretación diferente, igualando el concepto de la sanción de la suspensión de la licencia de funcionamiento al de la cancelación de la misma, llevaría a hacer más gravosa la sanción impuesta al operador, ya que se estaría convirtiendo una orden de interrupción en la prestación del servicio por un tiempo determinado, en una cancelación definitiva de la licencia, que obligaría a la entidad a tener que solicitar un nuevo permiso para poder iniciar la prestación de sus servicios, esta situación desconoce la voluntad del Instituto, la cual fue plasmada en el acto administrativo especial, y que obedeció no sólo a hechos concretos, sino también a la aplicación de criterios específicos de tasación de la pena. Esto, aunado a la sanción que opera en los casos de cancelación de las licencias de funcionamiento en cuanto a que el operador sancionado, no podrá solicitar una nueva para el mismo programa o modalidad por un término de dos (2) años.

En efecto, como ya se analizó en este documento, las consecuencias de una suspensión no son las mismas de una cancelación y, en este caso, obligar a tramitar una licencia inicial excede el alcance de la Resolución 4736 de 2020 y agrava la sanción que fuere impuesta dentro del PAS respectivo. Una situación de este tipo desconoce las garantías constitucionales por lo que debe desecharse de manera categórica.

Atentamente,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica ICBF