



4.08 PV

Bogotá, D.C., 23 ABR 2019

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, “[p]or medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”

Demandante: Eylen Darley Rojas Salinas

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Expediente: D-12397

Concepto 6560

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 242 y el numeral 5 del artículo 278 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por la ciudadana Eylen Darley Rojas Salinas quien, en ejercicio de la acción pública prevista en el numeral 6 del artículo 40 Constitucional y en el numeral 1 del artículo 242 *ibidem*, solicita que se declare la inexecuibilidad del artículo 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, cuyo texto se transcribe a continuación, subrayando lo demandado:

“LEY 1819 DE 2016”
(diciembre 29)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

[...]

ARTÍCULO 185. Modifíquese el artículo 468-1 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

Artículo 468-1. Bienes gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%). Los siguientes bienes están gravados con la tarifa del cinco por ciento (5%):

[...]

¹ Diario Oficial No. 50.101 de 29 de diciembre de 2016.

96.19

Compresas y tampones higiénicos.

[...]"

1. Planteamientos de la demanda

La demandante solicita declarar la inexequibilidad del numeral 96.19 del artículo 185 de la ley 1819 del 2016 puesto que, a su juicio, *"discrimina a la mujer, ya que se está grabando (sic) con IVA un producto de uso exclusivo de la misma"*, lo que conlleva a la vulneración de *"lo consagrado en el (sic) artículo 2, 53 y 363 de la Constitución Política de 1991 por cuanto la norma acusada desconoce el principio de igualdad, equidad y progresividad, así mismo, vulnera el derecho a la protección de la mujer consagrado en el artículo 43 superior"*.

En desarrollo de su argumentación, expone que la norma impugnada vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que *"está desfavoreciendo la condición de ser mujer aun cuando la norma superior en sus derechos fundamentales y bloque de constitucionalidad prohíbe claramente un trato diferenciado basado en una condición inmodificable, como lo es para el sub examine, el hecho de ser mujer (...)"*. En el mismo sentido, plantea que *"el ciclo fisiológico precitado, se convierte en el hecho generador que es grabado (sic) con IVA (...)"*.

Resalta, además, que conforme al artículo 43 Superior la mujer tiene igualdad de derechos con el hombre y es sujeto de especial protección constitucional, y que la potestad legislativa en materia tributaria *"no puede afectar el goce de derechos fundamentales"*.

De igual manera, considera que la disposición acusada vulnera los principios de equidad y progresividad (artículo 363 Superior), debido a que *"grava la condición de ser mujer"*, pero además *"está afectando con IVA, un producto de primera necesidad para la población femenina del país, lo cual impacta de una manera regresiva e inconstitucional a los contribuyentes femeninos, pues grava de la misma manera a las personas con mayor capacidad de pago y los que tienen menor capacidad"*.

Agrega que la cuestionada medida desconoce los fines esenciales del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución, en especial los referidos a *"promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"*.

2. Problema jurídico.

Conforme a los planteamientos de la demanda, el problema jurídico que se debe resolver en este caso se puede formular así:



Concepto

6580

¿La partida arancelaria “96.19 compresas y tampones higiénicos” contenida en el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, vulnera los principios de igualdad, equidad y progresividad, así como la protección especial de la mujer y los fines esenciales del Estado, al gravar con impuesto sobre las ventas (IVA) un bien de primera necesidad, utilizado exclusivamente por el género femenino y sin tener en cuenta su capacidad de pago?

3. Análisis de constitucionalidad.

Cuestión previa: análisis de cosa juzgada constitucional

Sintetizados los planteamientos de la accionante, la Procuraduría encuentra que se debe analizar, de manera previa, si existe cosa juzgada constitucional en relación con la expresión demandada, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte en sentencia C-117 de 2018. Según esa misma Corporación² (subrayas propias):

“Para efectos de adelantar el análisis abstracto de constitucionalidad y determinar la configuración de la cosa juzgada constitucional, se debe tener en consideración (i) si se trata del mismo texto normativo demandado; (ii) si se trata de los mismos cargos de inconstitucionalidad; y (iii) si el contexto o marco constitucional, a partir del cual se adelanta el análisis, no ha variado.

En síntesis, las reglas que ha fijado esta Corte en relación con la configuración de la cosa juzgada constitucional son que: (i) el principio general es que las sentencias de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta; (ii) las declaraciones de inexequibilidad siempre hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, por cuanto en estos casos las normas acusadas, analizadas y encontradas inexecutable por este Tribunal son expulsadas del ordenamiento jurídico, y por tanto, respecto de ellas no puede volver a entablarse ningún tipo de discusión o debate sobre su constitucionalidad; (iii) que no obstante lo anterior, en casos de inexequibilidad parcial o de exequibilidad, puede configurarse el fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa, en cuanto el pronunciamiento de la Corte respecto de un precepto normativo se haya restringido al análisis de ciertos cargos, dejando abierta la posibilidad a nuevas demandas del mismo enunciado normativo pero por cargos disímiles a los ya analizados; y (iv) que en este último escenario, el juez constitucional debe determinar si se trata de la misma norma acusada, de los mismos cargos enervados y del mismo referente normativo superior, para establecer la existencia de cosa juzgada constitucional”.

Para el caso, se encuentra que la Corte conoció, en el precitado pronunciamiento (Sentencia C-117 de 2018), la “*Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185 (parcial) de la Ley 1819 de 2016 ‘por la cual adopta una reforma tributaria*

² Sentencia C-133 de 2018. Magistrado sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo.

estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal y se dictan otras disposiciones”, y resolvió los siguientes problemas jurídicos:

“¿El artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 vulnera los principios de igualdad, equidad y progresividad tributaria al gravar con impuesto sobre las ventas (IVA) de 5% bienes utilizados solo por las mujeres, sin tener en cuenta su capacidad económica?

¿La disposición acusada vulnera el principio de igualdad, al gravar las toallas higiénicas y tampones, productos utilizados exclusivamente por el género femenino, con la tarifa del cinco por ciento (5%) de impuesto sobre las ventas?”.

Al examinar la aptitud de los cargos formulados, la Corte Constitucional sintetizó:

“4. El demandante alega que la imposición de IVA en una tarifa de 5% para toallas higiénicas y tampones viola los principios de igualdad, progresividad y equidad tributaria, es decir, desconoce los artículos 13, 43 y 363 de la Constitución. Habida cuenta de que los cargos no son planteados de forma separada, se interpretará la demanda y se extraerán los elementos que contiene, orientados a sustentar dichas violaciones. En efecto, los argumentos refieren que el impuesto:

(i) Es **discriminatorio**, pues las ciudadanas colombianas son gravadas con IVA solamente por haber nacido mujeres, ya que aproximadamente a partir de los 12 años están obligadas a adquirir estos productos, lo cual los convierte en bienes de primera necesidad. En tal calidad, atienden necesidades básicas relacionadas únicamente con los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al mínimo vital de las mujeres. Por ello, se trata de un gravamen que impacta sólo a las mujeres y no a los hombres, sin justificación alguna. Además, grava un bien insustituible, que no puede evadirse y es de uso exclusivo para las mujeres.

(ii) Viola los **principios de igualdad, equidad y progresividad**, pues el impuesto recae sobre productos básicos de la canasta familiar que no tienen sustitutos en el mercado, son de primera necesidad y solo los requieren las mujeres. Adicionalmente, el tributo no consulta la capacidad económica de aquellas, al gravar de la misma forma a las mujeres con mayor capacidad de pago y a las que tienen menores recursos. Por ello, tiene un impacto desproporcionado en las mujeres más pobres.”.

Luego de analizar los argumentos expuestos, concluyó:

“Con base en todo lo expuesto, la Sala verifica que la imposición del gravamen aun en la tarifa más baja no es razonable. Dicho de otro modo, la necesidad e imperiosidad de exigir a las mujeres en edad fértil que consumen toallas higiénicas y tampones que tributen por ese consumo no tiene justificación suficiente. (...)”

En consecuencia, la disposición acusada, al gravar las toallas higiénicas y los tampones, viola el principio de equidad tributaria, por



Concepto 6560

imponer barreras al acceso de tecnologías que actualmente permiten el pleno ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres en edad fértil. (...) En tal sentido, la afectación del principio de equidad tributaria incide directamente en la garantía del derecho a la igualdad material de las mujeres, en especial, de escasos recursos, puesto que establece barreras en la adquisición de tecnologías de la dignidad y no existen políticas vigentes que contrarresten tal situación”.

De tal manera, al examinar la “Configuración de cosa juzgada constitucional respecto de la partida demandada contenida en el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016”, en una oportunidad anterior la Corporación consideró³:

*“La Corte mediante la reciente Sentencia C-117 del catorce (14) de noviembre de 2018, se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de la partida arancelaria “Declarar **INEXEQUIBLE** la partida 96.19 del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, que grava las toallas higiénicas y tampones con una tarifa de 5% de IVA. En consecuencia, **INCLUIR ESTOS PRODUCTOS** en el listado de bienes EXENTOS del impuesto al valor agregado, contemplado en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016”.*

La Sala advierte que se cumplen los requisitos para la configuración de cosa juzgada constitucional respecto del artículo 185 acusado, puesto que (i) en dicha demanda se objetó la misma norma de la partida arancelaria ‘96.19 compresas y tampones higiénicos’ contenida en esa disposición de la Ley 1819 de 2016; (ii) se presentaron los mismos cargos de inconstitucionalidad por vulneración de la Constitución Política, en razón de la violación de la igualdad, equidad y progresividad en materia tributaria; (iii) se declaró la inexequibilidad de la disposición demandada, cuyo efecto es la expulsión de dicha disposición del ordenamiento jurídico, y (iv) el contexto o marco constitucional, a partir del cual se debe adelantar el análisis, no ha variado.

En la Sentencia C-117 de 2018 en contra de la expresión demandada del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 los cargos enervados prosperaron, en razón a que esta Corporación advirtió (i) la discriminación histórica de la mujer; (ii) que las compresas y tampones higiénicos de uso femenino constituyen bienes de primera necesidad insustituibles y exclusivamente utilizados por las mujeres y niñas, razón por la cual el impuesto indirecto aplicado implica una vulneración de la igualdad y equidad en materia tributaria; (iii) la mínima deliberación pública sobre el impacto de esta medida respecto del sistema y el mínimo vital de las mujeres y niñas, especialmente de aquellas de escasos recursos económicos o vulnerables, en respeto de la igualdad real y efectiva; (iv) la inexistencia de políticas públicas que compensen la afectación al mínimo vital de las mujeres y niñas de escasos recursos; (v) el impacto de la medida para la vida digna, la higiene menstrual, la salud, y los derechos fundamentales de las mujeres en todos los ámbitos de su vida privada y pública; (vi) el que en las actuales circunstancias de avance tecnológico no existen otros

³ Sentencia C-133 de 2018.

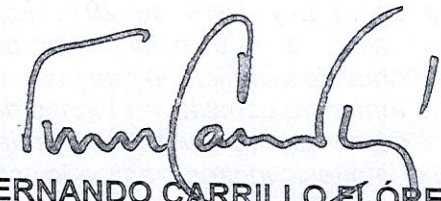
productos menos costosos por los cuales se puedan sustituir estos bienes, de manera que resultan la única opción para las mujeres y niñas; (vii) la afectación desproporcionada de este impuesto indirecto sobre las mujeres, debido a las barreras históricas para su desarrollo económico y capacidad adquisitiva, especialmente para aquellas de escasos recursos; y adicionalmente (viii) que debía necesariamente realizarse una integración normativa de la disposición demandada con el artículo 188 de la misma Ley 1819 de 2006 que fija las exenciones del impuesto al valor agregado, por tratarse de una norma intrínseca y deontológicamente vinculada al precepto demandado, y con el fin de que la decisión de la Corte no fuera inocua o no produjera un efecto contrario o indeseado al declarar la inconstitucionalidad del artículo 185 acusado y, no se entendiera entonces que se le debía aplicar a estos bienes la tarifa plena, de manera que debía incluirse las compresas y tampones higiénicos en las exenciones al impuesto al valor agregado, contemplados en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016.”.

En este orden de ideas, se concluye que en el caso opera el fenómeno de cosa juzgada constitucional, en la medida en que se discute un mismo texto normativo, en relación con el cual se plantean idénticos cargos de inconstitucionalidad, que se analizan con referencia a un marco constitucional sin variación, por lo cual se solicitará a la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-117 de 2018.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-117 de 2018, mediante la cual se decidió “*Declarar INEXEQUIBLE la partida 96.19 del artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, que grava las toallas higiénicas y tampones con una tarifa de 5% de IVA. En consecuencia, INCLUIR ESTOS PRODUCTOS en el listado de bienes EXENTOS del impuesto al valor agregado, contemplado en el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016*”.

De los señores magistrados,



FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

DFYM/TMFC/ATA