



PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Desaparición de sus fundamentos jurídicos / CONTROL DE LEGALIDAD DE NORMA REGLAMENTARIA SIN FUERZA EJECUTORIA POR DEROGATORIA DE SU FUNDAMENTO JURÍDICO - Procedencia / CONTROL DE LEGALIDAD DE NORMA SIN FUERZA EJECUTORIA – Procedencia. Reiteración de jurisprudencia. La pérdida de ejecutoria de la norma no le resta competencia a la jurisdicción para examinar su juridicidad en relación con los efectos que produjo durante su vigencia / PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL – Efectos jurídicos. Surte efectos hacia el futuro y no afecta la presunción de legalidad del acto administrativo, la cual solo se pierde por la declaratoria judicial de nulidad

[E]l artículo 91 del CPACA dispone que los actos administrativos pierden ejecutoriedad y, por lo tanto, dejan de ser obligatorios, entre otros supuestos, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho. En el *sub examine*, el artículo 6.º del Decreto 1070 del 2013, que, a su turno, fue compilado por el artículo 1.2.4.1.22. del DURT, tuvo por objeto reglamentar la retención en la fuente mínima para los empleados establecida en el artículo 384 del ET por la Ley 1607 de 2012. No obstante, el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 derogó expresamente el artículo 384 del ET, de modo que operó el decaimiento del artículo compilatorio 1.2.4.1.22. del DURT. Habida cuenta de lo anterior, el citado artículo 1.2.4.1.22. del DURT fue modificado por el artículo 9.º del Decreto 2250 de 2017 para reglamentar otra materia, circunstancia que fue puesta de presente en las consideraciones de este decreto en los siguientes términos «*que el artículo 384 del Estatuto Tributario, que establecía la tarifa mínima de retención en la fuente para empleados, fue derogado por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016. En consecuencia, los artículos 1.2.4.1.17. a 1.2.4.1.19. y 1.2.4.1.22. a 1.2.4.1.23. del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, tienen decaimiento y serán sustituidos*» (destaca la Sala). En ese orden de ideas, queda en claro que la disposición reglamentaria demandada, *i.e.* el artículo 6.º del Decreto 1070 del 2013 (compilado en el artículo 1.2.4.1.22. del DURT), fue subrogada por el Decreto 2250 de 2017 pero, de forma previa, había perdido ejecutoria en los términos del numeral 2.º del artículo 91 del CPACA, por cuanto desapareció su fundamento jurídico, esto es, el artículo 384 del ET en la versión dada por la Ley 1607 de 2012 y antes de ser derogado por la Ley 1819 de 2016. Ahora bien, de conformidad con el criterio reiterado por la Sala, la pérdida de ejecutoria de la norma acusada no le resta competencia a esta jurisdicción para examinar su juridicidad, en relación con los efectos que aquella produjo durante el tiempo en que tuvo vigencia. Sobre el particular, esta Sección ha precisado que, dado que la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos generales surte efectos hacia el futuro, dicha institución no basta para restablecer, *per se*, el ordenamiento jurídico eventualmente quebrantado por la aplicación del acto decaído. En ese contexto, la Sala ha explicado que la pérdida de ejecutoria no afecta la presunción de legalidad connatural al acto administrativo, calidad que solo se pierde por la declaratoria judicial de nulidad, en el marco de un juicio de juridicidad que examine las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento en que dicho acto se expide. Por lo expuesto, en criterio de la Sala, la pérdida de ejecutoria de la disposición demandada no impide examinar su conformidad con el ordenamiento jurídico para el momento en que fue vinculante y surtió efectos jurídicos

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 (CPACA) - ARTÍCULO 91 NUMERAL 2 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 384 / LEY 1607 DE 2012 / LEY 1819 DE 2016 - ARTÍCULO 376 / DECRETO 1070 DE 2013 - ARTÍCULO 6 LITERAL C / DECRETO



1625 DE 2016 (DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO EN MATERIA TRIBUTARIA DURT) – ARTÍCULO 1.2.4.1.22 / DECRETO 2250 DE 2017 - ARTÍCULO 9

DERECHO A LA IGUALDAD – Prohibición de utilización de categorías sospechosas en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico / DERECHO A LA IGUALDAD - Formas de garantizarlo y materializarlo / IGUALDAD - Doble connotación de derecho y principio / DERECHO A LA IGUALDAD - Jurisprudencia constitucional. Alcance de la igualdad de trato entre iguales / IGUALDAD DE GÉNERO - Alcance / IGUALDAD DE GÉNERO - Prohibición de discriminación basada en el sexo o género / IGUALDAD DE GÉNERO - Inconstitucionalidad de disposiciones jurídicas que contengan criterios de distinción o comparación soportados exclusivamente en el sexo o género / PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE DISPOSICIONES JURÍDICAS QUE CONTENGAN CRITERIOS DE DISTINCIÓN FUNDADOS EN EL GÉNERO - Carga de la prueba para desvirtuarla. Corresponde al Estado demostrar la legitimidad o razonabilidad de la medida / DIFERENCIAS DE TRATO FUNDADAS EN CRITERIOS O MOTIVOS DE GÉNERO - Análisis de la constitucionalidad de la medida en razón del objetivo que persigue / DIFERENCIAS DE TRATO FUNDADAS EN CRITERIOS O MOTIVOS DE GÉNERO - Acciones afirmativas / IGUALDAD DE GÉNERO - Interpretación. Se debe interpretar en concordancia con los tratados internacionales suscritos por el país en materia de derechos humanos, que integran el bloque de constitucionalidad / IGUALDAD DE GÉNERO - Doble connotación como principio y derecho subjetivo / IGUALDAD DE GÉNERO – Marco jurídico internacional / DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER - Noción y alcance. Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer / MEDIDAS PARA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER – Instrumentos internacionales. Obligaciones de los Estados parte / DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN – Concepciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos / DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN - Concepción negativa. Alcance. Prohibición de diferencias de trato arbitrarias / DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN – Concepción positiva. Adopción de medidas positivas por parte de los Estados para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en las jurisdicciones, aunque ello suponga perjudicar temporalmente a un grupo de personas / DIFERENCIA DE TRATO FUNDADA EN CRITERIOS O MOTIVOS DE GÉNERO - Validez. Para que la discriminación sea admisible debe perseguir un fin legítimo y sustentarse en una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido / JUSTIFICACIÓN DE DIFERENCIA DE TRATO FUNDADA EN CRITERIOS O MOTIVOS DE SEXO O GÉNERO - Exigencia de mayor carga argumentativa y probatoria para defender la legitimidad de la medida

3.1- La Sala destaca que el inciso 1.º del artículo 13 constitucional prescribe que «*todas las personas*» gozan «*de los mismos derechos, libertades y oportunidades*», de manera que todas ellas deben recibir «*la misma protección y trato de las autoridades*», sin que a esos efectos sea admisible «*ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*» (destaca la Sala). Como se observa, la disposición en cita prohíbe que en la aplicación e interpretación del ordenamiento se acuda a una serie de criterios que históricamente han sido empleados por la sociedad para quebrantar el derecho a la igualdad («*categorías sospechosas*»). A fin de materializar esa garantía constitucional, el inciso



2.º del referido artículo 13 constitucional impone al Estado el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, en aras de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, *i.e.* material. Bajo esos parámetros, la Constitución le asigna a las autoridades la obligación de remediar situaciones de discriminación fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia, de modo que a la prohibición de discriminar se sume la orden de erradicar tales conductas o prácticas a través de la adopción de medidas idóneas (sentencia C-410 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz). De ahí que el principio y derecho a la igualdad no se traduzca en una equiparación formal, sino que trae implícita una perspectiva material en virtud de la cual deben establecerse tratos iguales entre iguales, tratos diferentes frente a situaciones disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficio de diversos sectores de la población que, aunque parezcan iguales, requieren tratamientos disímiles por parte del Estado para, precisamente, lograr una igualdad material, que no formal (...), de manera que el artículo 13 constitucional *«implica el mandato de trato igual frente a supuestos de hecho equivalentes y de tratamiento distinto entre situaciones diferentes, siempre que resulte objetiva, razonable y justa»* (...) En armonía con lo anterior, y en lo que se refiere específicamente a la igualdad de género, el artículo 43 del Texto Supremo señala que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, y prohíbe que ella sea sometida a tratos discriminatorios. Con ese objeto, la disposición, de forma expresa, ordena al Estado otorgar especial asistencia y protección a la mujer, durante el embarazo y después del parto. Junto a lo anterior, el artículo 42 *ibidem* prescribe que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y de deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Se desprende entonces que las normas superiores prohíben otorgar privilegios y fijar exclusiones o limitaciones por razón al «sexo» (en términos más precisos al género), de modo que las disposiciones que patrocinen comparaciones basadas en el género se presumen contrarias al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, sentencias C-586 de 2016, expediente D-11339, MP: Alberto Rojas Ríos y C-577 de 2011, expediente D-8367, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Refiriéndose al tema que interesa al *sub lite*, la Corte ha recalcado que el Estado está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a sus destinatarios, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de hombres o mujeres. De tal suerte que la pertenencia al género masculino o al femenino no debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse en inferioridad de condiciones, lo cual lleva a que resulten inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor (sentencia C-588 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo). Por lo expuesto, cuando el criterio del género sea el fundamento de la distinción planteada por una disposición jurídica, opera una presunción de inconstitucionalidad, de manera que corresponde al Estado demostrar que la norma en cuestión se ajusta al orden jurídico (sentencia C-577 de 2011, expediente *Op. Cit.*). Sobre el particular, en la providencia C-093 de 2001 (expediente *Op. Cit.*) la Corte Constitucional puntualizó: *«la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico, razón por la cual la carga de la prueba sobre la legitimidad de la medida (razonabilidad) se traslada a la autoridad»*. Sin embargo, con idéntica relevancia, la jurisprudencia constitucional ha advertido que no siempre las diferencias de trato basadas en motivos de género resultan, a fin de cuentas, inconstitucionales, pues algunas de ellas constituyen la materialización del 2.º inciso del artículo 13 de la Constitución, que ordena establecer la igualdad material mediante la adopción de tratos diferenciales que en pro de grupos discriminados. Desde esa óptica, la Corte Constitucional ha señalado que si las situaciones objeto de comparación (diferenciadas por la norma) ameritan un trato diferente, porque persiguen un objetivo protegido por la



Carta (v.g. la realización de la igualdad material), entonces, la disposición resultará constitucional (sentencia C-586 de 2016, expediente *Op. Cit.*). De manera específica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acogido la noción de «*acciones afirmativas*», para designar las medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos tradicionalmente discriminados, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan. Además, en virtud del mandato del artículo 93 de la Constitución, la igualdad de género ha de ser interpretada, en concordancia con los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, los cuales se integran en el bloque de constitucionalidad. Tal consideración ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha reafirmado el carácter imperativo de las normas humanitarias y su integración al bloque de constitucionalidad, lo cual implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional sobre derechos humanos, con el fin de potenciar la realización material de los compromisos adquiridos por el Estado en el ámbito internacional (sentencia C-225 de 1995, expediente L.A.T.-040, MP: Alejandro Martínez Caballero). De hecho, la propia Corte ha entendido que la manera en que los organismos internacionales competentes interpretan aquellos tratados también es relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones y, en esa medida, constituye criterio hermenéutico para la adopción de decisiones jurisdiccionales (sentencia C-355 de 2006, expedientes D-6122, D-6123 y D-6124, MP: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). Y sucede que la igualdad de género ha sido reconocida —como principio y como derecho subjetivo— en relevantes tratados internacionales ratificados por Colombia, normas dentro de las cuales cabe destacar los artículos 1.º, 2.º y 7.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 3.º, común a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Ley 74 de 1968) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Ley 319 de 1996), que aseguran a hombres y mujeres igualdad en el goce de todos los derechos a que se refieren tales cuerpos normativos. En atención a la particular preocupación por la situación social y jurídica de la mujer, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés, aprobada por la Ley 51 de 1981) dispone en su artículo 1.º que la expresión «*discriminación contra la mujer*» se refiere a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra. Con el objeto de erradicar tales conductas, el citado instrumento impone a los Estados partes dos obligaciones correlativas: de una parte, (i) la de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer (así, en la letra *d*, del artículo 2.º); y, de otra, (ii) la de establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación (letra *c*, *ibidem*). En el ámbito interamericano, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos «*Pacto de San José*» de 1969 (ratificada por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972) reconoce la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, al tiempo que el artículo 17 *ibidem* impone a los Estados partes la obligación de asegurar la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio. De igual manera, el artículo 3.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «*Protocolo de San Salvador*» asigna a los Estados partes la obligación de no discriminación, en términos similares a los propuestos por el artículo 13 superior



colombiano. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer («*Belém Do Pará*», de 1994, aprobada mediante la Ley 248 de 1995), contiene un listado de medidas y compromisos asumidos por los Estados firmantes para garantizar a la mujer el ejercicio de sus derechos en pie de igualdad con el hombre. Asimismo, las letras a) y e) del artículo 7.º de dicha Convención de Belém do Pará determinan que los Estados firmantes deben inhibirse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; y, además, lo que es más importante para nuestro caso, deben tomar, entre otras, las medidas legislativas apropiadas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer. Al dar alcance a estas dos últimas convenciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias; y una positiva, relativa a la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012). Dicho de otro modo, en ejercicio del deber especial de protección que los Estados deben ejercer frente a actuaciones y prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias, aquellos Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus jurisdicciones, aunque ello suponga perjudicar temporalmente a un grupo de personas. Aspecto que para esta Sala es relevante destacar. En ese mismo sentido, al emitir la Opinión Consultiva OC-18 de 2003, la Corte Interamericana indicó que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que, de cualquier manera, se dirijan directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *iure* o de *facto* con ocasión del género. De tal modo que, a juicio de la Corte Interamericana, la obligación general descrita implica que los Estados solo están habilitados para establecer distinciones objetivas y razonables, cuando estas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 noviembre de 2012, serie C No. 25710). En síntesis, bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una diferencia de trato fundada en razones de género **solo** es válida (no discriminatoria) si cuenta con una justificación «*objetiva y razonable*». Ello significa que, para que sea admisible, la distinción debe perseguir un fin legítimo y sustentarse en una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Aunado a ello, el alto tribunal ha establecido que, tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el apartado 1.º del artículo 1.º de la Convención, que hace alusión al «*sexo*», la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. De suerte que el marco jurídico superior y la jurisprudencia de los órganos competentes para su interpretación, comprenden una visión integral de la igualdad, que: (i) prohíbe que se prohíjen tratos diferenciados por razones de género; (ii) presupone que las distinciones basadas, entre otras causas, en el género son discriminatorias; (iii) impone una mayor carga argumentativa y probatoria a la hora de defender la legitimidad de ese tipo de diferenciaciones; al tiempo que (iv) admite, como excepción a esa regla general, que aquellas distinciones que conllevan acciones afirmativas están constitucional y convencionalmente justificadas.



FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 42 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 93 / DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 1 / DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 2 / DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - ARTÍCULO 7 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966 - ARTÍCULO 3 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966 - ARTÍCULO 3 / CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE 1979 CEDAW - ARTÍCULO 1 / CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE 1979 CEDAW - ARTÍCULO 2 LITERAL C / CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER DE 1979 CEDAW - ARTÍCULO 2 LITERAL D / CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS PACTO DE SAN JOSÉ DE 1969 - ARTÍCULO 1 APARTADO 1 / CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS PACTO DE SAN JOSÉ DE 1969 - ARTÍCULO 17 / CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS PACTO DE SAN JOSÉ DE 1969 - ARTÍCULO 24 / PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS PROTOCOLO DE SAN SALVADOR - ARTÍCULO 3 / CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DE 1994 CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ - ARTÍCULO 7 LITERAL A / CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER DE 1994 CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ - ARTÍCULO 7 LITERAL E / OPINIÓN CONSULTIVA OC-18 DE 2003 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / LEY 74 DE 1968 / LEY 16 DE 1972 / LEY 51 DE 1981 / LEY 248 DE 1995 / LEY 319 DE 1996

DEPURACIÓN DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE MÍNIMA PARA EMPLEADOS - Exclusión del pago correspondiente a la licencia de maternidad. Análisis de legalidad de la medida / LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD - Finalidad / LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD - Analogía desde el punto de vista financiero. Frente a la carga económica que representan para el sistema de seguridad social se pueden considerar análogas, pues se generan por el mismo hecho y, por lo mismo, su liquidación participa de las mismas condiciones / DETRACCIÓN DEL PAGO CORRESPONDIENTE A LA LICENCIA DE MATERNIDAD DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE MÍNIMA PARA EMPLEADOS – Distinción basada exclusivamente en el género contenida en el literal c del artículo 6 del Decreto 1070 de 2013. Constituye una medida discriminatoria que parte de un prejuicio de género y, además, le asigna roles distintos a los componentes de la pareja en la crianza de su descendencia, constitutivos de prejuicios que han sido sistemáticamente censurados por la jurisprudencia constitucional y convencional / ROL DE MUJER CUIDADORA – Noción y alcance. Jurisprudencia constitucional / ROL DE HOMBRE PROVEEDOR - Noción y alcance. Jurisprudencia constitucional / ROLES DE MUJER CUIDADORA Y DE HOMBRE PROVEEDOR – Alcance frente al derecho de libre y autónoma elección de un proyecto de vida / FUERO DE MATERNIDAD - Finalidad / FUERO DE MATERNIDAD Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD - Alcance y diferencias / EXCLUSIÓN DEL PAGO CORRESPONDIENTE A LA LICENCIA DE MATERNIDAD DE LA BASE DE



RETENCIÓN EN LA FUENTE MÍNIMA PARA EMPLEADOS - Alcance de la letra c) del artículo 6 del Decreto 1070 de 2013. No reglamenta la exención prevista en el ordinal 2 del artículo 206 del ET, porque el supuesto de desgravación allí establecido no corresponde a los pagos por licencia de maternidad, sino a la indemnización por la protección laboral a favor de la maternidad regulada en el artículo 239 del CST / RENTAS DE TRABAJO EXENTAS DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS - Alcance del numeral 2 del artículo 206 del Estatuto Tributario. La prestación que goza de exención sobre las *indemnizaciones que impliquen protección a la maternidad*, prevista en el ordinal 2 del artículo 206 del ET, corresponde de modo concreto a la categoría jurídica establecida en el artículo 239 del CST y no al artículo 236 *ejusdem*, pues, de lo contrario, la norma tributaria no haría mención al concepto de *indemnizaciones*, sino a otro más amplio, como el de *prestaciones*» o «*auxilios* / EXCLUSIÓN DEL PAGO CORRESPONDIENTE A LA LICENCIA DE PATERNIDAD COMO FACTOR DE DEPURACIÓN DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE MÍNIMA PARA EMPLEADOS - Inexistencia de justificación que avale la diferenciación en el tratamiento tributario de las licencias de maternidad y paternidad contenida en el literal c del artículo 6 del Decreto 1070 de 2013 / EXCLUSIÓN DEL PAGO CORRESPONDIENTE A LA LICENCIA DE PATERNIDAD COMO FACTOR DE DEPURACIÓN DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE MÍNIMA PARA EMPLEADOS - Legalidad condicionada de la letra c) del artículo 6 del Decreto 1070 de 2013 por violación del derecho a la igualdad fundada en el género / ORDENAMIENTO JURÍDICO TRIBUTARIO - Deber de observancia de todas las disposiciones constitucionales, incluidas las relativas al principio y derecho a la igualdad de género / DEPURACIÓN DE LA BASE GRAVABLE DE RETENCIÓN EN LA FUENTE MÍNIMA PARA EMPLEADOS - Exclusión del pago correspondiente a las licencias de maternidad y paternidad. Procedencia en aplicación del derecho a la igualdad de género

[E]l artículo 6.º, letra c), del Decreto 1070 de 2013 establece que es posible detraer de la base de retención mínima para empleados «*el pago correspondiente a la licencia de maternidad*», pero no hace referencia a la posibilidad de deducir de la misma base el pago por concepto de licencia de paternidad. Al respecto, el numeral 1.º del artículo 236 Código Sustantivo del Trabajo (CST, Decreto Ley 2663 de 1950) determina que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia en la época del parto, que para el momento de los hechos debatidos equivalía a 14 semanas (según la modificación introducida por el artículo 1.º de la Ley 1468 de 2011), remunerada con el salario que devengara al entrar a disfrutar del descanso. Análogamente, el párrafo de la norma (añadido por el artículo 1.º de la Ley 755 de 2002) indica que el cónyuge o compañero permanente de la madre tiene derecho a una licencia de paternidad remunerada, equivalente a ocho días de salario. Según la jurisprudencia constitucional, las prestaciones dispuestas en el artículo 236 citado, más que afirmar los derechos de la madre o el padre, pretenden proteger el interés superior de los niños y las niñas y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos, garantizados por el artículo 44 del Texto Supremo, al permitirle al recién nacido recibir el cuidado de ambos padres en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Cabe, entonces, colegir que las dos prestaciones reconocidas por el artículo 236 del CST obedecen a una misma finalidad de protección de los derechos del menor, mediante la deconstrucción (aunque lastimosamente de manera no plena) del paradigma del hombre proveedor y la mujer cuidadora. En ese sentido, la sentencia C-663 de 2009 rescata que, desde el punto de vista financiero, las licencias de maternidad y de paternidad son equiparables, en la



medida en que la normativa que regula el reconocimiento y recobro de esta última dispone que, a efectos patrimoniales, ambos auxilios merecen el mismo tratamiento (*i.e.* el artículo 51 de la Ley 812 de 2003). Al efecto, la citada providencia indica que «*financieramente hablando, es decir, frente a la carga económica que representan para el Sistema, [ambas prestaciones] pueden considerarse análogas*», de modo tal que los auxilios en cuestión se generan por el «*mismo hecho generador*» y, por ese motivo, su liquidación participa de las mismas condiciones. Habiendo identificado un mismo fundamento para dos prestaciones equiparables, la Corte aprecia que la licencia en mención concede al padre la oportunidad de asumir con mayor fuerza su paternidad, al tiempo que desvirtúa el estigma del hombre proveedor y el rol de la mujer cuidadora, pues demuestra que ambos individuos cuentan con la misma aptitud para encargarse del cuidado de los hijos recién nacidos. 3.4- Los anteriores planteamientos permiten advertir que la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013, en efecto, introdujo al ordenamiento fiscal una distinción basada, exclusivamente, en el género. Así, porque solo permite deducir de la base de retención el monto percibido a título de licencia de maternidad, a pesar de que la misma norma laboral que estatuye ese auxilio en favor de la mujer (*i.e.* el artículo 236 del CST) otorga una prestación económica similar al género masculino: la licencia de paternidad. Al amparo de la jurisprudencia constitucional, se tiene que la finalidad superior perseguida por la licencia de maternidad es la misma que justifica la existencia de la licencia de paternidad y consiste en la protección de la familia y del interés superior de los niños y las niñas, quienes tienen derecho a gozar del cuidado de sus padres durante sus primeros días de vida, según voces de los artículos 42 y 44 de la Constitución. A la luz de esa consideración, la diferenciación que conlleva la disposición acusada correspondería a una de las comparaciones proscritas por el artículo 13 superior, porque instaura un trato diferenciado que funda en un criterio sospechoso de discriminación: el género. En efecto, el régimen establecido por la norma le da tratamiento desigual a personas que enfrentan la misma situación fáctica: recibir a quien requiere de cuidados perinatales. Además, observa la Sala que no cabe encuadrar la norma dentro de las finalidades previstas en el inciso 2.º del artículo 13 constitucional, toda vez que, lejos de instaurar una acción afirmativa en pro de las mujeres (grupo tradicionalmente discriminado), reproduce el paradigma erróneo según el cual el cuidado de la descendencia le corresponde a las madres y no a los padres, como se explicará en detalle más adelante. En suma, se identifica en el *sub lite* que la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 sí constituye una medida discriminatoria que parte de un prejuicio de género y, además, le asigna roles distintos a los componentes de la pareja en la crianza de su descendencia. En relación con la configuración de tal prejuicio, la Sala encuentra pertinente destacar que, de acuerdo con cifras calculadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– (recalcadas por la Defensoría del Pueblo al intervenir en juicios de constitucionalidad), en 2016 más de la mitad de la población colombiana (puntualmente, el 50,7 %) corresponde a mujeres y niñas, quienes continúan siendo el grupo poblacional que presenta más factores asociados a condiciones de pobreza. En efecto, calcula la entidad que la mayoría de los hogares del país en situación de pobreza y de pobreza extrema son aquellos en los que funge una mujer como cabeza de familia. Asimismo, el DANE refiere que persiste la brecha en la participación de las mujeres en el mercado laboral, pues, entre otras, la tasa de ocupación en el país para los hombres es de 68,5 %, y 46 % para las mujeres, la de desempleo es de 14,1 % para la población femenina y la masculina es de 8 %. Las mujeres trabajan en promedio 10,8 horas más a la semana que los hombres, la diferencia salarial oscila alrededor del 20,4 %, y en los sectores económicos informales las mujeres están sobre representadas. Las cifras descritas en las líneas anteriores



permiten colegir que, al menos en el ámbito laboral, la situación de las mujeres colombianas aún se enmarca en un contexto desigual, en el que, entre otros factores, pervive la asignación histórica del «rol de cuidadora», que según la Corte Constitucional, implica que, por una condición biológica, la sociedad atribuye a la mujer la responsabilidad de cuidar de personas dependientes, en condiciones en las que se desconoce el valor de dicha labor y se invisibiliza la realidad del trabajo. Tal circunstancia, explica la Corte, se traduce en una disparidad que conduce a la desvalorización de las mujeres y a condiciones de discriminación que alcanzan, incluso, actos de violencia contra ellas (sentencias T-878 de 2014, expediente T-4.190.881, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; y T-351 de 2018, expediente T-6.651.518, MP: Antonio José Lizarazo Ocampo). En contraposición a ese panorama, la jurisprudencia constitucional destaca que históricamente la sociedad ha asignado a los hombres el rol de proveedores, que consiste en hacerse cargo de la manutención total de los hijos, excluyéndoles, en algunos casos, de la posibilidad de ejercer otro tipo de actividades de cuidado (sentencia T-878 de 2014, expediente *Op. Cit.*). Como puede observarse, la determinación de los roles descritos obedece a consideraciones estereotípicas que parten de identificar a una persona con sexo biológico determinado y, desde allí, atribuirle un listado de conductas, sin que su voluntad tenga ninguna incidencia en el establecimiento de las funciones referidas. Dichos roles de mujer cuidadora y hombre proveedor son obstáculos frente al derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. En ese contexto, la Sala considera que la norma reglamentaria demandada incorpora en el ordenamiento jurídico los denominados «rol de cuidadora» y «rol de proveedor», es decir, que la disposición parte del supuesto según el cual las mujeres son las encargadas de la atención y el cuidado de los hijos mientras que los hombres se ocupan de proveer los recursos económicos necesarios para la subsistencia de la familia; es lo que materialmente deriva de que le corresponda a ellas y no a ellos el derecho a deducir de la base de retención mínima la cuantía de la licencia a la que quienes componen la pareja tienen derecho por el cuidado de la descendencia en el periodo cercano al nacimiento. Para la Sala, la norma no encierra el tratamiento perjudicial a los intereses económicos del padre que plantea el demandante, sino que reitera las inveteradas consideraciones estereotípicas, arraigadas en la sociedad, que le asignan a la mujer funciones que le impiden elegir, en condiciones de igualdad con el hombre, su proyecto de vida. Dadas las condiciones descritas, se colige que el artículo 6.º, letra c), del Decreto 1070 de 2013 entraña una distinción que resulta contraria al ordenamiento jurídico superior, pues viola el derecho a la igualdad entre géneros. 3.5- Con todo, a efectos de concluir que la norma acusada en efecto constituye una medida violatoria del referido derecho, es preciso determinar si la misma disposición atiende a razones avaladas desde la perspectiva constitucional y convencional. Como se adelantó arriba, para que este tipo de distingos sean compatibles con las normas de rango superior, hace falta que respondan a criterios objetivos y razonables. Pero en el caso concreto no se advierte que la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 encuentre justificación en un objetivo legítimo ni en la tutela de algún otro bien valioso jurídicamente protegido, porque la finalidad constitucional perseguida por las licencias de maternidad y de paternidad consiste, no en privilegiar la aceptación de la madre trabajadora en el contexto colombiano, sino en proteger la familia y el interés superior de los niños y niñas a permanecer con ambos padres durante los primeros días de su formación (artículos superiores 42 y 44). En ese orden de ideas, si la normativa laboral no establece distinciones en cuanto al acceso a las prestaciones económicas otorgadas a ambos padres por el mismo hecho (*i.e.* el nacimiento de un hijo o hija), la Sala no encuentra ninguna justificación que avale, desde una perspectiva jurídica, diferenciación en el tratamiento tributario de aquellas



prestaciones económicas. Por el contrario, la Sala aprecia y recalca que, aunque la norma enjuiciada tiene la apariencia de acción afirmativa, por cuanto excluye de la base de retención en la fuente mínima el pago por concepto de licencia de maternidad, tras cotejarla con el artículo 236 del CST y las finalidades que se han reconocido a las prestaciones ahí regladas, la misma parte, precisamente, de un prejuicio discriminatorio, según el cual la mujer tiene el rol de cuidadora, mientras que el hombre tiene el papel de proveedor del hogar. A ese respecto, conviene insistir en que dichos prejuicios han sido sistemáticamente censurados por la jurisprudencia constitucional y convencional y, en particular, por las providencias que se pronuncian, justamente, sobre la constitucionalidad del artículo 1.º de la Ley 755 de 2002, que añadió un párrafo al artículo 236 del CST para crear la licencia de paternidad. 3.6- Alineadas las anteriores circunstancias, no deja de sorprender que en el *sub iudice* la entidad demandada se haya abstenido de ejercer las cargas argumentativas y probatorias que le correspondían a la luz del precedente constitucional; y, en contraste, se haya limitado a esgrimir un único argumento justificante del acto enjuiciado, según el cual, la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 constituye una mera reproducción del ordinal 2.º del artículo 206 del ET. Tal argumentación, además, no es cierta en términos jurídicos. Al respecto, en primer lugar, la Sala pone de presente que la disposición acusada tuvo por objeto reglamentar el artículo 384 del ET, en la versión dada a esa disposición por el artículo 14 de la Ley 1607 de 2012, situación que señala de forma expresa la misma norma reglamentaria en los siguientes términos «*para efectos del cálculo de la retención en la fuente mínima establecida en el artículo 384 del Estatuto Tributario, para los empleados cuyos ingresos provengan de una relación laboral, o legal y reglamentaria se podrán deducir además los siguientes conceptos [...] c) El pago correspondiente a la licencia de maternidad*». Por su parte, la norma reglamentada, esto es, el artículo 384 del ET, en efecto estableció el sistema de retención en la fuente mínima para los empleados. Pero, nada dispuso en relación con las exclusiones de la base de la retención, ni de modo particular desgravó el ingreso por concepto de licencia de maternidad, sea señalándolo como ingreso no constitutivo de renta ni como renta exenta. En segundo lugar, el artículo 206, numeral 2.º, del ET, referido por la demandada como presunta ley reglamentada, contiene un listado de rentas del trabajo que están exentas de imposición con el impuesto sobre la renta. En ese contexto, el ordinal 2.º determina que las «*indemnizaciones que impliquen protección a la maternidad*» están exentas de imposición sobre la renta. Al respecto, conviene destacar que, bajo la denominación «*Protección a la maternidad y protección de menores*» (artículos 236 y siguientes del CST), el ordenamiento laboral colombiano agrupa múltiples medidas que pretenden, de una parte, otorgar estabilidad laboral reforzada a la madre trabajadora; y, de otra, garantizar la realización de los derechos fundamentales de los niños y las niñas. En adición a las licencias de maternidad y paternidad de que trata el artículo 236 *ibidem*, el referido cuerpo normativo dicta en su artículo 239 la prohibición de despedir a madres gestantes o lactantes con ocasión del embarazo o de la lactancia. Para la época en que se profirió el acto acusado, el referido artículo 239 (en la redacción dada por el artículo 2.º de la Ley 1468 de 2011) disponía que contravenir dicha prohibición obligaba al empleador a indemnizar a la madre despedida con el valor de 60 días de salario. Según voces de la jurisprudencia constitucional, la protección especial descrita —habitualmente conocida como «*fuero de maternidad*»— tiene por finalidad la de impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato de trabajo, a causa del embarazo o la lactancia. De las disposiciones anteriores se desprende que la indemnización reglada en el citado artículo 239 del CST es una prestación económica distinta e independiente de los auxilios económicos a que se refiere el artículo 236 del



CST (*i.e.* las licencias de maternidad y paternidad); y que dichas categorías jurídicas se diferencian por su fundamentación axiológica y la determinación de la cuantía adeudada. En efecto, desde la óptica constitucional, la prestación prevista en el artículo 239 entraña una acción afirmativa de protección a la madre gestante o lactante, materializada en el fuero que resguarda tales situaciones, cuyo desconocimiento acarrea una indemnización equivalente a 60 días de salario. En contraposición, las licencias a la paternidad y maternidad son prestaciones que reconocen y protegen el derecho de los recién nacidos a gozar de la compañía de ambos padres durante los primeros días de vida y viceversa, cuya cuantía variará dependiendo del acreedor del auxilio: si es la madre, 14 semanas de descanso y, si es el padre, ocho días de permiso. En ese orden de ideas, la Sala considera que la prestación que goza de exención sobre las «*indemnizaciones que impliquen protección a la maternidad*», prevista en el citado ordinal del artículo 206 del ET, corresponde de modo concreto a la categoría jurídica establecida en el artículo 239 del CST, y al artículo 236 *ejusdem*, pues de lo contrario la norma tributaria no haría mención al concepto de «*indemnizaciones*» sino a otro más amplio, como el de «*prestaciones*» o «*auxilios*». De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que la norma demandada, al excluir de la base de retención en la fuente la licencia de maternidad, no está reglamentando la exención establecida en el ordinal 2.º del artículo 206 del ET, toda vez que el supuesto de desgravación establecido en esa norma no corresponde a los pagos por licencia de maternidad, sino a la indemnización por la protección laboral a favor de la maternidad que está regulada en el artículo 239 del CST. En esas condiciones, la Sala aprecia que, en efecto, la norma acusada implicó un desbordamiento de la potestad reglamentaria en relación con el artículo 384 del ET. Por tal razón, declarará su nulidad. 4- Para la Sala, no resulta admisible, a la luz del artículo 13 de la Constitución, que la norma reglamentaria por razones de género admita como exclusión de la base de retención mínima para empleados únicamente la licencia de maternidad y no, de igual forma, la licencia de paternidad. Con todo, guiada por el principio de conservación del ordenamiento, la Sala se abstendrá de anular la disposición para, en su lugar, declarar su legalidad condicionada al hecho de que se incluya en la disposición que excluye de la base de retención mínima para empleados a la licencia de paternidad al igual que ocurre con la de maternidad. De esa forma, se elimina del ordenamiento la discriminación que subyacía en la norma, según la cual el cuidado de niños y niñas recién nacidos es una tarea que recae exclusivamente en las madres. Sea esta la oportunidad para señalar que el ordenamiento jurídico tributario no puede convertirse, por la vía del reglamento, en un instrumento que profundice las brechas de desigualdad que, en razón del género, puedan existir entre los obligados tributarios y que, aunque el artículo 363 constitucional únicamente se refiera a los principios de equidad, eficiencia y progresividad, ello no implica que las normas jurídicas fiscales estén relevadas de la observancia de las demás disposiciones constitucionales, de modo concreto, del principio y derecho a la igualdad de género establecido en el artículo 13 de la Constitución. En ese sentido, se agrega que no es admisible que, so pretexto de reglamentar disposiciones legales de contenido tributario, el Gobierno Nacional desconozca los mandatos constitucionales y los compromisos que el Estado colombiano ha asumido en materia de derechos humanos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 42 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 363 / DECRETO LEY 2663 DE 1950 (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO) - ARTÍCULO 236 NUMERAL 1 / DECRETO LEY 2663 DE 1950 (CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO) - ARTÍCULO 239



NUMERAL 1 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 206 NUMERAL 2 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 206 NUMERAL 2 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 384 / LEY 755 DE 2002 - ARTÍCULO 1 / LEY 812 DE 2003 - ARTÍCULO 51 / LEY 1468 DE 2011 – ARTÍCULO 1 / LEY 1468 DE 2011 - ARTÍCULO 2 / LEY 1607 DE 2012 - ARTÍCULO 14

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1070 DE 2013 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - ARTÍCULO 6 LITERAL C (No anulado / Legalidad condicionada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D. C., ocho (08) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-27-000-2016-00049-00(22620)

Actor: JOHN FABER CALLE HURTADO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

FALLO

La Sala decide, mediante sentencia, el contencioso de única instancia adelantado contra la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio del medio de control de simple nulidad contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011).

ANTECEDENTES DEL PROCESO

Demanda

El ciudadano John Faber Calle Hurtado solicitó a esta judicatura declarar la nulidad de la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo texto se transcribe a continuación:

DECRETO NÚMERO 1070 DE 2013
(mayo 28)

Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en



especial de las conferidas en los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Política y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 108, 206, 329, 330, 332, 334, 336, 339, 340, 384, 386 y 387 del Estatuto Tributario,

Artículo 6°. Depuración de la base gravable de la retención en la fuente mínima para empleados. Para efectos del cálculo de la retención en la fuente mínima establecida en el artículo 384 del Estatuto Tributario, para los empleados cuyos ingresos provengan de una relación laboral, o legal y reglamentaria se podrán detraer además los siguientes conceptos:

- a) Los gastos de representación considerados como exentos de Impuesto sobre la Renta, según los requisitos y límites establecidos en el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario;
- b) El exceso del salario básico de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional;
- c) El pago correspondiente a la licencia de maternidad.

A los anteriores efectos, invocó como violados los artículos 13, 43, 95.9, 189.11 y 363 de la Constitución.

El concepto de violación de las normas planteado se sintetiza así:

Adujo que la disposición acusada desconoce el derecho a la igualdad, dado que la licencia de paternidad, prevista en la Ley 755 de 2002, no fue incluida como factor de depuración de la base de retención en la fuente mínima para empleados.

Explicó que la licencia de paternidad es una prestación que busca garantizar el goce de los derechos del niño recién nacido y la sostenibilidad de su familia dentro de una etapa de vulnerabilidad y que, por ello, merece el mismo tratamiento que el auxilio otorgado con ocasión de la maternidad.

Agregó que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria establecida en el artículo 189, ordinal 11, de la Constitución, puesto que, al reglamentar el artículo 384 del ET, estableció un trato diferenciado con base en el género, que permite excluir de la base de retención en la fuente el monto correspondiente a la licencia de maternidad pero no el de la licencia de paternidad.

Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a la petición del actor. A tal fin, sostuvo que la norma censurada reproduce lo establecido en el artículo 206 del Estatuto Tributario (ET, Decreto 624 de 1989) y, por lo tanto, se ajusta a la ley (ff. 46 a 48).

Audiencia inicial

La audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA fue convocada para el 23 de mayo de 2018. Ese día, a la hora señalada, comparecieron el Ministerio Público, el demandante y la apoderada de la parte demandada (ff. 63 a 68).

En la diligencia, el magistrado ponente señaló que no se advertían irregularidades ni causales de nulidad que afectaran la validez y eficacia de las actuaciones judiciales adelantadas hasta ese momento. Adicionalmente, manifestó que era improcedente la



conciliación.

De otra parte, la Sala advirtió que la demandada planteó la excepción previa de inepta demanda por indebida escogencia de la acción. El extremo pasivo argumentó que el acto acusado se limitó a reproducir una disposición de rango legal, de manera que las inconformidades del actor debieron ser conducidas contra la norma superior a través de la acción pública de inconstitucionalidad. La Sala declaró no probada la excepción de inepta demanda, porque estimó que la nulidad simple es el medio pertinente para cuestionar la legalidad de los actos expedidos por el Gobierno nacional.

Previa intervención de las partes y del Ministerio Público, el magistrado ponente estableció que el litigio se concentra en determinar «(i) *¿qué efectos tiene en el caso analizado, la derogatoria del artículo 384 del ET, por parte del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016?*; (ii) *si la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desconoce el artículo 13 constitucional*; y (iii) *si la disposición censurada, excedió las facultades de reglamentación del Gobierno nacional que establece el numeral 11 del artículo 189 de la Carta*»; y para resolver esas cuestiones decretó tener como pruebas las aportadas con la demanda.

Por último, en atención a las características del debate jurídico planteado y lo dispuesto en el párrafo final del artículo 181 del CPACA, la Sala prescindió de la realización de la audiencia de pruebas y de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. Por consiguiente, dispuso correr traslado para alegar de conclusión por escrito, en el término común de diez días.

Alegatos de conclusión

El actor reiteró los argumentos planteados en el escrito de la demanda. Adicionalmente, señaló que el acto censurado mantiene su eficacia, a pesar de la derogatoria del artículo 384 del ET. En concreto, indicó que quienes hayan estado sometidos a la retención mínima para empleados aún tienen oportunidad de reclamar en sede judicial el pago de lo no debido, en relación con la retención soportada sobre ingresos por concepto de licencia de paternidad. Por consiguiente, concluyó que la Sala debe efectuar el control de legalidad pretendido.

Añadió que el ministerio demandado confunde la exención de que trata el artículo 206 del ET con la aminoración de la base de retención que permite el Decreto 1070 de 2013. Explicó que, en el primer caso, se trata de ingresos percibidos a título de indemnización cuando el empleador da por terminada la relación laboral con una mujer en estado de embarazo, beneficio que no es objeto de litigio, pues el presente debate se sustrae a los auxilios o licencias que percibe el trabajador por concepto de paternidad (ff. 76 y 77).

La entidad demandada guardó silencio en esta instancia procesal, a pesar de haber sido notificada en la audiencia inicial del auto que corrió traslado para alegar de conclusión (ff. 67 y 68).

El agente del Ministerio Público solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda de nulidad, pues consideró que en el acto acusado se establecieron un conjunto de parámetros para la interpretación y aplicación del ordinal 2.º del artículo 206 del ET (ff. 71 a 74).



Adujo que la norma de rango legal contiene una exención a efectos del impuesto sobre la renta y que, por ese motivo, su interpretación es restrictiva, de tal suerte que, si el legislador determinó el beneficio solo para la protección de la maternidad, no puede la Administración hacerlo extensivo a las licencias de paternidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- En los términos de la demanda, la Sala decide sobre la solicitud de simple nulidad de la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013, que estuvo compilada en el artículo 1.2.4.1.22 del Decreto único reglamentario en materia tributaria (DURT, Decreto 1625 de 2017) antes de que este fuera subrogado por el artículo 9.º del Decreto 2250 de 2017).

En concreto, de conformidad con la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial (f. 66), la Sala debe decidir: (i) si procede resolver la petición de nulidad, a pesar de que la norma acusada tuvo por objeto reglamentar el artículo 384 del ET, que posteriormente fue derogado por la Ley 1819 de 2016; y (ii) si la norma reglamentaria demandada desconoce el artículo 13 constitucional; y (iii) si la disposición reglamentaria censurada, excedió la potestad reglamentaria del Gobierno nacional.

2- En lo que se refiere al primer problema jurídico identificado, el artículo 91 del CPACA dispone que los actos administrativos pierden ejecutoriedad y, por lo tanto, dejan de ser obligatorios, entre otros supuestos, cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho.

En el *sub examine*, el artículo 6.º del Decreto 1070 del 2013, que, a su turno, fue compilado por el artículo 1.2.4.1.22. del DURT, tuvo por objeto reglamentar la retención en la fuente mínima para los empleados establecida en el artículo 384 del ET por la Ley 1607 de 2012.

No obstante, el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 derogó expresamente el artículo 384 del ET, de modo que operó el decaimiento del artículo compilatorio 1.2.4.1.22. del DURT. Habida cuenta de lo anterior, el citado artículo 1.2.4.1.22. del DURT fue modificado por el artículo 9.º del Decreto 2250 de 2017 para reglamentar otra materia, circunstancia que fue puesta de presente en las consideraciones de este decreto en los siguientes términos «*que el artículo 384 del Estatuto Tributario, que establecía la tarifa mínima de retención en la fuente para empleados, fue derogado por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016. En consecuencia, los artículos 1.2.4.1.17. a 1.2.4.1.19. y 1.2.4.1.22. a 1.2.4.1.23. del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, tienen decaimiento y serán sustituidos*» (destaca la Sala).

En ese orden de ideas, queda en claro que la disposición reglamentaria demandada, *i.e.* el artículo 6.º del Decreto 1070 del 2013 (compilado en el artículo 1.2.4.1.22. del DURT), fue subrogada por el Decreto 2250 de 2017 pero, de forma previa, había perdido ejecutoria en los términos del numeral 2.º del artículo 91 del CPACA, por cuanto desapareció su fundamento jurídico, esto es, el artículo 384 del ET en la versión dada por la Ley 1607 de 2012 y antes de ser derogado por la Ley 1819 de 2016.



Ahora bien, de conformidad con el criterio reiterado por la Sala, la pérdida de ejecutoria de la norma acusada no le resta competencia a esta jurisdicción para examinar su juridicidad, en relación con los efectos que aquella produjo durante el tiempo en que tuvo vigencia. Sobre el particular, esta Sección ha precisado que, dado que la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos generales surte efectos hacia el futuro, dicha institución no basta para restablecer, *per se*, el ordenamiento jurídico eventualmente quebrantado por la aplicación del acto decaído. En ese contexto, la Sala ha explicado que la pérdida de ejecutoria no afecta la presunción de legalidad connatural al acto administrativo, calidad que solo se pierde por la declaratoria judicial de nulidad, en el marco de un juicio de juridicidad que examine las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento en que dicho acto se expide¹.

Por lo expuesto, en criterio de la Sala, la pérdida de ejecutoria de la disposición demandada no impide examinar su conformidad con el ordenamiento jurídico para el momento en que fue vinculante y surtió efectos jurídicos².

3- En cuanto al cargo por violación del artículo 13 de la Constitución, la Sala pone de presente que el artículo 6.º, letra c), del Decreto 1070 de 2013 establece que es posible detraer de la base de retención mínima para empleados «*el pago correspondiente a la licencia de maternidad*».

Al respecto, el actor planteó que dicha norma reglamentaria no hace referencia a la posibilidad de excluir de la base de retención mínima para empleados el pago por concepto de licencia de paternidad, de manera que se establece la existencia de un beneficio tributario en razón del género y configura un trato discriminatorio en cuanto al tratamiento tributario de la licencia de paternidad.

3.1- La Sala destaca que el inciso 1.º del artículo 13 constitucional prescribe que «*todas las personas*» gozan «*de los mismos derechos, libertades y oportunidades*», de manera que todas ellas deben recibir «*la misma protección y trato de las autoridades*», sin que a esos efectos sea admisible «*ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*» (destaca la Sala). Como se observa, la disposición en cita prohíbe que en la aplicación e interpretación del ordenamiento se acuda a una serie de criterios que históricamente han sido empleados por la sociedad para quebrantar el derecho a la igualdad («*categorías sospechosas*»)³.

A fin de materializar esa garantía constitucional, el inciso 2.º del referido artículo 13

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencias del 23 de julio de 2009, expediente 15311, CP: Héctor J. Romero Díaz; del 23 de enero de 2014, expediente 18841 (CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez) y del 20 de febrero de 2017, expediente 20828 (CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas).

² En un sentido similar, sobre la procedencia de pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos generales derogados: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencias del 14 de enero de 1991, expediente S-157, CP: Carlos Gustavo Arrieta Padilla; y del 19 de noviembre de 1996, expediente AI-08 (35429, CP: Juan Alberto Polo Figueroa. Sentencias de la Sección Cuarta del 27 de mayo de 2010, expediente 16621, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; del 30 de mayo de 2011, expediente 17269, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; del 22 de marzo de 2013, expediente 17379, CP: *ibidem*; del 04 de septiembre de 2014, expediente 19039, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia; del 09 de abril de 2015, expediente 19451, CP: *ibidem*; del 05 de julio de 2018, expediente 21952, CP: Jorge Octavio Ramírez; y del 08 de marzo de 2019, expediente 22290, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto.

³ Corte Constitucional. Sentencias C-481 de 1998, expediente D-1978, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-093 de 2001, expediente D-3067, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-673 de 2001, expediente D-3303, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-075 de 2007, expediente D-6362, MP: Rodrigo Escobar Gil; C-577 de 2011, expedientes acumulados D-8367 y D-8376, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-586 de 2016, expediente D-11339, MP: Alberto Rojas Ríos.



constitucional impone al Estado el deber de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, en aras de promover las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, *i.e.* material.

Bajo esos parámetros, la Constitución le asigna a las autoridades la obligación de remediar situaciones de discriminación fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia, de modo que a la prohibición de discriminar se suma la orden de erradicar tales conductas o prácticas a través de la adopción de medidas idóneas (sentencia C-410 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz). De ahí que el principio y derecho a la igualdad no se traduzca en una equiparación formal, sino que trae implícita una perspectiva material en virtud de la cual deben establecerse tratos iguales entre iguales, tratos diferentes frente a situaciones disímiles e, incluso, medidas distintas en beneficio de diversos sectores de la población que, aunque parezcan iguales, requieren tratamientos disímiles por parte del Estado para, precisamente, lograr una igualdad material, que no formal (sentencias C-410 de 1994, expediente D-517, MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz; y C-862 de 2008, expediente D-7166, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), de manera que el artículo 13 constitucional «*implica el mandato de trato igual frente a supuestos de hecho equivalentes y de tratamiento distinto entre situaciones diferentes, siempre que resulte objetiva, razonable y justa*» (destaca la Sala).

En armonía con lo anterior, y en lo que se refiere específicamente a la igualdad de género, el artículo 43 del Texto Supremo señala que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, y prohíbe que ella sea sometida a tratos discriminatorios. Con ese objeto, la disposición, de forma expresa, ordena al Estado otorgar especial asistencia y protección a la mujer, durante el embarazo y después del parto.

Junto a lo anterior, el artículo 42 *ibidem* prescribe que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y de deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Se desprende entonces que las normas superiores prohíben otorgar privilegios y fijar exclusiones o limitaciones por razón al «sexo» (en términos más precisos al género), de modo que las disposiciones que patrocinan comparaciones basadas en el género se presumen contrarias al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, sentencias C-586 de 2016, expediente D-11339, MP: Alberto Rojas Ríos y C-577 de 2011, expediente D-8367, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

Refiriéndose al tema que interesa al *sub lite*, la Corte ha recalcado que el Estado está obligado a instituir normas objetivas de aplicación común a sus destinatarios, sin concebir criterios de distinción que representen concesiones inmerecidas a favor de hombres o mujeres. De tal suerte que la pertenencia al género masculino o al femenino no debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse en inferioridad de condiciones, lo cual lleva a que resulten inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas única y exclusivamente en ese factor (sentencia C-588 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo).

Por lo expuesto, cuando el criterio del género sea el fundamento de la distinción planteada por una disposición jurídica, opera una presunción de inconstitucionalidad, de manera que corresponde al Estado demostrar que la norma en cuestión se ajusta al orden jurídico (sentencia C-577 de 2011, expediente *Op. Cit.*). Sobre el particular, en la



providencia C-093 de 2001 (expediente *Op. Cit.*) la Corte Constitucional puntualizó: «*la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico, razón por la cual la carga de la prueba sobre la legitimidad de la medida (razonabilidad) se traslada a la autoridad*».

Sin embargo, con idéntica relevancia, la jurisprudencia constitucional ha advertido que no siempre las diferencias de trato basadas en motivos de género resultan, a fin de cuentas, inconstitucionales, pues algunas de ellas constituyen la materialización del 2.º inciso del artículo 13 de la Constitución, que ordena establecer la igualdad material mediante la adopción de tratos diferenciales que en pro de grupos discriminados. Desde esa óptica, la Corte Constitucional ha señalado que si las situaciones objeto de comparación (diferenciadas por la norma) ameritan un trato diferente, porque persiguen un objetivo protegido por la Carta (*v.g.* la realización de la igualdad material), entonces, la disposición resultará constitucional (sentencia C-586 de 2016, expediente *Op. Cit.*).

De manera específica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha acogido la noción de «*acciones afirmativas*»⁴, para designar las medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos tradicionalmente discriminados, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan.

Además, en virtud del mandato del artículo 93 de la Constitución⁵, la igualdad de género ha de ser interpretada, en concordancia con los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, los cuales se integran en el bloque de constitucionalidad. Tal consideración ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha reafirmado el carácter imperativo de las normas humanitarias y su integración al bloque de constitucionalidad, lo cual implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional sobre derechos humanos, con el fin de potenciar la realización material de los compromisos adquiridos por el Estado en el ámbito internacional (sentencia C-225 de 1995, expediente L.A.T.-040, MP: Alejandro Martínez Caballero)⁶.

De hecho, la propia Corte ha entendido que la manera en que los organismos internacionales competentes interpretan aquellos tratados también es relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones y, en esa medida, constituye criterio hermenéutico para la adopción de decisiones jurisdiccionales (sentencia C-355 de 2006, expedientes D-6122, D-6123 y D-6124, MP: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández). Y sucede que la igualdad de género ha sido reconocida —como principio y como derecho subjetivo— en relevantes tratados internacionales ratificados por Colombia, normas dentro de las cuales cabe destacar

⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-371 de 2000, expediente P.E.010, MP: Carlos Gaviria Díaz; C-964 de 2003, expediente D-4575, MP: Álvaro Tafur Galvis; C-101 de 2005, expediente D-5342, MP: Alfredo Beltrán Sierra; y C-667 de 2006, expediente D-6152, MP: Jaime Araujo Rentería.

⁵ «ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)».

⁶ En el mismo sentido, ver sentencias C-578 de 1995, C-358 de 1997 y C-191 de 1998, expedientes D-958, D-1445 y D-1868, respectivamente, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-400 de 1998, expediente L.A.T.-108, MP: Alejandro Martínez Caballero; C-708 de 1999, expediente D-2329, MP_ Álvaro Tafur Galvis; C-067 de 2003, expediente D-4111, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2004, expediente D-4661, MP: Eduardo Montealegre Lynett; C-355 de 2006, expedientes D-6122, D-6123 y D-6124, MP: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; C-667 de 2006, expediente D-6152, MP: Jaime Araujo Rentería, entre otras.



los artículos 1.º, 2.º y 7.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el artículo 3.º, común a los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Ley 74 de 1968) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Ley 319 de 1996), que aseguran a hombres y mujeres igualdad en el goce de todos los derechos a que se refieren tales cuerpos normativos.

En atención a la particular preocupación por la situación social y jurídica de la mujer, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés, aprobada por la Ley 51 de 1981) dispone en su artículo 1.º que la expresión «*discriminación contra la mujer*» se refiere a toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra. Con el objeto de erradicar tales conductas, el citado instrumento impone a los Estados partes dos obligaciones correlativas: de una parte, (i) la de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer (así, en la letra *d*, del artículo 2.º); y, de otra, (ii) la de establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación (letra *c*, *ibidem*).

En el ámbito interamericano, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos «*Pacto de San José*» de 1969 (ratificada por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972) reconoce la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, al tiempo que el artículo 17 *ibidem* impone a los Estados partes la obligación de asegurar la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio. De igual manera, el artículo 3.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos «*Protocolo de San Salvador*» asigna a los Estados partes la obligación de no discriminación, en términos similares a los propuestos por el artículo 13 superior colombiano.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer («*Belém Do Pará*», de 1994, aprobada mediante la Ley 248 de 1995), contiene un listado de medidas y compromisos asumidos por los Estados firmantes para garantizar a la mujer el ejercicio de sus derechos en pie de igualdad con el hombre. Asimismo, las letras a) y e) del artículo 7.º de dicha Convención de Belém do Pará determinan que los Estados firmantes deben inhibirse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer; y, además, lo que es más importante para nuestro caso, deben tomar, entre otras, las medidas legislativas apropiadas para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

Al dar alcance a estas dos últimas convenciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa, relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias; y una positiva, relativa a la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012).



Dicho de otro modo, en ejercicio del deber especial de protección que los Estados deben ejercer frente a actuaciones y prácticas de terceros que creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias, aquellos Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus jurisdicciones, aunque ello suponga perjudicar temporalmente a un grupo de personas⁷. Aspecto que para esta Sala es relevante destacar.

En ese mismo sentido, al emitir la Opinión Consultiva OC-18 de 2003, la Corte Interamericana indicó que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que, de cualquier manera, se dirijan directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *iure* o de *facto* con ocasión del género. De tal modo que, a juicio de la Corte Interamericana, la obligación general descrita implica que los Estados solo están habilitados para establecer distinciones objetivas y razonables, cuando estas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 noviembre de 2012, serie C No. 25710).

En síntesis, bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una diferencia de trato fundada en razones de género **solo** es válida (no discriminatoria) si cuenta con una justificación «*objetiva y razonable*». Ello significa que, para que sea admisible, la distinción debe perseguir un fin legítimo y sustentarse en una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Aunado a ello, el alto tribunal ha establecido que, tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el apartado 1.º del artículo 1.º de la Convención, que hace alusión al «sexo», la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva.

De suerte que el marco jurídico superior y la jurisprudencia de los órganos competentes para su interpretación, comprenden una visión integral de la igualdad, que: (i) prohíbe que se prohíjen tratos diferenciados por razones de género; (ii) presupone que las distinciones basadas, entre otras causas, en el género son discriminatorias; (iii) impone una mayor carga argumentativa y probatoria a la hora de defender la legitimidad de ese tipo de diferenciaciones; al tiempo que (iv) admite, como excepción a esa regla general, que aquellas distinciones que conllevan acciones afirmativas están constitucional y convencionalmente justificadas.

3.2- En el caso concreto, el artículo 6.º, letra c), del Decreto 1070 de 2013 establece que es posible detraer de la base de retención mínima para empleados «*el pago correspondiente a la licencia de maternidad*», pero no hace referencia a la posibilidad de deducir de la misma base el pago por concepto de licencia de paternidad.

Al respecto, el numeral 1.º del artículo 236 Código Sustantivo del Trabajo (CST, Decreto Ley 2663 de 1950) determina que toda trabajadora en estado de embarazo

⁷ Entre otros, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C No. 214, párr. 271; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C No. 251; y Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, serie C No. 239.



tiene derecho a una licencia en la época del parto, que para el momento de los hechos debatidos equivalía a 14 semanas (según la modificación introducida por el artículo 1.º de la Ley 1468 de 2011), remunerada con el salario que devengara al entrar a disfrutar del descanso. Análogamente, el párrafo de la norma (añadido por el artículo 1.º de la Ley 755 de 2002) indica que el cónyuge o compañero permanente de la madre tiene derecho a una licencia de paternidad remunerada, equivalente a ocho días de salario.

Según la jurisprudencia constitucional, las prestaciones dispuestas en el artículo 236 citado, más que afirmar los derechos de la madre o el padre, pretenden proteger el interés superior de los niños y las niñas y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos, garantizados por el artículo 44 del Texto Supremo⁸, al permitirle al recién nacido recibir el cuidado de ambos padres en la época inmediatamente posterior a su nacimiento⁹. Cabe, entonces, colegir que las dos prestaciones reconocidas por el artículo 236 del CST obedecen a una misma finalidad de protección de los derechos del menor, mediante la deconstrucción (aunque lastimosamente de manera no plena) del paradigma del hombre proveedor y la mujer cuidadora.

En ese sentido, la sentencia C-663 de 2009 rescata que, desde el punto de vista financiero, las licencias de maternidad y de paternidad son equiparables, en la medida en que la normativa que regula el reconocimiento y recobro de esta última dispone que, a efectos patrimoniales, ambos auxilios merecen el mismo tratamiento (*i.e.* el artículo 51 de la Ley 812 de 2003)¹⁰. Al efecto, la citada providencia indica que «*financieramente hablando, es decir, frente a la carga económica que representan para el Sistema, [ambas prestaciones] pueden considerarse análogas*», de modo tal que los auxilios en cuestión se generan por el «*mismo hecho generador*» y, por ese motivo, su liquidación participa de las mismas condiciones.

Habiendo identificado un mismo fundamento para dos prestaciones equiparables, la Corte aprecia que la licencia en mención concede al padre la oportunidad de asumir con mayor fuerza su paternidad, al tiempo que desvirtúa el estigma del hombre proveedor y el rol de la mujer cuidadora, pues demuestra que ambos individuos cuentan con la misma aptitud para encargarse del cuidado de los hijos recién nacidos¹¹.

3.4- Los anteriores planteamientos permiten advertir que la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013, en efecto, introdujo al ordenamiento fiscal una distinción

⁸ «ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-273 de 2003, expediente D-4274, MP: Clara Inés Vargas Hernández; C-174 de 2009, expediente D-7387, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; C-005 de 2017, expediente D-11474, MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ «Artículo 51: Licencia de paternidad. La licencia remunerada de paternidad de que trata la Ley 755 de 2002 será reconocida por la EPS y recobrada a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía de acuerdo con las reglas y procedimientos previstos por las normas vigentes para la licencia de maternidad».

¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-273 de 2003, expediente D-4274, MP: Clara Inés Vargas Hernández; C-174 de 2009, expediente D-7387, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; C-005 de 2017, expediente D-11474, MP: Luis Ernesto Vargas Silva



basada, exclusivamente, en el género. Así, porque solo permite detracer de la base de retención el monto percibido a título de licencia de maternidad, a pesar de que la misma norma laboral que estatuye ese auxilio en favor de la mujer (*i.e.* el artículo 236 del CST) otorga una prestación económica similar al género masculino: la licencia de paternidad.

Al amparo de la jurisprudencia constitucional, se tiene que la finalidad superior perseguida por la licencia de maternidad es la misma que justifica la existencia de la licencia de paternidad y consiste en la protección de la familia y del interés superior de los niños y las niñas, quienes tienen derecho a gozar del cuidado de sus padres durante sus primeros días de vida, según voces de los artículos 42 y 44 de la Constitución.

A la luz de esa consideración, la diferenciación que conlleva la disposición acusada correspondería a una de las comparaciones proscritas por el artículo 13 superior, porque instaura un trato diferenciado que funda en un criterio sospechoso de discriminación: el género. En efecto, el régimen establecido por la norma le da tratamiento desigual a personas que enfrentan la misma situación fáctica: recibir a quien requiere de cuidados perinatales.

Además, observa la Sala que no cabe encuadrar la norma dentro de las finalidades previstas en el inciso 2.º del artículo 13 constitucional, toda vez que, lejos de instaurar una acción afirmativa en pro de las mujeres (grupo tradicionalmente discriminado), reproduce el paradigma erróneo según el cual el cuidado de la descendencia le corresponde a las madres y no a los padres, como se explicará en detalle más adelante. En suma, se identifica en el *sub lite* que la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 sí constituye una medida discriminatoria que parte de un prejuicio de género y, además, le asigna roles distintos a los componentes de la pareja en la crianza de su descendencia.

En relación con la configuración de tal prejuicio, la Sala encuentra pertinente destacar que, de acuerdo con cifras calculadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE– (recalcadas por la Defensoría del Pueblo al intervenir en juicios de constitucionalidad)¹², en 2016 más de la mitad de la población colombiana (puntualmente, el 50,7 %) corresponde a mujeres y niñas, quienes continúan siendo el grupo poblacional que presenta más factores asociados a condiciones de pobreza¹³. En efecto, calcula la entidad que la mayoría de los hogares del país en situación de pobreza y de pobreza extrema son aquellos en los que funge una mujer como cabeza de familia.

Asimismo, el DANE refiere que persiste la brecha en la participación de las mujeres en el mercado laboral, pues, entre otras, la tasa de ocupación en el país para los hombres es de 68,5 %, y 46 % para las mujeres, la de desempleo es de 14,1 % para la población femenina y la masculina es de 8 %. Las mujeres trabajan en promedio 10,8 horas más a la semana que los hombres, la diferencia salarial oscila alrededor del 20,4 %, y en los sectores económicos informales las mujeres están sobre representadas.

Las cifras descritas en las líneas anteriores permiten colegir que, al menos en el ámbito

¹² Expediente D-12107. Artículos 175 y 185 (parciales) de la Ley 1819 de 2016 «*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*».

¹³ DANE, *Boletín de Pobreza Monetaria y Multidimensional de 2016*. En: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/bol_pobreza_16.pdf.



laboral, la situación de las mujeres colombianas aún se enmarca en un contexto desigual, en el que, entre otros factores, pervive la asignación histórica del «rol de cuidadora», que según la Corte Constitucional, implica que, por una condición biológica, la sociedad atribuye a la mujer la responsabilidad de cuidar de personas dependientes, en condiciones en las que se desconoce el valor de dicha labor y se invisibiliza la realidad del trabajo. Tal circunstancia, explica la Corte, se traduce en una disparidad que conduce a la desvalorización de las mujeres y a condiciones de discriminación que alcanzan, incluso, actos de violencia contra ellas (sentencias T-878 de 2014, expediente T-4.190.881, MP: Jorge Iván Palacio Palacio; y T-351 de 2018, expediente T-6.651.518, MP: Antonio José Lizarazo Ocampo).

En contraposición a ese panorama, la jurisprudencia constitucional destaca que históricamente la sociedad ha asignado a los hombres el rol de proveedores, que consiste en hacerse cargo de la manutención total de los hijos, excluyéndoles, en algunos casos, de la posibilidad de ejercer otro tipo de actividades de cuidado (sentencia T-878 de 2014, expediente *Op. Cit.*).

Como puede observarse, la determinación de los roles descritos obedece a consideraciones estereotípicas que parten de identificar a una persona con sexo biológico determinado y, desde allí, atribuirle un listado de conductas, sin que su voluntad tenga ninguna incidencia en el establecimiento de las funciones referidas. Dichos roles de mujer cuidadora y hombre proveedor son obstáculos frente al derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida¹⁴.

En ese contexto, la Sala considera que la norma reglamentaria demandada incorpora en el ordenamiento jurídico los denominados «rol de cuidadora» y «rol de proveedor», es decir, que la disposición parte del supuesto según el cual las mujeres son las encargadas de la atención y el cuidado de los hijos mientras que los hombres se ocupan de proveer los recursos económicos necesarios para la subsistencia de la familia; es lo que materialmente deriva de que le corresponda a ellas y no a ellos el derecho a deducir de la base de retención mínima la cuantía de la licencia a la que quienes componen la pareja tienen derecho por el cuidado de la descendencia en el periodo cercano al nacimiento.

Para la Sala, la norma no encierra el tratamiento perjudicial a los intereses económicos del padre que plantea el demandante, sino que reitera las inveteradas consideraciones estereotípicas, arraigadas en la sociedad, que le asignan a la mujer funciones que le impiden elegir, en condiciones de igualdad con el hombre, su proyecto de vida.

Dadas las condiciones descritas, se colige que el artículo 6.º, letra c), del Decreto 1070 de 2013 entraña una distinción que resulta contraria al ordenamiento jurídico superior, pues viola el derecho a la igualdad entre géneros.

3.5- Con todo, a efectos de concluir que la norma acusada en efecto constituye una medida violatoria del referido derecho, es preciso determinar si la misma disposición atiende a razones avaladas desde la perspectiva constitucional y convencional.

Como se adelantó arriba, para que este tipo de distingos sean compatibles con las

¹⁴ Carvajal Basto, Stella Jeannette. *Justicia tributaria y equidad de género*. Disponible en: http://videoteca.ramajudicial.gov.co/publicaciones/belmr_128/index.html.



normas de rango superior, hace falta que respondan a criterios objetivos y razonables. Pero en el caso concreto no se advierte que la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 encuentre justificación en un objetivo legítimo ni en la tutela de algún otro bien valioso jurídicamente protegido, porque la finalidad constitucional perseguida por las licencias de maternidad y de paternidad consiste, no en privilegiar la aceptación de la madre trabajadora en el contexto colombiano, sino en proteger la familia y el interés superior de los niños y niñas a permanecer con ambos padres durante los primeros días de su formación (artículos superiores 42 y 44).

En ese orden de ideas, si la normativa laboral no establece distinciones en cuanto al acceso a las prestaciones económicas otorgadas a ambos padres por el mismo hecho (*i.e.* el nacimiento de un hijo o hija), la Sala no encuentra ninguna justificación que avale, desde una perspectiva jurídica, diferenciación en el tratamiento tributario de aquellas prestaciones económicas.

Por el contrario, la Sala aprecia y recalca que, aunque la norma enjuiciada tiene la apariencia de acción afirmativa, por cuanto excluye de la base de retención en la fuente mínima el pago por concepto de licencia de maternidad, tras cotejarla con el artículo 236 del CST y las finalidades que se han reconocido a las prestaciones ahí regladas, la misma parte, precisamente, de un prejuicio discriminatorio, según el cual la mujer tiene el rol de cuidadora, mientras que el hombre tiene el papel de proveedor del hogar. A ese respecto, conviene insistir en que dichos prejuicios han sido sistemáticamente censurados por la jurisprudencia constitucional y convencional y, en particular, por las providencias que se pronuncian, justamente, sobre la constitucionalidad del artículo 1.º de la Ley 755 de 2002, que añadió un párrafo al artículo 236 del CST para crear la licencia de paternidad.

3.6- Alineadas las anteriores circunstancias, no deja de sorprender que en el *sub iudice* la entidad demandada se haya abstenido de ejercer las cargas argumentativas y probatorias que le correspondían a la luz del precedente constitucional; y, en contraste, se haya limitado a esgrimir un único argumento justificante del acto enjuiciado, según el cual, la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013 constituye una mera reproducción del ordinal 2.º del artículo 206 del ET. Tal argumentación, además, no es cierta en términos jurídicos.

Al respecto, en primer lugar, la Sala pone de presente que la disposición acusada tuvo por objeto reglamentar el artículo 384 del ET, en la versión dada a esa disposición por el artículo 14 de la Ley 1607 de 2012, situación que señala de forma expresa la misma norma reglamentaria en los siguientes términos «*para efectos del cálculo de la retención en la fuente mínima establecida en el artículo 384 del Estatuto Tributario, para los empleados cuyos ingresos provengan de una relación laboral, o legal y reglamentaria se podrán deducir además los siguientes conceptos [...] c) El pago correspondiente a la licencia de maternidad*».

Por su parte, la norma reglamentada, esto es, el artículo 384 del ET, en efecto estableció el sistema de retención en la fuente mínima para los empleados. Pero, nada dispuso en relación con las exclusiones de la base de la retención, ni de modo particular desgravó el ingreso por concepto de licencia de maternidad, sea señalándolo como ingreso no constitutivo de renta ni como renta exenta.

En segundo lugar, el artículo 206, numeral 2.º, del ET, referido por la demandada como



presunta ley reglamentada, contiene un listado de rentas del trabajo que están exentas de imposición con el impuesto sobre la renta. En ese contexto, el ordinal 2.º determina que las «*indemnizaciones que impliquen protección a la maternidad*» están exentas de imposición sobre la renta.

Al respecto, conviene destacar que, bajo la denominación «*Protección a la maternidad y protección de menores*» (artículos 236 y siguientes del CST), el ordenamiento laboral colombiano agrupa múltiples medidas que pretenden, de una parte, otorgar estabilidad laboral reforzada a la madre trabajadora; y, de otra, garantizar la realización de los derechos fundamentales de los niños y las niñas.

En adición a las licencias de maternidad y paternidad de que trata el artículo 236 *ibidem*, el referido cuerpo normativo dicta en su artículo 239 la prohibición de despedir a madres gestantes o lactantes con ocasión del embarazo o de la lactancia. Para la época en que se profirió el acto acusado, el referido artículo 239 (en la redacción dada por el artículo 2.º de la Ley 1468 de 2011) disponía que contravenir dicha prohibición obligaba al empleador a indemnizar a la madre despedida con el valor de 60 días de salario. Según voces de la jurisprudencia constitucional, la protección especial descrita —habitualmente conocida como «*fuero de maternidad*»— tiene por finalidad la de impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato de trabajo, a causa del embarazo o la lactancia.

De las disposiciones anteriores se desprende que la indemnización reglada en el citado artículo 239 del CST es una prestación económica distinta e independiente de los auxilios económicos a que se refiere el artículo 236 del CST (*i.e.* las licencias de maternidad y paternidad); y que dichas categorías jurídicas se diferencian por su fundamentación axiológica y la determinación de la cuantía adeudada. En efecto, desde la óptica constitucional, la prestación prevista en el artículo 239 entraña una acción afirmativa de protección a la madre gestante o lactante, materializada en el fuero que resguarda tales situaciones, cuyo desconocimiento acarrea una indemnización equivalente a 60 días de salario. En contraposición, las licencias a la paternidad y maternidad son prestaciones que reconocen y protegen el derecho de los recién nacidos a gozar de la compañía de ambos padres durante los primeros días de vida y viceversa, cuya cuantía variará dependiendo del acreedor del auxilio: si es la madre, 14 semanas de descanso y, si es el padre, ocho días de permiso.

En ese orden de ideas, la Sala considera que la prestación que goza de exención sobre las «*indemnizaciones que impliquen protección a la maternidad*», prevista en el citado ordinal del artículo 206 del ET, corresponde de modo concreto a la categoría jurídica establecida en el artículo 239 del CST, y al artículo 236 *ejusdem*, pues de lo contrario la norma tributaria no haría mención al concepto de «*indemnizaciones*» sino a otro más amplio, como el de «*prestaciones*» o «*auxilios*».

De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que la norma demandada, al excluir de la base de retención en la fuente la licencia de maternidad, no está reglamentando la exención establecida en el ordinal 2.º del artículo 206 del ET, toda vez que el supuesto de desgravación establecido en esa norma no corresponde a los pagos por licencia de maternidad, sino a la indemnización por la protección laboral a favor de la maternidad que está regulada en el artículo 239 del CST.

En esas condiciones, la Sala aprecia que, en efecto, la norma acusada implicó un



desbordamiento de la potestad reglamentaria en relación con el artículo 384 del ET. Por tal razón, declarará su nulidad.

4- Para la Sala, no resulta admisible, a la luz del artículo 13 de la Constitución, que la norma reglamentaria por razones de género admita como exclusión de la base de retención mínima para empleados únicamente la licencia de maternidad y no, de igual forma, la licencia de paternidad.

Con todo, guiada por el principio de conservación del ordenamiento, la Sala se abstendrá de anular la disposición para, en su lugar, declarar su legalidad condicionada al hecho de que se incluya en la disposición que excluye de la base de retención mínima para empleados a la licencia de paternidad al igual que ocurre con la de maternidad. De esa forma, se elimina del ordenamiento la discriminación que subyacía en la norma, según la cual el cuidado de niños y niñas recién nacidos es una tarea que recae exclusivamente en las madres.

Sea esta la oportunidad para señalar que el ordenamiento jurídico tributario no puede convertirse, por la vía del reglamento, en un instrumento que profundice las brechas de desigualdad que, en razón del género, puedan existir entre los obligados tributarios y que, aunque el artículo 363 constitucional únicamente se refiera a los principios de equidad, eficiencia y progresividad, ello no implica que las normas jurídicas fiscales estén relevadas de la observancia de las demás disposiciones constitucionales, de modo concreto, del principio y derecho a la igualdad de género establecido en el artículo 13 de la Constitución. En ese sentido, se agrega que no es admisible que, so pretexto de reglamentar disposiciones legales de contenido tributario, el Gobierno Nacional desconozca los mandatos constitucionales y los compromisos que el Estado colombiano ha asumido en materia de derechos humanos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Declarar la legalidad de la letra c) del artículo 6.º del Decreto 1070 de 2013, **condicionada** a que la disposición incluya también el pago correspondiente a la licencia de paternidad.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha



Radicado: 11001-03-27-000-2016-00049-00 (22620)
Demandante: JOHN FABER CALLE HURTADO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sala

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ