

CONCEPTO 31829 DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2015
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Bogotá, D.C.

Señora:

KELLY GIMENA ROSERO C.

CALLE 6 No. 25-68

Cali - Valle

Ref.: Radicado 036046 del 15/09/2015

Cordial saludo, Sra. Kelly Gimena.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008 y la Orden Administrativa 0006 de 2009, es función de esta Subdirección absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de esta entidad.

Se solicita aclarar: *a...si los pagos por multinivel se pueden facturar por concepto de otros ingresos y sin IVA, lo anterior debido a que hasta el año pasado veníamos facturando este concepto como comisiones gravadas a la tarifa del 16% y este año nos solicitan facturarías como otros ingresos y sin IVA. El argumento de esta solicitud se basa en el Decreto 3032 de 2013 y la Circular de la Supersociedades del 18 de Septiembre de 2014... "*

1. - Sobre este interrogante cabe destacar que la Ley comercial es la que define a los comerciantes; no obstante, la Ley 1700 de 2013, al regular una actividad comercial o de mercado específica, estableció que el vendedor independiente para efectos de la actividad multinivel es la persona natural comerciante con la que se ejercen actividades de búsqueda o incorporación de personas naturales, para que esta a su vez incorpore otras personas para vender bienes o prestar servicios, actividades que son comerciales por definición de acuerdo con el Código de Comercio.

Las normas pertinentes disponen de la Ley 1700 de 2013:

ARTÍCULO 2. DEFINICIÓN. Se entenderá que constituye actividad multinivel, toda actividad organizada de mercadeo, de promoción, o de ventas, en la que confluyan los siguientes elementos:

1. La búsqueda o la incorporación de personas naturales, para que estas a su vez incorporen a otras personas naturales, con el fin último de vender determinados bienes o servicios.

2. El pago, o la obtención de compensaciones u otros beneficios de cualquier índole, por la venta de bienes y servicios a través de las personas incorporadas, y/o las ganancias a través de descuentos sobre el precio de venta.

3. La coordinación, dentro de una misma red comercial, de las personas incorporadas para la respectiva actividad multinivel.

PARÁGRAFO 1. Las compañías que ofrezcan bienes o servicios en Colombia a través del mercadeo multinivel deberán establecerse con el lleno de los requisitos legales contemplados en la ley vigente y tener como mínimo una oficina abierta al público de manera permanente. En los casos en que esta actividad se realice a través de un representante comercial, este último deberá tener también, como mínimo, una oficina abierta al público de manera permanente y será el responsable del cumplimiento de las normas establecidas en la normativa colombiana para las actividades, productos y servicios ofrecidos.

(...)

ARTÍCULO 4. VENDEDOR INDEPENDIENTE. Se entenderá por vendedor independiente la persona natural comerciante o persona jurídica que ejerce actividades mercantiles, y que tiene relaciones exclusivamente comerciales con las compañías descritas en el artículo 2 de la presente ley.

ARTÍCULO 5. DERECHOS DE LOS VENDEDORES INDEPENDIENTES. Además de los derechos que les confieran sus contratos y la ley, los vendedores independientes tendrán derecho a:

1. Formular preguntas, consultas y solicitudes de aclaración a las compañías multinivel, quienes deberán contestadas de manera precisa, antes, durante y después de su vinculación con el respectivo vendedor independiente. Estas deberán versar sobre los productos o servicios vendidos, o sobre el contenido, alcance y sentido de cualquiera de las cláusulas de los contratos que los vinculen con ellas, incluyendo toda información relevante relativa a las compensaciones o recompensas u otras ventajas de cualquier índole previstas en los contratos, y sobre los objetivos concretos cuyo logro dará derecho a los correspondientes pagos.

Asimismo, sobre los plazos y fechas de pago o de entrega, cuando se trate de compensaciones en especie.

Las respuestas a las preguntas, consultas, o solicitudes de aclaración de que trata el inciso anterior del presente numeral, deberán ser remitidas a la dirección, correo electrónico u otros medios que suministren los vendedores independientes que las formulen, dentro de los plazos previstos en las normas vigentes para la respuesta a las peticiones de información.

2. Percibir oportuna e inequívocamente de las compañías multinivel las compensaciones, o ventajas a las que tengan derecho en razón a su actividad, incluyendo las que hayan quedado pendientes de pago una vez terminado el contrato entre las partes.

3. Conocer, desde antes de su vinculación, los términos del contrato que regirá su relación con la respectiva compañía multinivel, independiente de la denominación que el mismo tenga.

4. Ser informado con precisión por parte de la compañía multinivel, de las características de los bienes y servicios promocionados, y del alcance de las garantías que correspondan a dichos bienes y servicios.

5. Mediante escrito dirigido a la compañía multinivel, terminaren cualquier tiempo, y de forma unilateral, el vínculo contractual.

6. Suscribirse como vendedor independiente de una o más compañías multinivelistas.

7. Recibir una explicación clara y precisa sobre los beneficios a que tiene derecho por la inscripción a una compañía multinivel de forma que no induzca a confusión alguna.

8. Recibir de la respectiva compañía multinivel, información suficiente y satisfactoria sobre las condiciones y la naturaleza jurídica del negocio al que se vincula con él como vendedor independiente, y sobre las obligaciones que el vendedor independiente adquiere al vincularse al negocio; al igual que sobre la forma operativa del negocio, sedes y oficinas de apoyo a las que puede acceder en desarrollo del mismo, en términos semejantes a los del numeral primero de este artículo.

9. Recibir de manera oportuna e integral en cantidad y calidad, los

bienes y servicios ofrecidos por la compañía multinivel.

PARÁGRAFO 1. Cualquier cláusula del contrato que vincule a un vendedor independiente con una compañía multinivel, en la cual se prevea la renuncia a alguno de estos derechos o a otros que se establezcan en esta ley, o que impida su ejercicio, se considerará inexistente.

PARÁGRAFO 2. Dentro del costo inicial de participación, las compañías multinivel deberán incluir materiales de capacitación, así como referencias y guías de información en relación a cómo hacer el negocio, sobre una base no lucrativa.

En las normas transcritas se dispone que el vendedor independiente debe ser una persona natural comerciante, que desarrolla las actividades de mercadeo, de promoción, o de ventas, para las cuales adelanta la búsqueda o la incorporación de personas naturales, para que estas a su vez incorporen a otras personas naturales, con el fin último de vender determinados bienes o servicios; asimismo, puede coordinar la red comercial de personas.

Actividades por las cuales recibe a cambio un pago, o la obtención de compensaciones u otros beneficios de cualquier índole, que se soportan por la venta de bienes y servicios a través de las personas incorporadas, y/o las ganancias a través de descuentos sobre el precio de venta.

2. - Al tratarse de una actividad, labor o trabajo que puede tener o no una vinculación laboral, corresponde revisar si en el caso de no tener una vinculación laboral se asimila a un servicio personal y los efectos en lo relacionado con el impuesto de renta y la retención en la fuente por este concepto.

Para este fin lo pertinente es remitirnos a la definición legal contemplada en el Decreto 3032 de 2013, el cual reglamentó la materia de retenciones para personas naturales y en particular consideró la necesidad de precisar las definiciones, condiciones y requisitos para la clasificación de los contribuyentes en una u otra categoría tributaria, y sus efectos en la aplicación de los sistemas de determinación del impuesto sobre la renta consagrados en el Título V del Libro Primero del Estatuto Tributario.

ARTÍCULO 1. DEFINICIONES. Para efectos del presente decreto, se entiende por.

Servicio personal: Se considera servicio personal toda actividad, labor o trabajo prestado directamente por una persona natural, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración.

(...)

A partir de lo transcrito para efectos de la retención en la fuente por concepto de impuesto de renta y complementarios, la actividad puede ser encuadrada como un servicio personal y la retención dependerá de la clasificación que resulte del análisis de la información que deberán reportar anualmente la persona natural a sus pagadores o agentes de retención para determinar la categoría tributaria a que pertenece de acuerdo con lo previsto en el artículo 329 del Estatuto Tributario, dicha información por regla general se debe aportar a más tardar el treinta y uno (31) de marzo del respectivo periodo gravable, conforme lo dispone el artículo 1 del Decreto 1070 de 2013.

En este tema es pertinente resaltar que de conformidad con los artículos 375 y 376 del Estatuto Tributario, las obligaciones de efectuar la retención y consignar los valores retenidos, están en cabeza única y exclusivamente de quien la ley determina como agente retenedor y por lo tanto corresponde a este verificar en cada caso particular la realización de los presupuestos señalados en la ley que generan la obligación de practicar la retención.

Para los fines de la retención se debe tener en cuenta lo señalado en el Estatuto Tributario en sus artículos 383 o 392, según sea el caso y dependiendo de la condición de los pagos y la categoría en la cual se clasifiquen los contribuyentes de acuerdo con sus ingresos, tipo de vinculación y actividades que desarrollan etc.

Sobre estos temas existen pronunciamientos de esta entidad mediante Oficios 017857 de 26 de marzo de 2013 y 039876 de 28 de junio de 2013 de los cuales se remite copia para su conocimiento.

3. - En lo relacionado con el impuesto al valor agregado - IVA, cabe recordar que es un impuesto de régimen general, es decir, un impuesto en el que la regla general es la causación del gravamen y la excepción la constituyen las exclusiones expresamente consagradas en la ley, en virtud del principio de legalidad, consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política.

En materia de bienes se encuentran excluidos del IVA los señalados expresamente en el artículo 424 del Estatuto Tributario, mientras que tratándose de servicios estos se encuentra en el artículo 476 ibídem.

Para efectos de determinar los servicios se debe acudir a la definición del artículo 1 del Decreto 1372 de 1992, que expresamente señala:

"ARTÍCULO 1. DEFINICIÓN DE SERVICIO PARA EFECTOS DEL IVA. *Para efectos del impuesto sobre las ventas se considera servicio toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración".*

Por tanto, al existir una definición legal de servicios para efectos del IVA, no corresponde darle una definición diferente a las actividades, labores o trabajos que se concreten en obligaciones de hacer como las que se señalan para el caso de los vendedores independientes que ejercen actividades mercantiles, y que tiene relaciones exclusivamente comerciales con las compañías multinivel.

En consecuencia, si se trata del pago de comisiones por prestación de servicios es procedente aplicar la tarifa general de IVA, y no corresponde dar otra denominación a dicho servicio, para efectos de evitar el pago del gravamen, habida cuenta que por la naturaleza de la actividad se configura como constitutiva de servicios y hecho generador del impuesto.

Lo dicho por cuanto los servicios prestados por los vendedores independientes se ajustan a la noción de servicio transcrita y no se encuentran exceptuados en virtud de lo establecido en el artículo 476 del Estatuto Tributario, razón por la cual estarán gravados a título de IVA a la tarifa general del 16%.

En el caso de tratarse de comisiones se debe considerar que la base gravable sobre la cual se causa el impuesto es sobre el valor de la comisión, tal como lo dispone el concepto 0001 de 2003:

(PAGINAS 43-44)

1.2.6. CONSIGNACIÓN

De acuerdo con el artículo 1377 del Código de Comercio el contrato de consignación o estimatorio es el acuerdo de voluntades mediante el cual una parte, llamada consignante, le entrega a otra, llamada consignatario, unos bienes muebles para que, a cambio de una comisión o utilidad, y en un plazo determinado en el que se adelantan actos de comercialización, entregue el precio pactado o proceda a la devolución de la mercancía en caso de no poderíos vender.

El artículo 438 del Estatuto Tributario, establece que en las ventas por cuenta y a nombre de terceros en que una parte del valor de la operación corresponda al intermediario, como en el caso del contrato de consignación, son responsables del impuesto sobre las ventas tanto el consignante como el consignatario. En consecuencia, en la comercialización y distribución de bienes gravados tanto el intermediario como el tercero en cuyo nombre se realiza la venta serán responsables del impuesto sobre las ventas.

Por su parte, el artículo 455 del Estatuto Tributario, que regula la base gravable del impuesto sobre las ventas en los contratos de intermediación comercial, establece que para el intermediario estará constituida por el precio total de la venta que él realice, y para el tercero por cuya cuenta se realiza la venta, la base gravable será el mismo valor disminuido en el valor que le corresponda al intermediario.

En conclusión, las normas aplicables a la comercialización de bienes por medio de un contrato de consignación, son las establecidas en el Estatuto Tributario para los contratos de intermediación comercial.

Si se trata de responsables del régimen común del impuesto sobre las ventas (calidad que puede ser verificada en el correspondiente Registro Único Tributario - RUT si fuere el caso), el IVA se causará al momento de expedición de la factura o documento equivalente o en la fecha de terminación de los servicios, o del pago o abono en cuenta, la que fuere anterior (artículo 429 ibídem).

Por otra parte, cabe destacar que para efectos de retención por IVA, se debe contar con la calidad de agente de retención en el impuesto sobre las ventas. De acuerdo a lo establecido en el artículo 437-2 del Estatuto Tributario, son agentes de retención de este impuesto, entre otros, los responsables del régimen común cuando adquieren bienes y servicios de personas pertenecientes al régimen simplificado.

Complemento de lo último, obra exponer que el artículo 4 del Decreto

Reglamentario 380 de 1996, señala:

"Artículo 4. Responsable del impuesto sobre las ventas por el valor retenido. Cuando los responsables pertenecientes al régimen común de Impuesto sobre las ventas, adquieran bienes o servicios gravados de personas que pertenezcan al régimen simplificado, deben asumir la retención del IVA sobre dichas transacciones, aplicando el porcentaje señalado en el artículo 1 de este decreto".

En los anteriores términos se absuelve su consulta y cordialmente le informamos que tanto la normatividad en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias pueden consultarse directamente en nuestras bases de datos jurídicas ingresando a la página electrónica de la DIAN: <http://www.dian.gov.co> siguiendo el icono de "Normatividad" - "técnica", y seleccionando los vínculos "doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica".

Atentamente,

(Fdo.) PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO, Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina (E).