

Expediente: 7264  
T.D.: 18527789

## OPINIÓN N° 017-2021/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Marcapomacocha

Asunto: Sistema de contratación en base a un honorario fijo y una comisión de éxito

Referencia: Formulario S/N de fecha 22.ENE.2021 - Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Unidad de Logística, Control Patrimonial y Recursos Humanos de la Municipalidad Distrital de Marcapomacocha, formula varias consultas relacionadas a los contratos bajo el sistema de contratación en base a un honorario fijo y una comisión de éxito.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

### 2. CONSULTAS<sup>1</sup> Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

---

<sup>1</sup> En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE “*Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado*”, determinándose que la consulta N° 1 **no solicita un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, sino que solicita que el OSCE determine cómo debe brindarse la certificación de crédito presupuestario en el marco de una determinada contratación; cabe señalar que los requisitos y formalidades para la certificación de crédito presupuestario se encuentran reguladas en las **normas del Sistema Nacional de Presupuesto Público**. Por tanto, se indica que se atenderán únicamente la segunda y tercera consulta.

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 250-2020-EF, vigente a partir del 05 de setiembre de 2020.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1 “(...) precise si para determinar el valor estimado (servicio), se debe tomar en cuenta únicamente el honorario fijo, previamente establecido, o si por el contrario también es necesario considerar una comisión de éxito (de resultado) dentro del cálculo en caso el proveedor obtenga los resultados y objetivos propuestos”.**

2.1.1. De manera previa, debe indicarse que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sin estar relacionadas a situaciones o casos particulares. En esa medida, debe aclararse que la presente Opinión se limitará a brindar alcances generales sobre las consideraciones que deben tener las Entidades para determinar el valor estimado en el marco de las contrataciones de servicios.

2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, debe indicarse que el artículo 41 del Reglamento establece que es un requisito para contratar, entre otros, contar con el expediente de contratación aprobado, el cual **debe contener** —además de otra información técnica y económica— la indagación de mercado realizada por el Órgano Encargado de las Contrataciones y **el valor estimado** de la contratación, en el caso de las contrataciones de servicios.

En relación con el valor estimado de la contratación, el artículo 32 del Reglamento establece que éste es determinado por el órgano encargado de las contrataciones a partir de las indagaciones en el mercado que realice sobre la base del requerimiento formulado por el área usuaria, precisando que el valor estimado “(...) **considera todos los conceptos** que sean aplicables, **conforme al mercado** específico del bien o **servicio a contratar**, debiendo maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten”. (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, el valor estimado de la contratación de servicios se determina a partir de las indagaciones en el mercado que realice el órgano encargado de las contrataciones, el cual se realiza sobre la base del requerimiento formulado por el área usuaria, y que debe considerar todos los conceptos que sean aplicables conforme al mercado específico del servicio a contratar.

2.1.3. En este punto es pertinente indicar —siempre en el marco de los contratos de servicios— que la correcta determinación del valor estimado es de vital importancia en el marco del procedimiento de selección, toda vez que —por ejemplo— de conformidad con el artículo 68 del Reglamento, el comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, solicita al postor la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta cuando, entre otros casos,

la oferta se encuentra sustancialmente por debajo del valor estimado; en dicha situación (que se encuentra en el marco de la figura de rechazo de ofertas), la Entidad puede proporcionar un formato de estructura de costos con los componentes mínimos materia de acreditación, así como solicitar al postor la información adicional que resulte pertinente, otorgándole para ello un plazo mínimo de dos (2) días hábiles de recibida dicha solicitud, una vez cumplido esto, el órgano a cargo del procedimiento de selección determina si se rechaza la oferta.

Asimismo, el numeral 68.3 del artículo 68 del Reglamento establece que en el supuesto que la oferta supere el valor estimado, para efectos de considerarla válida, debe contarse con la certificación de crédito presupuestario correspondiente y la aprobación del Titular de la Entidad, condiciones que deben ser cumplidas como máximo a los cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la buena pro, bajo responsabilidad. En la medida que ambas condiciones no puedan ser cumplidas, la oferta debe ser rechazada.

En tal sentido, puede inferirse que los postores, para efectos de que sus ofertas sean admitidas, deben formularlas (las ofertas) tomando en consideración todos los elementos que forman parte de los términos de referencia y los conceptos que sean aplicables conforme al mercado del servicio que se va a contratar, de tal forma que su oferta económica pueda aproximarse al valor estimado de la contratación.

2.1.4. Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente traer a colación lo que la doctrina ha desarrollado respecto de las relaciones jurídico-patrimoniales de naturaleza conmutativa y su diferencia respecto de aquellas que son aleatorias.

Al respecto, conviene evocar a De la Puente y Lavalle (1991) cuando señala que el “**contrato conmutativo**” es “(...) *aquél en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la otra parte, si la hubiere*”; asimismo, se refiere al “**contrato aleatorio**” “(...) *como aquél en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un favor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial. Este factor incierto es el riesgo (...)*”<sup>2</sup>. (El subrayado es agregado).

En el mismo sentido, Arias-Schreiber (2006) —al clasificar a los contratos por su riesgo— indica que un contrato es conmutativo “(...) *cuando cada una de las partes, al momento en el que se celebra, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja que puede correlativamente lograr*” (el subrayado es agregado); mientras que, el contrato aleatorio “(...) *es la otra cara de la moneda [dado que en éste] los contratantes parten desde un primer instante de un hecho incierto o incógnito, es decir, que existe para ambos un factor de riesgo no predeterminado y cuyo esclarecimiento se producirá solo con posterioridad*”<sup>3</sup> (el subrayado es agregado).

<sup>2</sup> De La Puente y Lavalle (1991), *El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I*, Lima – Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 218 – 223.

<sup>3</sup> Arias-Schreiber; Cárdenas Quiros y Martínez Coco (2006), *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo I*, Lima – Perú, Gaceta Jurídica, Primera Edición, págs. 51 – 52.

Como se aprecia, de acuerdo con lo desarrollado por la doctrina, un contrato es conmutativo cuando las partes conocen de antemano el alcance y valor de las prestaciones que deben ejecutar, situación que no manifiesta riesgo alguno en su ejecución; mientras que un contrato es aleatorio cuando las partes —o al menos una de ellas— no tienen certeza sobre la prestación que deben dar o esperan recibir, puesto que el alcance o valor de ésta se encuentra supeditada a la posibilidad de que suceda un hecho que resulta incierto para ambos.

2.1.5. Teniendo en consideración lo señalado, debe indicarse que el artículo 35 del Reglamento establece los sistemas de contratación que pueden emplear las Entidades para los contratos que celebran al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

Entre dichos sistemas de contratación, se encuentra aquel cuyo monto se determina “*En base a un honorario fijo y una comisión de éxito*”, aplicable en las contrataciones de servicios. En el marco de los procedimientos de selección de los contratos de servicios bajo este sistema de contratación, el postor formula su oferta contemplando un monto fijo y un monto adicional como incentivo que es pagado al alcanzarse el resultado esperado.

Como se aprecia, los contratos de servicios bajo el sistema de contratación “*En base a un honorario fijo y una comisión de éxito*” si bien pueden ser considerados contratos conmutativos toda vez que contiene prestaciones claramente definidas e invariables (prestaciones cuya ejecución no manifiestan un riesgo), puede distinguirse, también, la presencia de un elemento propio de los contratos aleatorios que es el riesgo, el que se manifiesta en la posibilidad de que el contratista pueda reclamar —o no— la comisión de éxito, siempre que consiga el resultado que es objeto del incentivo establecido en el contrato, sin que la naturaleza distinta de ambos elementos implique que no deban ser considerados en conjunto para efectos de determinar las condiciones contractuales.

Adicionalmente, es importante resaltar que el literal f) del artículo 35 del Reglamento hace la precisión que en estas contrataciones, ambos elementos, tanto el honorario fijo como la comisión de éxito, deben ser contemplados por el postor al formular su oferta; en consecuencia, el valor estimado de la contratación, debe ser determinado considerando tanto el honorario fijo como la comisión de éxito (éste último como incentivo que se pagará en la medida que el contratista alcance el resultado esperado).

De esta forma, se advierte que el valor estimado de los contratos de servicios bajo el sistema de contratación “*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*” debe considerar tanto el monto del honorario fijo como el monto de la comisión de éxito.

2.2. “*¿Qué sucede si el honorario fijo presupuestado para la prestación del servicio resulta inferior a 1 UIT y todo el resto de honorario es destinada únicamente como comisión de éxito (en porcentaje de recupero a favor de la Entidad)? Nos encontraríamos dentro del supuesto recogido en el literal a) del artículo 5 de la*

***Ley 30225. Es decir, al no tener un valor estimado no se convocaría un procedimiento de selección***". (Sic).

En principio, corresponde señalar que este Organismo Técnico Especializado no puede determinar, en vía de opinión, si una contratación específica se encuentra inmersa en alguno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en los artículos 4 y 5 de la Ley.

No obstante, como ya se señaló al absolver la consulta anterior, el valor estimado de la contratación de servicios bajo el sistema de contratación "*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*" debe considerar tanto el monto del honorario fijo como el monto de la comisión de éxito.

### **CONCLUSIÓN**

El valor estimado de los contratos de servicios bajo el sistema de contratación "*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*" debe considerar tanto el monto del honorario fijo como el monto de la comisión de éxito.

Jesús María, 19 de febrero de 2021

**CARLA GABRIELA FLORES MONTOYA**  
**Directora Técnico Normativa (e)**

JDS/.