

Expediente: 27044
T.D. 18900219

OPINIÓN N° 041-2021/DTN

Entidad: Servicio de Administración Tributaria de Trujillo – SATT

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

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

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la señora (ita) Ana Lucía Pérez Mantilla, Responsable de la Oficina de Logística y Control Patrimonial del Servicio de Administración Tributaria de Trujillo – SATT, formula una consulta relacionada a los contratos de servicios 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**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 y sus modificatorias¹.

¹ El Decreto Supremo N° 344-2018-EF fue recientemente modificado por el Decreto Supremo N° 250-

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

“¿Es factible la contratación de un servicio bajo la modalidad de éxito puro, es decir sin honorario fijo, de acuerdo a la normativa vigente?”

2.1. En principio, debe indicarse que el artículo 41 del Reglamento establece que es un requisito para convocar un procedimiento de selección, 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** (distintos a los de consultoría de obras).

Al respecto debe precisarse que, de conformidad con el artículo 32 del Reglamento, es a partir de la indagación de mercado efectuada por el Órgano Encargado de las Contrataciones —*la que se realiza sobre la base del requerimiento formulado por el área usuaria*—, que se determina el valor estimado de la contratación, el cual “(...) **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 énfasis es agregado).

2.2. Precisado lo anterior, 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*”, el cual resulta aplicable en las contrataciones de **servicios**. En el marco de los procedimientos de selección de los contratos de servicios bajo este sistema de contratación, de acuerdo a la norma citada, **el postor formula su oferta contemplando un monto fijo y, además, 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 contienen 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 cual 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 contractuales².

2020-EF vigente a partir del 05 de setiembre de 2020.

² 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 de la otra parte, si la hubiere*”; asimismo, se refiere al “**contrato aleatorio**” “(...) *como aquél*

Adicionalmente, es importante resaltar que el literal f) del artículo 35 del Reglamento precisa que en estas contrataciones, **ambos elementos**, tanto el honorario fijo, así como la comisión de éxito, **deben ser contemplados por el postor al formular su oferta**³; en consecuencia, el valor estimado de la contratación debe ser determinado considerando tanto el honorario fijo como la comisión de éxito (este último como incentivo que se pagará en la medida que el contratista alcance el resultado esperado).

De esta forma, en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 35 del Reglamento, 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 de la comisión de éxito. En consecuencia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, no es posible realizar la contratación de un servicio en el que sólo se establezca una comisión de éxito.

CONCLUSIÓN

En concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 35 del Reglamento, 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 de la comisión de éxito. En consecuencia, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente, no es posible realizar la contratación de un servicio en el que sólo se establezca una comisión de éxito.

Jesús María, 19 de abril de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS/.

*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 (...)*². (El subrayado es agregado).

³ Es pertinente señalar que el texto que recoge el literal f) del artículo 35 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, también se encontraba previsto en el numeral 6 del artículo 34 del reglamento de la Ley de contrataciones del Estado anterior aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF e incluso cuando fue modificado mediante el Decreto Supremo N° 056-2017-EF. Sobre la base de ello, fueron desarrollados los criterios interpretativos sobre los contratos bajo el sistema “en base a un honorario fijo y una comisión de éxito” contenidos en la Opinión N° 011-2017/DTN.