

OPINIÓN N° 088-2021/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Paccha

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

Referencia: Formulario S/N de fecha 26.JUN.2021 - Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Asesor del Área de Rentas de la Municipalidad Distrital de Paccha, 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el 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° 3 **no solicita un análisis interpretativo sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, sino que solicita que el OSCE determine, en un contexto específico, cuál sería la consecuencia de una decisión de gestión de la Entidad, relacionada con el sistema de pago establecido, a fin de “evitar cualquier certificación presupuestal mayor a 1 UIT”, lo cual excede la habilitación legal conferida a este despacho para emitir opiniones, pues éstas se circunscriben a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado y no a supuestos particulares; adicionalmente, debe indicarse que las reglas relativas a la certificación de crédito presupuestario se encuentran reguladas en las **normas del Sistema Nacional de**

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, modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “(...) *precise si para determinar el valor referencial² en el referido proceso, se debe tomar en cuenta únicamente el honorario fijo (de medios), 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*”. (Sic).

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 servicios³.

Asimismo, es importante señalar que son las entidades las responsables de determinar el sistema que resulte compatible con las contrataciones que pretenden realizar.

2.1.2. Realizadas las precisiones anteriores, debe indicarse que el artículo 41 del Reglamento establece que es un requisito para convocar a 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).

En relación con el valor estimado de la contratación, el artículo 32 del Reglamento

Presupuesto Público. Por tanto, únicamente podrán ser atendidas mediante la presente Opinión, la primera y segunda consulta.

² Cabe precisar que de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, el concepto de “valor referencial” resulta aplicable a procedimientos de selección que tienen por objeto la contratación de ejecución y consultoría de obras, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento; mientras que el concepto de “valor estimado” resulta aplicable a bienes y servicios distintos a los de consultoría de obras, de conformidad con el artículo 32 del referido dispositivo.

³ De la revisión del informe legal, anexo al documento de la referencia, se advierte que la consulta planteada se encuentra referida a una **contratación de servicios**.

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; así, 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 y subrayado son agregados).

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, tomando en cuenta el requerimiento formulado por el área usuaria y considerando **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 tiene gran relevancia para ulteriores actuaciones del proceso de contratación.

Así, de la adecuada determinación del valor estimado dependen, entre otras: i) la definición de si el servicio se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley o si se encuentra dentro del literal a) del artículo 5 de esta (supuesto de exclusión); ii) la posibilidad de que la oferta sea rechazada, o no, conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento⁴; iii) la definición de si la entidad cuenta o no con los recursos económicos o financieros necesarios para asumir el precio de las prestaciones a cargo del contratista.

En tal contexto, a modo de ejemplo, un valor estimado que no hubiese contemplado **todos** los conceptos aplicables del servicio a contratar, tal y como lo prescribe el citado artículo 32 del Reglamento, podría generar: i) que erróneamente la contratación no se viabilice conforme a las disposiciones de la Ley; ii) que se rechacen ofertas por tener un precio que sólo formalmente superaría el valor estimado; o iii) en caso hubiere alguna oferta ganadora y se suscribiese el contrato, que durante la etapa de ejecución contractual la Entidad no pueda asumir las contraprestaciones que le correspondan.

Todas estas situaciones descritas, como se podrá apreciar, generarían un impacto negativo en la satisfacción oportuna de la necesidad.

2.1.4. Ahora, en otro orden de ideas, es pertinente mencionar que el artículo 35 del Reglamento establece los sistemas de contratación que pueden emplear las Entidades para los contratos celebrados al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado; esto son: i) precios unitarios; ii) suma alzada; iii) esquema mixto; iv) tarifas; v) en base a porcentajes; vi) en base a honorario fijo y

⁴ 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.

comisión de éxito.

Sobre el particular, **es importante reiterar que es la Entidad quien, tras la evaluación correspondiente, debe determinar el sistema que resulte adecuado a la naturaleza de la contratación que pretende realizar**. Dicho esto, siendo que la consulta versa sobre la determinación del valor estimado en una contratación bajo el sistema en base a un honorario fijo y comisión de éxito, en las siguientes líneas se desarrollarán alcances únicamente respecto del referido sistema.

Así las cosas, cabe mencionar que el sistema “*En base a un honorario fijo y una comisión de éxito*”, resulta aplicable en las contrataciones de **servicios**. De acuerdo con el literal f) del referido artículo 35 del Reglamento, 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**.

Ahora, la determinación por parte de la entidad de que cierto servicio se contratará bajo el sistema “en base a un honorario fijo y una comisión de éxito” tiene implicancias en determinadas características del contrato por celebrar.

2.1.5. En relación con lo anterior, resulta 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 Lavallo (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 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 (...)*”⁵. (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 sólo con posterioridad*”⁶ (el subrayado es agregado).

⁵ De La Puente y Lavallo (1991), *El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I*, Lima – Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 218 – 223.

⁶ 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.

- 2.1.6. En función de lo anterior, respecto de 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 deban dejar de ser considerados de forma conjunta para efectos de determinar las condiciones contractuales.**

Así las cosas, considerando: i) que de acuerdo con el artículo 32 del Reglamento, el valor estimado de la contratación de un servicio debe contemplar todos los conceptos que le resulten aplicables, pues de lo contrario se generarían serios problemas en las actuaciones ulteriores del proceso de contratación; ii) que, de conformidad con el literal f) del artículo 35 del Reglamento, la oferta del postor debe contemplar también todos los conceptos aplicables; y iii) que pese la presencia de elementos distintos en los contratos bajo honorarios fijo y comisión de éxito, estos deben ser considerados de forma conjunta; se puede concluir 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 de la comisión de éxito⁷.

- 2.2. ***“¿Qué sucede si el honorario fijo presupuestado para la prestación del servicio de medios que conforma el valor referencial, resulta inferior a una Unidad Impositiva Tributaria y todo el resto de honorario es destinado únicamente como comisión de éxito (en porcentaje del cuerpo a favor de la Entidad)? Nos encontraríamos dentro del supuesto recogido en el inciso a) del Artículo 5 de la Ley 30225”.*** (Sic).

En principio, corresponde señalar que este Organismo Técnico Especializado no puede determinar, en vía de opinión, si una contratación en particular se encuentra —o no— 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. Dicho asunto debe ser dilucidado por la Entidad, de conformidad con el análisis del caso concreto.

⁷ Este criterio es concordante con el establecido en la Opiniones N^{os} 017-2021/DTN y 019-2021/DTN.

No obstante, en concordancia con lo antes desarrollado, corresponde reiterar que, si la Entidad define que cierta contratación de servicios adoptará el sistema “*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*”, la determinación del valor estimado de la contratación deberá considerar tanto el monto del honorario fijo como la comisión de éxito. En tal sentido, sólo si en dicha circunstancia el monto resultante es igual o inferior a 8 UIT’s, se habrá configurado el supuesto de exclusión contemplado en el literal a), del artículo 5 de la Ley.

2.3. “*¿Que sucede si el contrato en función a una comisión de éxito es por porcentaje que no se sabe cuánto va recuperar (de resultado) y el honorario fijo es 1 UIT?*”. (Sic).

Al respecto corresponde mencionar que este Organismo Técnico Especializado, en vía de opinión, no puede pronunciarse respecto de una contratación en particular, toda vez que ello excede sus atribuciones previstas en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo indicado, debe reiterarse que, si la Entidad define que cierta contratación de servicios adoptará el sistema “*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*”, la determinación del valor estimado de la contratación deberá considerar tanto el monto del honorario fijo como la comisión de éxito. Ahora, respecto de la valorización del monto correspondiente a la comisión de éxito, la Entidad podrá realizarla, con el debido sustento, considerando el monto máximo que pagaría de configurarse el resultado esperado; cabe precisar que –conforme a lo establecido al artículo 35 del Reglamento– la referida comisión de éxito también puede expresarse en un porcentaje.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, conforme se establece en el artículo 19 de la Ley, constituye requisito previo a la convocatoria de un procedimiento de selección, **bajo sanción de nulidad**⁸, contar con el crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público⁹.

3. CONCLUSIONES

⁸ De conformidad al numeral 1 del Artículo 2 del D.L. N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema de Presupuesto Público, que recoge el **principio de equilibrio presupuestario**, se establece: “[E]l Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, **estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.**” (el énfasis es agregado)

⁹ El numeral 41.4 del D.L. N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema de Presupuesto Público, establece que: “En el caso de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal, **adicionalmente a la certificación del crédito presupuestario** correspondiente al año fiscal en curso, el responsable de la administración del presupuesto de la unidad ejecutora, **emite y suscribe la previsión presupuestaria,** la cual constituye un documento que garantiza la disponibilidad de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes.” (el énfasis es agregado)

- 3.1.1** 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.
- 3.1.2** Si la Entidad define que cierta contratación de servicios adoptará el sistema “*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*”, la determinación del valor estimado de la contratación deberá considerar tanto el monto del honorario fijo como el monto de la comisión de éxito. En tal sentido, sólo si en dicha circunstancia el monto resultante es igual o inferior a 8 UIT’s, se habrá configurado el supuesto de exclusión contemplado en el literal a), del artículo 5 de la Ley.
- 3.1.3** Si la Entidad define que cierta contratación de servicios adoptará el sistema “*en base a un honorario fijo y una comisión de éxito*”, la determinación del valor estimado de la contratación deberá considerar tanto el monto del honorario fijo como el de la comisión de éxito. Respecto de la valorización del monto correspondiente a la comisión de éxito, la Entidad podrá realizarla, con el debido sustento, considerando el monto máximo que pagaría de configurarse el resultado esperado; cabe precisar que –conforme a lo establecido al artículo 35 del Reglamento- la referida comisión de éxito también puede expresarse en un porcentaje.

Jesús María, 24 de agosto de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/PMR