

**OPINIÓN N° 004-2021/DTN**

Solicitante: Inmobiliaria Brick S.A.C.  
Asunto: Cesión de Posición Contractual  
Referencia: Formulario S/N de fecha 26.DIC.2020

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el señor Jorge Fidel Saldaña Roalcaba, en representación de la Inmobiliaria Brick S.A.C., formula consultas sobre la cesión de posición contractual.

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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

**2. CONSULTA Y ANÁLISIS<sup>1</sup>**

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, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF,

---

<sup>1</sup> Las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas a la interpretación del sentido y alcance de la normativa de Contrataciones del Estado, sin hacer referencia a situaciones particulares o casos concretos. En tal medida, no puede emitir opinión respecto de las situaciones o casos planteados en las consultas n°2 y n°3, máxime cuando la solución de dichos problemas –en la práctica- podría depender de la interpretación de normas que no forman parte de la normativa de Contrataciones del Estado.

Dirección Técnico Normativa  
Opinión

modificado por el D.S. N°377- 2019-EF.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. ***“La prohibición impuesta en el primer párrafo del apartado 2 del numeral 7.4.2. de la Directiva ¿supone la inaplicación de la cesión de posición contractual por la transferencia de propiedad de bienes que se encuentran arrendados a las Entidades reconocida en el artículo 159 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?”***

2.1.1. De manera previa, es necesario aclarar que este Organismo Técnico Especializado no puede pronunciarse –en vía de opinión- respecto de casos concretos.

Hecha esta precisión corresponde anotar que los proveedores del Estado pueden participar en los procesos de contratación, de manera individual o agrupándose en un consorcio. Así, el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley señala lo siguiente:

*“En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco (...)*”

Se advierte de este dispositivo que dos o más proveedores pueden agruparse en consorcio para complementar sus capacidades y así tener mejores oportunidades en los procedimientos de selección convocados por las Entidades, así como mejores condiciones para la ejecución del contrato en caso se les otorgue la buena pro. Justamente en virtud de esta finalidad, la normativa de contrataciones del Estado prevé que cuando varios proveedores deciden participar de manera consorciada, deben expresar su voluntad de manera conjunta (a través de un representante común). Una clara manifestación de ello es, por ejemplo, que durante el procedimiento de selección los participantes consorciados se encuentran obligados a formular una sola oferta.

Mencionado lo anterior, corresponde anotar que el numeral 13.1 del artículo 13 de la Ley también señala que: ***“En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente”***.

Como se aprecia, pese a la “unidad de decisión” a la que se alude en las líneas precedentes, la participación de “varios proveedores” agrupados en un consorcio no implica la creación de una persona jurídica diferente ni de una figura similar, es decir, **la conformación del consorcio NO significa la creación de un ente que tenga una existencia autónoma respecto de las personas que la conforman;** ello

**Dirección Técnico Normativa**  
**Opinión**

guarda concordancia con lo dispuesto por el artículo 78 del Código Civil, dispositivo que diferencia a la persona jurídica de los miembros que la conforman<sup>2</sup>.

Cabe agregar que lo mencionado tiene plena concordancia con la definición reglamentaria de consorcio como *“**contrato asociativo** por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado”* (El resaltado es agregado). Pero no sólo eso, sino que también concuerda con lo dispuesto por el artículo 445 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, según el cual, *“el consorcio es un contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, **manteniendo cada una su propia autonomía**”* (El resaltado es agregado).

La falta de autonomía del consorcio respecto de las personas que lo conforman implica –entre otros aspectos- que cuando se celebra un contrato público con proveedores agrupados en consorcio, todos y cada uno de estos tenga la calidad de contratista<sup>3</sup> dentro del contrato suscrito; ello significa que –en sentido estricto- son las personas naturales o jurídicas que integran el consorcio quienes detentan los derechos y obligaciones que emanen del contrato. En concordancia con ello, por ejemplo, esa falta de autonomía del consorcio respecto de quienes lo conforman conjuntamente con la necesidad de cautelar los intereses del Estado, sustentan la disposición contenida en el numeral 13.2 del artículo 13 de la Ley, en virtud del cual se establece la responsabilidad solidaria de cada uno de los consorciados.

- 2.1.2. En otro orden de ideas, es necesario mencionar que la cesión de posición contractual en el marco de las contrataciones del Estado se encuentra –por regla general- prohibida, salvo en los casos excepcionales establecidos en el Reglamento (artículo 37 de la Ley). Ello resulta evidente, pues en virtud de que –por regla general- el proveedor contratista ha sido seleccionado en el marco de un procedimiento competitivo, no resultaría razonable que luego de suscrito el contrato, éste ceda sus obligaciones contractuales a un tercero que no participó en la competencia.

En concordancia con lo anterior, cabe mencionar que el artículo 159 del Reglamento, establece lo siguiente: *“sólo procede la cesión de posición contractual del contratista, en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades, cuando se produzcan fusiones, escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente”*.

---

<sup>2</sup> Código Civil, art. 78: *“**La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros** y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella no están obligados a satisfacer sus deudas”* (El resaltado es agregado).

<sup>3</sup> Esta conclusión es plenamente concordante con la definición de contratista que establece el Reglamento; pues –de acuerdo con el Anexo N°1 “Definiciones”- un contratista es *“el proveedor que celebra un contrato con una entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”* y, por su parte, un proveedor se define como *“la persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios en general, consultorías en general, consultoría de obra o ejecuta obras”*

**Dirección Técnico Normativa**  
Opinión

Al respecto, una lectura de los supuestos en los que procede la cesión de posición contractual en las contrataciones públicas, nos permite afirmar que, a diferencia de lo que ocurre en los contratos entre privados, ésta no es un acto de autonomía privada, sino el **efecto** que tiene en el contrato público un acto o hecho externo a éste<sup>4</sup>.

Así, por ejemplo, de acuerdo con la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en una fusión por absorción, la persona absorbida se extingue y transmite sus derechos y obligaciones a la absorbente. En tal escenario, en caso la persona absorbida tuviese la posición de contratista en un contrato público, ésta se transmitiría a la absorbente no como declaración de voluntad destinada a ceder los derechos y obligaciones del contrato, sino **como efecto** de la fusión, en concordancia con lo establecido en el citado artículo 159 del Reglamento.

- 2.1.3. Ahora, mediante el documento de la referencia se consulta si la prohibición del apartado 2 del numeral 7.4.2. de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD “Participación de proveedores en consorcio en las Contrataciones del Estado” (en adelante “la Directiva”) es un obstáculo para que opere la cesión de posición contractual regulada en el artículo 159 del Reglamento.

Sobre el particular es necesario anotar que el mencionado apartado 2 del numeral 7.4.2. de la Directiva N°005-2019-OSCE/CD establece lo siguiente:

*“La información contenida en los literales a), d) y e) del numeral precedente no puede ser modificada, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual. **En tal sentido, no cabe variación alguna en la conformación del consorcio, por lo que no es posible que se incorpore, sustituya o separe a un integrante**”* (El resaltado es agregado)

Como se aprecia, la Directiva proscribire la variación en la conformación del consorcio. Ello resulta razonable y plenamente concordante con la lógica de la Contratación Pública, pues no sería admisible que habiendo declarado –durante el procedimiento de selección– que el consorcio se encuentra conformado por determinados integrantes que cuentan con ciertas capacidades, esta conformación se modifique –una vez adjudicado y suscrito el contrato– para separar o **sustituir** a alguno de estos integrantes.

---

<sup>4</sup> Respecto de la Cesión de posición contractual como efecto, resulta muy ilustrativo lo desarrollado por el maestro italiano Vincenzo Roppo: “La cesión entendida como efecto es la transferencia de la posición de un contratante a otro sujeto, que le subentra en la relación con la contraparte. La cesión-efecto puede ser consecuencia de una cesión-acto: y entonces se habla de cesión voluntaria, porque la transferencia deriva de la voluntad de los sujetos involucrados, y más precisamente de un contrato entre ellos. **Pero puede ser también consecuencia de un diverso supuesto de hecho, al cual la ley vincula el efecto de transferir a X la posición contractual de A, que deriva de su precedente contrato con B; se habla entonces de cesión legal del contrato**” (El resaltado es agregado) Vincenzo Roppo. El Contrato. Gaceta Jurídica. Traducción de Eugenia Ariano Deho. Primera Edición Peruana. Lima, 2009. Pag. 547.

**Dirección Técnico Normativa**  
Opinión

De lo dicho, se advierte que la finalidad de este dispositivo es que el contrato sea efectivamente ejecutado por los proveedores que –de manera consorciada- participaron en el procedimiento de selección y no por personas distintas. Concuerdando con esta idea la prohibición de la cesión de posición contractual del contratista, es decir, la imposibilidad de que –mediante un acto de voluntad y en plena ejecución contractual- éste transmita sus obligaciones contractuales a un tercero.

No obstante, la regla general antes esbozada, según la cual no es posible sustituir a los miembros de un consorcio, **no debe ser interpretada de forma aislada sino de manera sistemática, es decir, en concordancia con el conjunto de disposiciones que conforman la normativa de Contrataciones de Estado**. En tal contexto, cabe reiterar que el artículo 159 del Reglamento establece que –excepcionalmente- opera la cesión de posición contractual, entre otros supuestos, cuando se transfiera la propiedad de un inmueble arrendado a la Entidad. Esto quiere decir que, cuando se hubiese transferido el derecho de propiedad de quien –en el marco de un contrato público de arrendamiento vigente- tenía la posición de contratista arrendador, operará –como efecto- la cesión de posición contractual; esto es, será el nuevo titular del derecho de propiedad quien sustituya a dicho contratista arrendador en el contrato público de arrendamiento vigente.

Expuesto lo anterior, cabe traer a colación lo señalado en el numeral 2.1.1 de la presente opinión, es decir, que cuando la Entidad celebre un contrato con un conjunto de proveedores agrupados en un consorcio, cada uno de ellos tendrá la calidad de contratista, pues son éstos quienes detentan los derechos y obligaciones del Contrato. Siendo así, cuando –durante la ejecución contractual- uno de los integrantes del consorcio hubiese transferido su derecho de propiedad sobre el inmueble a un tercero, por efecto de lo dispuesto en el artículo 159 del Reglamento operará la cesión de posición contractual en la relación jurídica del consorciado con el Estado; es decir, el tercero –por efecto del Reglamento- será quien sustituya en el contrato público vigente al contratista (integrante del consorcio) que transfirió su propiedad.

Para finalizar, es pertinente anotar que los artículos 37 de la Ley y 159 del Reglamento, los cuales regulan la procedencia excepcional de la cesión de posición contractual cuando se verifique la transferencia de propiedad de un bien inmueble arrendado al Estado, se sustentan en la necesidad de asegurar la continuidad del contrato de arrendamiento suscrito con una Entidad; ello, como un mecanismo para custodiar el interés público. Pero esta no es la única razón, sino que los referidos artículos, también llevan implícito el respeto al derecho de propiedad, reconocido por el artículo 70 de la Constitución Política del Perú y definida por el artículo 923 del Código Civil peruano como “*el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien*” (El resaltado es agregado).

**Dirección Técnico Normativa**  
Opinión

### **3. CONCLUSIÓN**

Cuando la Entidad celebre un contrato con un conjunto de proveedores agrupados en un consorcio, cada uno de ellos tendrá la calidad de contratista. Siendo así, cuando – durante la ejecución contractual- uno de los integrantes del consorcio hubiese transferido su derecho de propiedad sobre el inmueble a un tercero, por efecto de lo dispuesto en el artículo 159 del Reglamento operará la cesión de posición contractual en la relación jurídica del consorciado con el Estado; es decir, el tercero –por efecto del Reglamento- será quien sustituya en el contrato público vigente al contratista (integrante del consorcio) que transfirió su propiedad.

Jesús María, 18 de enero de 2021

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

RVC.