

OPINIÓN N° 037-2019/DTN

Entidad: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Asunto: Cesión de posición contractual
Referencia: Oficio N° 148-2019-JUS/OGAJ recibido el 31.ENE.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula diversas 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 acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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

2. CONSULTAS 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° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- **“Reglamento”** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 "Es posible legalmente la cesión de posición contractual parcial de una Entidad del Estado a otra Entidad del Estado?"

2.1.1 En primer lugar, conforme a los antecedentes de la presente Opinión,

corresponde indicar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**; en tal sentido, es competencia del OSCE absolver consultas respecto a las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado *-la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE.*

- 2.1.2 Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 37 de la Ley, establece que *"Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder su derecho al pago a favor de terceros. No procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos previstos en el reglamento."* (El subrayado es agregado).

Como se desprende del artículo citado, la normativa de contrataciones del Estado ha señalado que no procede la cesión de posición contractual del contratista salvo que el Reglamento así lo prescriba.

Por su parte, debe indicarse que el artículo 141 del Reglamento establece que *"Solo 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 o escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente."* (El subrayado es agregado).

- 2.1.2 Como se observa, la normativa de contrataciones del Estado **prohíbe** (con ciertas excepciones) que aquellas **personas naturales o jurídicas** que hayan celebrado un contrato con una Entidad **puedan ceder su posición contractual**. Sin embargo, dicha normativa **no** ha previsto tal prohibición respecto a la otra parte del contrato, es decir la Entidad.

La prohibición hacia los contratistas tiene como fundamento el hecho de que tales personas *-naturales o jurídicas-* han sido seleccionadas a través de un procedimiento de selección competitivo considerando las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, situación que podría verse afectada si se permitiera ceder las obligaciones y derechos¹ (asumidos en virtud del contrato con la Entidad) a un tercero ajeno a la relación contractual, respecto del cual -al no haber sido seleccionado a través del procedimiento de selección respectivo- no existe garantía de la idoneidad de la prestación pendiente de ejecución.

En contraposición a ello, considerando que la finalidad del procedimiento de selección es que se elija la mejor oferta bajo las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio -con el objeto de satisfacer una necesidad y de alcanzar una finalidad pública-, **dicho objetivo no se vería afectado si se efectuase la cesión de posición contractual entre Entidades**, pues la selección se habría efectuado de

¹ El artículo 1437 del Código Civil establece que en la cesión de posición contractual *"El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión.(...)"*.

la misma manera respecto del contratista cedido².

Sobre el particular, Ernesto García y Trevijano Garnica, señala que *"es viable que la Administración contratante ceda el contrato administrativo del que es parte a favor de otra persona (...) de esta manera la administración adoptaría en tal caso la posición de cedente, el tercero que pasa a formar parte del contrato sería el cesionario y el contratista originario —que se mantiene inalterado—adoptaría la posición de cedido"*³.

Asimismo, dichos autores concluyen que: *"planteada la cuestión frontalmente sobre la admisibilidad o no de que la administración pueda ceder (en sentido estricto) un contrato administrativo suscrito por ella (como Administración contratante), cabe responder que en principio no existiría inconveniente jurídico en admitirlo"*. A su vez, los autores reconocen que no es usual la ocurrencia de estas situaciones y establecen como límite del ejercicio de esta posibilidad el interés público⁴.

2.1.3 Adicionalmente, este Organismo Técnico Especializado ha reconocido – mediante el criterio fijado en la Opinión N° 010-2009/DOP- que en determinados casos es posible que las Entidades puedan ceder su posición en el contrato, sin que se afecte los derechos e intereses de los demás actores del sistema. En dicho documento se establece que bajo el cumplimiento de las siguientes condiciones podría resultar viable la cesión de la posición en el contrato de una Entidad del Estado a otra:

- a) Determinación de la necesidad de la Entidad cesionaria.- Una primera condición para la procedencia de la cesión de posición contractual está referida a la determinación -clara y precisa- de la necesidad de la Entidad cesionaria, que asume las obligaciones y derechos en el contrato, así como respecto de los actos de programación que debe realizar respecto de los bienes, servicios u obras que va adquirir o contratar.

En efecto, el numeral 20.1 del artículo 20 del Reglamento dispone la obligación de las Entidades del Estado de, previamente a realizar una convocatoria, contar con el expediente de contratación aprobado, el mismo que debe incluir -según el numeral 21.3 del artículo 21 del Reglamento-, en congruencia con las necesidades de la Entidad, la definición clara y precisa de la cantidad y características de los bienes, servicios y obras que se van a adquirir o contratar, así como la respectiva disponibilidad de recursos públicos que serán destinados a afrontar la referida contratación.

En ese sentido, a efectos que proceda la cesión de posición contractual,

² Criterio establecido en la Opinión N° 172-2017/DTN y N° 010-2009/DOP.

³ Ernesto García-Trevijano Garnica. **La Cesión del contrato administrativo. La Subcontratación.** Editorial Civitas S.A. 1° edición 1997, Madrid – España. Pág. 56.

⁴ Ibídem. Pág. 57 y 58.

debe existir una necesidad de bienes, servicios u obras de la Entidad cesionaria sustentada por su órgano encargado de las contrataciones, necesidad que debe ser programada en el Plan Anual de la Entidad y presupuestada previamente a la cesión del contrato.

- b) Dicha necesidad debe ser satisfecha por la prestación que viene ejecutando el contratista cedido.- Tal necesidad, que en condiciones normales debería ser satisfecha por la Entidad cesionaria contratando al postor ganador de un procedimiento de selección previo, debe poder ser satisfecha por la prestación que viene ejecutando el contratista cedido, puesto que, de lo contrario, correspondería realizar otro procedimiento de selección, con el objeto de encontrar a quien pueda reunir los requerimientos técnicos y económicos de la Entidad cesionaria.
- c) Debe haber desaparecido la necesidad inicial de la Entidad cedente.- Necesariamente debe haber desaparecido la necesidad inicial de los bienes, servicios u obras respecto de la Entidad cedente, puesto que de lo contrario sería imposible la cesión. Ello debe estar sustentado, a su vez, por el órgano encargado de las contrataciones de dicha Entidad.
- d) La cesión debe resultar económica y técnicamente más ventajosa para el Estado.- Debe resultar económica y técnicamente más ventajosa que no hacerla, en concordancia con los Principios de Eficacia y Eficiencia, y Vigencia Tecnológica, entre otros, que resultan aplicables a la contratación pública. De no ser así, ambas Entidades del Estado deberían proceder conforme a los mecanismos que provee el ordenamiento de contrataciones públicas, esto es, la Entidad sobre la cual desaparece la necesidad de contratar debería considerar resolver el contrato, así como la Entidad sobre la cual surge la necesidad debería realizar el procedimiento de selección correspondiente.
- e) Debe mediar conformidad del contratista cedido.- Dicha autorización se dará conforme con lo señalado en el artículo 1435 del Código Civil.

Por lo expuesto, puede concluirse que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado es posible que una Entidad del Estado pueda ceder su posición en el contrato a otra Entidad del Estado, siempre que no se afecte los derechos e intereses de los demás actores del sistema ni el interés público, y además cumpliéndose las condiciones para su viabilidad señaladas en la presente opinión.

- 2.1.4 De otro lado, debe indicarse que en la normativa de contrataciones del Estado no se han previsto requisitos ni formalidades específicas para que la cesión de posición contractual pueda aplicarse en un contrato suscrito bajo sus alcances, entendiéndose que su aplicación se encuentra regulada en el ámbito del Derecho Civil; por lo que, para aplicar dicha figura legal, resulta necesario recurrir a las disposiciones del Código Civil, cuyo análisis excede las competencias de este

Organismo Técnico Especializado⁵.

2.1.5 En ese orden de ideas, puede concluirse que si bien dentro de la normativa de contrataciones del Estado no se han previsto requisitos o formalidades para una cesión de posición contractual, al tratarse de una figura regulada en el ámbito del Derecho Civil, son aplicables las disposiciones previstas en el Código Civil, siendo necesario para que pueda proceder la cesión de posición contractual de una Entidad del Estado a otra Entidad del Estado, verificar que no se afecten los derechos e intereses de los demás actores del sistema ni el interés público, y además considerar las condiciones para su viabilidad antes descritas.

2.2 "¿Se puede hablar de cesión de posición contractual parcial cuando el contrato comprenda diversos grupos claramente identificables con prestaciones pendientes de ejecutar y se transfiera la posición contractual (derechos y obligaciones) respecto de uno de dichos grupos a otra Entidad Pública?"

Como se ha señalado, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a situaciones particulares**; en tal sentido, es competencia del OSCE absolver consultas únicamente respecto de las disposiciones que comprende la normativa de contrataciones del Estado *-la Ley, el Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE*.

En consecuencia, toda vez que la presente consulta supone el análisis no solo de un caso particular sino también de un supuesto específico de una institución jurídica que no es propia de la normativa de contrataciones del Estado (la posibilidad de una cesión de posición contractual parcial), el OSCE carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Sin perjuicio de ello, es preciso indicar que si bien dentro de la normativa de contrataciones del Estado no se han previsto requisitos o formalidades para una cesión de posición contractual, al tratarse de una figura regulada en el ámbito del Derecho Civil, son aplicables las disposiciones previstas en el Código Civil.

3. CONCLUSIÓN

Dentro de la normativa de contrataciones del Estado no se han previsto requisitos o formalidades para una cesión de posición contractual, puesto que se trata de una figura regulada en el ámbito del Derecho Civil. En este caso son aplicables las

⁵ Sobre el particular pueden consultarse los informes legales de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos; dicha Dirección es -según el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del MINJUSDH- *"el órgano de línea encargado de brindar asesoría jurídica a las entidades del Sector Público, así como de elaborar y emitir opinión sobre proyectos normativos, y establecer el criterio dirimente para resolver las opiniones jurídicas discordantes formuladas por las oficinas de asesoría jurídica de las entidades del Poder Ejecutivo"*.

disposiciones previstas en el Código Civil, siendo necesario para que pueda proceder la cesión de posición contractual de una Entidad del Estado a otra Entidad del Estado, verificar que no se afecte los derechos e intereses de los demás actores del sistema ni el interés público, y además considerar las condiciones para su viabilidad señaladas en la presente opinión, tales como: (i) determinación de la necesidad de la Entidad cesionaria, (ii) dicha necesidad debe ser satisfecha por la prestación que viene ejecutando el contratista cedido, (iii) debe haber desaparecido la necesidad inicial de la Entidad cedente, (iv), la cesión debe resultar económica y técnicamente más ventajosa para el Estado, y (v) debe mediar conformidad del contratista cedido.

Jesús María, 14 de marzo de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

TAM