

## OPINIÓN N° 094-2019/DTN

Entidad: Municipalidad Distrital de Ocoña  
Asunto: Cesión de derechos y de posición contractual  
Referencia: Carta N° 004-2019-MDO recibido el 30.ABR.2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Ocoña formula diversas consultas sobre las figuras jurídicas de cesión de derechos y 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, texto vigente antes de sus modificatorias desde el 09 de enero de 2016 hasta el 02 de abril de 2017.
- **"Reglamento"** al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, texto vigente antes de sus modificatorias desde el 09 de enero de 2016 hasta el 02 de abril de 2017.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *"¿Procede la cesión de derechos de cobro y garantías de un consorcio a un tercero. Estando aun ejecutándose la obra y faltando aun varias valorizaciones? Si la respuesta fuera positiva ¿Cómo será la facturación si actualmente se está haciendo pago al consorcio porque es quien está ejecutando la obra. Se puede hacer el cambio de la persona que está facturando al cesionario?" (Sic.).*

- 2.1.1. En primer lugar, 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 regla general en el ámbito de la contratación pública es la posibilidad de que **el contratista ceda sus derechos al pago a favor de terceros**, salvo cuando una norma legal o reglamentaria disponga alguna excepción o limitación.

En relación con lo señalado, cabe mencionar que el artículo 1206 del Código Civil define a la cesión de derechos como "*(...) el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho de exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.*" (El resaltado es agregado).

Debe notarse que la cesión de derechos es un acto jurídico mediante el cual el cedente (contratista) transfiere al cesionario (a un tercero) el derecho a exigir el cumplimiento de la prestación a su favor a cargo de la Entidad, esto es, solo cede sus derechos correspondiente al pago (por la entrega de bienes, prestación de servicios o ejecución de la obra -según el objeto del contrato), mas no las obligaciones a su cargo que se deriven de la relación obligacional frente a la Entidad.

De esta manera, cuando el contratista cede a un tercero su derecho a percibir el pago por parte de la Entidad, solo está transfiriendo a favor de aquel su derecho al pago por las contraprestaciones pactadas, más no las obligaciones derivadas del contrato que mantiene frente a la Entidad, las cuales deberá ejecutar oportunamente.

En consecuencia, en relación con el primer extremo de la consulta, debe indicarse que en el ámbito de contrataciones del Estado, el contratista -o cedente-, mediante una cesión de derechos no puede transferir sus obligaciones derivadas del contrato, tales como mantener vigente las garantías<sup>1</sup> entregadas a la Entidad.

- 2.1.3. Teniendo en cuenta lo señalado, y en relación con el segundo extremo de la consulta, referido a la posibilidad de que el contratista efectúe la cesión de su derecho al pago a favor de terceros durante la ejecución de la obra -entendiéndose que la obra cuenta con metrados pendientes a ser ejecutados o valorizaciones pendientes de pago-, es preciso indicar que la normativa de contrataciones del Estado no prevé limitaciones al respecto; en ese sentido -y sin perjuicio de las atribuciones que la normativa de contrataciones del Estado reconoce a la Entidad, tales como aquellas referidas a la conformidad previa al pago- el contratista sí podría ceder su derecho (a favor de terceros) a recibir los pagos a cuenta generados de las prestaciones ya ejecutadas como su derecho a recibir los pagos que se realizarán por las prestaciones pendientes a ejecutarse derivadas del contrato suscrito con la Entidad, siempre que ello se

---

<sup>1</sup> Las garantías, según el Reglamento, pueden ser: (i) Garantía de fiel cumplimiento del contrato, (ii) garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias, y/o (iii) garantía por adelantos.

desprenda de los términos del acuerdo -entre el contratista (cedente) y el tercero (cesionario)- que contiene la referida cesión.

- 2.1.4. De otro lado, respecto al tercer extremo de la consulta, referida a si la cesión de derechos que realice un contratista a favor de un tercero implica, además, la transferencia de la obligación de emitir el comprobante de pago respectivo (factura).

Al respecto, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado mediante la Opinión N° 134-2018/DTN ha manifestado que las competencias del OSCE se restringen al ámbito de la contratación pública, en esa medida, si bien la Ley prevé una disposición expresa que permite al contratista ceder su derecho al pago, las implicancias que ello conlleve en otros ámbitos normativos –*como por ejemplo: el tributario*– deben ser analizadas según la legislación que regule dicha materia.<sup>2</sup>

## 2.2. ***"¿Procede la conclusión de la ejecución de la obra por parte del cesionario?"***

- 2.2.1. 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 precisarse 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).

- 2.2.2. Al respecto, y sin menoscabo de las limitaciones que para esta figura ha establecido la Ley, resulta importante mencionar que el artículo 1435 del Código Civil señala que *"**En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.**// Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión. // Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato sólo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta".* (El resaltado es agregado).

<sup>2</sup> Cabe precisar que la regulación sobre comprobantes de pago se encuentra prevista en la Ley Marco de Comprobantes de Pago, emitida mediante Decreto Ley N° 25632, el Reglamento de Comprobantes de Pago, aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 007-99-SUNAT, entre otras normas complementarias; por tanto, su análisis e interpretación corresponde ser realizado por la Entidad competente en la materia, de acuerdo a las disposiciones establecidas en dichas normas. Ello significa que dicha posibilidad resultará factible en tanto la normativa de la materia así lo permita; correspondiendo que sea la Entidad competente la que evalúe y defina –*conforme a la legislación aplicable*– si resulta viable que un contratista transfiera su condición de sujeto obligado a emitir comprobantes de pago (facturas).

En virtud de lo expuesto, puede concluirse que mediante la cesión de posición contractual, en aquellos contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes *-en este caso quien cederá su posición en el contrato, llamado también **el cedente**-* cede a un tercero *-denominado **el cesionario**-* su lugar en el contrato, es decir, su posición contractual.

De esta manera, mediante la cesión de posición contractual, **el cesionario asume los derechos y obligaciones del cedente**; cabe precisar que la cesión será eficaz solo en cuanto la otra parte *-quien ya es parte en el contrato, es decir, **el cedido**-* haya prestado su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

- 2.2.3. Nótese que a diferencia de la figura jurídica de "cesión de derechos" analizada al absolver la consulta precedente, la "cesión de posición contractual", para el caso del contratista, implica que éste (en su calidad de cedente) *-que mantiene un contrato con una Entidad-* cede su posición en el contrato a un tercero (cesionario), es decir, implica que los derechos y obligaciones del cedente son asumidos por el cesionario. Cabe señalar que en el ámbito de las contrataciones del Estado esta figura jurídica está limitada a tres (3) supuestos.

En efecto, debe indicarse que *-según el artículo 141 del Reglamento-* procede la cesión de posición contractual del contratista sólo en los siguientes supuestos: i) transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades; ii) cuando se produzcan fusiones o escisiones; o iii) cuando exista norma legal que lo permita expresamente.

- 2.2.4. 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.

Dicha prohibición para 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 derechos<sup>3</sup> (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.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. En el ámbito de contrataciones del Estado, el contratista, mediante una cesión de derechos sólo transfiere a un tercero su derecho a percibir el pago por parte de la Entidad, mas no sus obligaciones derivadas del contrato que mantiene frente a la Entidad.

---

<sup>3</sup> 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.(...)"*.

- 3.2. Sin perjuicio de las atribuciones que la normativa de contrataciones del Estado reconoce a la Entidad, tales como aquellas referidas a la conformidad previa al pago, el contratista sí podría ceder su derecho (a favor de terceros) a recibir los pagos a cuenta generados de las prestaciones ya ejecutadas como su derecho a recibir los pagos que se realizarán por las prestaciones pendientes a ejecutarse derivadas del contrato suscrito con la Entidad, siempre que ello se desprenda de los términos del acuerdo - entre el contratista (cedente) y el tercero (cesionario)- que contiene la referida cesión.
- 3.3. Si bien el artículo 37 de la Ley permite al contratista ceder su derecho al pago, las implicancias que ello conlleve en otros ámbitos normativos –*como por ejemplo: el tributario*– deben ser analizadas según la legislación que regule la materia y por la Entidad competente.
- 3.4. A diferencia de la figura jurídica de "cesión de derechos", la "cesión de posición contractual" en el ámbito de las contrataciones del Estado, para el caso del contratista, está limitada a tres (3) supuestos, e implica que dicho contratista (cedente) -que mantiene un contrato con una Entidad- cede su posición en el contrato a un tercero (cesionario), es decir, implica que los derechos y obligaciones del cedente son asumidos por el cesionario en los siguientes supuestos: i) transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades; ii) cuando se produzcan fusiones o escisiones; o iii) cuando exista norma legal que lo permita expresamente.

Jesús María, 10 de junio de 2019

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

TAM