

OPINIÓN N° 062-2021/DTN

Solicitante: Estudio Ehecopar S.R.L.

Asunto: Cesión de posición contractual.

Referencia: Formulario S/N de fecha 4.MAY.2021 - Consultas del Sector Privado o sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia el Representante del Estudio Ehecopar S.R.L., formula una consulta referida a la cesión de posición contractual en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

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° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente a partir del 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“Es legalmente posible que, como consecuencia de un proceso de escisión, se produzca la cesión de posición contractual de manera parcial; es decir, que en un mismo contrato concurren como contratistas la empresa que resulte del proceso de escisión –para hacerse cargo de aquellas prestaciones que corresponden a una línea de negocio escindida, operando la cesión de posición contractual respecto de*

este grupo de prestaciones-, y la persona jurídica que inicialmente suscribió el contrato con la Entidad del Estado– respecto de aquellas prestaciones que no corresponden a la línea de negocio objeto de la escisión?”

Definición de Cesión de Posición Contractual.

2.1.1. 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"*.

Como se puede apreciar, el Código Civil ha reconocido la cesión de posición contractual, acto jurídico en virtud del cual una de las partes de un contrato cuyas prestaciones no han sido ejecutadas total o parcialmente, cede a un tercero su posición dentro de la relación jurídica contractual, es decir, cede los derechos y obligaciones nacidos del contrato.

Sobre el particular se debe mencionar que, en el ámbito del derecho privado, la cesión de posición contractual se encuentra, en principio, permitida y protegida por el ordenamiento jurídico. Ello resulta natural pues en el tráfico patrimonial entre agentes privados, las partes pueden autorregular sus intereses libremente, en concordancia con el **principio de autonomía privada**.

La prohibición de la cesión de posición contractual en las Contrataciones del Estado.

2.1.2. A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el ámbito de la contratación pública no prima el principio de autonomía privada. Los contratos regulados por la normativa de contrataciones del estado contienen un elemento que determina sus características singulares: **el interés público**.

Así, bajo el presupuesto de que un contrato del Estado es una herramienta que sirve para procurar la satisfacción del interés público, las entidades públicas *–por regla general, y por mandato constitucional y legal–* se encuentran obligadas a realizar un procedimiento administrativo especial, **de carácter competitivo**, para seleccionar a la persona natural o jurídica con quien habrá de suscribir el contrato, de tal manera que el ganador es quien, durante el curso del procedimiento, ha demostrado ser la persona más idónea para ejecutar las prestaciones del contrato. Asimismo, la normativa de contrataciones del Estado establece disposiciones obligatorias en la ejecución de los contratos derivados de los referidos procedimientos de selección.

2.1.3. Las ideas expuestas sustentan la siguiente norma prohibitiva contemplada en artículo 37 de la Ley: **"(...) No procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos previstos en el reglamento"**.

Como se puede apreciar, **la cesión de posición contractual se encuentra, en principio, prohibida en el ámbito de la contratación pública**. Ello resulta natural, pues, en virtud de que el contratista ha sido seleccionado en el marco de un procedimiento competitivo, no resultaría razonable que luego de suscrito el contrato, este ceda sus obligaciones contractuales a un tercero que no participó en la competencia.

Bajo esta consideración, se puede deducir que **el dispositivo citado tiene por finalidad custodiar el interés público**, pues *–mediante la referida prohibición–* busca asegurarse que el ganador del procedimiento de selección (y no un tercero), sea quien efectivamente cumpla con las obligaciones del contrato.

Situaciones excepcionales en las que se permite la cesión de posición contractual.

2.1.4. La posibilidad de realizar una cesión de posición contractual en el ámbito de la contratación pública, se encuentra limitada a circunstancias excepcionales y **expresamente** descritas en el artículo 159 del Reglamento; estas son: i) en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentran arrendados a las entidades; ii) cuando se produzcan fusiones o escisiones; y iii) cuando exista una norma legal que lo permita expresamente.

Ahora bien, corresponde desarrollar el segundo supuesto, pues aquel se encuentra directamente vinculado con la materia de la consulta.

Sobre el particular se debe mencionar que la cesión de posición contractual está permitida en los supuestos de fusión y **escisión**, puesto que esta podría ser un efecto de los mencionados procesos de reorganización societaria. A propósito de consulta planteada, pasemos a analizar a detalle el supuesto de escisión.

Al respecto, el artículo 367 de la Ley General de Sociedades (LGS) señala que **mediante la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos**, cumpliendo los requisitos y las formalidades establecidas para tal efecto, pudiendo adoptar dos formas distintas:

- a) La **división** de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes, o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida.
- b) La **segregación** de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

De lo señalado, puede advertirse que el común denominador de las distintas modalidades de escisión es la separación o desmembración del patrimonio de la sociedad escindida en bloques patrimoniales independientes, para su transferencia a otra sociedad o sociedades.

Respecto de la segunda de las modalidades de escisión, puede advertirse que se trata de la denominada **escisión por segregación**, o también llamada por la doctrina como escisión “parcial o impropia”, la cual tiene como particularidad que la sociedad escindida no se extingue *–como sí sucede en la primera modalidad–* sino que subsiste manteniendo en su poder una parte del bloque patrimonial.

A partir de lo señalado se puede deducir que la cesión de posición contractual podría ser un efecto necesario cuando, durante el curso de la ejecución de un contrato, el contratista se ha dividido en bloques patrimoniales independientes, para su transferencia a otra sociedad u otras sociedades.

De esta manera, a diferencia de lo ocurre en el ámbito de la esfera particular donde las partes libremente pueden decidir ceder sus derechos y obligaciones, la cesión de posición contractual en el ámbito de la contratación pública, no funciona como un acto de autonomía privada, sino que es una consecuencia de ciertos procesos de reorganización societaria que se desarrollan de manera independiente y externa al proceso de contratación.

Respecto de la cesión de posición contractual parcial.

2.1.5. Ahora bien, continuando específicamente el supuesto de “escisión por segregación”, corresponde analizar si resultaría aplicable la figura de cesión de posición contractual parcial planteada por el solicitante para transmitir parte los derechos y obligaciones materia del contrato.

Al respecto, debe recordarse que la cesión de posición contractual es un acto mediante el cual uno de los titulares de una relación contractual cede a un tercero los derechos y obligaciones nacidos de un contrato.

Así, lo reconoce el propio artículo 1437 del Código Civil, según el cual *“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.”*

En relación con lo señalado, en principio, se entiende que la cesión de posición contractual implica la transferencia total de los derechos y obligaciones materia del contrato, es decir, que el cedente se ve sustituido íntegramente por un tercero (cesionario), lo cual significa que deja de formar parte de la relación contractual.

No obstante, ante la falta de una previsión normativa expresa, la doctrina también ha admitido la posibilidad de una cesión parcial del contrato. Así, por ejemplo, Massimo Bianca¹, al referirse a dicha figura, opina que esta *“...no extinguiría totalmente la relación, sino que se limitaría a una transferencia parcial, para dejar en firme la titularidad del cedente sobre la cuota no transferida.”*

De esta manera, puede advertirse que la cesión de posición contractual parcial es una figura admitida por la doctrina –y comprendida en la figura general de la cesión de posición contractual– que podría ser utilizada por el contratista en los casos de escisión.

2.1.6 Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que si bien el contratista tiene la facultad de ceder parte de los derechos y obligaciones provenientes de un contrato a la nueva empresa resultante de un proceso de escisión (sin dejar de mantener su

¹ BIANCA, Massimo. (Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés). Derecho Civil. III El Contrato. Segunda Edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 736.

posición en el contrato), dicha decisión debe permitir la normal gestión del contrato por parte de la Entidad.

En este punto, debemos tomar en cuenta que la justificación del artículo 159 del Reglamento, al permitir cesión de posición contractual en determinados supuestos, es preservar la contratación frente a determinados hechos externos que puedan afectar la condición del contratista, priorizando el cumplimiento de la finalidad pública que motivó la contratación.

No obstante, adicionalmente a dicha finalidad, será necesario que se garantice la adecuada continuidad del contrato, lo cual implica que la cesión de posición contractual no debe desnaturalizar la contratación ni afectar la integridad de la prestación; de igual manera, operativamente, el contrato debe seguir gestionándose con normalidad, pues de lo contrario carecería de objeto mantener vigente la relación contractual.

En ese sentido, corresponderá a la Entidad como beneficiaria de la contratación, evaluar para cada caso en concreto y según las particularidades de cada prestación, las implicancias técnicas, legales, económicas y operativas que podrían generarse a partir de una cesión de posición contractual parcial realizada por el contratista como consecuencia de un proceso de escisión, debiendo considerar que dicha cesión un hecho no atribuible a la Entidad.

2.2. “De ser afirmativa la respuesta, ¿es necesario que la Entidad contratante apruebe la cesión de posición contractual parcial o bastaría con que se comunique a la Entidad de la cesión de posición contractual parcial producida?”

2.2.1 Al respecto, debe indicarse que acuerdo al criterio establecido en la Opinión N° 10-2013/DTN, para que opere la cesión de posición contractual, en los supuestos expresamente permitidos por el Reglamento, no es necesario contar con la conformidad o autorización de la parte cedida, lo que exime a la Entidad de cualquier responsabilidad respecto de la decisión de realizar fusiones o escisiones, así como de sus consecuencias.

Sin perjuicio de ello, de acuerdo a lo establecido previamente, corresponde a la Entidad como beneficiaria de la contratación, evaluar para cada caso en concreto y según las particularidades de cada prestación, las implicancias técnicas, legales, económicas y operativas que podrían generarse a partir de una cesión de posición contractual parcial realizada por el contratista como consecuencia de un proceso de escisión.

A partir de dicha evaluación deberá definir si se garantiza la adecuada continuidad del contrato *-según los criterios previamente indicados-* y por ende si resulta viable continuar con su ejecución, de lo contrario, podría aplicar los remedios contractuales correspondientes, considerando que la cesión realizada por el contratista es un hecho no atribuible a la Entidad.

Respecto de este último punto, cabe precisar que de acuerdo con lo establecido en el numeral 164.3 del artículo 164 del Reglamento, en concordancia con el artículo 36 de la Ley, cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza

mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes –nótese la cesión de posición contractual podrían configurar cualquiera de ambos supuestos– y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

2.2.2 Finalmente, bajo ninguna circunstancia, la cesión de posición contractual –*que es un hecho no atribuible a la Entidad*– puede ser una herramienta para que el contratista se sustraiga de las obligaciones asumidas, o para evadir otras consecuencias jurídicas previstas por la normativa de contrataciones del Estado, como evadir los efectos de una eventual sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

3. CONCLUSIONES

3.1 La cesión de posición contractual parcial es una figura admitida por la doctrina –y *comprendida en la figura general de la cesión de posición contractual*– que podría ser utilizada por el contratista en los casos de escisión, cabe señalar que dicha figura debe permitir la normal gestión del contrato por parte de la Entidad; en ese sentido, le corresponde a esta última como beneficiaria de la contratación, evaluar para cada caso en concreto y según las particularidades de cada prestación, las implicancias técnicas, legales, económicas y operativas que podrían generarse a partir de una cesión de posición contractual parcial realizada por el contratista como consecuencia de un proceso de escisión. A partir de dicha evaluación deberá definir si se garantiza la adecuada continuidad del contrato y en consecuencia si resulta viable continuar con su ejecución, de lo contrario, podría aplicar los remedios contractuales correspondientes, considerando que la cesión realizada por el contratista es un hecho no atribuible a la Entidad.

3.2 Bajo ninguna circunstancia, la cesión de posición contractual –*que es un hecho no atribuible a la Entidad*– puede ser una herramienta para que el contratista se sustraiga de las obligaciones asumidas, o para evadir otras consecuencias jurídicas previstas por la normativa de contrataciones del Estado, como evadir los efectos de una eventual sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Jesús María, 15 de junio de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.