

## OPINIÓN N° 226-2019/DTN

Solicitante: Estudio Ehecopar S.R.L.  
Asunto: Cesión de posición contractual.  
Referencia: Comunicación S/N recibida el 30.OCT.2019

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Sr. Juan Carlos Morón Urbina, representante del Estudio Ehecopar S.R.L., formula una consulta referida a la regulación de la cesión de posición contractual en las 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. CONSULTA 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. “Si una sucursal de empresa extranjera, de conformidad con el artículo 395 de la Ley General de Sociedades, se transforma en una nueva sociedad peruana con la finalidad de ser absorbida por otra persona jurídica mediante un proceso de fusión por absorción, ¿se puede ceder la posición contractual que inicialmente era de la sucursal a la persona jurídica absorbente”**

### **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 (cedente) cuyas prestaciones no han sido ejecutadas total o parcialmente, cede a un tercero (cedido) 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.

**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, éste 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 de 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 ésta podría ser un efecto necesario de los mencionados procesos de reorganización societaria. Veamos más de cerca este aspecto.

#### **Fusión**

De acuerdo con el artículo 344 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece que por la fusión, dos (2) o más sociedades se reúnen para formar una sola. Para estos efectos, se puede emplear alguna de las siguientes modalidades:

- a) Cuando estas sociedades se agrupan para formar una nueva, denominada sociedad “incorporante”, dicha modalidad se conoce como ***fusión por incorporación***.
- b) Cuando una sociedad, denominada sociedad “absorbente”, asume a una o más sociedades existentes, dicha modalidad se conoce como ***fusión por absorción***.

Atendiendo a las características normativas de dicho mecanismo societario<sup>1</sup>, la fusión empresarial genera las siguientes consecuencias jurídicas:

---

<sup>1</sup> ELIAS LAROZA precisa que, independientemente de la modalidad de fusión, ésta presenta las siguientes características: «a) La transmisión en bloque y a título universal (in universum ius), de los patrimonios de las personas jurídicas que se extinguen, b) La creación, como resultado de cualquier fusión, de un organismo social que, en su conjunto resultante, es enteramente nuevo, como forma acabada del vínculo entre las sociedades que participan en la fusión. c) La extinción de la personalidad jurídica (y no la disolución sin liquidación), de las sociedades absorbidas o incorporadas. d) La compenetración o agrupación de los socios y de las relaciones jurídicas de todas las sociedades que participan en la fusión, salvo excepciones. e) La variación de la cifra del capital de la sociedad absorbente incorporante, salvo excepciones». ELIAS LAROZA, Enrique. **Derecho Societario Peruano. Ley General de Sociedades del Perú**. Tomo III. Lima: Editorial Normas Legales, 1999. Pág. 699.

- Si se trata de una fusión por incorporación: las sociedades incorporadas se extinguen y los patrimonios de estas últimas se transmiten en bloque y a título universal a favor de la nueva sociedad “incorporante”.
- Si se trata de una fusión por absorción: las sociedades absorbidas se extinguen y los patrimonios de estas últimas se transmiten en bloque y a título universal a favor de la sociedad absorbente.

### **Escisión**

El artículo 367° de la 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.

Como se advierte, independientemente de la forma, la consecuencia más importante de la escisión es la división o desmembración del patrimonio de la sociedad escindida en bloques patrimoniales independientes, para su transferencia a otra sociedad o sociedades.

2.1.5. A partir de los alcances brindados se puede deducir, que la cesión de posición contractual podría ser un efecto necesario cuando, durante el curso de la ejecución de un contrato: i) el contratista ha sido absorbido y ha pasado a formar parte de otra persona jurídica; ii) el contratista junto con otra persona jurídica ha conformado una nueva; iii) el contratista se ha dividido en dos o más bloques patrimoniales independientes, para su transferencia a otra sociedad u otras sociedades.

Como se puede advertir, en cualquiera de las situaciones descritas, **la cesión de posición contractual no es un acto de autonomía privada** (como en el caso del derecho privado) sino una consecuencia de procesos de reorganización societaria determinados que se desarrollan de manera independiente y externa al proceso de contratación.

Para finalizar es importante mencionar que, de acuerdo con la Ley General de Sociedades **uno de los procesos de reorganización societaria es la “transformación”**. No obstante, dicho proceso de reorganización no es un supuesto justificante de cesión de posición contractual, pues, de acuerdo con el

artículo 333° de la LGS, “*la transformación no entraña el cambio de personalidad jurídica*”.

En consecuencia, en caso de transformación, la cesión de posición contractual no se torna necesaria, pues el contratista sigue siendo la misma persona jurídica, independientemente de la forma societaria que hubiese adoptado como resultado de la transformación.

- 2.1.6. En virtud de lo expuesto hasta este punto, se puede concluir que, con el fin de proteger el fin público subyacente a una contratación pública, **la cesión de posición contractual se encuentra prohibida por la normativa de contrataciones del Estado**; siendo los únicos supuestos habilitantes: i) 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.

Asimismo, la cesión de posición contractual en casos de reorganización societaria, se encuentra restringida a los supuestos de fusión y escisión, pues ambos podrían implicar el cambio de la personalidad jurídica del proveedor del estado que tiene un contrato en ejecución.

### **La transformación de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero a una sociedad peruana.**

- 2.1.7. De conformidad con el artículo 396 de la Ley N° 26887 “Ley General de Sociedades”, se entiende por **sucursal** a “(...) *todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes.*” (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la principal característica de una sucursal es que su constitución no genera personería jurídica independiente a la de su matriz; en esa línea, Enrique Elías Laroza señala que **“el establecimiento de una sucursal no conlleva en modo alguno la creación de una persona jurídica diferente. Se trata simplemente de la dispersión territorial de los establecimientos de una determinada sociedad, que mantiene su unidad jurídica como sujeto de derecho”**<sup>2</sup>. (El resaltado es agregado)

En esa medida, la unicidad e integridad de una sociedad no se ve afectada cuando esta constituye una sucursal en un lugar distinto al de su domicilio principal, toda vez que la legislación societaria nacional dispone que la sucursal carece de

---

<sup>2</sup> Enrique Elías Laroza. *Derecho Societario Peruano, Tomo III*. Editora Normas Legales 1999, Trujillo – Perú. Pág. 1060.

personería jurídica propia e independiente a la de su matriz; en otras palabras, la sucursal y la sociedad principal guardan una relación de identidad, constituyendo ambas una sola persona jurídica, independientemente del grado de autonomía que alcancen.

En coherencia con lo expuesto, el artículo 397 de la LGS establece lo siguiente: **“la sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal. Es nulo todo pacto en contrario”**.

Como se puede apreciar, una expresión adicional del carácter dependiente de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, es su no asunción de responsabilidad frente a terceros. Como se desprende del dispositivo citado, las obligaciones que hubiese contraído la sucursal son atribuibles a la matriz en tanto es ésta quien ostenta personalidad jurídica. **Por tanto, en el supuesto en que una sucursal, a través de su representante legal, hubiese celebrado un contrato con el Estado, las obligaciones derivadas de tal contrato serán atribuibles a la matriz.**

- 2.1.8. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 395 de la LGS, la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas en esta ley. Al respecto, dicho artículo dispone lo siguiente:

**“Artículo 395.- Reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero**

*La sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero puede reorganizarse; así como ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro.”* (El énfasis es agregado).

Como se puede apreciar, la LGS admite la posibilidad de que la sucursal de una empresa constituida en el extranjero se transforme, a fin de que adopte alguna de las formas societarias reguladas por la legislación nacional. No obstante, se debe precisar que esta clase de transformación se diferencia de aquella aludida en el 333° de la Ley General de Sociedades, pues en este caso la transformación implica la adquisición de **independencia** de la sucursal respecto de la matriz (bajo la forma societaria que se hubiese elegido); y, con ello, la transmisión de determinados derechos y obligaciones que antes detentaba la matriz y que, luego de la transformación, pasarán a formar parte de la nueva persona jurídica que nacerá producto de la transformación.

Dicho lo anterior, corresponde añadir que, si bien la LGS admite la posibilidad de que una sucursal de persona jurídica constituida en el extranjero se transforme en una sociedad peruana, **desde el ámbito de la contratación pública**, no sería admisible que la obligación ***vigente*** nacida de un contrato celebrado entre dicha persona jurídica con el Estado se transmita a la persona jurídica peruana que sería el resultado del proceso de transformación. Como se anotó, de acuerdo con las

características singulares de una contratación del Estado, quien debe asumir las obligaciones del contrato es aquella persona que resultó ganadora del procedimiento de selección y no otra.

En este extremo cabe precisar, que la transmisión de la obligación vigente proveniente de un contrato celebrado con el Estado sólo es posible en el marco de una cesión de posición contractual permitida por la normativa de Contrataciones. Siendo así, es pertinente reiterar que el artículo 157 del reglamento ha restringido la posibilidad de cesión de posición contractual a los supuestos de fusión y escisión.

En consecuencia, en el supuesto formulado en la consulta, esto es, de la transformación de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero a una sociedad peruana que posteriormente será absorbida, corresponde mencionar que, en la medida de que –en el marco de dicha transformación– la matriz detenta los derechos y obligaciones derivados del contrato celebrado con el Estado, no sería posible la cesión de posición contractual de parte de la sucursal transformada a la sociedad absorbente, pues dicha sucursal transformada no tiene posición contractual alguna que ceder.

- 2.1.9. Para finalizar, resulta importante reiterar que la prohibición de la cesión de posición contractual se sustenta en la protección del interés público subyacente a todo contrato del Estado, razón por la cual, la normativa de contrataciones del Estado la ha restringido a las situaciones expresamente descritas en el artículo 157 del Reglamento.

En tal contexto, cabe reiterar también que el Reglamento permite la cesión de posición contractual en los casos de fusión y escisión, pues en estos casos dicha cesión podría ser una consecuencia necesaria de los referidos procesos de reorganización.

Dicho lo anterior, debe quedar claro que, en ninguna circunstancia, la cesión de posición contractual puede ser una herramienta para que el contratista se sustraiga de las obligaciones asumidas, o para evadir otras consecuencias jurídicas previstas por la normativa, como evadir los efectos de una eventual sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

### **3. CONCLUSIONES**

- 3.1. Con el fin de proteger el fin público subyacente a una contratación pública, la cesión de posición contractual se encuentra prohibida por la normativa de contrataciones del Estado; siendo los únicos supuestos habilitantes: i) 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.
- 3.2. La cesión de posición contractual en casos de reorganización societaria, se encuentra restringida a los supuestos de fusión y escisión, pues ambos podrían

implicar el cambio de la personalidad jurídica del proveedor del estado que tiene un contrato en ejecución.

- 3.3. En el supuesto formulado en la consulta, esto es, de la transformación de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero a una sociedad peruana que posteriormente será absorbida, corresponde mencionar que, en la medida de que –en el marco de dicha transformación– la matriz detenta los derechos y obligaciones derivados del contrato celebrado con el Estado, no sería posible la cesión de posición contractual de parte de la sucursal transformada a la sociedad absorbente, pues dicha sucursal transformada no tiene posición contractual alguna que ceder
- 3.4. Debe quedar claro que, en ninguna circunstancia, la cesión de posición contractual puede ser una herramienta para que el contratista se sustraiga de las obligaciones asumidas, o para evadir otras consecuencias jurídicas previstas por la normativa, como –por ejemplo– evadir los efectos de una eventual sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Jesús María, 16 de diciembre de 2019

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

RVC.