



LA CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL EN LAS CONTRATACIONES ESTATALES

Juan José Díaz Guevara^(*)

I. Cuestiones Preliminares.

“Los contratos civiles, suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad, mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés”¹

No obstante lo señalado, es menester entender que toda relación contractual, incluida una en donde el estado forma parte contratante, debe regir el principio de igualdad inter partes, en la medida de que tanto la entidad estatal como el contratista, deben cumplir las obligaciones que emanan del contrato.

Ésta exigencia, así como los vacíos y/o defectos de la normativa en contrataciones estatales, exige que de manera supletoria se apliquen normas de derecho público; por tanto no es raro que de una u otra forma en las ejecuciones de contratos administrativos se utilicen institutos jurídicos propios de los contratos civiles.

Al respecto, el Artículo 147° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante Reglamento), establece la posibilidad de que tanto la Cesión de Derechos y de Posición Contractual, sean

^(*) Magíster en Derecho Civil y Comercial, Magíster en Desarrollo y Defensa Nacional, Docente Universitario. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público. E-mail: JDiaz@mintc.gob.pe, jjdiazguevara@hotmail.com

¹ EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA / TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ: Curso de Derecho Administrativo. Palestra – Temis, Lima – Bogotá 2006. Tomo I. Pág. 737

materia de un proceso de selección en la etapa de ejecución de contrato. Así el citado dispositivo señala que:

“en el ámbito de las normas sobre contrataciones del Estado no procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo 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”.

Lo restringido de dicho mandato, nos obliga en esta oportunidad a esbozar criterios colegiados relacionados a la cesión de posición contractual en el marco de las contrataciones y adquisiciones del estado.

II. Aspectos relacionados a la Cesión de posición contractual:

2.1 Definición:

La Cesión de posición contractual, es una institución jurídica amparada por nuestro Código Civil desde su artículo 1435° hasta el 1438° y otros dispositivos conexos, en el mencionado corpus iuris.

Si bien es cierto la normativa civil no la define expresamente y tan solo se limita a dar sus características y alcances, dicho vacío ha sido aliviado por parte de la doctrina civilista, que en algunos casos la denomina “Cesión de Contrato”. Así para algunos “la cesión de contrato consiste en la transmisión de la íntegra posición contractual que una persona ocupa en un determinado contrato”²

La existencia de ésta figura legal, se refrenda en el hecho de que está “acorde con las necesidades del tráfico jurídico que permite la transmisión subjetiva de la relación contractual sin modificación de los pactos y condiciones sobrevenidas en el contrato que se transmite”³

Por ello el artículo 1435° de nuestro 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

² **LASARTE ALVAREZ, C.** “Principios de Derecho civil” Tomo III- Contratos. Editorial TRIVIUM, Madrid, 1995. Tercera Edición. Pág. 133

³ **SABATER BAYLE, E.** En “Notas sobre la cesión de contrato”. Coordinador A. Cabanillas y Otros. “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo”. Tomo II – Derecho de Obligaciones. Editorial THOMSON-CIVITAS. Madrid, 2003. Primera Edición. Pág. 2977

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”.

Como podemos apreciar, en este acto jurídico, se establece una triangularidad de obligaciones mutuas entre **cedente** (que es el sujeto contractual que cede su posición en el contrato a un tercero ajeno a los alcances del mismo), el **cesionario** (representado por el tercero que pasará a ocupar la posición contractual que es cedida por el cedente) y el **cedido** (que es el otro sujeto contractual primigenio que acepta la cesión formulada por el cedente).

Cabe acotar, que es importante diferenciar entre la cesión de posición contractual y el contrato por persona a nombrar regulado en el artículo 1473° del Código Civil, ya que en este último “se acuerda que una de las partes se reserva el derecho de designar a un tercero que finalmente adquirirá la condición de contratante con efecto retroactivo desde el momento de celebración del contrato. En cambio en la cesión de posición contractual no existe tal reserva de nombramiento, ocupando el cesionario la posición contractual del cedente solo a partir del momento en que existe consentimiento para la cesión por parte del cedente, cesionario y cedido”⁴

Como podemos apreciar, la cesión de posición contractual viene a ser el negocio jurídico mediante la cual las partes contratantes de un contrato concluido y perfeccionado celebran con un tercero a fin de que este último sustituya a una de ellas en la titularidad de los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual primigenia, la cual se mantiene idéntica en todo su contexto objetivo.

2.2 Reglas aplicables a cesión de posición contractual:

El Código civil establece en su artículo 1437° que “el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en

⁴ **RUBIO CORREA M, FERNANDEZ SESSAREGO C, Y OTROS:** “Para leer el Código Civil” Volumen II. Fondo Editorial de la PUCP. Séptima Edición. Lima. 1999 Pág. 125

que se celebre la cesión. Empero, el cedido podrá accionar contra el cedente si hubiera pactado con éste que no queda liberado por la cesión si el cesionario no cumple las obligaciones asumidas. En este caso, el cedido debe comunicar al cedente del incumplimiento del cesionario dentro de los treinta días en que se produjo y, de no hacerlo, el cedente queda libre de responsabilidad”.

Por otro lado, la normativa civil, respecto de este negocio jurídico exige una Garantía de existencia previa y la validez plena del contrato para su consumación; así el artículo 1438° del código civil dispone que “el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato, salvo pacto en contrario. Este pacto no surte efecto si la invalidez se debe a hecho propio del cedente. Es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador”.

III. Cesión de posición contractual del Contratista:

3.1 Respecto de las Fusiones Societarias:

Existen dos clases distintas de fusión, la llamada fusión por absorción, que es aquel caso en que una sociedad ya existente, previo aumento de capital, asume las acciones, cuotas o participaciones sociales de otra entidad, y la fusión por nueva creación, en que dos entidades ya existentes se disuelven para integrarse en una sociedad anónima que se crea de nuevo y que por tanto absorbe a las dos.⁵

Su propósito económico es formar empresas más poderosas y con mayor capacidad de producción, mercado e investigación. Se utiliza también esta vía en países en que la legislación prohíbe la adquisición de una parte sustancial de las acciones de otra compañía con miras de monopolio, como ocurría en los Estados Unidos hasta 1950. La mayor parte de las legislaciones guarda silencio sobre esta operación que es de ordinaria ocurrencia en los Estados Unidos y que ha adquirido en Europa gran incremento a raíz de la formación del mercado común. En América Latina, solo México y Venezuela la

⁵ RUIZ de VELASCO y del VALLE, Adolfo: “Manual de Derecho Mercantil” Editora Universidad Pontificia Comillas. Primera Edición. Madrid. 2007 Pág. 375

mencionan entre las operaciones que requieren los mismos procedimientos de la reforma fundamental de estatutos. En otros continentes, leyes más modernas le dedican disposiciones que pueden estimarse específicas.⁶

En el Perú, la Ley N° 26887 Ley General de Sociedades, no define de manera precisa que es Fusión, no obstante de manera puntual esboza cada una de sus características así como plantea la exigencia de una formalidad pre establecida para su materialización.

Según el artículo 344 de dicha ley “por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o, 2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso”. Dentro de sus formalidades destacan el acuerdo de fusión⁷ y la inscripción de la escritura pública de la fusión en los Registros Públicos como condición de que esta entre en vigencia.⁸

3.2 Respetto de las escisiones societarias:

⁶ OLAVARRÍA A., Julio: “Manual de Derecho Comercial” Tercera Edición. Madrid. 1956. Pág. 429

⁷ **Artículo 351.-** Acuerdo de fusión: La junta general o asamblea de cada una de las sociedades participantes aprueba el proyecto de fusión con las modificaciones que expresamente se acuerden y fija una fecha común de entrada en vigencia de la fusión. Los directores o administradores deberán informar, antes de la adopción del acuerdo, sobre cualquier variación significativa experimentada por el patrimonio de las sociedades participantes desde la fecha en que se estableció la relación de canje.

⁸ **Artículo 353.-** Fecha de entrada en vigencia: La fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión. En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante. Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes. La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos.

La Escisión constituye “la situación de una sociedad denominada Escidente que decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo y pasivo contable en dos o más partes que se aportan en bloque a otra u otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas o bien sin extinguirse, se aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital contable a otra u otras sociedades de nueva creación o constitución. (...) En la Escisión existen: **Escisión Pura o Perfecta** cuando los socios o los accionistas participan en el capital social de las sociedades escindidas, en la misma proporción que participan en la sociedad escidente. **Escisión Pura o Imperfecta** cuando los socios o los accionistas participan en el capital social de las sociedades escindidas, en la proporción diferente a las que participaban en la sociedad escidente. **Escisión por ex corporación** cuando la sociedad escidente se divide en una o más sociedades escindidas que se constituyen y nacen jurídicamente, incorporando parte del patrimonio de la primera sin extinguirse. **Escisión por incorporación** cuando la sociedad escidente se divide en una o más sociedades escindidas cuyos patrimonios se incorporan a una o más sociedades pre existentes. Y **Escisión por integración**, cuando la sociedad escidente se divide en una o más sociedades escindidas cuyos bienes, derechos y valores, forman parte de las beneficiarias.”⁹

Al respecto, el Artículo 367° de la Ley General de Sociedades, establece que “por 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 prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

- 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; o,
- 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

⁹ **PERDOMO MORENO, Abraham:** “Contabilidad de sociedades mercantiles” Décimo Cuarta Edición. Editorial Thomson. México. 2004. Pág. 202 - 205

existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso”.

Por su parte el Artículo 368° del acotado cuerpo normativo señala que “las nuevas acciones o participaciones que se emitan como consecuencia de la escisión pertenecen a los socios o accionistas de la sociedad escindida, quienes las reciben en la misma proporción en que participan en el capital de ésta, salvo pacto en contrario. El pacto en contrario puede disponer que uno o más socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades beneficiarias”.

Al igual que la Fusión, dentro de las formalidades que destacan dentro de la escisión empresarial tenemos el acuerdo de escisión¹⁰ y la inscripción de la escritura pública de la escisión en los Registros Públicos como condición de que esta entre en vigencia.¹¹

3.3 Las fusiones y escisiones en el marco de las contrataciones estatales.

Tal como señaláramos preliminarmente, el Artículo 147° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que “en el ámbito de las normas sobre contrataciones del Estado no

¹⁰ **Artículo 376°:** Previo informe de los administradores o directores sobre cualquier variación significativa experimentada por el patrimonio de las sociedades participantes desde la fecha en que se estableció la relación de canje en el proyecto de escisión, las juntas generales o asambleas de cada una de las sociedades participantes aprueban el proyecto de escisión en todo aquello que no sea expresamente modificado por todas ellas, y fija una fecha común de entrada en vigencia de la escisión.

¹¹ **Artículo 378°:** La escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión conforme a lo dispuesto en el artículo 376. A partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no. Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la escisión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes. La inscripción de la escisión produce la extinción de la sociedad escindida, cuando éste sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en sus respectivos Registros, cuando corresponda, el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los bloques patrimoniales transferidos.

procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo 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 expresamente¹².

Como señala el dispositivo, en los casos de fusión o escisión previamente definidos, si procede la cesión de posición contractual; dicho aspecto resulta muy ventajoso a medida que en muchas oportunidades se transferiría consigo el factor de experiencia, el mismo que resulta de necesaria calificación en todo proceso de selección.

Sobre el rubro, interesante y oportuna resulta la **Opinión N° 021-2009/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante el cual se ha establecido entre otros que el artículo 367° de la Ley General de Sociedades, 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.

¹² Lo subrayado es nuestro.

En este sentido, Duque Domínguez¹³ señala que *“la escisión implica una disposición de los elementos (activos y pasivos) patrimoniales para ser distribuidos en otras sociedades y, al mismo tiempo, y por vía de consecuencia, una modificación de la adscripción de los socios, que pasan de la sociedad escindida a las sociedades constituidas con la disposición del patrimonio de la sociedad escindida.”*

Ahora bien, desde el punto de vista económico, el patrimonio es el *“conjunto de bienes, créditos (activo) y obligaciones o deudas (pasivo) que tiene un sujeto”* o, en términos más simples, *“es el conjunto de derechos patrimoniales y obligaciones atribuibles a un sujeto”*¹⁴.

Al respecto, es importante precisar que el patrimonio de una empresa puede encontrarse constituido no sólo por activos tangibles (maquinaria, insumos, dinero, etc.), sino también por activos intangibles (marcas, patentes, know how, good will, etc.) ambos con un valor de mercado determinado o determinable. Así, los activos intangibles, en muchos casos, pueden tener un valor económico superior al valor de los activos tangibles, pudiendo determinar que algunas sociedades decidan llevar a cabo fusiones o escisiones, para hacerse de la titularidad de estos.

En el marco de la contratación estatal, la experiencia se adquiere por la reiteración de terminada conducta en el tiempo, es decir, por la habitual transacción del bien, servicio u obra que constituye el giro del negocio del contratista en el mercado. Dicha experiencia genera valor agregado para su titular, incrementando sus posibilidades de acceso a los contratos con el Estado.

De esta manera, la experiencia constituye un atributo fundamental de cualquier empresa que persigue hacer de las compras del Estado una oportunidad de negocio, convirtiéndose en un intangible con un valor determinado, que puede motivar una serie de “asociaciones” temporales o permanentes, como consorcios, fusiones o escisiones. Con

¹³ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. **La escisión de sociedades**. En: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1978, Pág.33.

¹⁴ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Derechos Reales, Tomo I**. Lima: Editorial Moreno S.A., 2006. Pág. 33.

mayor razón si se admite que la experiencia es consecuencia de la interacción de recursos humanos, logísticos, infraestructura y conocimientos que poseía la empresa escindida, los cuales, son de interés de la empresa que recibe el bloque patrimonial escindido.

En tal sentido, desde el punto de vista económico la posibilidad de transferir la titularidad de la experiencia de una sociedad a otra, a través de una escisión, puede determinar que en la práctica este tipo de operaciones se lleven a cabo.

Dicho lo anterior, es importante precisar que en la medida que el patrimonio de la Entidad escindida se divide en bloques patrimoniales independientes para su transferencia, es necesario identificar los elementos de cada uno de los fragmentos en los cuales se dividirá el patrimonio de la sociedad escindida.

Así, el artículo 369° de la LGS precisa qué se entiende por **“bloque patrimonial”**:

- a) Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida.
- b) El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida.
- c) Un fondo empresarial.

Igualmente, el artículo 372° de la LGS requiere que, como parte del proyecto de escisión, se precise **“la relación de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión.”** (El resaltado es agregado).

En tal sentido, debe indicarse que, a efectos de llevar a cabo una escisión es necesario que quede perfectamente determinado los elementos del activo y pasivo de la sociedad que serán transferidos y aquellos que conservará la sociedad escindida, de ser el caso.

Por otro lado, el artículo 272° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece que en el Registro de Ejecutores de Obras deben inscribirse todas las personas naturales y/o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado la ejecución de obras públicas, ya sea que se presenten de manera individual, en consorcio o tengan la condición de subcontratistas.

Asimismo, el artículo 274° del Reglamento precisa que **corresponde al RNP categorizar a los ejecutores de obras asignándoles una capacidad máxima de contratación,** habilitándolos para participar en los procesos de selección y/o contratar la ejecución de obras.

De esta manera, la **capacidad máxima de contratación** es el monto por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente y **se determina por la ponderación del capital y las obras ejecutadas.**

Como se ha indicado líneas arriba, la consecuencia de la escisión, independientemente de la forma, es la fragmentación o división del patrimonio de la sociedad en bloques patrimoniales independientes para su transmisión, siendo necesario determinar de manera precisa los elementos (del pasivo y/o activo) que constituyen cada bloque patrimonial, lo cual debe verse reflejado en el proyecto de escisión.

Asimismo, se ha reconocido también que la experiencia es un intangible importante para una empresa, el cual tiene un valor mercado y que, inclusive, en muchos casos determina distintos tipos de alianzas o asociaciones entre empresas (consorcios, fusiones, escisiones), con la finalidad de obtener mayores opciones de participar en el mercado de la contratación estatal.

No obstante, para efectos prácticos, en una fusión queda claro que la experiencia es, efectivamente, transmitida a la sociedad resultante o absorbente, pues el patrimonio es transmitido en

bloque y a título universal. Por el contrario, en la escisión el patrimonio se divide en bloques patrimoniales independientes para su transmisión, lo cual implicaría determinar, en cada caso en particular, si dados los elementos transmitidos se estaría transmitiendo o no la experiencia.

Ello implica determinada complejidad, si se tiene en consideración que en los estados financieros de las empresas no existe una cuenta denominada “experiencia”, sino que la experiencia, normalmente, se encontrará vinculada a una conjunción de cuentas del activo de la empresa, aquellos activos que, de forma conjunta, intervienen en la generación de dicha experiencia.

Tal análisis resultaría más claro si, como en la consulta, la sociedad o empresa materia de escisión presenta líneas de negocio perfectamente diferenciadas e individualizables, y está dispuesta a escindir una línea de negocio entera (todo el activo y pasivo correspondiente a esta línea), es decir, la línea de negocio constituye un bloque patrimonial a ser transferido. En este supuesto, se entendería que la nueva sociedad, al recibir la línea de negocio en su integridad, con todos sus elementos productivos, también estaría recibiendo la experiencia generada por tales elementos. Ello, tendría que estar perfectamente determinado en el acuerdo o pacto de escisión, a efectos que no quede duda alguna sobre la transmisión de la titularidad de la experiencia de la línea de negocio escindida a la nueva sociedad.

En cuanto a la capacidad máxima de contratación, una vez que quede perfectamente demostrada la transmisión de la titularidad de la experiencia de la línea de negocio escindida a la nueva sociedad constituida a partir de esta línea, tal hecho tendría que ser acreditado ante el Registro de Ejecutores de Obras del RNP con la presentación de la documentación que acredita la escisión, a efectos que se cancele la capacidad máxima de contratación asignada a la sociedad escindida y se la asigne a la nueva sociedad.

En conclusión, debe indicarse que, si como parte de una escisión se transfiere un bloque patrimonial constituido por una línea de negocio a una sociedad que se constituye a partir

de dicho bloque patrimonial, la experiencia de la sociedad escindida, correspondiente a tal bloque patrimonial o línea de negocio, también se transmitiría a la nueva sociedad, la cual puede solicitar que sobre la base de tal experiencia se le asigne la correspondiente capacidad máxima de contratación, previa cancelación de la capacidad máxima de contratación de la sociedad escindida.

IV. Cesión de la posición contractual de la entidad:

El Reglamento, no define de manera expresa si el estado se encontrará en capacidad de ceder su posición contractual en determinado lazo contractual generado de un proceso de selección que convoque.

No obstante en nuestra opinión en aplicación del principio de igualdad inter partes contractuales y porque no se encuentra prohibido, el estado podría también aplicar la figura de la cesión de posición contractual, cuando lo exija la optimización de sus recursos bajo adecuadas medidas de gestión pública.

Así, mediante Decreto Supremo N° 043-2006-PCM, se aprobaron Lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones - ROF por parte de las entidades de la Administración Pública. En el referido dispositivo se establecieron diferencias entre entidad, programa, proyecto, etc., del siguiente modo:

Entidad: Incluye a las señaladas en los incisos 1 al 7 del artículo I del título preliminar de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento Administrativo General. Deberá entenderse por entidades a aquellas organizaciones que cumplen con funciones de carácter permanente; es decir, que han sido creadas por norma con rango de Ley que les otorga personería jurídica.

Programa: Los Programas son estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenece.

Proyecto: Se refiere a un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetivos siguiendo una metodología definida, para lo cual se le asigna un equipo de personas, así como otros recursos cuantificados en forma de presupuesto, que prevé el logro de determinados resultados y cuya

programación en el tiempo responde a un cronograma con una duración limitada. Solo se crean para atender actividades de carácter temporal.

Esto es necesario aclarar, pues así como las sociedades mercantiles o empresariales, el actual enfoque gerencial que posee el estado dentro de los lineamientos de la Ley N° 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, muchas veces exige que una entidad pública se divida o seccione para la creación de unidades ejecutoras autónomas o programas funcionales o programas especiales. Esto conlleva a la necesidad de plantearse, si en estos casos podría aplicar la cesión de posición contractual.

En efecto, el artículo 2° de la Ley determina a qué entes u organismos se les debe atribuir el carácter de “Entidad”. Entre los citados entes u organismos que calificarían para la aplicación de la Ley, el citado artículo menciona a “los “proyectos, programas, órganos desconcentrados y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes del Estado y los organismos públicos”¹⁵ (el subrayado y resaltado es nuestro).

En consecuencia, tal como se ha indicado expresamente en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, para efectos de su aplicación, los programas califican como “Entidades”, y, por tanto, se encuentran sujetas a la Ley.

Al tratarse de Entidades bajo el ámbito de aplicación de la Ley, los programas o unidades ejecutoras pueden celebrar contratos autónomos con aquellos proveedores adjudicados con la buena pro en los procesos de selección que éstas entidades realicen, siendo que dichos contratos generarían vínculos jurídicos independientes en relación con aquellos que pueda entablar la dependencia o sector — que para efectos de la Ley de contrataciones del estado, también serían consideradas como “Entidades”— a la cual el programa o unidad ejecutora pertenece.

A nivel doctrinario, ya se había planteado que *“es viable que la Administración contratante ceda el contrato administrativo del que*

¹⁵ Literal j) del numeral 2.1 del artículo 2° de la Ley.

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”¹⁶.

No obstante los mencionados autores dejan en claro que “no es usual la ocurrencia de estas situaciones y establecen como límite del ejercicio de esta posibilidad el interés público¹⁷”.

Sin embargo, en cuanto a este tema, no ha habido una posición uniforme del Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE) ex Consejo Superior de las Contrataciones del Estado (CONSUCODE), pues por un lado en un primer momento determinó por ejemplo una restricción en cuanto a la posibilidad de que las Entidades del Estado puedan ceder su posición en el contrato a otra Entidad pública, mientras que posteriormente ha reformulado su posición.

Ello exige analizar de manera un poco más meticulosa el instituto jurídico de la cesión de posición contractual propio de nuestro Código Civil, que se suele aplicar pocas veces en las contrataciones estatales, máxime si el propio Reglamento ha reconocido tal beneficio legal al contratista, sin negar la posibilidad de que la misma figura legal pueda ser empleada por el aparato estatal.

Lo anteriormente aseverado resulta prioritario, ello entendiéndolo a la especialidad de su norma y en mucho a la irresponsable interpretación literal o restrictiva empleada por los operadores administrativos, a lo cual se suma la complejidad de las situaciones fácticas que suelen plantearse.

En un primer momento el ex CONSUCODE, hoy OSCE mediante **Opinión N° 082-2004/GTN**, estableció la restricción de aplicar esta figura del derecho civil en las contrataciones del estado. Posteriormente, mediante **Opinión N° 010-2009/DOP**, ha considerado que:

- a) “las Entidades puedan ceder su posición en el contrato, en determinados casos, podría resultar para el Estado congruente con los Principios de Eficiencia, Economía y Vigencia Tecnológica que informan las compras públicas, sin que se afecte los derechos

¹⁶ ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA. *La Cesión del contrato administrativo. La Subcontratación*. Editorial Civitas S.A. 1° edición 1997, Madrid – España. Pág. 56.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 57 y 58.

o intereses de los demás actores del sistema”.

- b) Una primera condición para la procedencia de la cesión de posición contractual está referida a la determinación 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. Como es de ver, los procesos de contratación que realizan las Entidades del Estado comprenden tres fases¹⁸, una de las cuales supone la realización de determinados actos preparatorios y de programación de las contrataciones y adquisiciones de la Entidad, actos que permiten determinar con antelación la oportunidad en la cual se requerirán los bienes, servicios u obras, así como la disponibilidad de los recursos para afrontar la ejecución de los contratos. Durante esta primera fase, las Entidades para realizar una adecuada planificación y programación de sus adquisiciones y contrataciones aprueban el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones¹⁹ el cual obedece en forma estricta y exclusiva a la satisfacción de las necesidades de la Entidad, las que, a su vez, provienen de todos y cada uno de los órganos y dependencias de aquélla, en atención al cumplimiento de sus funciones y al logro de sus metas institucionales. Asimismo, el artículo 12° de la Ley dispone la obligación de las Entidades del Estado de, previamente a realizar una adquisición o contratación, contar con el expediente de adquisición o contratación debidamente aprobado, el mismo que debe incluir, 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

¹⁸La normativa de las contrataciones y adquisiciones del Estado distingue tres (3) fases en la contratación con la Administración Pública: Fase de programación y actos preparatorios, dentro de la cual se produce la determinación de los bienes a adquirir y los servicios u obras a contratar, la elaboración y aprobación del Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones debidamente presupuestado y financiado, la aprobación específica de la disponibilidad de recursos necesaria para cada adquisición o contratación, la designación del comité especial que conducirá un proceso de selección y, la elaboración y aprobación de las Bases Administrativas para cada proceso; Fase de selección, dentro de la cual se desarrollan etapas de los procedimientos de selección; y, Fase de ejecución contractual, la cual involucra la ejecución misma del contrato, la supervisión de la ejecución, la declaración de conformidad de los bienes, servicios u obras, así como la liquidación del contrato, entre otros.

¹⁹ La programación debe realizarse, en primer término, al momento de aprobar el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones del Estado; sin embargo, también podrá efectuarse al realizar modificaciones en el referido Plan Anual con motivo de la inclusión de procesos de selección, de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento.

compra o contratación, los cuales – como regla general – corresponderán al presupuesto del ejercicio en el cual se convoca el proceso. En ese sentido, a efectos que proceda la cesión de posición contractual, debe existir una necesidad de bienes, servicios u obras de la Entidad cesionaria sustentada por su dependencia encargada de las contrataciones y adquisiciones, necesidad que debe ser programada en el Plan Anual de la Entidad y presupuestada previamente a la cesión del contrato.

- c) Dicha necesidad, que en condiciones normales debería ser satisfecha por la Entidad cesionaria contratando al postor ganador de un proceso de selección previo, debe poder ser satisfecha — tanto económica como técnicamente— por la prestación que viene ejecutando el contratista cedido, puesto que, de lo contrario, correspondería realizar un proceso de selección, con el objeto de buscar quien pueda reunir los requerimientos técnicos y económicos de la Entidad cesionaria.
- d) Necesariamente debe haber desaparecido la necesidad inicial de los bienes, servicios u obras respecto de la Entidad cedente, puesto que no se explica la cesión de posición contractual sin la existencia de este motivo. Ello debe estar sustentado, a su vez, por la dependencia encargada de las contrataciones y adquisiciones de dicha Entidad.
- e) La cesión del contrato debe resultar económica y técnicamente más ventajosa para el Estado que no hacerla, en concordancia con los Principios de Eficiencia, Economía y Vigencia Tecnológica que informan 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 proceso de selección correspondiente.
- f) Debe mediar autorización del contratista cedido, conforme con lo señalado en el artículo 1435° del Código Civil²⁰.
- g) En consecuencia, la cesión de posición contractual entre Entidades del Estado puede resultar conforme a la normativa

²⁰ Artículo 1435° del Código Civil: “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”.

sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, si se cumplen los requisitos antes señalados.

Si bien es cierta consideramos que la última posición asumida por el OSCE es más técnica y adecuada a la realidad organizacional, consideramos que han faltado más argumentos que legitimarían tanto la cesión de posición contractual tanto del contratista como de la entidad en un contrato derivado de un proceso de selección para el aprovisionamiento de bienes, servicios y/u obras, los mismos que pasamos a exponer.

V. Diferencias entre Cesión de derechos y cesión de posición contractual en el marco de las contrataciones estatales:

Es necesario distinguir dos figuras que afectan la configuración inicial de un contrato vigente y que tienen consecuencias jurídicas disímiles: La cesión de derechos y la cesión de posición contractual. En este punto resulta importante tener en cuenta la OPINIÓN N° 018-2008/DOP emitida por la Dirección de Operaciones del OSCE.

En relación con la cesión de derechos, el artículo 1206° del Código Civil, de aplicación supletoria, la define 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 y subrayado es nuestro).

En ese sentido, la cesión de derechos implica que un tercero (llamado cesionario) cuente con todas aquellas facultades que le permitan hacer efectiva la acreencia que tiene el acreedor (llamado cedente) respecto de su deudor (llamado cedido).

En los contratos celebrados entre un privado y el Estado, la cesión de derechos se traduce en que un tercero *cesionario* pueda cobrar de la Entidad *cedida* el valor de los bienes, servicios u obras ejecutados por el contratista *cedente*.

Por otro lado, el artículo 1435° del Código Civil establece 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...”.

Así, la cesión de posición contractual supone que la parte contractual cedente, con el consentimiento imprescindible del cedido, transfiera a un tercero cesionario su posición subjetiva en el contrato, lo que significa que dicho tercero se convierte en el titular de todos los derechos y obligaciones que se derivan del contrato celebrado originalmente entre el cedente y el cedido. En esa medida, en un contrato celebrado entre un privado y el Estado, el contratista transferiría completamente a un tercero las obligaciones asumidas con la Entidad (entrega de determinados bienes, prestación del servicio o la ejecución de la obra). Asimismo, se haría acreedor a la contraprestación por parte de la Entidad.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la normativa de contrataciones y adquisiciones vigente establece algunas restricciones a la aplicación de las referidas instituciones. En efecto, *“Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, **el contratista puede ceder sus derechos a favor de terceros**, caso en el cual la Entidad abonará a éstos la prestación a su cargo dentro de los límites establecidos en la cesión. En el ámbito de las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado **no procede la cesión de posición contractual**, salvo 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”*.

De ello se concluye que si bien cabe que los contratistas puedan ceder, por ejemplo, el derecho al cobro a favor de un tercero, se encuentra prohibido que cedan su posición como obligados frente a la Entidad. De esta manera, el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato (entrega de los bienes, prestación del servicio o ejecución de la obra) continuarán a cargo del contratista seleccionado por la Entidad, no pudiendo ser transferidas a ningún tercero.

Así, si bien la transferencia de una línea de negocios por parte de un contratista (cedente) a una tercera empresa (cesionario) podría

habilitar la cesión de derechos del transferente de dichos activos y pasivos, en el marco de la normativa de contratación pública, este acuerdo habilitaría al tercero cesionario únicamente a recibir el pago de la Entidad cedida por las prestaciones ejecutadas por el contratista cedente. Asumir otras obligaciones pactadas en el contrato (como sería la obligación de entregar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra) implicaría en realidad una cesión de posición contractual.

Así, bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, la cesión de derechos solamente implica que el tercero cesionario tenga facultades para cobrar el pago por las prestaciones ejecutadas por el contratista cedente. Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, como es el caso de la entrega de bienes, prestación del servicio o ejecución de la obra, continuarán a cargo del contratista cedente.

Por otro lado, si bien la transferencia de una línea de negocios por parte de un contratista (cedente) a una tercera empresa (cesionario) podría habilitar la cesión de derechos del transferente de dichos activos y pasivos, en el marco de la normativa de contratación pública, este acuerdo habilitaría al tercero cesionario únicamente a recibir el pago de la Entidad cedida por las prestaciones ejecutadas por el contratista cedente. Asumir otras obligaciones pactadas en el contrato (como sería la obligación de entregar los bienes, prestar el servicio o ejecutar la obra) implicaría en realidad una cesión de posición contractual, la misma que se encuentra proscrita por el Reglamento.