

Expediente N° 1680-80-18

**EMPRESA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL vs. INKA
SWEET S.A.C.**

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE:

**EMPRESA DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE LIMA - SEDAPAL** (en adelante, "SEDAPAL" o "el demandante")

DEMANDADO:

INKA SWEET S.A.C. (en adelante, "INKA SWEET" o "el demandado")

TIPO DE ARBITRAJE:

Institucional y de Derecho.

TRIBUNAL ARBITRAL:

Diego Hernando Zegarra Valdivia (Presidente)
Juan Miguel Rojas Ascón (Árbitro)
Giovanna Marina Sansotta Gutiérrez (Árbitro)

SECRETARIO ARBITRAL:

Carlos Andrés Cáceres Guerra



Decisión N° xx

En Lima, a los 21 días del mes de junio del año 2019, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación formulada por la demandada, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**1.1. El Convenio Arbitral**

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo a las Estaciones Remotas de los Sistemas Scada" (en adelante, el CONTRATO), suscrito entre las partes el 13 de mayo de 2016.

1.2. Constitución del Tribunal Arbitral

La constitución válida del Tribunal Arbitral se estableció en la fecha en que se produce la aceptación del presidente del Tribunal. En ese sentido, es el día 13 de julio de 2018, la fecha en que el doctor Diego Hernando Zegarra Valdivia aceptó el cargo y la fecha en que se constituye el Tribunal Arbitral Colegiado.

II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Será de aplicación a este arbitraje las siguientes normas: el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú del año 2017 (en adelante, "el Reglamento"), la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) (aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873) y su Reglamento (en adelante, el RLCE) (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF). Además, son de aplicación las directivas que emita la OSCE y la normativa especial que resulte aplicable; y, en forma supletoria, las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Presidente del Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por SEDAPAL con fecha 6 de setiembre 2018

- 3.1. Con fecha 6 de septiembre de 2018, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL (en adelante, SEDAPAL) presentó su demanda arbitral, manifestando lo siguiente:

LAS PRETENSIONES

Primera pretensión principal: Que, el demandado cumpla con aceptar y suscribir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC (en adelante, el Acta de Conformidad de Servicios) otorgada por SEDAPAL con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, conforme a los términos propuestos por SEDAPAL.

Segunda pretensión principal: Que, se establezca si el Acta de Conformidad de Servicios otorgada con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL será emitida a nombre de COLVI COM o a INKA SWEET S.A.C.

Tercera pretensión principal: Que, INKA SWEET asuma el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, debiendo ordenarse el reembolso a favor del demandante de los pagos que este haya efectuado o pueda efectuar por tales conceptos.

RESPECTO A LOS ANTECEDENTES:

- 3.2. Con fecha 13.05.2016, SEDAPAL y COLVI COM S.A.C (ahora EMPRESA INKA SWEET S.A.C¹), suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios N° 176-2016-SEDAPAL, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0008-2016-SEDAPAL derivada del CP N° 0056-2015-SEDAPAL para el “Servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de las estaciones remotas de los sistemas SCADA” por la suma de S/ 938 334,14 (Novecientos treinta y ocho mil trescientos treinta y cuatro con 14/100 Soles) incluido IGV, y con un plazo de ejecución de doce (12) meses.
- 3.3. Mediante Carta N° 544-2017-ETIC de fecha 29.12.2017, el Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones de SEDAPAL remitió el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC, a fin de que pueda ser suscrita por el representante legal de INKA SWEET S.A.C (en adelante INKA SWEET), en señal de conformidad de la culminación de la ejecución contractual, otorgándose para ello un plazo de dos (2) días hábiles.
- 3.4. A través de la Carta N° CC-035-2017 recibida por SEDAPAL con fecha 03.01.2018, INKA SWEET da respuesta a la referida comunicación indicando lo siguiente:

¹ Mediante Carta N° CIS-010-2017 recibida por SEDAPAL el 27.02.2017, el contratista COLVI COM S.A.C comunicó la fusión por absorción entre INKA SWEET S.A.C, precisando que la fusión entró en vigencia el 29.11.2016.



"(...) manifestando nuestra disconformidad con el contenido de la denominada **ACTA DE CONFORMIDAD DE SERVICIOS N° 023-2017-ETIC**, en el extremo específico contenido a partir del N° 17 al 20, toda vez que trata temas que no corresponden al Acta de Conformidad de Servicios (...)"

"(...) adjuntamos nuestra propuesta de Acta de Conformidad, sin cambiar el texto original, solo quitando lo que no corresponde (...)".

- 3.5. Respecto a lo anterior, detallamos que lo referido por INKA SWEET respecto al contenido de la precitada Acta a partir de los ítems Nros. 17 al 20 es lo siguiente:

17. MONTO A LIQUIDAR A FAVOR DEL CONTRATISTA: S/ 842 678,33 (Ochocientos cuarenta y dos mil seiscientos setenta y ocho con 33/100 Soles), incluido I.G.V

18. SANCIÓN.

- a) MULTA. ()
- b) INHABILITACIÓN TEMPORAL. ()
- c) INHABILITACIÓN DEFINITIVA. ()

AZ
5

19. CAUSAL DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO

- a) CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR ()
- b) INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES (x)
- c) ACUMULACIÓN MONTO MÁXIMO DE PENALIDAD (x)
- d) PARALIZACIÓN O REDUCCIÓN INJUSTIFICADA DE LA PRESTACIÓN ()

20. EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

- a) NO SE EJECUTÓ GARANTÍAS ()
- b) FIEL CUMPLIMIENTO (x)
- c) MONTO DIFERENCIAL (x)
- d) ADELANTO ()

OBSERVACIONES:

Mediante Resolución de la Gerencia de Logística y Servicios N° 076-2017-GLS del 02.11.2017, se resuelve aprobar la resolución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, suscrito con la empresa COLVI COM S.A.C., para la contratación del "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo a las Estaciones Remotas de los Sistemas SCADA", proveniente de la Adjudicación Menor Cuantía N° 0008-2016-SEDAPAL derivada del Concurso Público N° 0056-2015-SEDAPAL, por el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, por no haber renovado las cartas fianza y por haber llegado a acumular el monto máximo para otros penalidades.

Mediante el Informe N° 213-2017-ETIC-TE-LFC de fecha 19.12.2017 del supervisor Luis Figueroa Calatayud, extiende la conformidad del servicio, indicando que se ha aplicado un total de penalidades de S/ 93 833,41 Soles, correspondiente al Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de las Estaciones Remotas de los Sistemas SCADA del Contrato De Prestación De Servicios N° 173-2016-SEDAPAL.

En la ciudad de Lima, a los 22 días del mes de Diciembre del año 2017, se suscribe la presente Acta de Conformidad de Servicio del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, entre el representante de la Contratista y SEDAPAL.

- 3.6. Conforme a lo señalado en el numeral precedente, INKA SWEET no se encuentra conforme con que se incluyera en la referida Acta de Conformidad de Servicios los siguientes ítems: i) el monto a liquidar a favor del contratista, ii) sanción, iii) causal de resolución de contrato por incumplimiento y acumulación máximo de penalidad y la iv) ejecución de garantías: fiel cumplimiento y monto diferencial.
- 3.7. Mediante Carta N° 016-2018-ETIC de fecha 10.01.2018, el Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones de SEDAPAL, remite nuevamente el Acta de

P

L

Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC a INKA SWEET, manifestando que la disconformidad formulada por la inclusión de los Ítems 17 al 20 en el Acta, resulta improcedente con lo establecido en el Formulario N° GLSFOO43 "Actas de Conformidad para Bienes/Servicios" que se encuentra aprobada por la Gerencia de Logística y Servicios de SEDAPAL; por lo tanto, remite nuevamente el Acta de Conformidad para su suscripción y devolución, con la finalidad de culminar de esta manera la ejecución contractual.

- 3.8. Mediante Escrito S/N de fecha 12.01.2018, INKA SWEET en atención a la Carta N° 016-2018-ETIC, manifestó su decisión a SEDAPAL de no suscribir "*lo que NO CORRESPONDE a un Acta de Conformidad, por cuanto se consigna asuntos ajenos a dicho titulado (...)*".
- 3.9. En ese sentido, con fecha 15.03.2018 SEDAPAL presenta su solicitud de arbitraje ante la secretaría del Centro Arbitral de la PUCP.

De los Fundamentos de la Primera Pretensión Principal:

- 3.10. Al respecto, SEDAPAL señala que conforme a lo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado "las discrepancias en relación con la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda."

3.11. SEDAPAL indica que el artículo 176º del Reglamento prevé lo siguiente:

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá

resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan (...)"

- 3.12. En ese sentido, a consideración de SEDAPAL la normativa de contratación pública prevé que la conformidad deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, el cumplimiento de las condiciones contractuales, sin señalar especificación adicional respecto a su contenido, por lo cual procedió a consignar la información que consideraba necesaria respecto al cumplimiento de las condiciones contractuales como son: i) el monto a liquidar a favor del contratista, ii) sanción, iii) la causal por la cual se resolvió el contrato y la ejecución de las garantías.
- 3.13. En consecuencia, SEDAPAL concluye que la negativa de firmar el Acta de Conformidad de Servicios alegada por INKA SWEET en **suscribir "lo que NO CORRESPONDE a un Acta de Conformidad, por cuanto se consigna asuntos ajenos a dicho titulado"** carece de sustento alguno. Asimismo, SEDAPAL resalta que la normativa de contratación pública no prevé un contenido específico que deba ser incluido en el Acta de Conformidad de Servicios sino prevé que se verifiquen "*(...) dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.*"
- 3.14. En tal medida, y conforme a los argumentos expuestos y los medios probatorios ofrecidos, SEDAPAL solicita al Tribunal Arbitral, declare fundada la Primera Pretensión Principal y como consecuencia de ello, ordene a INKA SWEET cumplir con aceptar y suscribir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC otorgada por SEDAPAL, con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, conforme a los términos propuestos por la Entidad.

De los Fundamentos de la Segunda Pretensión Principal:

- 3.15. Mediante Carta N° CIS-010-2017, recibida por SEDAPAL con fecha 27.02.2017, COLVI COM S.A.C. comunicó la fusión por absorción entre INKA SWEET S.A.C y COLVI COM S.A.C., precisando que dicha fusión entró en vigencia el 29.11.2016.
- 3.16. Mediante Resolución de Gerencia y Logística y Servicios N° 039-2017-GLS de fecha 30.05.2017 de SEDAPAL, se resolvió aprobar la modificación del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, autorizando el cambio de denominación social al contratista COLVI COM S.A.C. por la nueva denominación social INKA SWEET SAC, sin suscribirse la Cláusula Adicional N° 01.
- 3.17. En ese sentido, SEDAPAL solicita al Tribunal Arbitral establecer si el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC otorgada con motivo de la ejecución del

Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, será emitida a COLVI COM S.A.C. o a INKA SWEET S.A.C.

De los Fundamentos de la Tercera Pretensión Principal:

- 3.18. Conforme a los argumentos expuestos y los medios probatorios ofrecidos, SEDAPAL solicita al Tribunal Arbitral declarar FUNDADAS las Pretensiones propuestas; y, en consecuencia, se condene a INKA SWEET el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, debiendo ordenarse el reembolso a favor de SEDAPAL de los pagos que la Entidad haya efectuado o pueda efectuar por tales conceptos.
- 3.19. SEDAPAL sustenta la citada Pretensión en lo establecido en el artículo 42º del Reglamento del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el cual establece que el laudo arbitral de derecho deberá ser motivado y contendrá: "*g) La referencia sobre la asunción o distribución de los costos arbitrales*", para lo cual deberá tomarse en cuenta las circunstancias que considere relevantes.

IV. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR INKA SWEET S.A.C.

- 4.1. Con fecha 16 de noviembre de 2018 INKA SWEET presentó su escrito de contestación a la demanda arbitral, manifestando lo siguiente:

Respecto a la Primera Pretensión Principal:

- 4.2. Que, SEDAPAL pretende obligar a INKA SWEET el "aceptar" y en consecuencia suscribir, el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC correspondiente a la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, conforme a los términos propuestos por dicha Entidad, a pesar de la disconformidad expresada en que se incluya asuntos que no guardan relación con la "conformidad de obra", la misma que debe referirse al cumplimiento o no del servicio contratado.
- 4.3. Que, en el fundamento 2.8 del escrito de demanda, se hace alusión al artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala lo siguiente: "*De existir "observaciones" [respecto al cumplimiento de las condiciones contractuales] debe proceder a darle un plazo al contratista para su subsanación*".
- 4.4. En ese sentido, INKA SWEET alega que esto no ha ocurrido, precisamente porque si cumplió con el servicio contratado, según las condiciones contractuales. Asimismo, señala que "*cuando no se cumplan con las características y condiciones ofrecidas, la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan*", sin embargo, INKA SWEET señala que a pesar de no existir observaciones de SEDAPAL en el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC, dicho documento incluye penalidades e incluso se consigna que "existe acumulación máxima de penalidad", sin haber

permitido efectuar sus descargos o subsanar previamente, tal como lo establece la norma.

- 4.5. Asimismo, sustenta INKA SWEET que en el Fundamento 2.9 del escrito de demanda, SEDAPAL admite que la norma no señala especificación adicional respecto a su contenido, por lo que procedió a consignar la información "que considera necesaria" respecto al cumplimiento de las condiciones contractuales, como son: i) el monto a liquidar a favor del contratista, ii) sanción, iii) la causal por la cual se resolvió el contrato y la ejecución de garantías.
- 4.6. INKA SWEET advierte que ninguna de estas informaciones se encuentra relacionadas a la verificación de la conformidad, calidad y cumplimiento del servicio contratado.
- 4.7. En ese sentido, INKA SWEET advierte que SEDAPAL reconoce que ha incorporado en el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC por decisión unilateral, arbitraria y sin norma legal permisible el contenido que es objeto de cuestionamiento. En consecuencia, INKA SWEET señala que su negativa a suscribir dicho documento es legítima, por cuanto el contenido del Acta de Conformidad de Servicios no se circumscribe a la normativa vigente.
- 4.8. En consecuencia, INKA SWEET considera que la Primera Pretensión debe ser desestimada, aclarando que ellos sí suscribirán un Acta de Conformidad de Servicios que cumpla con lo señalado por la norma pertinente, sin agregados unilaterales no contemplados en la norma, ya que si no se ha establecido que el Acta de Conformidad de Servicios contenga "lo que la entidad considere necesario", corresponde consignar sólo lo previsto por la norma.

Respecto a la Segunda Pretensión Principal:

- 4.9. Que, dicha Pretensión implica que SEDAPAL no tiene certeza a cuál empresa deberá emitir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC, si corresponde consignar a COLVI COM o INKA SWEET S.A.C., no obstante haber demandado a esta última; por lo que INKA SWEET solicita que dicha actuación ha de tenerse presente al momento de resolver.
- 4.10. Que, SEDAPAL reconoce en el Fundamento 2.14 de su escrito de demanda, que el demandado comunicó oportunamente la fusión por absorción (INKA SWEET SAC absorbe a COLVI COM); consecuentemente, se tiene presente lo normado en el numeral 1 del Artículo 344 de la Ley General de Sociedades:

"Artículo 344.- Concepto y formas de fusión. -

Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley (...) 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".



- 4.11. Por lo tanto, estando normado por la ley especial, INKA SWEET considera que la discusión no amerita mayor debate.
- 4.12. Adicionalmente, INKA SWEET alega que SEDAPAL, mediante Resolución de Gerencia y Logística y Servicios N° 039-2017-GLS de fecha 30 de mayo de 2017, reconoce el cambio de denominación social, tal como se precisa en el Fundamento 2.15 de su escrito de demanda.
- 4.13. En virtud de ello, la Segunda Pretensión acreditaría que SEDAPAL tampoco está segura de lo consignado en su propia Resolución antes referida, accionar que INKA SWEET solicita tenerse presente al momento de resolver. Asimismo, siendo que la Segunda Pretensión es una consulta, lo cual no es asunto de discrepancia que mereza someterse a Arbitraje, INKA SWEET lo tiene por impertinente.

Respecto a la Tercera Pretensión Principal:

- 4.14. INKA SWEET manifiesta respecto a esta Pretensión que, amparados en la CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, se acordó expresamente en el literal a):
- "(...) que en atención a lo dispuesto en el Artículo 69º del Decreto Legislativo N° 1071, las partes acuerdan que todos los gastos, costos y costas del proceso arbitral, serán asumidos por quien solicita el arbitraje".*
- 4.15. Por lo tanto, en el presente caso, SEDAPAL deberá asumir los gastos arbitrales.

V. FIJACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 5.1. El 18 de enero de 2019, mediante Decisión N° 2, el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones controvertidas, se admitieron las pruebas ofrecidas y se fijó el cronograma de audiencias, según el siguiente detalle:
- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no que INKA SWEET debe cumplir con aceptar y suscribir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC otorgada por SEDAPAL con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, conforme a los términos propuestos por la Entidad.
 - **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no establecer si el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC otorgada con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL será emitida a COLVI COM o a INKA SWEET S.A.C.
 - **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Determinar si corresponde o no que INKA SWEET asuma el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, debiendo ordenarse el reembolso a favor de SEDAPAL.



- 5.2. El Tribunal Arbitral dejó constancia que el análisis de las materias en controversia se analizará en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden antes señalado.

VI. **ADmisión DE MEDIOS PROBATORIOS:**

A. Respecto a la demanda arbitral

- Los medios probatorios detallados en el acápite "Medios Probatorios" identificados del número 1 al 10, adjuntos como anexos a la demanda, son los siguientes:

- 1.- Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL. (Anexo 1-A)
- 2.- Carta N° 544-2017-ETIC de fecha 29.12.2017. (Anexo 1-B)
- 3.- Carta N° CC-035-2017 recibida con fecha 03.01.2018. (Anexo 1-C)
- 4.- Carta N° 016-2018-ETIC de fecha 10.01.2018. (Anexo 1-D)
- 5.- Carta S/N de fecha 12.01.2018 (Anexo 1-E)
- 6.- Acta de Conformidad N° 023-2017-ETIC elaborada por SEDAPAL (Anexo 1-F)
- 7.- Acta de Conformidad N° 023-2017-ETIC elaborada por INKA SWEET (Anexo 1-G)
- 8.- Vigencia poder de apoderada de SEDAPAL (Anexo 1-H)
- 9.- DNI de apoderada de SEDAPAL (Anexo 1-I)
- 10.- Ficha RUC de SEDAPAL (Anexo 1-J)

B. Respecto a la contestación de demanda arbitral

- Se deja constancia que INKA SWEET no ha presentado medios probatorios.

C. Respecto al escrito presentado el 27 de febrero de 2019 por SEDAPAL

- Los medios probatorios detallados en los anexos identificados del número 1 al 3, presentados por SEDAPAL, son los siguientes:

- 1.- Bases del contrato
- 2.- Anexos a las Bases del contrato
- 3.- Resolución de Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL

VII. **DE LA AUDIENCIA ÚNICA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y SUSTENTACIÓN DE POSICIONES Y ACTUACIONES ARBITRALES**

- 7.1. El 20 de febrero de 2019 se llevó a cabo la Audiencia Única de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones contando con la presencia de SEDAPAL e INKA SWEET, para que cada una de ellas ilustrase al Tribunal Arbitral sobre los hechos que motivan las controversias planteadas y sustenten sus posiciones para esclarecer las cuestiones controvertidas. Para tal efecto, se concedió el uso de la palabra a cada una de las partes, quienes expusieron ampliamente sus respectivas posiciones y absolvieron las preguntas que le formuló el Tribunal Arbitral.

VIII. ALEGATOS FINALES:

- 8.1. Con fecha 17 de abril de 2019, SEDAPAL formuló alegatos finales. Asimismo, con fecha 11 de abril de 2019, INKA SWEET formuló alegatos finales.

IX. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Determinar si corresponde o no que INKA SWEET debe cumplir con aceptar y suscribir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC otorgada por SEDAPAL con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, conforme a los términos propuestos por Entidad.

Posición del Demandante

- 10.1. SEDAPAL manifestó que INKA SWEET solicitó la modificación del Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC para proceder con su suscripción mediante Carta N° CC- 035-2017 recibida por SEDAPAL el 03 de enero de 2018, y en respuesta de ello, SEDAPAL remitió la Carta N° 016-2018-ETIC notificada notarialmente el 11 de enero de 2018, por la cual declara improcedente dicha solicitud, manifestando que el Acta fue elaborada de acuerdo al formulario N° GLSFO043 "Actas de Conformidad para Bienes/Servicios", aprobado por la Gerencia de Logística y Servicios de SEDAPAL.
- 10.2. Asimismo, señalan que dicho formulario es el que se usa para formalizar la culminación de la ejecución contractual dentro de la Entidad, de conformidad con el artículo 42º de la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, LCE) y los artículos 176º y 177º del Reglamento de la LCE.
- 10.3. En adición a ello, en relación al artículo 176º del Reglamento de la LCE, SEDAPAL sostiene que este "*(...) prevé que la conformidad deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, el cumplimiento de las condiciones contractuales, sin señalar especificación adicional respecto a su contenido, por lo cual SEDAPAL procedió a consignar la información que considera necesaria respecto al cumplimiento de las condiciones contractuales como son: i) el monto a liquidar a favor del contratista, ii) sanción, iii) la causal por la cual se resolvió el contrato y la ejecución de las garantías (...)*". (Énfasis agregado)
- 10.4. Finalmente, añade SEDAPAL que, la negativa de suscribir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC sustentada por INKA SWEET, por cuanto en la misma se consignan asuntos ajenos a dicho titulado, carece de sustento.

Posición del Demandado

- 10.5. Por su parte, INKA SWEET señala que no se encuentra conforme con que se incluyan en la precitada Acta de Conformidad, asuntos que no guardan relación con la "conformidad de la obra", que deben referirse a si se cumplió o no con el servicio contratado.



- 10.6. Asimismo, INKA SWEET manifiesta que en este caso no se la ha brindado un plazo de subsanación debido a que se cumplió con el servicio, argumentando que en el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC no se tiene observaciones, a pesar de que se señalen penalidades en su contra.
- 10.7. Finalmente, INKA SWEET refiere que la mencionada Acta de Conformidad de Servicios debe cumplir con contener solo lo que la norma ha precisado y no lo que SEDAPAL agregue unilateralmente.

Posición del Tribunal Arbitral

- 10.8. Del análisis del marco legal sobre la presente controversia, el Colegiado debe manifestar que el Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, las Bases Integradas de la Adjudicación de Menor Cantidad N° 0008-2016-SEDAPAL derivadas del Concurso Público N° 0056-2015-SEDAPAL, la Oferta ganadora y la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria aprobada por la Ley N° 29873, con su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, resultan siendo el marco jurídico – contractual sobre el cual se procederá a resolver las controversias formuladas en el presente proceso arbitral. Análisis que encuentra sustento en la CLÁUSULA SEXTA del Contrato y numeral 1.11 de las Bases Integradas.
- 10.9. En ese sentido, la presente controversia versa en determinar si INKA SWEET debe aceptar y suscribir el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC de fecha 22 de diciembre de 2017 elaborada por SEDAPAL, en los términos en que ha sido redactada con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL.
- 10.10. Teniendo en claro el petitorio de SEDAPAL en este extremo, el Tribunal Arbitral converge en manifestar que nos encontramos ante un Contrato, cuyo objeto es una prestación de un servicio, delimitado en la CLÁUSULA SEGUNDA del referido documento contractual, a razón de lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

"El objeto del proceso, es contratar los servicios de una persona natural y/o jurídica que ejecute el "Servicio de mantenimiento y correctivo de las estaciones remotas de los sistemas SCADA" que incluyen todos los equipos y accesorios instalados tanto en las estaciones remotas como también maestras; asimismo incluye la atención de emergencias de los sistemas de comunicaciones utilizado para el envío de información de Telemetría SCADA en todo Lima Metropolitana".

- 10.11. En ese orden, la CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO, precisa en su penúltimo párrafo lo siguiente:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

(...)

"Se precisa que la conformidad de la prestación del servicio será efectuada por el funcionario competente, de acuerdo al artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que para el presente caso es el Jefe del Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones de SEDAPAL o quien haga de sus veces".

10.12. Lo expuesto colige al Tribunal Arbitral en señalar que, lo pactado por las partes en la CLÁUSULA CUARTA y en la CLÁUSULA UNDÉCIMA del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, define el fondo y la forma por la cual se ejecutará la "Conformidad del Servicio", estableciendo en ambas cláusulas que los alcances de lo prescripto en el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, servirá como base legal para que la Entidad otorgue la conformidad del servicio contratado, a través del Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la Gerencia de Desarrollo e Investigación de SEDAPAL, determinándose un procedimiento para cumplir con dicha finalidad, como se expresa a continuación:

CLÁUSULA UNDÉCIMA: CONFORMIDAD DEL SERVICIO

"La conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y será otorgada por el Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la Gerencia de Desarrollo e Investigación de SEDAPAL. (**deberá entender específicamente por el Jefe del precitado Equipo**)

De existir observaciones se consignarán en el Acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al CONTRATISTA un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio. Dicho plazo no podrá exceder de dos (2) ni mayor a diez (19) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliese a cabalidad con la subsanación, SEDAPAL podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso SEDAPAL no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan". (el agregado en negrita y subrayado es nuestro)

- 10.13. Similar procedimiento quedó establecido en las Bases Integradas, en la proforma del Contrato que forma parte de dicho documento licitatorio.
- 10.14. Como este Colegiado advierte de todos los documentos mencionados: licitatorio y contractual, quedó regulado el procedimiento para la "Conformidad del Servicio" y del

funcionario, área u autoridad que deberá otorgarla dentro de la estructura orgánica de SEDAPAL.

10.15. En ese sentido, de los fundamentos presentados en la demanda, así como en los medios probatorios adjuntos a la misma, se constata la copia de la Carta N° 544-2017-ETIC de fecha 29 de diciembre de 2017 de SEDAPAL, sin visualizarse la fecha de recepción de la misma por INKA SWEET, mediante la cual, SEDAPAL remite para su suscripción, el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC de fecha 22 de diciembre de 2017, documento en el cual realiza una descripción del servicio, consignando datos del proceso, del contratista, del contrato como: plazo, montos (original, valorizado y facturado), penalidades y sanciones, manifestando en un rubro denominado "Observaciones", dos actos administrativos de SEDAPAL los cuales se detallan a continuación:

- Resolución de la Gerencia de Logística y Servicios N° 076-2017-GLS del 02.22.2017, por la cual se resuelve aprobar la resolución del CONTRATO, por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, por no haber renovado las cartas fianza y por haber llegado a acumular el monto máximo para otras penalidades.
- El Informe N° 213-2017-ETIC-TE-LFC de fecha 19.12.2017 del Supervisor Luis Figueroa Calatayud, mediante el cual extiende la conformidad del servicio, indicando que se ha aplicado un total de penalidades de S/ 93 833,41 Soles, correspondiente al CONTRATO.

10.16. Al no ser materia de controversia y pronunciamiento por este Colegiado respecto a la Resolución del CONTRATO expuesta en la precitada Acta, nos interesa para efecto del análisis de la Primera Pretensión de SEDAPAL, mencionar como elemento de referencia, el Informe N° 213-2017-ETIC-TE-LFC de fecha 19.12.2017 del Supervisor Luis Figueroa Calatayud, mediante el cual extiende la conformidad del servicio, indicando que se ha aplicado un total de penalidades de S/ 93 833,41 Soles, correspondiente al CONTRATO.

10.17. Sobre dicho Informe, este Tribunal solo ha tomado conocimiento por la referencia a la cual se realiza en el rubro "Observaciones" del Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC, por lo tanto, al no haber sido parte de los Fundamentos y de los medios probatorios ofrecidos en la demanda, así como en el escrito de Alegatos finales presentados por SEDAPAL, no resulta ser un documento que genere convicción de análisis para la resolución de la presente controversia.

10.18. En ese orden y de lo expuesto precedentemente, este Colegiado ha verificado lo siguiente: **i)** el CONTRATO en sus CLÁUSULAS CUARTA y UNDECIMA establecen que la "Conformidad del Servicio" se regula por lo dispuesto en el artículo 176º del RLCE, **ii)** la referida "Conformidad del Servicio" será otorgada por el Jefe del Equipo Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la Gerencia de Desarrollo e Investigación de SEDAPAL, **iii)** Conforme a los alcances del precitado artículo 176º, la

"Conformidad del Servicio" requiere del informe del funcionario responsable quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, **iv)** asimismo, acorde a la CLÁUSULA UNDÉCIMA segundo párrafo del CONTRATO y al cuarto párrafo del mencionado artículo 176º RLCE, si la Entidad advirtiera que existen deficiencias u observaciones a la "Conformidad del Servicio", deberá consignarlas en el acta respectiva, indicándose expresamente el sentido de éstas y otorgándole al contratista un plazo entre 2 (dos) y 10 (diez) días calendario para su subsanación, dependiendo de la complejidad del servicio, **v)** de no subsanar el contratista dentro del plazo otorgado, SEDAPAL podrá resolver el contrato, sin perjuicio de la aplicación de penalidades que correspondieran, **vi)** el procedimiento antes acotado no resultaría aplicable cuando EL SERVICIO manifiestamente no cumpla con las características y condiciones ofrecidas y en cuyo caso, SEDAPAL no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada, aplicándose las penalidades que correspondan y, **vii)** finalmente, este Colegiado ha verificado que dentro de las precitadas CLÁUSULAS del CONTRATO y BASE LEGAL del mismo, no existe señalamiento alguno que sea oponible contractualmente a INKA SWEET, de sujetar el procedimiento de "Conformidad del Servicio" a los alcances de un documento de gestión interna de SEDAPAL, denominado Formulario N° GLSFO043 denominado "Actas de Conformidad de Bienes/Servicios" aprobado por la Gerencia de Logística y Servicios de SEDAPAL que, conforme a lo manifestado por la propia Entidad en la Carta N° 016-2018-ETIC (Medio Probatorio 4) - Anexo 1-D de la demanda), dicho Formulario formalizaría la culminación de la ejecución contractual.

- 10.19. Pues bien, y en este contexto, en referencia a lo expuesto por las partes, sobre este punto controvertido, este Tribunal Arbitral considera importante efectuar algunas precisiones sobre el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC otorgada por SEDAPAL con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 176-2016-SEDAPAL.
- 10.20. Debemos empezar indicando que, de una lectura coherente de la normativa de contrataciones del Estado, específicamente del RLCE, se debe diferenciar entre la llamada **Conformidad de la Prestación** y la **Constancia de la Prestación**.
- 10.21. Así la *Conformidad de la Prestación* es la que se encuentra indicada en el artículo 176º del RLCE de la siguiente manera "*la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad*", **como se puede verificar esta conformidad se da como consecuencia de la recepción de la prestación de los bienes o servicios y se encuentra vinculada con la ejecución del pago.**
- 10.22. En ese contexto legal queda claro a este Colegiado que, para que una entidad otorgue "la Conformidad de un Servicio", necesitará verificar EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN señalada en el CONTRATO, BASES y TÉRMINOS DE REFERENCIA; es decir, deberá comprobar la entrega o suministro del bien o realización del servicio. Consecuentemente, la Entidad tiene el deber de emitir la "Conformidad del Servicio" con el Informe de la autoridad competente dentro del plazo de ley y ello deberá

indicarlo en un acta; sin embargo, de existir deficiencias manifiestas del servicio deberá observarlas en el acta y otorgar un plazo de subsanación (entre 2 y 10 días calendario), que, de no ser subsanadas por el contratista en el plazo establecido, la Entidad podrá resolver el contrato. Nótese que conforme a lo dispuesto en el precitado artículo 176º del RLCE, la Entidad no podrá emitir la "Conformidad del Servicio" cuando estos no cumplan manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas, por tanto, no realizará la recepción y considerará como no ejecutada la prestación, aplicando las penalidades que correspondan.

- 10.23. Lo mencionado se puede entender más claramente cuando en esa misma línea el artículo 177º del RLCE menciona que: "*Luego de haberse dado la conformidad de la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo (...)*". Posteriormente el artículo 181º indica que "*la Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes (...)*".
- 10.24. En el presente caso, el contenido de la cuestionada Acta de Conformidad de Servicio N° 023-2017-ETIC corresponde claramente a una **Constancia de Prestación de Servicios**, ya que la misma no describe si la prestación del servicio fue cumplido a cabalidad conforme a los alcances de los requerimientos de los documentos contractuales, sino más bien está vinculada con el pago que correspondería al contratista. Más aún, y como lo ha señalado el Colegiado en el Fundamento 10.18, no existe señalamiento alguno que sea oponible contractualmente a INKA SWEET, de sujetar el procedimiento de "Conformidad del Servicio" a los alcances de un documento de gestión interna de SEDAPAL, denominado Formulario N° GLSFO043 denominado "Actas de Conformidad de Bienes/Servicios" aprobado por la Gerencia de Logística y Servicios de SEDAPAL.
- 10.25. La **Constancia de la Prestación** se encuentra descrita en el artículo 178º del RLCE estableciendo lo siguiente: "otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario destinado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista de oficio o a pedido de parte una constancia (...)" (El subrayado es agregado).
- 10.26. Asimismo, respecto al contenido de la **Constancia de la Prestación**, debemos mencionar que mediante Opinión N° 039-2015/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se menciona que "**la CONSTANCIA DE PRESTACIÓN** debe contener como mínimo la siguiente información:

- i) La identificación del contrato u orden de compra o servicio; es decir, su número, objeto, las partes de la relación contractual (la Entidad y el contratista) y la prestación o prestaciones ejecutadas por el contratista.

- ii) El monto correspondiente; esto es, el importe total al que asciende el contrato, comprendiendo las variaciones por adicionales, reducciones, reajustes, etc., que se hubieran aplicado durante la ejecución contractual.
 - iii) Las penalidades en que hubiera incurrido el contratista durante la ejecución de dicho contrato."
- 10.27. Asimismo, la referida Opinión añade que "*sobre estos tres elementos, resulta importante resaltar que lo que se pretende acreditar a través de la constancia de prestación es si el contratista ejecutó debidamente el contrato; es decir, sin que haya sido necesario aplicarle penalidades*".
- 10.28. En el mismo sentido, mediante Opinión N° 028-2012/DTN se ha indicado que "*la finalidad de la emisión de la Constancia de Prestación es registrar el comportamiento del contratista durante la ejecución de un contrato, específicamente, si ejecutó el contrato debidamente, o si se le tuvo que aplicar penalidades, ya sea por mora u otras penalidades previstas en el contrato (...)*".
- 10.29. Luego la Opinión referida en el Fundamento anterior, continúa mencionando que "*se considerará Constancia de Prestación al documento emitido por el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad, en el que, independientemente de su denominación, conste la siguiente información: (i) la identificación del contrato u orden de compra o servicios; (ii) el monto correspondiente; y (iii) las penalidades en que hubiera incurrido el contratista, siendo necesario que sobre este último punto, se señale de manera expresa si se aplicaron penalidades o no*".
- 10.30. Como se ha podido apreciar la normativa en contrataciones con el Estado mediante el artículo 178º y con las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE han sentado expresamente la diferencia existente entre un Acta de Conformidad de Servicio, donde se plasma la verificación del cumplimiento del servicio contratado, de lo que respecta a la "Constancia de Prestación", indicando que otorgada la Conformidad, la Entidad es la única autorizada para emitir dicha constancia, para lo cual, ha definido el contenido mínimo que debe estar presente en la Constancia de la Prestación que emita una Entidad: (i) la identificación del objeto del contrato, ii) el monto correspondiente y iii) las penalidades en que hubiera incurrido el contratista, elementos que servirán para acreditar que el contratista ejecutó debidamente el contrato, sin que haya una prohibición expresa sobre los conceptos que se pueden indicar en la misma, sin embargo, se debe apreciar y resaltar que su finalidad es registrar el comportamiento del contratista durante la ejecución del contrato.
- 10.31. En ese sentido y por los Fundamentos expuestos por el Colegiado, se considera que el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC, no cumple en forma ni en fondo, con lo regulado en el artículo 176º del RLCE, así como en lo dispuesto en las cláusulas Cuarta y Undécima del CONTRATO; por tanto, la misma no puede ser oponible a INKA SWEET, quien no está obligada a aceptarla y suscribirla en dichos términos.

- 10.32. Asimismo, este Tribunal Arbitral considera que corresponde que SEDAPAL, a través del órgano designado para ello, ejerza – de ser el caso - la prerrogativa que le ha sido otorgada en el ordenamiento jurídico de acuerdo al artículo 178º del Reglamento de la LCE, por el cual se encuentra facultada para emitir una constancia de conformidad del servicio brindado por INKA SWEET en relación con los Términos de Referencia que integran el Contrato, como resultado del análisis del plazo de entrega, calidad y utilidad de la prestación para el logro de la finalidad de la Entidad, respetando su contenido mínimo.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Determinar si corresponde o no establecer si el Acta de Conformidad de Servicios otorgada con motivo de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL será emitida a COLVI COM o a INKA SWEET S.A.C.

- 10.33. Sobre el particular, se debe indicar que en el ámbito de las contrataciones del Estado una vez perfeccionado el contrato, surge la relación jurídica patrimonial, en la cual el contratista se encuentra obligado a cumplir determinadas prestaciones a favor de la Entidad y esta, a su vez, se obliga principalmente a pagar la respectiva contraprestación al contratista. De este modo, una vez celebrado el contrato, toda obligación contenida en este debe ser ejecutada por los sujetos de la relación contractual.
- 10.34. En este contexto, este Tribunal Arbitral ha podido constatar que, en el contexto de la normativa de contrataciones del Estado, en principio se prohíbe que aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado un contrato con una Entidad, bajo su ámbito de aplicación, puedan ceder su posición contractual a un tercero, así el artículo 147º del RLCE menciona lo siguiente:

"Artículo 147º. - Cesión de Derechos y de Posición Contractual

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 estos la prestación a su cargo dentro de los límites establecidos en la cesión".

*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". (el Subrayado y resaltado es nuestro).*

- 10.35. De lo expuesto, se advierte que la cesión de la posición contractual del contratista no está permitida, salvo cuando se produzcan **fusiones** o escisiones o que exista norma legal que lo permita.
- 10.36. Al respecto, el OSCE como organismo facultado para interpretar la normativa de contratación pública, ha concluido en la Opinión N° 083-2014/DTN sobre el señalado artículo lo siguiente: "de la disposición citada, se advierte que la prohibición de cesión

70

de posición contractual del contratista **no es absoluta**, sino que, **excepcionalmente**, la normativa de contrataciones del Estado permite su procedencia 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".

- 10.37. Siendo ello el marco normativo legislado en la normativa de contratación con el Estado y, considerando que de la documentación presentada en el proceso arbitral, el contratista mediante Carta N° CIS-010-2017 recibida por SEDAPAL con fecha 27.02.2017, comunicó la fusión por absorción entre INKA SWEET S.A.C. y COLVI COM S.A.C., lo cual generó que la Entidad emita la Resolución de Gerencia y Logística N° 039-2017-GLS del 30.05.2017, mediante la cual se autoriza el cambio a la nueva denominación al contratista por INKA SWEET S.A.C., la sociedad absorbente, en este caso INKA SWEET S.A.C., asumió las obligaciones y derechos derivados del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, entre ellos los referidos a los documentos que contengan la "Conformidad del Servicio", así como a la "Constancia de Prestación", regulados por los artículos 176º y 178º del RCLE.
- 10.38. Más aún si consideramos que conforme al numeral 2 del artículo 344º de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, se indica que "La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas."
- 10.39. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral considera que corresponde que el documento u acta donde se consigne la "Conformidad de Servicios" respecto a la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, deberá ser emitida a nombre de la empresa INKA SWEET S.A.C.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Determinar si corresponde o no que INKA SWEET asuma el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, debiendo ordenarse el reembolso a favor de SEDAPAL.

- 10.40. SEDAPAL solicita en esta Tercera y última Pretensión que, conforme a los argumentos y medios probatorios ofrecidos en la demanda, se declaran Fundadas las Pretensiones propuestas y como consecuencia de ello, se condene a INKA SWEET, el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, ordenándose el reembolso a favor de SEDAPAL de los pagos que aquella haya efectuado o pueda efectuar por dichos conceptos, sustentado en lo establecido en el artículo 42º del Reglamento del Centro de Arbitraje PUCP.
- 10.41. De otro lado, INKA SWEET manifiesta que debe ser aplicada la CLÁUSULA VIGÉSIMA del Contrato, en la que se establece que todos los gastos, costos y costas del arbitraje serán asumidos por quien solicite el mismo, conforme se detalla a continuación:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)



"El arbitraje se desarrollará de conformidad con el Reglamento del Centro elegido, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas.

No obstante, las partes acuerdan expresamente lo siguiente:

a) En atención a lo dispuesto por el artículo 69º del Decreto Legislativo N° 1071, las partes acuerdan que **todos los gastos, costos y costas del proceso arbitral, serán asumidos por quien solicite el arbitraje**" (lo resaltado es nuestro)

- 10.42. Al respecto, en este extremo resulta conveniente citar los alcances y la importancia de un arbitraje, como medio legal reconocido para dilucidar las controversias en un contrato con el Estado. En ese entendido, los autores Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, en el libro "Arbitraje: Naturaleza y definición", proponen lo siguiente:

"El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de evolución histórica, sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo, será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes...".

- 10.43. De otro lado, el artículo 142º del RLCE ha prescrito que "El contrato es obligatorio para las partes"; consecuentemente, todo lo establecido en dicho documento constituye ley entre las partes, al expresarse en él un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscribe.

- 10.44. En ese contexto, la normativa de contrataciones con el Estado establece que, durante la ejecución contractual, cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar un arbitraje, de acuerdo a los supuestos previstos en las normas aplicables a dicha relación jurídica, debiendo acogerse a la institución que ha sido señalada en el contrato como la encargada de administrar el proceso arbitral en aplicación del respectivo reglamento, de conformidad con el artículo 215º del Reglamento de la LCE.

- 10.45. Siendo que en este caso el Centro de Arbitraje PUCP ha sido el Centro pactado por las partes para el sometimiento de las controversias entre las partes, correspondería si las partes no hubiesen pactado de forma distinta, la aplicación de lo dispuesto en su Reglamento, en relación con la distribución de los costos arbitrales.

- 10.46. Tanto ello es cierto que, en aplicación del Reglamento del Centro de Arbitraje PUCP del año 2017, se ha establecido en su artículo 83º que las partes asumirán el pago de

los gastos por la gestión del arbitraje y los honorarios profesionales de los árbitros en proporciones iguales, **salvo pacto en contrario.**

- 10.47. Estando ello, debido a que en la cláusula arbitral del presente Contrato se ha dispuesto que los gastos, costos y costas sean asumidos por quien solicite el arbitraje, corresponde que SEDAPAL asuma los costos del presente proceso.

X. **DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Estando a las consideraciones y Fundamentos expuestos, dentro del plazo correspondiente, este Tribunal Arbitral, RESUELVE:

- 1. DECLÁRESE INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo; en consecuencia, el Acta de Conformidad de Servicios N° 023-2017-ETIC, no cumple en forma ni en fondo, con lo regulado en el artículo 176º del RLCE, así como en lo dispuesto en las cláusulas Cuarta y Undécima del CONTRATO; por tanto, la misma no puede ser oponible a INKA SWEET, quien no está obligada a aceptarla y suscribirla en dichos términos.
- 2. DECLÁRESE INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo; en consecuencia, corresponde que el documento u acta donde se consigne la "Conformidad de Servicios" respecto a la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 173-2016-SEDAPAL, deberá ser emitida a nombre de la empresa INKA SWEET S.A.C.
- 3. DECLÁRESE INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo; en consecuencia, **DISPONGASE** que **SEDAPAL** asuma la totalidad de los costos y costas arbitrales generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

Juan Miguel Rojas Ascón
(Árbitro)

Giovanna Marina Sansotta Gutiérrez
(Árbitro)

Diego Hernando Zegarra Valdivia
(Presidente)