

## LAUDO ARBITRAL

EXPEDIENTE N° 2337-2012-CCL

PARTES

- DEMANDANTE - CONCYSSA S.A.
- DEMANDADO – SEDAPAL S.A

MATERIA: DEJE SIN EFECTO PAGO DE SANCION Y OTROS



### I ANTECEDENTES.-

1. El día 14 de agosto de 2012, se instaló el proceso arbitral que involucra a las partes en mención, estableciéndose las reglas y los plazos del Arbitraje, bajo mi cargo y responsabilidad. Esta instalación consta en el Acta respectiva, que forma parte del Expediente del Proceso Arbitral.
2. Mediante documento de fecha 28 de agosto de 2012, CONCYSSA S.A interpuso la demanda arbitral. El Petitorio de la Demanda es el siguiente:

#### Primera pretensión principal

Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto el cobro por reposición de los bienes sustraídos en las Estaciones de Control, así como la anulación de las penalidades impuestas por SEDAPAL por el mismo motivo, en tanto no se ha determinado responsabilidad de CONCYSSA.

#### Segunda pretensión principal

Que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios, ascendente a no menos de S/.25,000.00 (veinticinco mil y 00/100 Nuevos Soles), derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Bases y en el Contrato que han originado una serie de daños pecuniarios a CONCYSSA.

CONCYSSA, sustenta su Demanda en los Fundamentos de Hecho y Derecho que pasamos a detallar a continuación:

## ANTECEDENTES

Mediante Cartas N° 003-2011-EOMASBA (**Anexo 1**), y 004-2011-EOMASBA (**Anexo 2**), ambas recibidas por CONCYSSA el 10 de enero de 2012, SEDAPAL imputa responsabilidad en CONCYSSA en dos robos ocurridos en las estaciones de control P-754 "Pando 8" y 424 "Pueblo Libre", y como tal, impone dos multas ascendentes a S/. 3,285.00 cada una; asimismo, mediante Cartas N° 032-2012 y 033-2012, ambas de fecha 01 de febrero de 2012 solicita, adicionalmente, el resarcimiento de los bienes siniestrados por un valor de US\$ 4,763.66 (cuatro mil setecientos sesenta y tres y 66/100) y US\$ 13,090.92 (trece mil noventa y 92/100 dólares americanos, respectivamente).

Mediante Cartas N° 012-2012-PA209 (**Anexo 3**) y 013-2012-PA09 (**Anexo 4**) ambas cursadas con fecha 17 de enero de 2012, CONCYSSA rechazó la imputación de responsabilidad por los robos ocurridos en dos estaciones (pozos P-754 y P-424), solicitando dejar sin efecto las multas impuestas por SEDAPAL.

## DE LA IMPROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS Y EXIGENCIA DE INDEMNIZACIÓN POR ROBOS Y SINIESTROS

Señala CONCYSSA, que la reposición de dichos bienes no corresponde sea realizada por su representada, en tanto ha ésta ha sido producto de un hecho delictivo de terceros, no teniendo CONCYSSA responsabilidad alguna y menos aún negligencia por el acto perpetrado. En todo caso, la reposición recaería en CONCYSSA si alguna autoridad hubiese determinado o determinara su directa responsabilidad, lo cual no ha ocurrido en el presente caso. De otro lado, SEDAPAL no tiene sustento legal y/o contractual alguno para exigir el pago por reposición de los bienes, por lo que está impedido de realizar una deducción por tales montos de las valorizaciones por servicios.

Señala además que en estricta aplicación de lo previsto en la "Tabla de Penalidades y Multas" incluida en el Contrato, no resultaría de aplicación en ningún caso las penalidades previstas, debido a que no se trata de un acto de "negligencia" y menos aún de "responsabilidad por dolo" de CONCYSSA. SEDAPAL no puede atribuir gratuitamente responsabilidad por negligencia basado en la conclusión de "ausencia de violencia". Como tal, en tanto no

exista prueba de responsabilidad por acto doloso, deshonestidad o negligencia tal como lo exige la Tabla de Penalidades y Multas, no puede SEDAPAL imponer penalidades y menos aún exigir la reposición de los bienes materia de robo.

Además señalan que los operadores asignados al servicio tienen más de una estación que controlar, llegando incluso a 20 estaciones por controlador, lo cual justifica que deban realizar recorridos diarios con distintos intervalos de tiempo entre cada estación. Dicha situación, incentivaría que se produzcan robos durante la ausencia del controlador asignado.

Asimismo, señala CONCYSSA que **las estaciones en las cuales se han producido los siniestros se encuentran dentro de un sistema que consta de 23 estaciones de control las cuales se encuentran asignadas a un solo operador.** En tal sentido, el sistema en mención esta compuesto por las siguientes estaciones : (CR-417, R-004, P-496, CR-159, P307, P-741, P-445, P-771, P-628, P-739, **P-754**, P-726, P-755, P-324, R-010, P-493, P-706, P-444, **P-424**, P-623, P-624, P-772, P-434). En consecuencia, ¿cómo podría Sedapal comprobar objetivamente<sup>1</sup> la existencia de dolo o negligencia, si es un solo controlador quien se encuentra asignado a todo un sistema conformado por 23 estaciones?

Otro argumento que menciona CONCYSSA es que SEDAPAL mantiene pólizas de seguro por todos sus activos, por lo que la exigencia de pago de un resarcimiento no se enmarca en lo absoluto en una real reparación sino en un beneficio (indebido), en tanto el perjuicio para SEDAPAL es el eventual costo del deducible a pagar a la compañía de seguros. Así, no siendo CONCYSSA responsable de los robos ocurridos, no debe estar en la obligación de pagar el monto de resarcimiento exigido por SEDAPAL no solo porque no ha sido acreditada la responsabilidad (nexo causal) sino también porque ello determinaría un enriquecimiento indebido por parte de SEDAPAL.

**CONCYSSA SUSTENTA LA PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO OCASIONADO EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS**

La cláusula arbitral contenida en el Contrato, que no ha sido resultado de negociación sino impuesta a los postores, resulta abusiva en tanto traslada todo costo arbitral a la parte demandante (usualmente el contratista), lo que le permite a SEDAPAL denegar cualquier justo requerimiento o pedido, tal como sucede en nuestro caso.

De otro lado, en tanto el Contrato culminará en su vigencia el 15 de marzo de 2012 (dos años contados desde el 15 de marzo de 2010 según lo dispuesto en la cláusula séptima del Contrato), CONCYSSA se verá obligada a mantener vigente la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento debido a que no será posible dar la conformidad del servicio hasta que no se resuelva la presente controversia. Como quiera que esta controversia ha surgido por la negativa injustificada de SEDAPAL de realizar los reajustes por segundo y por incremento de la RMV conforme lo estipula el Contrato y los documentos del Concurso Público que dio origen a la misma, es dicha Entidad quien debe asumir el daño que se producirá indefectiblemente a CONCYSSA cuando renueve la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento. Así, el daño a CONCYSSA - por causa imputable a SEDAPAL- se vincula también al costo de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza, el cual es equivalente al 1.25% del valor de la carta fianza. Siendo la garantía de un monto equivalente al 10% de valor del Contrato, el costo mensual asciende a S/.3,801.99. Dicho monto multiplicado por el número de meses que dure el Arbitraje (desde el 16 de marzo de 2012) corresponde sea resarcido por SEDAPAL.

Es en este contexto que el daño ocasionado por la actitud de SEDAPAL se vincula tanto a los costos de renovación y mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, como a aquellos gastos que CONCYSSA se está viendo obligado a irrogar a fin de buscar que se cumpla con las condiciones y previsiones contractuales. Corresponde que CONCYSSA sea indemnizada por un monto no menor a S/. 25,000.00, el cual considera todo el costo financiero de la garantía, así como el costo arbitral y un valor mínimo de costos legales para este tipo de procesos arbitrales.

CONCYSSA, señala además que cumplen con el test que toda pretensión indemnizatoria debe cumplir, acreditando la concurrencia de todos los requisitos que configuran la responsabilidad civil en el presente caso:

## **La antijuridicidad**

Este primer presupuesto se relaciona a la idea en virtud de la cual, para que exista responsabilidad, deberá existir siempre una actuación contraria al Derecho. Tal actuación podrá contravenir una norma imperativa o un principio general.

En materia contractual, la conducta antijurídica goza de tipicidad legal, puesto que el artículo 1321° del Código Civil señala expresamente que el incumplimiento de una obligación genera que el deudor quede sujeto al pago de una indemnización a favor del acreedor. En este sentido, queda claro entonces que dentro de la esfera contractual el incumplimiento de una obligación se reconoce legislativamente como una conducta antijurídica que, en caso cumpla con los demás presupuestos de responsabilidad civil, dará lugar a la obligación de indemnizar a cargo del deudor.

Por su parte, en materia extracontractual, las conductas antijurídicas no gozan de tipicidad legal, siendo que deberán analizarse de manera cuidadosa caso por caso. Respecto a ellas, la doctrina ha señalado que aquellas conductas que vulneraran el principio de "*no causar daños*" se considerarán antijurídicas por ser contrarias al Derecho.

En el presente caso la conducta antijurídica de SEDAPAL se configura en el momento en que ésta decide no aplicar las disposiciones contractuales y trasladar a CONCYSSA la obligación de dar inicio a un proceso arbitral a su costo, bajo el "indebido paraguas" de no estar obligado a compartir los costos arbitrales, abusando de esta manera de su posición en el Contrato.

## **El daño**

La pretensión indemnizatoria persigue el resarcimiento del daño emergente que les ha sido ocasionado con la indebida actitud y posición de SEDAPAL. Como conocemos, el daño emergente se vincula a la idea de gasto, erogación, empobrecimiento. Es la consecuencia inmediata e inminente de la

conducta-antijurídica. Como señala el profesor Fernando de Trazegnies<sup>2</sup>: *“La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida”*.

En el presente caso el daño emergente que ha sido ocasionado a CONCYSSA es de automática comprobación mediante la medición de los costos que el presente procedimiento demanda, los cuales son de por lo menos S/. 25,000.00

### **El nexos causal**

Señala CONCYSSA, que este presupuesto de responsabilidad civil es aquel que enlaza de un lado el daño producido y, del otro, al sujeto que causó con su conducta antijurídica tal daño.

En el presente caso queda claro que la conducta antijurídica de incumplir las disposiciones del Contrato y los documentos del Concurso constituye una causa adecuada, evidente, e inmediata de los daños patrimoniales que hemos invocado.

### **El factor de atribución de responsabilidad**

Señala CONCYSSA, que en los sistemas de responsabilidad subjetiva, deberá analizarse el factor de atribución de responsabilidad en cada caso, pudiendo ser éste la culpa o el dolo.

La culpa se asocia principalmente a la idea de un actuar negligente, despreocupado, mientras que el dolo es un actuar voluntario, intencional y malicioso. Considerando que el dolo no se presume, asumimos que la actitud de SEDAPAL atiende a un actuar culposos.

3. Mediante Resolución N° 2 del 3 de setiembre de 2012, el Arbitro Único admitió a trámite la Demanda Arbitral interpuesta por CONCYSSA y corrió traslado de la misma por el plazo de 10 días hábiles para la correspondiente contestación.

---

<sup>2</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “La responsabilidad extracontractual”. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003.

4. SEDAPAL, a pesar de haber sido debidamente notificada, tal como consta en el respectivo cargo de notificación que obra en el expediente, no contesto la demanda, procediendo a emitir la Resolución N° 3 de fecha 24 de setiembre de 2012, en la cual se dejo constancia de este hecho y se cito a las partes para la audiencia de Audiencia de Determinación de Cuestiones materia de pronunciamiento del Arbitro Único.
5. El día 15 de octubre de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Cuestiones materia de pronunciamiento del Arbitro Único, fijándose como puntos controvertidos materia del presente Laudo los siguientes:
  - (i) Determinar si corresponde que se deje sin efecto el cobro por reposición de los bienes sustraídos en las Estaciones de Control así como la anulación de las penalidades impuestas por SEDAPAL por el mismo motivo, en tanto no se ha determinado responsabilidad de la demandante.
  - (ii) Determinar si corresponde que se ordene a SEDAPAL el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios ascendente a no menos de S/. 25,000.00 Nuevos Soles, derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Bases y en el Contrato.
  - (iii) Determinar a cuál de las partes y en qué proporción les corresponde asumir los costos y costas del presente caso arbitral.

Asimismo en este acto de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro, se admiten las pruebas presentadas en el apartado 4) del escrito de demanda presentado por CONCYSSA S.A. el 28 de agosto de 2012; adicionalmente, el Árbitro Único de conformidad con el artículo 46° del Reglamento de Arbitraje del Centro concede un plazo de cinco (5) días hábiles para que ambas partes presenten su escrito alegaciones y conclusiones finales del caso, y de considerarlo conveniente soliciten el uso de la palabra.

6. Mediante documento de fecha 22 de octubre de 2012, el demandante CONCYSSA S.A, presenta sus alegatos y conclusiones finales. En este escrito ratifica su posición y argumentos.
7. Mediante documento de fecha 16 de noviembre de 2012, el demandado SEDAPAL S.A, presenta sus alegatos en el siguiente sentido:

## **POSICIÓN DE DEFENSA DE SEDAPAL CONTRA LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDANTE CONCYSSA**

### **A Caso siniestro de Robo en la estación P-754**

**Primero.-** Con fecha 15 de marzo de 2010, se dio inicio al contrato de prestación de servicios N° 084-2010-SEDAPAL del concurso público N° 0032-2009-SEDAPAL – Item 2 (zona centro), para la ejecución del “Servicio de Control de Sistemas de Estaciones de Bombeo de Agua Potable y Conservación de Casetas de Bombeo en la zona norte, centro y sur de la Gerencia de Producción y Distribución Primaria”.

**Segundo.-** Con fecha 9 de enero de 2012, mediante Carta N° 003-2011-EOMASBA, el área respectiva comunicó a la contratista CONCYSSA S.A. la aplicación de la penalidad N° 12.1 por Actos Dolosos, Deshonestidad, Impropios o Negligencia) descrito en la pagina 6 del contrato de prestación de servicios N° 084-2010-SEDAPAL del concurso público N° 0032-2009-SEDAPAL – Item 2 por el siniestro de robo de componente mecánico en la estación P-754 el día 19 de diciembre de 2011 al no haberse encontrado signos en las rejillas metálicas de acceso a la sala de maquinas en donde ocurrió el incidente.

**Tercero.-** Con fecha 16 de enero de 2012, mediante Carta N° 013-2012-PA209, la contratista CONCYSSA S.A. les envió sus descargos indicando que al no haber habido signos de violencia en la rejilla metálica de acceso de la caseta de la estación P-754 donde ocurrió el siniestro de robo de componentes mecánicos el día 19 de diciembre de 2011, no sustenta la negligencia del personal de la contratista CONCYSSA

**Cuarto.-** Con fecha 24 de enero de 2012, mediante Carta N° 032-2012-EOMASBA, el área correspondiente comunicó a la contratista CONCYSSA S.A que la penalidad

aplicada por el siniestro de robo en la estación P-754 si constituye una negligencia debido a que CONCYSSA, está a cargo de las llaves de acceso de dicha estación, por lo que no considera que la sanción deviene de una presunción sino de los hechos ocurridos.

## **B Caso siniestro de Robo en la estación P-754**

**Primero.-** Con fecha 15 de marzo de 2010, se dio inicio al contrato de prestación de servicios N° 084-2010-SEDAPAL del concurso público N° 0032-2009-SEDAPAL – Item 2 (zona centro), para la ejecución del “Servicio de Control de Sistemas de Estaciones de Bombeo de Agua Potable y Conservación de Casetas de Bombeo en la zona norte, centro y sur de la Gerencia de Producción y Distribución Primaria”.

**Segundo.-** Con fecha 6 de enero de 2012, mediante Carta N° 004-2011-EOMASBA, el área respectiva comunicó a la contratista CONCYSSA S.A. la aplicación de la penalidad N° 12.1 por Actos Dolosos, Deshonestidad, Impropios o Negligencia) descrito en la pagina 6 del contrato de prestación de servicios N° 084-2010-SEDAPAL del concurso público N° 0032-2009-SEDAPAL – Item 2 por el siniestro de robo de componente mecánico y electrónico en la estación P-424 el día 19 de diciembre de 2011, debido a que no se les han sustentado correctamente hasta la fecha como los delincuentes pudieron extraer los candados de la reja metálica de acceso a la caseta sin dejar signos de violencia. Recalcando que dichos candados estaban colocados por dentro con una pequeña abertura para introducir sólo el brazo de persona, diseñados para evitar introducir herramientas cortantes.

**Tercero.-** Con fecha 16 de enero de 2012, mediante Carta N° 012-2012-PA209, la contratista CONCYSSA S.A. les envió sus descargos indicando que al no haber habido signos de violencia en la rejilla metálica de acceso de la caseta de la estación P-424 donde ocurrió el siniestro de robo de componentes mecánicos el día 19 de diciembre de 2011, no sustenta la negligencia del personal de la contratista CONCYSSA

**Cuarto.-** Con fecha 26 de enero de 2012, mediante Carta N° 032-2012-EOMASBA, el área correspondiente comunicó a la contratista CONCYSSA S.A que la penalidad aplicada por el siniestro de robo en la estación P-424 si constituye una negligencia debido a que CONCYSSA, está a cargo de las llaves de acceso de dicha estación, por

lo que no considera que la sanción deviene de una presunción sino de los hechos ocurridos.

### **Conclusiones de Defensa respecto a la Primera Pretensión Principal**

A.- Los siniestros de robo pendientes de resarcimiento por parte de CONCYSSA, se resumen en la Carta N° 123-2012-EOMASBA (19.03.2012) en la cual está debidamente sustentada negligencia de la contratista así como la aplicación de penalidades en las cartas (Carta N° 003-2011-EOMASBA, Carta N° 032-2011-EOMASBA, Carta N° 004-2011-EOMASBA, Carta N° 033-2011-EOMASBA,), debido a que con el apoyo del personal del equipo de protección y vigilancia se analizó que los delincuentes tuvieron que usar las llaves de las estaciones para hacer su ingreso ya que no se encontró signos de violencia en las rejas metálicas de las estructuras en donde se sustrajeron los activos de SEDAPAL, siendo responsabilidad de la contratista el cuidado de las llaves de la estaciones a cargo.

B) De acuerdo al numeral 4 de la pagina 39 de las bases del contrato de Prestación de Servicios N° 084-2010-SEDAPAL, Ítem 02, se establece que “en caso de robo o perdida de bienes de SEDAPAL, en las estaciones que se compruebe que hubo negligencia o robo por parte del personal de el Contratista, este asumirá con todos los gastos mediante una póliza de seguros, además de las sanciones que pueda aplicar SEDAPAL”

C) Los perjuicios económicos (cotizados) causados a SEDAPAL y reclamados por el área correspondiente a CONCYSSA, donde se encuentran entre ellos los pozos P754 y P424

Caso siniestro robo P-424: US\$ 13,090.92 = S/ 34,821.85 (incluido IGV).

Caso siniestro robo P-754: US\$ 4,763.66 = S/ 12,761.33 (incluido IGV).

En conclusión nuestra área sustenta que si hubo negligencia de la contratista, por que en los siniestros de robos en las estaciones P-424 y P754, no hubo signos de violencia en las rejillas metálicas de acceso a la casa de maquinas donde se encontraban los objetos sustraídos, lo cual fue verificado por el personal del equipo de protección y vigilancia

D) El sistema o conjunto de estaciones donde se encuentran las estaciones en mención, efectivamente hay 23 estaciones como indica el contratista, estas son condiciones del contrato y además este sistema tiene dotado una unidad vehicular exclusiva para el personal a cargo de dicho sistema (para facilitar su desplazamiento por estar ubicadas las estaciones en una zona plana cerca al cercado de Lima) sin contar la unidad de la supervisión de CONCYSSA.

E.- Sobre las pólizas de seguro de SEDAPAL, estas no cubren los casos de negligencias de las contratistas por lo que consideramos que es la propia contratista quien tiene que asumir su responsabilidad, además está obligada a contratar un seguro de deshonestidad.

F.- Desde el punto de vista técnico las penalidades por el siniestro del robo en las subestaciones en mención fueron correctamente aplicadas a CONCYSSA, correspondiendo además el resarcimiento de los bienes siniestrados a la contratista CONCYSSA por los daños ocasionados a SEDAPAL.

#### **POSICIÓN DE DEFENSA DE SEDAPAL CONTRA LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDANTE CONCYSSA**

La demandante solicita una indemnización de Daños y Perjuicios por el monto de S/ 25,000.00 Nuevos Soles, sin acreditar en que se le habría podido ocasionar perjuicios en la ejecución del servicio. Al respecto previamente el demandante deberá tener en consideración que su pretensión no se encuentra dentro de los presupuestos que exige el ordenamiento Civil, al tratar de responsabilizar a su entidad de hechos cuya responsabilidad son de la demandante.

#### **El artículo 1321° del Código Civil señala:**

*“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo o culpa inexcusable o culpa leve*

*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución*

*Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”*

Ahora, para poder acceder a la indemnización, primero habrá que revisar los elementos configurantes de las responsabilidades (requisitos) para ver si es que corresponde que se obligue a su representada a pagar los supuestos daños y perjuicios.

El perjuicio material (el daño): la parte demandada declara que el monto consignado comprende el alcance de “ el daño emergente(...) el perjuicio causado por la cláusula arbitral que les ha ocasionado perjuicios al haber sido impuestas resultando abusiva por trasladar a la contratista los gastos arbitrales que además le irrogan la renovación de las cartas fianzas hasta finalizar la prestación del servicio sujeta al procedimiento arbitral”.

La culpa (el incumplimiento); La demandante no señala cual es el supuesto incumplimiento que genera los costos que acumulan su monto solicitado, no explica que puede deberle SEDAPAL o que prestación no ha cumplido con reponerle, etc, solo se basta en una supuesta imposición de una cláusula arbitral, como si fuera una empresa neófita y sin experiencia en contratar con el Estado.

El vínculo de causalidad (relación de causalidad) el demandado en ningún momento muestra como resulta ser su responsabilidad el que haya suscrito un contrato donde pretende que SEDAPAL, le ha impuesto una cláusula abusiva. Define grandilocuentemente que cosa es la culpa inexcusable y el daño emergente; sin embargo no nos ata con uno ni lo otro, señalando solo genéricamente en nuestra dirección al pedir que se le resarza por un monto que estima sin sustento.

Cuando se convocó al proceso de selección referente al concurso público N° 0032-2009 – Item 02, la demandante CONCYSSA en ningún momento observo las bases ni solicito aclaraciones en lo que corresponde a la cláusula décima octava referente a la “Solución de Controversias” o “Cláusula arbitral” la cual efectivamente dice lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 69° del Decreto Legislativo N° 1071, las partes acuerdan que los gastos y costas del Proceso Arbitral, serán de cargo de la parte

solicitante o demandante incluyendo los costos a los que hace referencia los artículos 70°, 71°, 72° y 73° del mencionado Decreto Legislativo N° 1071, no siendo materia de controvertida entre las partes el pago de los mismos. No será este sentido aplicable al arbitraje lo dispuesto en el artículo 57° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima”.

El pacto es Ley entre las partes, CONCYSSA es una empresa con un staff de abogados, no es una empresa reciente en este clase de prestaciones de servicios, el monto de contratado y nunca observó las bases, esto quiere decir que siempre estuvo de acuerdo con esta cláusula, por lo tanto no puede pedir indemnización por una cláusula que le traslada el pago de los gastos arbitrales habiendo aceptado tácitamente está cláusula de obligatorio cumplimiento.

En el supuesto caso que SEDAPAL haya sido el demandante, esta empresa hubiera asumido los gastos arbitrales que habría generado un proceso arbitral. Por lo tanto esta cláusula no es impositiva y faculta solo al demandante que pudo haber sido SEDAPAL o el CONTRATISTA, en asumir esta responsabilidad pecuniaria.

8 El día 12 de diciembre de 2012, se lleva a cabo la audiencia de USO DE LA PALABRA, en la cual ambas partes asistieron e hicieron el uso de la palabra, presentando y sustentando sus argumentos. Es importante tener en cuenta para efecto del pronunciamiento que en este acto SEDAPAL, manifestó que CONCYSSA, era el único responsable del manejo de las llaves, lo cual no fue negado ni desvirtuado por esta ultima, motivo por el cual esto se tomará en cuenta al momento de resolver.

Que, dentro del plazo establecido en el punto 19 del acta de instalación, procedemos a emitir el correspondiente Laudo Arbitral.

## **CONSIDERANDO**

**PRIMERO.-** Antes de realizar el análisis del presente caso, vamos a enmarcar nuestro pronunciamiento en las fuentes de derecho y obligaciones que tomaremos como base legal para nuestra decisión, siendo las mismas las siguientes:

- Bases Consolidadas que dieron origen al Contrato de Prestación de Servicios N° 084-2010-SEDAPAL. Sobre este punto es importante precisar que si bien

ambas partes la citan en sus documentos ninguna la presento como medio probatorio, por lo que la tuvimos que obtener del SEACE-OSCE.

- Contrato de Prestación de Servicios N° 084-2010-SEDAPAL
- Código Civil Peruano. Aplicable de manera supletoria al presente caso.

**SEGUNDO.-** A partir de las fuentes de obligaciones señaladas analizaremos cada una de las pretensiones de CONCYSSA:

#### **Primera pretensión principal**

**Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto el cobro por reposición de los bienes sustraídos en las Estaciones de Control, así como la anulación de las penalidades impuestas por SEDAPAL por el mismo motivo, en tanto no se ha determinado responsabilidad de CONCYSSA.**

#### **ANALISIS DE LA PRETENSIÓN**

En el presente caso el argumento principal del demandante es que SEDAPAL, no cuenta con pruebas suficientes para imputarle el robo de los equipos en la estaciones P-424 y P754 de su sistema de distribución de agua potable.

Por su parte SEDAPAL, señala que si existen pruebas y es el hecho objetivo que en los dos eventos, las rejillas de seguridad no fueron violentadas, lo cual implica que se utilizaron la llaves de los candados para abrirlos, motivo por el cual, el personal del CONTRATISTA CONCYSSA, al ser quien tiene las llaves para realizar sus operaciones es el único que puede haber permitido su uso para realizar estos hurtos de los equipos en mención.

Sobre el particular es importante tener en cuenta las siguientes fuentes de obligaciones:

En el numeral 4.1 del Capítulo III – TERMINOS DE REFERENCIA las Bases Integradas del Concurso Público N° 0032-2009-SEDAPAL, "Servicio de Control de los Sistemas de Estaciones de Bombeo de Agua Potable y Conservación de Casetas de Bombeo de Las Zonas Norte, Centro y Sur de la Gerencia de

Producción y Distribución Primaria (PRONUNCIAMIENTO N° 326-2009/DTN)", se establecen que:

**"En caso de robo o pérdida de bienes de SEDAPAL en las estaciones que se compruebe que hubo negligencia o dolo por parte del personal de EL CONTRATISTA, este asumirá con los todos los gastos mediante una póliza de seguros, además de las sanciones que pudiera aplicar SEDAPAL"**

En el contrato de Prestación de Servicios N° 084-2010-SEDAPAL, establece en el numeral 12.1 de la Cláusula Décimo Cuarta que

**"Cuando el personal de EL CONTRATISTA, realiza actos dolosos y/o deshonestidad y/o extorsión y/o en perjuicio del cliente o SEDAPAL, además del descuento por los daños ocasionados, SEDAPAL exigirá al contratista la separación inmediata del trabajador, la multa será por acto igual a 30 K"**

De los documentos en mención que son fuentes de obligaciones para las partes en conflicto, concluimos que los robos o pérdidas de los bienes de SEDAPAL en las estaciones donde se compruebe que hubo negligencia o dolo por parte del personal de EL CONTRATISTA, así como los actos dolosos y/o deshonestidad y/o extorsión y/o en perjuicio del cliente o SEDAPAL, deber ser asumidos por EL CONTRATISTA, además del pago de sanciones, lo que implica que si sucedieran estos y fueran debidamente comprobados, SEDAPAL estaría actuando conforme a Derecho, por que esta facultado para ello.

Ahora bien el tema en discusión es verificar si las acciones dolosas o culposas por las que se han realizado los descuentos y se han impuesto las sanciones a CONCYSSA, están debidamente demostrados o comprobadas.

Sobre este punto SEDAPAL señala que al ser CONCYSSA el que tiene el control de las llaves de las estaciones P-424 y P754 y al no existir signos de violencia en las rejillas de ingreso a las estaciones, existe un hecho objetivo de negligencia en el personal de CONCYSSA. Es importante precisar que en la audiencia de uso de la palabra SEDAPAL informo que el personal de CONCYSSA es el único que tiene acceso a las llaves de las estaciones,

aspecto que no fue desvirtuado por CONCYSSA, por lo que se considera una información válida.

Sobre el particular, consideramos que para considerar que una conducta es dolosa (conocimiento y voluntad) o negligente, necesariamente debe producirse una relación entre la conducta y el hecho ocurrido, y además deben existir elementos probatorios de que esta conducta originó el hecho.

En el presente caso SEDAPAL, señala que por la conducta negligente<sup>3</sup> de los trabajadores de CONCYSSA, que son los únicos que operan las llaves de las rejillas de las estaciones P-424 y P-754, se abrieron éstas y se produjo el robo. En este caso esta acusación implicaría que los trabajadores de CONCYSSA actuaron con falta de diligencia o con impericia y permitieron que terceros tomaran las llaves y abrieran las rejillas o les sacaran copias y abrieran las rejillas.

Sin embargo, si bien esta afirmación se basa sobre un indicio, no existen mayores elementos probatorios, ni acciones posteriores que lo confirmen, ya que no existe en el expediente una investigación interna o una investigación policial, que determine estos hechos, en este caso sólo existe una afirmación de SEDAPAL, basada en un indicio, que concluye que como los trabajadores de CONCYSSA son los únicos que tienen las llaves, éstos la proporcionaron a terceros para que realicen el robo, por que no existen huellas de violencia.

Consideramos objetivamente que esta sola afirmación, no es prueba suficiente para demostrar que los trabajadores de CONCYSSA actuaron negligentemente al operar las llaves de las estaciones, y por lo tanto no es prueba suficiente para aplicarles la multa y disponer la devolución del monto de los artículos robados.

---

<sup>3</sup> Falta de cuidado o diligencia o descuido

Como conclusión, más que un tema de interpretación legal sobre la aplicación del contrato o de las bases que lo sustentan, en este caso existe una falta de elementos probatorios, para que SEDAPAL pueda sustentar, que hubo negligencia en la conducta de los trabajadores de CONCYSSA y que producto de esta negligencia ocurrió el robo de los equipos de la estaciones P-424 y P-754. Estos hechos no están probados y demostrados, por tal motivo tenemos que declarar FUNDADA, la primera pretensión principal de CONCYSSA.

### **Segunda pretensión principal**

**Que el Tribunal Arbitral ordene a SEDAPAL el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios, ascendente a no menos de S/.25,000.00 (veinticinco mil y 00/100 Nuevos Soles), derivada del incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Bases y en el Contrato que han originado una serie de daños pecuniarios a CONCYSSA.**

En cuanto a la solicitud de indemnización debemos señalar que existen elementos objetivos que hacen que el suscrito tome en cuenta para declarar infundado el pedido de indemnización, tal como lo desarrollamos a continuación:

En primer lugar el hecho que en el contrato se establezca que CONCYSSA, en su calidad de contratista deba asumir el costo del arbitraje, no es causal ni motivo para determinar la indemnización, más aún por que CONCYSSA suscribió dicho contrato por su propia voluntad, sin condicionamiento alguno.

Por otro lado, si bien SEDAPAL sin medio probatorio cierto, imputo una acción negligente al personal de CONCYSSA, y le aplicó una sanción y le imputo el pago de los elementos robados; también es cierto que SEDAPAL actuó, sobre la base de indicios, que le deban ciertas señales de la actuación negligente del personal de SEDAPAL, lo cual se entiende teniendo que SEDAPAL, es una empresa de propiedad estatal y por lo tanto los bienes que administra son de carácter público y se encuentran sujetos a una serie de controles y limitaciones, y por lo tanto a una serie de responsabilidades, que lo llevan a tomar un celo extremo en sus actuaciones, celo que encuentra sustento en los indicios que

existen en el hecho que el personal de CONCYSSA, sea el único que tenga el uso y manejo de las llaves de la estaciones.

Por estos motivos consideramos que debe declararse INFUNDADA, la segunda pretensión de CONCYSSA, referida al pago de una indemnización de S/ 25,000.00 por parte de SEDAPAL.

### III PAGO DE COSTOS Y COSTAS

Sobre este punto es importante tener en cuenta el numeral 1 de la Cláusula Décima Octava del Contrato de Prestación de Servicios N° 084-2010-SEDAPAL, que señala expresamente que " Las partes acuerdan que los costos y costas del proceso arbitral serán de cargo a cargo de la parte solicitante o demandante, incluyendo los costos a que hace referencia los artículos 70°, 71°, 72° y 73° del mencionado Decreto Legislativo N° 1071 (.....)"

En tal sentido el árbitro del proceso, no puede ir en contra de lo expresamente pactado por las Partes, concluyendo que el pago de costas y costos será asumido por la parte demandante esto es por CONCYSSA.

### FALLO

**PRIMERO.-** Declarar **FUNDADA**, la primera pretensión principal de la demanda presentada por CONCYSSA, por lo tanto se ordena a SEDAPAL que deje sin efecto el cobro por reposición de los bienes sustraídos en las Estaciones de Control P-424 y P-754, materia del presente proceso, así como la anulación de las penalidades impuestas por SEDAPAL.

**SEGUNDO.-** Declarar **INFUNDADA**, la segunda pretensión principal de la demanda presentada por CONCYSSA, por lo tanto infundada la indemnización de S/ 25.000.00 (Veinticinco Mil y 00/100 Nuevos Soles) solicitada por CONCYSSA.

**TERCERO.-** El pago de costas y costos será asumido por la parte demandante esto es por CONCYSSA

Lima, 14 de febrero de 2013



Rolando Salvatierra Combina  
Arbitro Único